

**BỘ GIÁO DỤC VÀ ĐÀO TẠO
TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT TP.HCM**

--o0o--

NGUYỄN THỊ THANH HUYỀN

**BUỘC THỰC HIỆN ĐÚNG HỢP ĐỒNG THEO CÔNG ƯỚC VIÊN
1980 VỀ HỢP ĐỒNG MUA BÁN HÀNG HÓA QUỐC TẾ**

LUẬN ÁN TIẾN SĨ LUẬT HỌC

TP. HỒ CHÍ MINH, năm 2023

BỘ GIÁO DỤC VÀ ĐÀO TẠO
TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT TP.HCM

--o0o--

Nguyễn Thị Thanh Huyền

BUỘC THỰC HIỆN ĐÚNG HỢP ĐỒNG THEO CÔNG ƯỚC VIÊN
1980 VỀ HỢP ĐỒNG MUA BÁN HÀNG HÓA QUỐC TẾ

Ngành: Luật học

Chuyên ngành: Luật Kinh tế

Mã số: 9380107

LUẬN ÁN TIẾN SĨ LUẬT HỌC

Người hướng dẫn khoa học: PGS. TS Dương Anh Sơn

TP. HỒ CHÍ MINH, năm 2023

LỜI CAM ĐOAN

Tôi xin cam đoan Luận án là công trình nghiên cứu khoa học nghiêm túc của riêng tôi. Các kết quả nghiên cứu nêu trong Luận án chưa được công bố trong bất kỳ công trình khoa học nào khác, các số liệu và trích dẫn trong Luận án đảm bảo tính chính xác, tin cậy và trung thực.

Tác giả Luận án

Nguyễn Thị Thanh Huyền

MỤC LỤC

PHẦN MỞ ĐẦU	1
1. Tính cấp thiết của đề tài	1
2. Mục đích và nhiệm vụ nghiên cứu	3
2.1 Mục đích nghiên cứu	3
2.2 Nhiệm vụ nghiên cứu	3
3. Đối tượng và phạm vi nghiên cứu	4
3.1 Đối tượng nghiên cứu	4
3.2 Phạm vi nghiên cứu	4
4. Ý nghĩa khoa học và thực tiễn của luận án	5
5. Những đóng góp mới của luận án	6
6. Kết cấu của luận án	7
PHẦN NỘI DUNG	8
CHƯƠNG 1: TỔNG QUAN TÌNH HÌNH NGHIÊN CỨU, CƠ SỞ LÝ THUYẾT VÀ PHƯƠNG PHÁP NGHIÊN CỨU	8
1.1 Tổng quan tình hình nghiên cứu	8
1.1.1 Tình hình nghiên cứu ở nước ngoài	8
1.1.2 Tình hình nghiên cứu ở trong nước.....	14
1.1.3 Đánh giá tổng quan tình hình nghiên cứu	16
1.1.3.1 Những vấn đề liên quan đến luận án đã được giải quyết và làm rõ....	16
1.1.3.2 Những vấn đề còn bỏ ngỏ và nhiệm vụ của luận án	17
1.2 Cơ sở lý thuyết và phương pháp nghiên cứu	17
1.2.1 Cơ sở lý thuyết	17
1.2.1.1 Câu hỏi nghiên cứu và giả thuyết nghiên cứu.....	17
1.2.1.2 Lý thuyết nghiên cứu	21
1.2.2 Phương pháp nghiên cứu.....	23
KẾT LUẬN CHƯƠNG 1	25
CHƯƠNG 2: CƠ SỞ LÝ LUẬN VỀ BUỘC THỰC HIỆN ĐÚNG HỢP ĐỒNG THEO CISG	27

2.1 Khái niệm và đặc điểm của buộc thực hiện đúng hợp đồng theo CISG...	27
2.1.1 Khái niệm buộc thực hiện đúng hợp đồng theo CISG	27
2.1.1.1 Nguồn gốc hình thành quy định về buộc thực hiện đúng hợp đồng theo CISG.....	27
2.1.1.2 Khái niệm buộc thực hiện đúng hợp đồng theo CISG dưới sự tác động của yếu tố nguồn gốc hình thành	43
2.1.2 Đặc điểm của buộc thực hiện đúng hợp đồng theo CISG	46
2.2 Nền tảng lý thuyết tạo cơ sở cho quy định về buộc thực hiện đúng hợp đồng theo CISG	53
2.2.1 Lý thuyết về sự ràng buộc của nghĩa vụ hợp đồng	53
2.2.2 Học thuyết vi phạm hiệu quả.....	60
2.2.2.1 Vi phạm hiệu quả khi giá được trả cao hơn	63
2.2.2.2 Vi phạm hiệu quả khi chi phí cao hơn giá trị thu được từ việc thực hiện hợp đồng.....	65
2.2.2.3 Tác động của học thuyết vi phạm hiệu quả đến quy định về buộc thực hiện đúng hợp đồng theo CISG.....	68
2.3 Giới hạn phạm vi áp dụng biện pháp buộc thực hiện đúng hợp đồng theo CISG.....	76
2.3.1 Giới hạn phạm vi áp dụng biện pháp buộc thực hiện đúng hợp đồng theo CISG dựa trên nguyên tắc giới hạn trách nhiệm hợp đồng	76
2.3.2 Giới hạn phạm vi áp dụng biện pháp buộc thực hiện đúng hợp đồng theo CISG dựa trên nguyên tắc thiện chí khi thực hiện hợp đồng	80
KẾT LUẬN CHƯƠNG 2	87
CHƯƠNG 3: QUY ĐỊNH VÀ THỰC TIỄN ÁP DỤNG BIỆN PHÁP BUỘC THỰC HIỆN ĐÚNG HỢP ĐỒNG THEO CISG	89
3.1 Buộc thực hiện đúng hợp đồng từ góc độ bảo vệ lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện.....	89
3.1.1 Buộc thực hiện đúng hợp đồng theo yêu cầu của bên bị vi phạm.....	89

3.1.2 Buộc thực hiện đúng hợp đồng trên cơ sở quyền khắc phục của bên vi phạm	100
3.2 Buộc thực hiện đúng hợp đồng từ góc độ bảo vệ yếu tố hiệu quả và sự cân bằng lợi ích của các bên.....	106
3.2.1 Sự cân xứng về lợi ích trong các quy định của CISG về buộc thực hiện đúng hợp đồng từ góc độ bảo vệ bên vi phạm	107
3.2.2 Yếu tố cân bằng lợi ích trong các quy định của CISG về buộc thực hiện đúng hợp đồng từ góc độ bảo vệ bên bị vi phạm	118
KẾT LUẬN CHƯƠNG 3.....	123
CHƯƠNG 4: HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH VỀ BUỘC THỰC HIỆN ĐÚNG HỢP ĐỒNG TRONG LUẬT THƯƠNG MẠI 2005 TỪ KINH NGHIỆM CỦA CISG	125
4.1 Giới hạn phạm vi áp dụng biện pháp buộc thực hiện đúng hợp đồng ...	128
4.1.1 Giới hạn phạm vi áp dụng biện pháp buộc thực hiện đúng hợp đồng trong trường hợp gây ra chi phí bất hợp lý cho bên vi phạm	129
4.1.2 Giới hạn phạm vi áp dụng biện pháp buộc thực hiện đúng hợp đồng trong trường hợp trì hoãn để thăm dò thị trường và dồn rủi ro cho bên vi phạm.....	132
4.2 Áp dụng biện pháp buộc thực hiện đúng hợp đồng trên cơ sở cân bằng lợi ích của các bên.....	141
4.2.1 Mở rộng quyền được thực hiện hợp đồng của bên vi phạm.....	141
4.2.2 Cách thức áp dụng biện pháp buộc thực hiện đúng hợp đồng trên cơ sở cân bằng lợi ích của các bên.....	142
4.2.2.1 Thứ tự áp dụng biện pháp buộc thực hiện đúng hợp đồng	143
4.2.2.2 Tính hợp lý khi xác định khoản tiền phải trả cho bên bị vi phạm trong trường hợp dùng các biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện	146
KẾT LUẬN CHƯƠNG 4.....	151
KẾT LUẬN	152
DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO.....	155

DANH MỤC CÁC TỪ VIẾT TẮT TIẾNG VIỆT

TỪ VIẾT TẮT	NGUYÊN VĂN
Bộ luật Dân sự 2005	Bộ luật Dân sự số 33/2005/QH11 được Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam thông qua ngày 14/6/2005 và có hiệu lực thi hành từ ngày 01/01/2006
Bộ luật Dân sự 2015	Bộ luật Dân sự số 91/2015/QH11 được Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam thông qua ngày 24/11/2015 và có hiệu lực thi hành từ ngày 01/01/2017
BTHĐHĐ	Buộc thực hiện đúng hợp đồng
Luật Thương mại 2005	Luật Thương mại số 36/2005-QH11 được Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam thông qua ngày 14/6/2005 và có hiệu lực thi hành từ ngày 01/01/2006
MBHH	Mua bán hàng hóa
NCS	Nghiên cứu sinh
VPHQ	Vi phạm hiệu quả

DANH MỤC CÁC TỪ VIẾT TẮT TIẾNG ANH

TỪ VIẾT TẮT	NGUYÊN VĂN	TIẾNG VIỆT
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods	Công ước Viên 1980 về Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế
PECL	The Principles of European Contract Law	Bộ nguyên tắc về Luật hợp đồng châu Âu
PICC	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts	Bộ nguyên tắc của UNIDROIT về Hợp đồng thương mại quốc tế
ULF	Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods	Công ước liên quan đến Luật thống nhất về xác lập hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế
ULIS	Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods	Công ước liên quan đến Luật thống nhất về mua bán hàng hóa quốc tế
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law	Ủy ban Liên Hiệp Quốc về Luật Thương mại Quốc tế

PHẦN MỞ ĐẦU

1. Tính cấp thiết của đề tài

Cùng với việc mở rộng thị trường và cơ cấu mặt hàng xuất nhập khẩu, tính đến nay, Việt Nam đã có quan hệ thương mại hàng hóa với hơn 200 quốc gia và vùng lãnh thổ; đồng thời Việt Nam cũng đạt tăng trưởng vượt bậc về kim ngạch xuất nhập khẩu hàng hóa giai đoạn 2011-2018¹. Ngay cả trong bối cảnh nền kinh tế thế giới phải đối mặt với nhiều rủi ro và tăng trưởng thương mại hàng hóa toàn cầu có xu hướng giảm từ năm 2019², Việt Nam vẫn duy trì được tốc độ tăng trưởng xuất khẩu cao; tương ứng với đó là sự gia tăng nhập khẩu các hàng hóa cần thiết phục vụ cho sản xuất và xuất khẩu³. Hợp đồng MBHH quốc tế được xác lập giữa thương nhân Việt Nam và thương nhân nước ngoài để thực hiện hoạt động xuất nhập khẩu, tùy từng trường hợp cụ thể, có thể chịu sự điều chỉnh của điều ước quốc tế mà Việt Nam đã ký kết hoặc gia nhập, luật nước ngoài và tập quán thương mại quốc tế.

Theo Quyết định số 2588/2015/QĐ-CTN ngày 24/11/2015 của Chủ tịch nước về việc gia nhập CISG, Việt Nam đã gia nhập và trở thành quốc gia thành viên thứ 84 của CISG⁴. Các quy định của CISG có hiệu lực tại Việt Nam từ ngày 01/01/2017. Như vậy, CISG trở thành nguồn luật trực tiếp điều chỉnh quan hệ hợp đồng MBHH giữa thương nhân Việt Nam với thương nhân có trụ sở thương mại tại quốc gia khác khi (i). Quốc gia này cũng là thành viên của CISG; hoặc (ii). Các quy tắc tư pháp quốc tế dẫn chiếu đến việc áp dụng pháp luật của một quốc gia thành

¹ Xem <https://trungtamwto.vn/hiep-dinh-khac/12901-xuat-khau-viet-nam-chiem-thu-hang-cao-tren-ban-do-xuat-nhap-khau-the-gioi> (truy cập ngày 10/4/2023).

² Trong báo cáo Triển vọng Kinh tế Thế giới (World Economic Outlook) tháng 01/2020, IMF hạ dự báo tăng trưởng kinh tế toàn cầu 2019 về 2,9%; ngày 01/10/2019, Tổ chức Thương mại Thế giới (WTO) cũng hạ dự báo tăng trưởng thương mại hàng hóa toàn cầu trong năm 2019 chỉ còn tăng 1,2 %, thấp hơn một nửa so với mức dự báo 2,6% vào tháng 4; xem Bộ Công thương (2020), Báo cáo xuất nhập khẩu Việt Nam 2019, NXB Bộ Công thương, tr.6 – 7.

³ Về số liệu liên quan đến quy mô xuất khẩu tăng trưởng, kim ngạch xuất khẩu, nhập khẩu và thị trường xuất nhập khẩu năm 2019, xem thêm Bộ Công thương (2020), (tldd), tr.8 – 9; về kim ngạch xuất nhập khẩu phân theo nước, khối nước và vùng lãnh thổ chủ yếu sơ bộ các tháng năm 2020, xem số liệu của Tổng cục Thống kê công bố tại <https://www.gso.gov.vn/default.aspx?tabid=629&ItemID=19524> (truy cập ngày 10/4/2023).

⁴ Xét về tầm ảnh hưởng thì CISG là một điều ước quốc tế được phê chuẩn và áp dụng rộng rãi nhất, với 94 quốc gia thành viên thuộc các hệ thống pháp luật khác nhau, điều chỉnh các giao dịch chiêm đến ba phần tư thương mại hàng hóa thế giới (xem thêm <http://iicl.law.pace.edu/cisg/page/identification-contracting-states>, truy cập ngày 10/4/2023). Với các quy định có tính linh hoạt, phù hợp với thực tiễn, có tính đến yếu tố đảm bảo cân bằng lợi ích của các bên, CISG trở thành nguồn luật quan trọng, được Tòa án và trọng tài các nước áp dụng để giải quyết các tranh chấp về hợp đồng MBHHQT (theo số liệu thống kê, đến thời điểm này hiện có 3152 vụ tranh chấp được công bố chính thức do Tòa án và trọng tài các nước giải quyết có liên quan đến việc áp dụng và giải thích CISG, xem thêm <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/casecit.html>, truy cập ngày 10/4/2023). Các vụ việc này không chỉ phát sinh tại các quốc gia thành viên mà còn tại các quốc gia chưa phải là thành viên (do các bên trong hợp đồng chọn CISG như là luật áp dụng cho hợp đồng, hoặc do tòa án, trọng tài dẫn chiếu đến CISG để giải quyết tranh chấp).

viên của CISG. Trong xu hướng mở rộng thị trường xuất khẩu của Việt Nam hiện nay⁵, CISG ngày càng có nhiều khả năng được áp dụng để điều chỉnh việc ký kết và thực hiện hợp đồng MBHH quốc tế giữa thương nhân Việt Nam và thương nhân nước ngoài. Một khi CISG đã có hiệu lực bắt buộc đối với Việt Nam thì việc áp dụng các quy định của CISG đặt ra yêu cầu phải hiểu đúng và áp dụng thống nhất các quy định này theo đúng tinh thần của CISG, trong đó có việc hiểu đúng để áp dụng biện pháp BTHĐHĐ⁶.

Tuy nhiên, từ góc độ của các thương nhân Việt Nam, việc hiểu biết về CISG còn hạn chế⁷, trong khi chính các thương nhân này là đối tượng trực tiếp chịu sự tác động từ CISG. Từ góc độ của cơ quan giải quyết tranh chấp, đối với các tranh chấp về hợp đồng MBHH quốc tế, việc áp dụng các quy định về các biện pháp khắc phục do vi phạm hợp đồng của CISG nói chung và các quy định về các biện pháp BTHĐHĐ nói riêng để giải quyết tranh chấp cũng đặt ra yêu cầu áp dụng đúng các quy định này theo tinh thần của CISG. Vấn đề đặt ra là để hiểu và áp dụng đúng các quy định này, cần phải hiểu rõ bản chất pháp lý của biện pháp BTHĐHĐ theo CISG là gì và biện pháp này đóng vai trò như thế nào trong việc một bên vi phạm hợp đồng? Về mặt khoa học, các vấn đề này cần thiết phải được nghiên cứu khi mà các quan điểm pháp lý về bản chất của biện pháp BTHĐHĐ theo CISG vẫn còn tồn tại nhiều tranh luận. Theo đó, biện pháp BTHĐHĐ có bản chất khắc phục vi phạm, hướng các bên đến việc thực hiện hợp đồng, do vậy cần mở rộng phạm vi áp dụng ở mức cao nhất có thể, hay cần cân nhắc việc áp dụng biện pháp này theo hướng có xét đến tính hiệu quả và sự cân bằng lợi ích của các bên.

⁵ Bên cạnh việc khai thác các thị trường truyền thống, cơ cấu thị trường xuất khẩu của Việt Nam có sự chuyển dịch sang các nước như Nhật Bản, Hàn Quốc, Australia, New Zealand, Liên minh Kinh tế Á – Âu, xem Bộ Công thương (2020), (tldd), tr.9. Theo thống kê về danh sách các quốc gia thành viên của CISG, các nước này hầu hết là thành viên của CISG, xem https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status (truy cập ngày 10/4/2023).

⁶ Xem Điều 7(1) CISG.

⁷ Tham khảo Ủy ban Tư vấn về Chính sách Thương mại Quốc tế thuộc Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam (VCCI), Báo cáo nghiên cứu đề xuất Việt Nam gia nhập Công ước Viên về Hợp đồng MBHHQT, tr.42 – 43; theo Báo cáo nghiên cứu này, thông qua số liệu điều tra các Hiệp hội xuất khẩu lớn của Việt Nam về việc gia nhập CISG, có những ngành mà 80 – 90% doanh nghiệp không biết về CISG, ví dụ như Hiệp hội Gỗ và Lâm sản Việt Nam với khoảng 3000 doanh nghiệp, nhưng chỉ khoảng 100 doanh nghiệp biết và sử dụng CISG trong việc soạn thảo, xác lập, thực hiện hợp đồng và giải quyết tranh chấp phát sinh; khoảng trên 90% số lượng các hợp đồng mua nguyên liệu gỗ (từ 26 nước trên thế giới) và các hợp đồng bán đồ gỗ thành phẩm (cho khoảng 120 nước trên thế giới) không thỏa thuận áp dụng CISG do việc không biết đến Công ước này. Số liệu thống kê này càng nhấn mạnh sự cần thiết phải hiểu các quy định của CISG từ góc độ các doanh nghiệp, bởi lẽ khi Việt Nam đã gia nhập CISG thì các hợp đồng MBHHQT (mà thương nhân là một bên trong quan hệ hợp đồng) nếu thuộc phạm vi điều chỉnh của CISG thì CISG là luật áp dụng để điều chỉnh hợp đồng, mà không cần sự thỏa thuận của các bên trong hợp đồng.

Mặt khác, nghiên cứu về biện pháp BTHĐHĐ theo CISG còn có thể cung cấp kinh nghiệm pháp lý cho việc hoàn thiện các quy định tương ứng của Luật Thương mại 2005. Bởi lẽ, chế tài BTHĐHĐ theo Luật Thương mại 2005 được quy định theo cách thức hướng đến việc thực hiện nghĩa vụ hợp đồng, nhưng chưa thực sự gắn với yếu tố cân bằng lợi ích của các bên và hạn chế đến mức thấp nhất các hệ quả bất hợp lý do việc áp dụng chế tài gây ra. Trong khi đó, việc gắn kết yếu tố này với các quy định của CISG về biện pháp BTHĐHĐ đã tạo nên các giá trị pháp lý tiên bộ, phù hợp, không chỉ khắc phục vi phạm nhằm đảm bảo hợp đồng vẫn được thực hiện, mà còn tối ưu hóa lợi ích mà các bên có thể đạt được. Do vậy, việc nghiên cứu kinh nghiệm quốc tế, trong đó có các kinh nghiệm pháp lý từ CISG, là điều cần thiết, góp phần hoàn thiện các quy định tương ứng của Luật Thương mại 2005.

Việc nghiên cứu này đặt ra các câu hỏi bước đầu như sau: Quy định về biện pháp BTHĐHĐ theo CISG được xây dựng dựa trên nền tảng lý thuyết nào? Dựa trên nền tảng này, biện pháp BTHĐHĐ theo CISG mang bản chất pháp lý gì? Bản chất pháp lý này được phản ánh như thế nào trong các quy định cụ thể của CISG về BTHĐHĐ? Các quy định này khác biệt như thế nào với quy định có liên quan của Luật Thương mại 2005? Sự khác biệt này hình thành trên cơ sở nào? Nghiên cứu về biện pháp BTHĐHĐ theo CISG có thể cung cấp những kinh nghiệm pháp lý nào cho việc hoàn thiện các quy định tương ứng của Luật Thương mại 2005?

Để trả lời các câu hỏi trên, cần có sự nghiên cứu cụ thể về biện pháp BTHĐHĐ theo CISG, cả về lý luận và thực tiễn. Đó chính là lý do để NCS chọn vấn đề *“Buộc thực hiện đúng hợp đồng theo Công ước Viên 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế”* làm đề tài Luận án Tiến sĩ Luật học của mình.

2. Mục đích và nhiệm vụ nghiên cứu

2.1 Mục đích nghiên cứu

Trên cơ sở làm rõ những vấn đề lý luận và thực tiễn liên quan đến BTHĐHĐ theo CISG, mục đích của luận án là nghiên cứu để làm sáng tỏ bản chất pháp lý của biện pháp BTHĐHĐ theo CISG, từ đó làm cơ sở để áp dụng hiệu quả biện pháp này. Đồng thời, thông qua việc nghiên cứu biện pháp BTHĐHĐ theo CISG trong mối tương quan với Luật Thương mại 2005, đối chiếu với thực tiễn tài phán ở Việt Nam, mục đích của luận án cũng nhằm đưa ra các kiến nghị cho việc hoàn thiện các quy định có liên quan của Luật này về biện pháp BTHĐHĐ từ kinh nghiệm áp dụng các quy định của CISG.

2.2 Nhiệm vụ nghiên cứu

Để đạt được các mục đích trên, NCS xác định nhiệm vụ nghiên cứu như sau:

Thứ nhất, hệ thống hóa, luận giải và làm sáng tỏ những vấn đề mang tính lý luận về khái niệm, đặc điểm, nền tảng lý thuyết tạo cơ sở cho biện pháp BTHĐHĐ theo CISG và giới hạn phạm vi áp dụng của biện pháp này.

Thứ hai, nghiên cứu các quy định của CISG đã phản ánh các triết lý nền tảng về BTHĐHĐ ở mức độ nào; phân tích các quy định về BTHĐHĐ theo CISG cũng như thực tiễn áp dụng các quy định này tại các quốc gia thành viên của CISG; làm rõ các vấn đề pháp lý phát sinh khi áp dụng biện pháp BTHĐHĐ theo CISG và luận điểm, giải pháp pháp lý gắn với các vấn đề này, nhằm giúp hiểu rõ và áp dụng thống nhất các quy định này theo đúng tinh thần được ghi nhận tại Điều 7 CISG.

Thứ ba, phân tích các quy định về BTHĐHĐ theo Luật Thương mại 2005 đặt trong mối quan hệ với các quy định tương ứng của CISG về BTHĐHĐ, đối chiếu với thực tiễn tài phán ở Việt Nam; từ đó, đúc kết các kinh nghiệm pháp lý từ CISG nhằm hoàn thiện các quy định có liên quan của Luật Thương mại 2005 về chế tài BTHĐHĐ. Các kiến nghị này đều dựa trên cơ sở việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ không chỉ (i) khắc phục vi phạm, hướng các bên đến việc thực hiện hợp đồng, nhằm đảm bảo cho các bên đạt được mục đích của việc giao kết hợp đồng, mà còn phải (ii) tối ưu hóa lợi ích của các bên, hạn chế đến mức thấp nhất các hệ quả bất hợp lý do việc áp dụng chế tài này gây ra.

3. Đối tượng và phạm vi nghiên cứu

3.1 Đối tượng nghiên cứu

Đối tượng nghiên cứu của luận án là các quy định của CISG về biện pháp BTHĐHĐ; cùng với đó là các quy định tương ứng hoặc có liên quan đến việc áp dụng chế tài BTHĐHĐ theo Luật Thương mại 2005.

3.2 Phạm vi nghiên cứu

Biện pháp BTHĐHĐ được nghiên cứu trong luận án với tính chất là một biện pháp khắc phục hành vi vi phạm hợp đồng, do vậy thuộc nội dung của một chế định pháp lý chứa đựng nhiều vấn đề pháp lý phát sinh do hệ quả của việc giao kết và thực hiện hợp đồng. Tuy nhiên, do giới hạn về dung lượng và thời gian, phạm vi nghiên cứu của luận án được giới hạn cụ thể như sau:

- Về nội dung: Luận án tập trung nghiên cứu (i) cơ sở lý luận về biện pháp BTHĐHĐ theo CISG; (ii) các quy định và thực tiễn áp dụng biện pháp này; và (iii) việc tiếp nhận các kinh nghiệm pháp lý từ CISG về BTHĐHĐ nhằm hoàn thiện các quy định có liên quan của Luật Thương mại 2005. Khi nghiên cứu các vấn đề này, nội dung phân tích trong luận án không thể giải quyết tất cả các vấn đề pháp lý liên quan đến biện pháp BTHĐHĐ, mà tập trung vào một số vấn đề pháp lý cơ bản. Do vậy, một số vấn đề pháp lý liên quan đến biện pháp BTHĐHĐ không được nghiên

cứu chủ yếu trong luận án, chẳng hạn như (i) vấn đề miễn trách nhiệm đối với hành vi vi phạm hợp đồng (dẫn đến hệ quả không áp dụng biện pháp BTHĐHĐ); hoặc (ii) vấn đề giới hạn phạm vi áp dụng biện pháp BTHĐHĐ khi việc thực hiện là không thể (trong trường hợp trái với quy định của pháp luật hoặc không thể thực hiện trên thực tế). Các vấn đề này được NCS xem như một nhiệm vụ nghiên cứu khoa học của bản thân để tiếp tục nghiên cứu trong các công trình tiếp theo.

Mặt khác, luận án cũng chủ yếu nghiên cứu các quy định tương ứng của Luật Thương mại 2005 về BTHĐHĐ. Tuy chế tài BTHĐHĐ cũng đồng thời được quy định trong Bộ luật Dân sự, nhưng các quy định tương ứng của Luật Thương mại 2005 được đề cập chủ yếu, bởi lẽ chế tài BTHĐHĐ được nghiên cứu trong luận án với tính chất là một chế tài trong thương mại – một biện pháp pháp lý cho phép một bên (thương nhân) trong hợp đồng áp dụng đối với bên vi phạm (thương nhân) nhằm yêu cầu bên đó chịu trách nhiệm pháp lý cho hành vi vi phạm hợp đồng của mình.

- Về không gian: Luận án nghiên cứu các quy định về BTHĐHĐ theo CISG và việc áp dụng các quy định này tại các quốc gia đã là thành viên của CISG. Để có cơ sở đánh giá tính phù hợp và khả năng tiếp nhận các kinh nghiệm pháp lý từ CISG để hoàn thiện các quy định có liên quan của Luật Thương mại 2005, luận án cũng nghiên cứu các quy định tương ứng của Luật Thương mại 2005 về chế tài BTHĐHĐ được áp dụng để điều chỉnh các hợp đồng thương mại nói chung và hợp đồng MBHH nói riêng tại Việt Nam.

- Về thời gian: Luận án nghiên cứu những vấn đề pháp lý phát sinh liên quan đến việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ theo CISG từ năm 1988 (năm CISG có hiệu lực thi hành) đến nay. Dù các quy định của CISG chỉ có hiệu lực tại Việt Nam từ ngày 01/01/2017, nhưng nghiên cứu việc áp dụng các quy định của CISG về BTHĐHĐ từ khi CISG có hiệu lực đến nay vẫn cần thiết nhằm hiểu rõ xu hướng, cách thức tiếp cận và quan điểm pháp lý của các quốc gia thành viên về áp dụng biện pháp BTHĐHĐ, để từ đó có thể áp dụng các quy định về BTHĐHĐ theo đúng tinh thần được ghi nhận tại Điều 7 CISG. Việc nghiên cứu các quy định về BTHĐHĐ theo CISG trong một tiến trình lịch sử xuyên suốt cũng giúp hiểu rõ nền tảng lý thuyết và các triết lý cơ bản làm nên các quy định này.

4. Ý nghĩa khoa học và thực tiễn của luận án

Về phương diện khoa học, kết quả nghiên cứu của luận án có ý nghĩa thiết thực trong việc góp phần xây dựng cơ sở lý luận và luận giải về bản chất pháp lý và nền tảng lý thuyết làm cơ sở cho các quy định về biện pháp BTHĐHĐ theo CISG, từ đó cũng đồng thời làm rõ được vai trò và ý nghĩa của biện pháp này. Từ các kết quả nghiên cứu đạt được, luận án đã đóng góp thêm những luận điểm khoa học có

giá trị tham khảo trong việc áp dụng các quy định về biện pháp BTHĐHĐ theo CISG.

Về phương diện thực tiễn, kết quả nghiên cứu của luận án sẽ chỉ ra những điểm hạn chế trong các quy định của Luật Thương mại 2005 về biện pháp BTHĐHĐ. Trên cơ sở đúc kết các kinh nghiệm pháp lý từ CISG, luận án có những kiến nghị hoàn thiện các quy định của Luật Thương mại 2005 về biện pháp BTHĐHĐ, nhằm hướng đến một tư duy pháp lý tiến bộ với các nguyên tắc khắc phục vi phạm mang tính chất hợp lý, đảm bảo cân bằng lợi ích của các bên trong hợp đồng. Tư duy pháp lý tiến bộ đó được tiếp cận từ cả góc độ pháp lý và góc độ kinh tế. Theo đó, từ góc độ pháp lý, biện pháp BTHĐHĐ là một biện pháp khắc phục vi phạm, bảo vệ lợi ích mong đợi của các bên từ việc hợp đồng được thực hiện, hướng các bên đến việc tuân thủ và thực hiện nghĩa vụ đã cam kết. Từ góc độ kinh tế, tính hiệu quả của biện pháp BTHĐHĐ được xét đến, sao cho hạn chế đến mức thấp nhất các hệ quả bất hợp lý do việc áp dụng biện pháp này gây ra.

Với kết quả nghiên cứu mà luận án đạt được, có thể góp phần làm phong phú thêm nguồn tài liệu tham khảo cho việc nghiên cứu, giảng dạy và học tập về pháp luật hợp đồng nói chung và các biện pháp chế tài trong thương mại nói riêng tại các cơ sở đào tạo luật và thực hành nghề luật.

5. Những đóng góp mới của luận án

Luận án có các đóng góp mới sau đây:

Thứ nhất, luận án đã làm rõ cơ sở lý luận về biện pháp BTHĐHĐ theo CISG, đó là: (i). Làm rõ khái niệm, đặc điểm, bản chất và vai trò của biện pháp BTHĐHĐ theo CISG; (ii). Làm rõ nền tảng lý thuyết là cơ sở cho biện pháp BTHĐHĐ theo CISG; và (iii). Làm rõ giới hạn phạm vi áp dụng biện pháp BTHĐHĐ theo CISG. Các nghiên cứu này góp phần nhận diện triết lý nền tảng của biện pháp BTHĐHĐ theo CISG, được tiếp cận từ góc độ không chỉ bảo vệ lợi ích đạt được từ việc hợp đồng được thực hiện, mà còn cân nhắc tính hiệu quả trong thực hiện hợp đồng.

Thứ hai, trên cơ sở làm rõ triết lý nền tảng đằng sau các quy định của CISG về BTHĐHĐ, thông qua việc nghiên cứu quy định và thực tiễn áp dụng biện pháp BTHĐHĐ theo CISG, luận án chỉ ra được: (i). Các quy định này đã phản ánh triết lý nền tảng trên ở mức độ nào và (ii). Những giá trị pháp lý nào là phù hợp để hướng đến trong quá trình tiếp nhận các kinh nghiệm pháp lý từ CISG.

Thứ ba, trên cơ sở phân tích các quy định của Luật Thương mại 2005 về biện pháp BTHĐHĐ và thực tiễn áp dụng, luận án cũng chỉ ra được những điểm còn hạn chế trong các quy định này. Chính những điểm còn hạn chế này làm cho các quy

định của Luật Thương mại 2005 về biện pháp BTHĐHĐ chưa phát huy hết ý nghĩa cũng như vai trò của nó trong việc khắc phục vi phạm theo cách hiệu quả nhất.

Thứ tư, luận án đã có những kiến nghị nhằm góp phần hoàn thiện các quy định về biện pháp BTHĐHĐ theo Luật Thương mại 2005, góp phần tạo cơ sở pháp lý phù hợp cho việc áp dụng hiệu quả biện pháp BTHĐHĐ, bảo vệ và cân bằng lợi ích hợp pháp của các bên.

6. Kết cấu của luận án

Ngoài phần Mở đầu, Kết luận, Danh mục tài liệu tham khảo, nội dung của luận án gồm 4 chương:

Chương 1. Tổng quan tình hình nghiên cứu, cơ sở lý thuyết và phương pháp nghiên cứu

Chương 2. Cơ sở lý luận về buộc thực hiện đúng hợp đồng theo CISG

Chương 3. Quy định và thực tiễn áp dụng biện pháp buộc thực hiện đúng hợp đồng theo CISG

Chương 4. Hoàn thiện quy định về buộc thực hiện đúng hợp đồng trong Luật Thương mại 2005 từ kinh nghiệm của CISG

PHẦN NỘI DUNG
CHƯƠNG 1: TỔNG QUAN TÌNH HÌNH NGHIÊN CỨU, CƠ SỞ LÝ
THUYẾT VÀ PHƯƠNG PHÁP NGHIÊN CỨU

1.1 Tổng quan tình hình nghiên cứu

Trong luận án này, thuật ngữ “biện pháp khắc phục do vi phạm hợp đồng” được sử dụng với tính chất là biện pháp pháp lý được áp dụng nhằm khắc phục hậu quả do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra, từ đó bảo vệ lợi ích hợp pháp mà bên bị vi phạm mong đợi từ việc hợp đồng được thực hiện. Với tính chất là các biện pháp pháp lý mà theo quy định của pháp luật, bên bị vi phạm có quyền áp dụng đối với bên vi phạm nhằm yêu cầu bên đó chịu trách nhiệm pháp lý cho hành vi vi phạm hợp đồng của mình, do vậy các biện pháp khắc phục do vi phạm hợp đồng cũng chủ yếu được đề cập gắn với hậu quả pháp lý bất lợi. Hậu quả pháp lý mà bên vi phạm hợp đồng phải gánh chịu có thể theo thỏa thuận của các bên hoặc theo quy định của pháp luật.

Từ góc độ này, trong khoa học pháp lý Việt Nam, đồng thời với việc sử dụng thuật ngữ “biện pháp khắc phục do vi phạm hợp đồng”, thuật ngữ “ché tài” cũng được sử dụng với tính chất là một biện pháp pháp lý được áp dụng theo yêu cầu của bên bị vi phạm, nhằm ràng buộc trách nhiệm pháp lý của bên vi phạm đối với hành vi vi phạm hợp đồng, buộc bên này khắc phục hậu quả của hành vi vi phạm hợp đồng (xem Điều 292 Luật Thương mại 2005). Vì vậy, trong Luật Thương mại 2005 thay vì sử dụng từ “biện pháp”, Luật đã sử dụng từ “ché tài” tại Chương VII, Mục 1 từ Điều 292 đến Điều 316. Do vậy, thuật ngữ “biện pháp khắc phục do vi phạm hợp đồng” hay thuật ngữ “ché tài” cùng lúc được sử dụng trong luận án này và có sự tương đồng về mặt nội hàm, có thể thay thế cho nhau, dù sử dụng thuật ngữ nào thì nghĩa cũng không thay đổi. Tương tự, thuật ngữ “biện pháp BTHĐHĐ” hay “ché tài BTHĐHĐ” có thể được sử dụng thay thế cho nhau trong luận án này mà nghĩa không thay đổi. Vì vậy, các công trình nghiên cứu có liên quan đến biện pháp BTHĐHĐ hay ché tài BTHĐHĐ đều là công trình nghiên cứu và phân tích về một vấn đề.

1.1.1 Tình hình nghiên cứu ở nước ngoài

Các tài liệu nghiên cứu của nước ngoài về biện pháp khắc phục do vi phạm hợp đồng nói chung và biện pháp BTHĐHĐ theo CISG nói riêng được các nhà nghiên cứu công bố trong nhiều năm, trở thành nguồn tư liệu phong phú cho việc nghiên cứu chuyên sâu trong lĩnh vực này. Hiện có khá nhiều công trình nghiên cứu về biện pháp BTHĐHĐ, trong đó có thể kể đến một số công trình tiêu biểu sau đây:

Công trình nghiên cứu “Global Sales and Contract Law” (tạm dịch ra tiếng Việt là “Mua bán hàng hóa toàn cầu và luật hợp đồng”) của các tác giả Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, Christopher Kee (NXB Oxford University Press, xuất bản lần đầu năm 2012). Trong công trình này, biện pháp BTHĐHĐ được phân tích ở Chương 43 thuộc Phần XI, theo đó các tác giả đã tập trung giải quyết câu hỏi: (i). Có nên quy định cho bên bị vi phạm quyền áp dụng biện pháp BTHĐHĐ nhằm bảo đảm cho hợp đồng được thực hiện (hay cho phép bên vi phạm chọn việc bồi thường thiệt hại thay cho việc buộc thực hiện hợp đồng) và (ii). Nếu bên bị vi phạm được quyền áp dụng biện pháp BTHĐHĐ thì quyền này cần được giới hạn như thế nào. Trên cơ sở tiếp cận và phân tích các vấn đề pháp lý liên quan đến cơ sở tồn tại và phạm vi áp dụng của biện pháp BTHĐHĐ từ góc độ các hệ thống pháp luật tiêu biểu và các văn bản pháp lý quốc tế về luật hợp đồng (CISG, PICC), các tác giả đã làm rõ sự cần thiết của việc quy định cho bên bị vi phạm quyền áp dụng biện pháp BTHĐHĐ. Theo đó, CISG tiếp cận theo hướng công nhận quyền yêu cầu BTHĐHĐ của bên bị vi phạm như một biện pháp pháp lý cơ bản nhằm hướng các bên đến việc thực hiện hợp đồng, đồng thời tạo cơ chế cho bên bị vi phạm được khắc phục sau vi phạm, đảm bảo tính hiệu quả và cân bằng lợi ích của các bên trong hợp đồng.

Nhóm tác giả Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pílas Perales Viscasillas, vào năm 2011, đã chủ biên xuất bản cuốn sách “UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)” (tạm dịch ra tiếng Việt là “Công ước của Liên hợp quốc về Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế (CISG)”) (NXB C.H.Beck-Hart-Nomos, năm 2011). Trong quyển sách này, các quy định liên quan đến biện pháp BTHĐHĐ theo CISG (Điều 25, Điều 28, Điều 46, Điều 47, Điều 48, Điều 62, Điều 63 CISG và các quy định có liên quan khác) được phân tích, đánh giá chi tiết, có đối chiếu, so sánh với các quy định của PICC, PECL và các vụ việc được cập nhật mới nhằm giúp hiểu rõ việc giải thích và cách thức áp dụng biện pháp BTHĐHĐ theo CISG. Thông qua đó, các quan điểm pháp lý liên quan đến việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ theo CISG cũng hình thành và có ảnh hưởng sâu sắc đến các quốc gia thành viên qua từng thời kỳ.

Nhóm tác giả Peter Schlechtriem và Ingeborg Schwenzer trong năm 2010 đã chủ biên công bố công trình nghiên cứu “Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)” (tạm dịch ra tiếng Việt là “Bình luận về Công ước của Liên hợp quốc về Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế (CISG)”) (NXB Oxford University Press, tái bản lần thứ 3, năm 2010). Đây là một công trình nghiên cứu công phu và tập hợp khá toàn diện các tình huống pháp lý phát sinh từ việc giải thích và áp dụng các quy định của CISG, trong đó có các quy định liên

quan đến các biện pháp khắc phục đối với việc không thực hiện đúng hợp đồng. Việc phân tích các quy định của CISG đã cho thấy các biện pháp được xây dựng mang bản chất hướng đến việc thực hiện hợp đồng, nhưng cũng đồng thời có tính đến yếu tố đảm bảo cân bằng lợi ích của các bên. Trong đó, các quy định của CISG về biện pháp BTHĐHĐ được phân tích, đánh giá chi tiết, gắn với việc phân tích các vụ việc được cập nhật vào thời gian đó. Nếu được nghiên cứu đồng thời với các tài liệu khác, công trình này là một nguồn tham khảo bổ trợ, hướng đến việc giải thích và áp dụng thống nhất pháp luật của các quốc gia thành viên.

Tác giả G. H. Treitel đã công bố công trình nghiên cứu dưới hình thức là một cuốn sách tham khảo “Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account” (tạm dịch ra tiếng Việt là “Các biện pháp khắc phục do vi phạm hợp đồng: Một nghiên cứu so sánh”) (NXB Oxford, Clarendon Press, năm 1988). Biện pháp BTHĐHĐ được tác giả này nghiên cứu và phân tích ở Chương 3. Trong phần này, tác giả nghiên cứu cơ sở của biện pháp BTHĐHĐ và sự khác biệt trong cách thức biện pháp này được áp dụng theo quy định của pháp luật Đức, Pháp, Anh, và các nước có xu hướng dung hòa giữa các mô hình này. Thông qua đó, tác giả này cũng đã đề cập và phân tích sự ảnh hưởng từ các cách tiếp cận khác nhau đến việc đặt nền tảng cho sự tồn tại của biện pháp BTHĐHĐ, lấy việc thực hiện đúng các nghĩa vụ của hợp đồng làm cơ sở và hướng đến việc duy trì hiệu lực của hợp đồng.

Bên cạnh đó, NCS cũng nhận thấy nhiều bài viết được công bố liên quan đến biện pháp BTHĐHĐ, tiêu biểu như:

Năm 2011, các tác giả Daniel Markovits và Alan Schwartz đã công bố bài viết “The Myth of Efficiency Breach: New Defenses of the Expectation Interest” (tạm dịch ra tiếng Việt là “Học thuyết vi phạm hiệu quả: Những biện pháp bảo vệ mới đối với lợi ích được mong đợi”) đăng trên Tạp chí Virginia Law Review, Volume 97 (2011). Bài viết chủ yếu đề cập đến cơ chế bảo vệ giá trị lợi ích mà bên bị vi phạm mong đợi từ việc hợp đồng được thực hiện thông qua việc cho phép bên này yêu cầu bên vi phạm trả một khoản tiền được xác định tương ứng với giá trị của lợi ích bị xâm phạm. Bài viết có giá trị tham khảo nhất định khi nghiên cứu về cách thức áp dụng biện pháp BTHĐHĐ và bồi thường thiệt hại nhằm đảm bảo cân bằng lợi ích của các bên và tối ưu hóa giá trị lợi ích khi việc thực hiện hợp đồng được đặt trong các điều kiện, hoàn cảnh cụ thể.

Bài viết “Economic Aspects of Damages and Specific Performance” (tạm dịch ra tiếng Việt là “Các khía cạnh kinh tế của bồi thường thiệt hại và buộc thực hiện đúng hợp đồng”) của tác giả Daniel Friedmann, công bố trong quyển sách “Contract Damages – Domestic and International Perspectives” do nhóm tác giả

Djakhongir Saidov và Ralph Cunnington chủ biên (NXB Hart Publishing, năm 2008). Bài viết này chủ yếu đề cập đến việc áp dụng chế tài BTHĐHĐ và bồi thường thiệt hại nhìn từ góc độ kinh tế, có tính đến yếu tố cân bằng lợi ích của các bên, nhằm đặt bên bị vi phạm vào vị trí không có sự khác biệt nào so với việc hợp đồng được thực hiện đúng (nguyên tắc không có sự khác biệt). Theo đó, tác giả phân tích các trường hợp mà việc áp dụng chế tài BTHĐHĐ là cần thiết nhằm đảm bảo nguyên tắc không có sự khác biệt. Tuy nhiên, trong trường hợp việc thực hiện đúng hợp đồng dẫn đến hệ quả không phù hợp với nguyên tắc thiện chí, đòi hỏi bên vi phạm phải chịu khoản chi phí bất hợp lý quá mức so với lợi ích mà bên bị vi phạm đạt được, thì không thể buộc bên vi phạm phải thực hiện đúng hợp đồng, mà thay vào đó là việc bồi thường cho bên bị vi phạm, bù đắp cho bên này giá trị lợi ích sẽ nhận được như khi hợp đồng được thực hiện đúng.

Năm 2005, tác giả Melvin A. Eisenberg có bài viết “Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law” (tạm dịch ra tiếng Việt là “Buộc thực hiện đúng hợp đồng trực tiếp và gián tiếp, Học thuyết vi phạm hiệu quả và Nguyên tắc không có sự khác biệt trong luật hợp đồng”) đăng trên Tạp chí California Law Review, Volume 93 (2005). Bài viết phân tích về cơ sở áp dụng học thuyết VPHQ và vấn đề tối ưu hóa về lợi ích. Theo đó, việc tối ưu hóa về lợi ích có thể đạt được từ việc bên vi phạm được (i) quyết định thực hiện hợp đồng hoặc (ii) chọn việc bồi thường thiệt hại thay cho việc thực hiện hợp đồng. Thông qua đó, tác giả chứng minh học thuyết VPHQ không có cơ sở áp dụng nếu khoản bồi thường tuy hướng đến bù đắp thiệt hại cho bên bị vi phạm nhưng không thể đặt bên này vào vị trí không có sự khác biệt nào giữa việc hợp đồng được thực hiện và việc được bồi thường do hợp đồng bị vi phạm.

Năm 2005, tác giả Harry M. Flechtner công bố bài viết “Buyer’s Remedies in General and Buyer’s Performance – Oriented Remedies” (tạm dịch ra tiếng Việt là “Các biện pháp khắc phục của bên mua nói chung và các biện pháp khắc phục hướng đến việc thực hiện hợp đồng của bên mua”) trên Tạp chí Journal of Law and Commerce, Volume 25 (2005). Bài viết bàn về quyền của bên mua được áp dụng các biện pháp hướng đến việc thực hiện hợp đồng, phân tích một cách chi tiết các quy định tại Điều 45, Điều 46, Điều 28 CISG, tập trung vào mối quan hệ giữa Điều 46 và Điều 28 CISG. Từ đó, bài viết làm rõ các căn cứ áp dụng biện pháp BTHĐHĐ theo CISG, là cơ sở để hiểu và áp dụng biện pháp này một cách phù hợp theo đúng tinh thần của CISG, nhất là trong điều kiện mà các vụ việc liên quan đến việc áp dụng biện pháp này theo CISG không chiếm số lượng đáng kể.

Tác giả Robert Koch đã công bố bài viết “The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)” (tạm dịch ra tiếng Việt là “Khái niệm vi phạm cơ bản hợp đồng theo Công ước của Liên hợp quốc về Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế (CISG)”) trong công trình *Pace International Law Review* (eds) (1999), *Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kluwer Law International. Trong bài viết này, tác giả Robert Koch chủ yếu đề cập đến quá trình soạn thảo quy định về vi phạm cơ bản theo CISG, ý nghĩa của quy định này, tổng hợp các quan điểm học thuật về cơ sở xác định vi phạm cơ bản và gợi mở cách tiếp cận mới trong việc xác định vi phạm cơ bản thông qua việc phân tích các án lệ có liên quan. Thông qua việc phân tích các vấn đề pháp lý đặt ra liên quan đến việc xác định vi phạm cơ bản, các quan điểm pháp lý khác nhau liên quan về việc tạo lập cơ sở cho sự hình thành khái niệm vi phạm cơ bản và chặn đường phát triển từ khi CISG có hiệu lực (năm 1988), bài viết cũng thể hiện quan điểm cho rằng sự không thống nhất giữa các án lệ liên quan đến việc xác định vi phạm cơ bản là điều tất yếu và cần thiết để thử nghiệm các quy tắc có tính chất đổi mới, nhằm tìm được một cách tiếp cận hợp lý, phù hợp với xu hướng chung trong việc xác định vi phạm cơ bản theo CISG. Các nghiên cứu về vi phạm cơ bản trong công trình này là một nguồn tham khảo hữu ích cho luận án, xét từ góc độ vi phạm cơ bản là điều kiện bắt buộc để áp dụng biện pháp buộc thay thế hàng hóa khi bên vi phạm có hành vi giao hàng không phù hợp với hợp đồng theo quy định của CISG.

Bài viết “CISG, Specific Performance and Finnish Law” (tạm dịch ra tiếng Việt là “CISG, Buộc thực hiện đúng hợp đồng và Pháp luật Phần Lan”) của tác giả Jussi Koskinen đăng trên ấn phẩm *Private law* của khoa Luật, Đại học Turku, năm 1999⁸. Bài viết phân tích vấn đề giới hạn áp dụng biện pháp BTHĐHĐ theo CISG, cung cấp kinh nghiệm của cơ quan giải quyết tranh chấp của Phần Lan trong việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ đối với các tranh chấp hợp đồng thuộc phạm vi điều chỉnh của CISG. Bài viết cũng mở rộng nghiên cứu đối với pháp luật Đức, Pháp và Hoa Kỳ nhằm vào mục đích trên.

Bài viết “CISG, Specific Performance, and the Civil Law of Louisiana and Quebec” (tạm dịch ra tiếng Việt là “CISG, Buộc thực hiện đúng hợp đồng và Pháp

⁸ Tham khảo bài viết tại <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/koskinen1.html>, truy cập ngày 10/4/2023.

luật dân sự của Louisiana và Quebec”) của tác giả John Fitzgerald đăng trên Tạp chí *Journal of Law and Commerce*, Volume 16 (1997). Bài viết phân tích những vấn đề pháp lý liên quan đến việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ theo CISG và thể hiện quan điểm đánh giá về tính thiếu ổn định và khó dự liệu được khi áp dụng biện pháp này. Bài viết cũng phân tích cách thức mà Tòa án Louisiana (Mỹ) và Quebec (Canada) – nơi mà pháp luật có nguồn gốc chủ yếu từ thông luật, nhưng đồng thời chịu ảnh hưởng đáng kể của hệ thống dân luật – áp dụng biện pháp BTHĐHĐ trong nỗ lực vượt qua sự khác biệt trong cách tiếp cận về cơ sở và phạm vi áp dụng biện pháp này từ hai hệ thống pháp luật tiêu biểu trên. Trên cơ sở kinh nghiệm từ Louisiana và Quebec, các tòa án có thể tham khảo và góp phần đáng kể vào việc tạo lập một mô hình hướng đến việc giải thích và áp dụng các quy định của CISG về BTHĐHĐ, theo hướng tiếp thu các giá trị pháp lý tiên bộ từ CISG.

Bài viết “The Remedy of Requiring Performance under the CISG and the Relevance of Domestic Rules” (tạm dịch ra tiếng Việt là “Biện pháp buộc thực hiện đúng hợp đồng theo CISG và sự phù hợp với các quy định của pháp luật nội địa”) của tác giả Jianming Shen, S.J.D. đăng trên Tạp chí *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Volume 13 (1996). Bài viết nhấn mạnh tầm quan trọng trong việc nghiên cứu các quy định của CISG về biện pháp BTHĐHĐ trong mối tương quan với các quy định tương ứng của pháp luật Trung Quốc về BTHĐHĐ. Bởi lẽ, ngay cả khi CISG được áp dụng đối với hợp đồng MBHHQT của các bên thì xét trong điều kiện áp dụng biện pháp BTHĐHĐ, quy định tại Điều 28 CISG vẫn đặt ra yêu cầu phải nghiên cứu pháp luật nội địa của quốc gia thành viên về vấn đề này. Do vậy, việc Tòa án xem xét có áp dụng biện pháp BTHĐHĐ hay không vẫn liên quan đến các quy định của pháp luật Trung Quốc. Đồng thời, tác giả cũng đánh giá khả năng tiếp nhận các kinh nghiệm từ CISG theo hướng phù hợp với truyền thống pháp lý của quốc gia này.

Từ các công trình nghiên cứu tiêu biểu nêu trên có thể thấy các học giả nước ngoài trong các nghiên cứu của mình đã phân tích các vấn đề pháp lý đặt ra liên quan đến việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ theo CISG từ nhiều góc nhìn khác nhau, phản ánh các quan điểm pháp lý ảnh hưởng từ các truyền thống pháp luật khác nhau, mà mục tiêu của những phân tích này nhằm góp phần giúp hiểu rõ và áp dụng thống nhất các quy định của CISG theo tinh thần được ghi nhận tại Điều 7 CISG.

Một số công trình đi sâu nghiên cứu các quy định của CISG về biện pháp BTHĐHĐ trong mối tương quan với pháp luật nội địa của quốc gia, nhằm đánh giá mức độ tương thích giữa quy định của CISG tại quốc gia đó. Rộng hơn, việc phân tích này không chỉ dừng ở việc đánh giá khả năng biện pháp BTHĐHĐ theo CISG

được áp dụng tại một quốc gia cụ thể, mà đồng thời đánh giá xu hướng tiếp nhận những giá trị pháp lý phù hợp khi áp dụng biện pháp này của pháp luật các nước trong xu thế chung của quá trình hội nhập, phản ánh sự xích lại gần nhau của các hệ thống pháp luật trong tiến trình đó.

1.1.2 Tình hình nghiên cứu ở trong nước

Tại Việt Nam, từ khi CISG có hiệu lực từ ngày 01/01/2017 đến nay, hiện chưa có công trình nào nghiên cứu chuyên sâu và có hệ thống về biện pháp BTHĐHĐ theo CISG trong mối tương quan với pháp luật Việt Nam nhằm vào mục đích trên. Việc phân tích tổng quan tình hình nghiên cứu ở Việt Nam sẽ cho thấy rõ điều này.

Thông qua việc tìm hiểu các tài liệu nghiên cứu của Việt Nam về chế tài BTHĐHĐ, NCS nhận thấy các nghiên cứu đáng chú ý sau đây:

Sách chuyên khảo “Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế theo CISG: Quy định và Án lệ” do tác giả Nguyễn Bá Bình chủ biên, NXB Tư pháp, năm 2011 đã phân tích, làm sáng tỏ nội dung quy định về CISG và viện dẫn, phân tích gần 200 án lệ về CISG. Trong đó, các mục 7.2 (trang 181 – 186) và 9.1 (trang 237 -245) nghiên cứu trực tiếp về biện pháp BTHĐHĐ. Các án lệ được phân tích và bình luận trong hai mục này cũng góp phần cho thấy thực tiễn án lệ về CISG rất đa dạng. Nội dung phân tích trong sách này cũng chỉ ra rằng trên thực tế, trong một số trường hợp, bên cạnh các quy định thành văn của CISG về BTHĐHĐ còn rất cần dựa vào các án lệ để việc áp dụng được hiệu quả. Do vậy tài liệu này có giá trị tham khảo cho NCS khi nghiên cứu nội dung về thực tiễn áp dụng biện pháp BTHĐHĐ theo CISG.

Bài viết “Một số vấn đề về biện pháp xử lý việc không thực hiện đúng hợp đồng theo pháp luật Việt Nam” của nhóm tác giả Hồ Ngọc Hiền và Đỗ Giang Nam đăng trên Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 09(385)/2019, trang 15 – 23. Một phần của bài viết phân tích các điểm hạn chế của pháp luật Việt Nam về BTHĐHĐ, trong đó tập trung vào hai vấn đề (i). Cơ chế bảo đảm thực thi hiệu quả chế tài BTHĐHĐ và (ii). Khả năng bên có quyền có thể lạm dụng quyền của mình ảnh hưởng quá mức đến quyền lợi của phía bên kia. Như vậy, vấn đề giới hạn phạm vi áp dụng chế tài BTHĐHĐ đã phần nào được đề cập trong bài viết này, cung cấp một số thông tin hữu ích có giá trị tham khảo cho các nghiên cứu tiếp theo. Tuy nhiên, bài viết cũng chưa tập trung phân tích riêng về biện pháp BTHĐHĐ, nhằm giải quyết thấu đáo vấn đề pháp lý đặt ra là việc áp dụng chế tài BTHĐHĐ được đặt trong giới hạn nào để đảm bảo cân bằng lợi ích hợp pháp của các bên và đảm bảo tối ưu hóa giá trị lợi ích này khi các yếu tố tác động đến việc xác lập, thực hiện hợp đồng giữa các bên không ngừng thay đổi.

Bài viết “Quyền buộc thực hiện hợp đồng theo quy định của Công ước Liên hợp quốc về hợp đồng MBHHQT - Một số đề xuất cho Việt Nam” của nhóm tác giả Nguyễn Thị Lan Hương và Ngô Nguyễn Thảo Vy đăng trên Tạp chí Khoa học pháp lý, Số 7(110)/2017, trang 48 – 57. Bài viết phân tích một số vấn đề pháp lý cơ bản liên quan đến căn cứ, phạm vi áp dụng, mối quan hệ giữa chế tài BTHĐHĐ với các chế tài khác theo CISG, có liên hệ với pháp luật Việt Nam và nêu một số đề xuất nhằm sửa đổi, bổ sung quy định của Luật Thương mại 2005 về chế tài BTHĐHĐ. Tuy nhiên, như tên gọi của bài viết và cũng do giới hạn của một bài báo khoa học, bài viết này mới chỉ phân tích BTHĐHĐ với ý nghĩa là quyền của bên bị vi phạm và chưa thực sự phân tích các khía cạnh pháp lý liên quan đến việc áp dụng chế tài BTHĐHĐ theo CISG.

Năm 2013, tác giả Đỗ Văn Đại đã công bố công trình nghiên cứu “Các biện pháp xử lý việc không thực hiện đúng hợp đồng trong pháp luật Việt Nam” (Nhà xuất bản Chính trị Quốc gia, sách chuyên khảo, tái bản có sửa chữa, bổ sung). Trong quyển sách này, chế tài BTHĐHĐ được đề cập chủ yếu ở một phần của Chương 1 với tính chất là một biện pháp xử lý việc không thực hiện đúng hợp đồng do pháp luật quy định mà bên có quyền có thể sử dụng để khắc phục vi phạm. Quyển sách phân tích các quy định của pháp luật Việt Nam về BTHĐHĐ, chủ yếu đối chiếu, so sánh với pháp luật của Pháp và PICC, đồng thời nêu một số đề xuất hoàn thiện quy định của pháp luật Việt Nam về BTHĐHĐ. Các đề xuất này chủ yếu tập trung vào hai vấn đề: (i). Xác định phạm vi áp dụng của nguyên tắc buộc tiếp tục thực hiện đúng hợp đồng và (ii). Nâng cao tính khả thi của biện pháp buộc tiếp tục thực hiện đúng hợp đồng. Đây cũng là một trong những nội dung được nghiên cứu trong luận án. Tuy nhiên, công trình này chưa phân tích sâu về BTHĐHĐ theo quy định của CISG và cũng chưa phân tích những vấn đề lý luận và thực tiễn về áp dụng biện pháp này khi thực hiện hợp đồng MBHH quốc tế.

Năm 2015, với luận án “Vi phạm cơ bản hợp đồng theo quy định của Công ước Viên năm 1980 về hợp đồng MBHHQT và định hướng hoàn thiện các quy định có liên quan của pháp luật Việt Nam” (Luận án tiến sĩ luật học, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh), tác giả Võ Sỹ Mạnh đã tập trung nghiên cứu các quy định về vi phạm cơ bản theo CISG, các yếu tố cấu thành vi phạm cơ bản thông qua thực tiễn xét xử của Tòa án và Trọng tài của một số quốc gia thành viên CISG, đối chiếu so sánh với quy định của pháp luật Việt Nam và đề xuất giải pháp hoàn thiện quy định của pháp luật Việt Nam về vi phạm cơ bản hợp đồng. Tài liệu này có giá trị tham khảo cho NCS khi nghiên cứu nội dung về căn cứ áp dụng chế tài BTHĐHĐ (buộc giao hàng thay thế) do vi phạm cơ bản. Mặc dù vậy, luận án này không

ngiên cứu chủ yếu về biện pháp BTHĐHĐ theo CISG, mà tập trung vào biện pháp hủy bỏ hợp đồng.

Như vậy, các công trình nghiên cứu trong nước đã phần nào đề cập đến một số khía cạnh pháp lý về biện pháp BTHĐHĐ và việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ theo CISG, một số công trình có đối chiếu, so sánh với các quy định của pháp luật Việt nam về chế tài BTHĐHĐ. Tuy nhiên, các công trình nghiên cứu này chỉ nghiên cứu hoặc đề cập đến một phần hoặc đơn lẻ một số nội dung liên quan đến căn cứ, phạm vi áp dụng, cách thức áp dụng, hậu quả pháp lý và mối quan hệ giữa chế tài BTHĐHĐ và các chế tài khác, mà chưa đi sâu nghiên cứu, phân tích một cách đầy đủ, cụ thể và toàn diện những vấn đề lý luận và thực tiễn về biện pháp này theo CISG; cũng chưa phân tích sự cần thiết phải hiểu đúng về bản chất pháp lý của biện pháp này. Bởi lẽ, đằng sau các quy định của CISG là nền tảng lý thuyết về BTHĐHĐ – hướng các bên đến việc thực hiện hợp đồng theo cách thức hiệu quả nhất. Theo đó, BTHĐHĐ phải gắn với các yếu tố: (a) bảo vệ lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện; đồng thời (b) bảo đảm yếu tố hiệu quả và cân bằng lợi ích của các bên.

Mặt khác, một phần đáng kể các nghiên cứu của các tác giả đi trước được thực hiện khi Việt Nam chưa gia nhập CISG hoặc khi CISG chưa có hiệu lực áp dụng đối với Việt Nam, cho nên cũng chưa đặt trọng tâm nghiên cứu BTHĐHĐ theo CISG một cách toàn diện cả về lý luận và thực tiễn.

1.1.3 Đánh giá tổng quan tình hình nghiên cứu

1.1.3.1 Những vấn đề liên quan đến luận án đã được giải quyết và làm rõ

Từ việc phân tích tổng quan tình hình nghiên cứu ở trong nước và ở nước ngoài trên đây, NCS rút ra các điểm sau đây:

Thứ nhất, các công trình nghiên cứu đã góp phần làm rõ một số đặc điểm của biện pháp BTHĐHĐ theo CISG, cũng như mối quan hệ giữa biện pháp này với một số biện pháp khác trong hệ thống các biện pháp khắc phục vi phạm được CISG quy định.

Thứ hai, một số công trình nghiên cứu đã có sự so sánh giữa quy định của CISG về biện pháp BTHĐHĐ với quy định tương ứng trong pháp luật nội địa (ví dụ pháp luật của Đức, Pháp, Anh, Hoa Kỳ, Phần Lan, Trung Quốc...), của PICC và của PECL và chỉ ra những điểm chưa rõ ràng trong quy định của CISG.

Thứ ba, một số công trình nghiên cứu đã phân tích thực tiễn áp dụng quy định của CISG về biện pháp BTHĐHĐ dựa trên các bản án của Tòa án quốc gia.

Thứ tư, tại Việt Nam đã có một số bài viết phân tích biện pháp BTHĐHĐ từ trước khi CISG có hiệu lực áp dụng đối với Việt Nam với những phân tích về vai trò, ý nghĩa và yêu cầu của chế tài này nói chung, chưa đi sâu nghiên cứu, phân tích

một cách đầy đủ, cụ thể và toàn diện những vấn đề lý luận và thực tiễn về biện pháp này theo CISG.

1.1.3.2 Những vấn đề còn bỏ ngỏ và nhiệm vụ của luận án

Từ các điểm nêu trên, NCS nhận thấy có ba vấn đề quan trọng, liên quan đến đề tài của luận án, còn bỏ ngỏ hoặc chưa được luận giải rõ. Đó là:

Thứ nhất, chưa có công trình nào phân tích, luận giải để làm rõ vì sao biện pháp BTHĐHĐ theo CISG có ý nghĩa quan trọng trong số các biện pháp khắc phục vi phạm đối với Việt Nam, cả về lý luận và thực tiễn. Biện pháp BTHĐHĐ theo CISG phản ánh triết lý nền tảng nào đằng sau đó và lý thuyết nào tạo cơ sở cho biện pháp này?

Thứ hai, chưa có công trình nào ở Việt Nam nghiên cứu cụ thể quy định của CISG đã phản ánh triết lý nền tảng về BTHĐHĐ ở mức độ nào và nghiên cứu thực tiễn áp dụng biện pháp này tại các nước thành viên của CISG để rút ra bài học kinh nghiệm cho Việt Nam.

Thứ ba, chưa có công trình nào phân tích một cách đầy đủ, cụ thể các quy định về BTHĐHĐ theo Luật Thương mại 2005 đặt trong mối quan hệ với các quy định tương ứng của CISG về BTHĐHĐ. Vì chưa có công trình nào giải quyết vấn đề này nên cũng chưa có lời giải cho câu hỏi là: Quy định của CISG về biện pháp BTHĐHĐ có ưu việt gì hơn quy định về chế tài này trong Luật Thương mại 2005? Kinh nghiệm pháp lý nào từ CISG có thể được tiếp nhận để hoàn thiện các quy định có liên quan của Luật Thương mại 2005 mà vẫn đảm bảo phù hợp với truyền thống pháp lý của Việt Nam?

Ba vấn đề này cũng là ba nhiệm vụ mà NCS phải luận giải để làm rõ trong luận án của mình.

1.2 Cơ sở lý thuyết và phương pháp nghiên cứu

1.2.1 Cơ sở lý thuyết

1.2.1.1 Câu hỏi nghiên cứu và giả thuyết nghiên cứu

Câu hỏi nghiên cứu tổng quát của luận án

Để thực hiện luận án “Buộc thực hiện đúng hợp đồng theo Công ước Viên 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế”, NCS đã đặt ra câu hỏi nghiên cứu tổng quát như sau: “Biện pháp BTHĐHĐ theo CISG được quy định dựa trên nền tảng lý thuyết nào và phản ánh triết lý nào đằng sau đó? Triết lý này tác động như thế nào đến việc tiếp nhận các kinh nghiệm pháp lý từ CISG nhằm hoàn thiện các quy định có liên quan của Luật Thương mại 2005?”

Giả thuyết nghiên cứu

Biện pháp BTHĐHĐ dựa trên nền tảng lý thuyết về sự ràng buộc của nghĩa vụ hợp đồng và phản ánh triết lý hướng các bên đến việc thực hiện hợp đồng theo cách thức hiệu quả nhất. Theo đó, BTHĐHĐ phải gắn với hai yếu tố: (a) bảo vệ lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện; đồng thời (b) bảo đảm yếu tố hiệu quả và cân bằng lợi ích của các bên. Do CISG đặt trọng tâm vào việc hướng các bên đến việc thực hiện hợp đồng nên các quy định cụ thể của CISG về BTHĐHĐ thể hiện việc tiếp cận ở phạm vi rộng nhất việc bảo vệ lợi ích có được khi chính nghĩa vụ hợp đồng được thực hiện. Các quy định này cũng đồng thời có sự gắn kết yếu tố cân bằng lợi ích và có cân nhắc đến yếu tố hiệu quả, nhằm mục đích bảo vệ bên vi phạm và bên bị vi phạm trên cơ sở công bằng và hợp lý. Các quy định gắn kết giữa mục đích khắc phục vi phạm và yếu tố cân bằng lợi ích của các bên theo CISG chứa đựng các giá trị pháp lý tiến bộ, phù hợp cho việc tham khảo nhằm mục đích hoàn thiện các quy định có liên quan của Luật Thương mại 2005.

Kết quả nghiên cứu sẽ chỉ ra được:

Đối với việc nghiên cứu CISG, việc tìm hiểu cơ sở lý luận về BTHĐHĐ giúp hiểu rõ các quy định của CISG về BTHĐHĐ được xây dựng dựa trên nền tảng nào, từ đó hiểu đúng và áp dụng thống nhất các quy định của CISG về BTHĐHĐ. Đối với khoa học pháp lý Việt Nam, việc nghiên cứu dưới góc độ lý luận về biện pháp BTHĐHĐ theo CISG giúp định hình một tư duy pháp lý phù hợp về mục đích của biện pháp này, nhằm đảm bảo tính hiệu quả của việc thực hiện hợp đồng. Việc nghiên cứu một cách hệ thống, chuyên sâu dưới góc độ lý luận và thực tiễn về biện pháp BTHĐHĐ còn giúp củng cố một nền tảng lý thuyết vững chắc mà dựa trên đó, các quy định của Luật Thương mại 2005 có thể được bổ sung hoặc sửa đổi phù hợp, nhằm phản ánh nền tảng lý thuyết này. Đây là điểm mới của luận án và do vậy, luận án sẽ là công trình khoa học có giá trị tham khảo cho việc nghiên cứu, giảng dạy và học tập về pháp luật hợp đồng nói chung và các biện pháp chế tài trong thương mại nói riêng tại các cơ sở đào tạo luật và thực hành nghề luật.

Để giải quyết câu hỏi nghiên cứu tổng quát trên, NCS đặt ra các câu hỏi nghiên cứu chi tiết. Việc trả lời các câu hỏi chi tiết giúp tìm được đáp án đầy đủ cho câu hỏi tổng quát nêu trên. Các câu hỏi chi tiết đó là:

(i) Nhóm câu hỏi thứ nhất:

Các quy định về biện pháp BTHĐHĐ theo CISG được xây dựng dựa trên cơ sở lý luận nào và có vai trò, ý nghĩa như thế nào trong hệ thống các biện pháp khắc phục vi phạm của CISG?

Giả thuyết nghiên cứu

Biện pháp BTHĐHĐ theo CISG được xây dựng dựa trên cơ sở sự kết hợp của hai luận điểm trung tâm: (i) sự ràng buộc phải thực hiện nghĩa vụ đã cam kết; và (ii) việc buộc thực hiện phải đảm bảo cân bằng lợi ích của các bên.

Các biện pháp khắc phục vi phạm theo CISG được quy định với tính chất là các biện pháp hướng đến việc thực hiện hợp đồng, trong đó biện pháp BTHĐHĐ giữ vai trò cốt yếu, thể hiện rõ nét nhất đặc trưng này trong hệ thống các biện pháp pháp lý của CISG. Việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ theo CISG có ý nghĩa quan trọng trong việc (a) khắc phục vi phạm, hướng các bên đến việc thực hiện hợp đồng; (b) bảo vệ lợi ích mà các bên mong đợi từ việc hợp đồng được thực hiện đúng, góp phần duy trì tính ổn định của quan hệ hợp đồng và (c) hướng đến tạo lập sự cân bằng về lợi ích để hợp đồng được thực hiện theo cách thức hiệu quả nhất.

Kết quả nghiên cứu sẽ chỉ ra được:

Việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ theo CISG bảo vệ tốt nhất lợi ích của các bên khi chính nghĩa vụ hợp đồng được thực hiện đúng. Tuy nhiên, biện pháp này không phải trong trường hợp nào cũng có thể áp dụng. Thay vào đó, việc giới hạn phạm vi áp dụng của biện pháp này là cần thiết nhằm đảm bảo hiệu quả của việc thực hiện hợp đồng, trong điều kiện cần tính đến yếu tố khắc phục vi phạm nhưng cũng đảm bảo cân bằng lợi ích của các bên trong hợp đồng, hạn chế đến mức thấp nhất các hệ quả bất hợp lý do việc áp dụng biện pháp này gây ra.

(ii) Nhóm câu hỏi thứ hai:

Các quy định cụ thể của CISG về BTHĐHĐ đã phản ánh nền tảng lý thuyết trên ở mức độ nào? Thực tiễn áp dụng biện pháp BTHĐHĐ theo CISG tại các nước thành viên đi trước Việt Nam đặt ra vấn đề gì và đâu là kinh nghiệm cho Việt Nam?

Giả thuyết nghiên cứu:

Các quy định cụ thể của CISG về BTHĐHĐ thể hiện việc tiếp cận ở phạm vi rộng nhất việc bảo vệ lợi ích có được khi chính nghĩa vụ hợp đồng được thực hiện, bằng các quy định khuyến khích việc thực hiện hợp đồng đến cùng. Theo đó, quyền được thực hiện hợp đồng không chỉ xuất phát từ yêu cầu BTHĐHĐ của bên bị vi phạm, mà còn xuất phát từ quyền khắc phục sau vi phạm của bên vi phạm. Đồng thời, các quy định này cũng gắn kết yếu tố cân bằng lợi ích và có cân nhắc đến yếu tố hiệu quả. Thực tiễn áp dụng biện pháp BTHĐHĐ tại các nước thành viên đi trước Việt Nam đã đặt ra vấn đề làm thế nào để mục đích hướng đến việc thực hiện hợp đồng không phá vỡ yếu tố cân bằng lợi ích hợp pháp của các bên, cũng như không vượt quá giới hạn hợp lý mà nguyên tắc thiện chí khi xác lập và thực hiện hợp đồng hướng đến. Việt Nam có thể tiếp nhận kinh nghiệm từ các nước thành viên đi trước

đối với các vấn đề pháp lý liên quan đến điều kiện áp dụng, cách thức áp dụng và việc giải quyết mối quan hệ giữa biện pháp BTHĐHĐ và các biện pháp khác theo CISG.

Kết quả nghiên cứu sẽ chỉ ra được:

Kết quả nghiên cứu chỉ ra cách thức và mức độ mà các quy định cụ thể của CISG về BTHĐHĐ hướng đến (a) bảo vệ lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện; và (b) bảo vệ yếu tố hiệu quả trong thực hiện hợp đồng. Kết quả mà CISG đã tạo ra là sự đối ứng và cân bằng về quyền được thực hiện hợp đồng, thông qua cơ chế bảo vệ quyền BTHĐHĐ của bên bị vi phạm và cơ chế bảo vệ quyền được khắc phục sau vi phạm của bên vi phạm. Yếu tố cân bằng được thể hiện ở hai khía cạnh: (1) nếu quyền yêu cầu BTHĐHĐ của bên bị vi phạm được bảo vệ ở mức cao nhất thì tương ứng với đó là các quy định nhằm giới hạn phạm vi áp dụng quyền này (để bảo vệ bên vi phạm) ở mức độ hợp lý; và (2) nếu quyền được khắc phục sau vi phạm được bảo đảm cho bên vi phạm thì tương ứng với đó là các quy định nhằm xác lập các điều kiện nghiêm ngặt để quyền này được thực hiện một cách phù hợp (để bảo vệ bên bị vi phạm).

(iii) Nhóm câu hỏi thứ ba:

Vì sao thương nhân Việt Nam, cơ quan giải quyết tranh chấp của Việt Nam cần hiểu đúng các quy định của CISG về BTHĐHĐ theo CISG? Quy định của Luật Thương mại 2005 về chế tài BTHĐHĐ có bất cập gì và cách thức nào để khắc phục những bất cập đó? Những kinh nghiệm pháp lý nào từ CISG có thể được tiếp nhận để hoàn thiện các quy định có liên quan của Luật Thương mại 2005? Vì sao các kinh nghiệm pháp lý từ CISG lại phù hợp cho việc hoàn thiện các quy định có liên quan trong Luật Thương mại 2005?

Giả thuyết nghiên cứu:

Việc hiểu biết đầy đủ các quy định của CISG về biện pháp BTHĐHĐ giúp các doanh nghiệp Việt Nam tuân thủ và áp dụng đúng các quy định này, một mặt không chỉ bảo đảm lợi ích kinh tế, mà mặt khác còn hạn chế việc đẩy bên vi phạm vào tình trạng phải gánh chịu hậu quả bất lợi quá mức. Đối với cơ quan giải quyết tranh chấp của Việt Nam, việc hiểu đúng các quy định của CISG về biện pháp BTHĐHĐ giúp cho việc áp dụng biện pháp này đạt được hiệu quả và phù hợp với điều kiện kinh tế, xã hội và truyền thống pháp lý của Việt Nam.

Các quy định về chế tài BTHĐHĐ theo Luật Thương mại 2005 chưa thực sự gắn với yếu tố đảm bảo cân bằng lợi ích của các bên. Các quy định này chưa tạo cơ sở cho quyền khắc phục sau vi phạm và cùng với đó là quyền được chọn cách thức phù hợp nhất để hợp đồng được thực hiện đúng. Đồng thời, quy định này còn bất

cập trong việc giảm thiểu khả năng bên bị vi phạm trì hoãn một cách bất hợp lý việc đưa ra quyết định áp dụng chế tài khi đã biết về vi phạm, dẫn đến hậu quả phát sinh các chi phí bất lợi cho bên vi phạm. Các bất cập này có thể được khắc phục dựa trên việc tiếp nhận các kinh nghiệm pháp lý từ CISG.

Kết quả nghiên cứu sẽ chỉ ra được:

BTHĐHĐ là biện pháp cơ bản để khắc phục vi phạm và bảo vệ tốt nhất lợi ích của các bên nếu việc tạo lập khung pháp lý về BTHĐHĐ hướng các bên đến việc thực hiện hợp đồng theo cách thức hiệu quả nhất. Điều này giúp giải quyết các vấn đề cơ bản đặt ra từ thực tiễn pháp lý của Việt Nam: (i) thứ nhất, phân định các trường hợp áp dụng và các trường hợp không áp dụng biện pháp BTHĐHĐ (giới hạn phạm vi áp dụng); và (ii) thứ hai, cách thức áp dụng biện pháp BTHĐHĐ theo hướng gắn kết với mục tiêu cân bằng lợi ích của các bên. Thông qua việc nghiên cứu các quy định của Luật Thương mại 2005 về chế tài BTHĐHĐ trong mối tương quan với các quy định của CISG, đối chiếu với thực tiễn tài phán ở Việt Nam, trên cơ sở các kinh nghiệm pháp lý tiếp nhận từ CISG, luận án đề xuất các giải pháp sửa đổi, bổ sung Luật Thương mại 2005 liên quan đến chế tài BTHĐHĐ.

1.2.1.2 Lý thuyết nghiên cứu

Việc nghiên cứu đề tài của luận án được tiến hành trên cơ sở vận dụng các lý thuyết nghiên cứu sau đây:

Thứ nhất, lý thuyết về sự ràng buộc của nghĩa vụ hợp đồng (hay còn gọi là lý thuyết hợp đồng của Kant). Lý thuyết hợp đồng của Kant (Kant's Theory of Contract)⁹ được phát triển bởi Immanuel Kant (1724-1804) - một triết gia người Đức, có ảnh hưởng lớn đến Kỷ nguyên Khai sáng và là một trong những nhà triết học có ảnh hưởng nhất từ trước đến nay, với nhiều nghiên cứu tác động sâu sắc đến các lĩnh vực khác nhau, mà một trong số đó là “Học thuyết về Quyền” (“Doctrine of Right”) – đặt nền móng cho lý thuyết hợp đồng của Kant và câu trả lời cho câu hỏi “Tại sao phải giữ đúng cam kết”¹⁰.

Tư tưởng cốt lõi của lý thuyết hợp đồng của Kant là việc nhấn mạnh tính ràng buộc của nghĩa vụ hợp đồng thông qua cam kết của các bên, theo đó sự ràng buộc này là hệ quả phát sinh từ quyền chủ thể được tạo lập từ chính các cam kết, cho phép bên có quyền có được đối tượng mà bên này hướng đến (sự lựa chọn của bên có nghĩa vụ về việc thực hiện hợp đồng). Điều này tạo cơ sở cho việc quyết

⁹ Tham khảo B. Sharon Byrd và Joachim Hruschka (2010), Kant 's Doctrine of Right: A Commentary, Cambridge University Press, tr.232 – 244; B. Sharon Byrd (1998), Kant's Theory of Contract, 36 Southern Journal of Philosophy, tr.131 – 153.

¹⁰ Tham khảo B. Sharon Byrd và Joachim Hruschka (2006), Kant on “Why must I keep my promise”, 81 Chicago-Kent Law Review 47, tr.47 – 48; B. Sharon Byrd và Joachim Hruschka (2010), (tłđđ), tr. 243 – 244.

định biện pháp khắc phục phù hợp nhất để bảo vệ lợi ích có được từ việc thực hiện hợp đồng – lợi ích thực sự mà bên có quyền đạt được nếu hợp đồng được thực hiện trên thực tế.

Biện pháp BTHĐHĐ – với tính chất là một biện pháp khắc phục do hành vi vi phạm hợp đồng – được áp dụng để khắc phục vi phạm, hướng các bên đến việc thực hiện hợp đồng. Điều này phù hợp với hệ quả của lý thuyết hợp đồng của Kant, theo đó những gì đã cam kết dựa trên ý chí đích thực của các bên thì có hiệu lực bắt buộc đối với các bên và cần được thực hiện đúng.

NCS đã vận dụng lý thuyết này để phân tích về nền tảng tạo cơ sở cho việc BTHĐHĐ theo CISG. Đồng thời, lý thuyết này tạo tiền đề cho cách tiếp cận và phân tích khía cạnh pháp lý cơ bản mà CISG hướng đến - bảo vệ lợi ích của các bên khi chính nghĩa vụ hợp đồng được thực hiện trên thực tế.

Thứ hai, lý thuyết hiệu quả Pareto. Lý thuyết hiệu quả Pareto hay còn gọi là tối ưu Pareto là một trong những lý thuyết trung tâm của kinh tế học, được Vilfredo Federico Damaso Pareto (1848 – 1923) đưa ra trong tác phẩm *Manual of Political Economy* được xuất bản năm 1909. Theo lý thuyết này, “với một nhóm các cá nhân và nhiều cách phân bổ nguồn lực khác nhau cho mỗi cá nhân trong nhóm đó, việc chuyển từ một phân bổ này sang một phân bổ khác mà làm ít nhất một cá nhân có điều kiện tốt hơn nhưng không làm cho bất cứ một cá nhân nào khác có điều kiện xấu đi được gọi là một sự cải thiện Pareto hay một sự tối ưu hóa Pareto. Khi đạt được một phân bổ mà không còn cách nào khác để đạt thêm sự cải thiện Pareto, cách phân bổ đó được gọi là hiệu quả Pareto hoặc tối ưu Pareto”¹¹.

Việc nghiên cứu về biện pháp BTHĐHĐ chịu ảnh hưởng từ lý thuyết hiệu quả Pareto, theo đó việc áp dụng các biện pháp khắc phục nhằm tối ưu hóa lợi ích mà các bên có thể đạt được, đồng thời không gây thiệt hại cho bên nào trong hợp đồng. Để có thể đạt được mục đích tối ưu hóa lợi ích của các bên mà lý thuyết hiệu quả Pareto hướng đến, việc áp dụng chế tài BTHĐHĐ cần đặt trong một giới hạn nhất định, có tính đến nguyên tắc giới hạn trách nhiệm của pháp luật hợp đồng và nguyên tắc thiện chí khi thực hiện hợp đồng. Theo đó, tính hiệu quả của việc thực hiện hợp đồng cần được xét đến khi đã xem xét điều kiện cụ thể trong giao dịch giữa các bên, nhằm đảm bảo vi phạm được khắc phục nhưng không dẫn đến hậu quả gây thiệt hại quá mức cho bên vi phạm.

Với nội dung này, NCS đã vận dụng lý thuyết này khi phân tích biện pháp BTHĐHĐ theo CISG từ khía cạnh tối ưu hóa giá trị lợi ích khi xét đến việc buộc

¹¹ Về lý thuyết hiệu quả Pareto (Pareto efficiency theory), tham khảo Vilfredo Pareto (2014), *Manual Political Economy: A Variorum Translation and Critical Edition*, Oxford University Press.

thực hiện hợp đồng, bảo vệ bên vi phạm ở một mức độ nhất định dựa trên yếu tố công bằng và hợp lý.

1.2.2 Phương pháp nghiên cứu

Để thực hiện đề tài nêu trên, NCS sử dụng các phương pháp nghiên cứu điển hình trong lĩnh vực luật học như sau:

Thứ nhất, phương pháp phân tích, phương pháp tổng hợp và phương pháp hệ thống hóa những vấn đề lý luận liên quan đến đề tài của Luận án được sử dụng chủ yếu ở Chương 1 và Chương 2 nhằm hệ thống hóa các luận điểm mang tính lý luận về biện pháp BTHĐHĐ, tập trung vào khái niệm, đặc điểm, nền tảng lý thuyết tạo cơ sở cho quy định về BTHĐHĐ theo CISG và giới hạn phạm vi áp dụng của biện pháp này. Đồng thời, phương pháp phân tích được sử dụng chủ yếu ở Chương 3 nhằm làm rõ mục đích, chức năng và nội hàm của các quy định về biện pháp BTHĐHĐ theo CISG. Phương pháp này được vận dụng trên cơ sở nghiên cứu sâu về nguồn gốc, thể chế pháp luật, các học thuyết pháp lý mà dựa vào đó các quy định này được xây dựng.

Thứ hai, phương pháp nghiên cứu so sánh luật được sử dụng chủ yếu ở Chương 2 và Chương 4. Phương pháp này cho phép nghiên cứu các nền tảng lý thuyết đến từ các hệ thống pháp luật khác nhau, chủ yếu là từ hệ thống pháp luật châu Âu lục địa và hệ thống thông luật về biện pháp BTHĐHĐ, giúp làm rõ bản chất pháp lý của biện pháp BTHĐHĐ theo CISG. Phương pháp này cũng được sử dụng trong Chương 4 để phân tích từ góc độ so sánh các quy định về BTHĐHĐ theo CISG và các quy định về BTHĐHĐ theo Luật Thương mại 2005. Nghiên cứu so sánh không chỉ giúp giải thích các yếu tố dẫn đến sự tương đồng hoặc khác biệt giữa hai nguồn luật, mà quan trọng hơn nhằm đánh giá sự phù hợp của các quy định của CISG về BTHĐHĐ với truyền thống pháp lý của Việt Nam, từ đó đúc kết các kinh nghiệm pháp lý phù hợp để hoàn thiện các quy định có liên quan của Luật Thương mại 2005.

Thứ ba, phương pháp phân tích án lệ/bình luận án được sử dụng chủ yếu ở Chương 3 và Chương 4. Phương pháp này được áp dụng để phân tích/bình luận các phán quyết tiêu biểu được lựa chọn từ các nước thành viên của CISG áp dụng quy định của CISG về BTHĐHĐ. Do mỗi phán quyết đều chứa đựng các tình huống thực tiễn, vấn đề pháp lý phát sinh và các lập luận pháp lý của các cơ quan tài phán, nên việc sử dụng phương pháp phân tích án lệ/bình luận án giúp làm rõ các quan điểm pháp lý của các cơ quan tài phán và trên cơ sở đó, người nghiên cứu có các nhận xét, đánh giá quan điểm của các cơ quan tài phán này về các vấn đề của đối tượng nghiên cứu. Đồng thời, một số vụ việc điển hình ở Việt Nam chứa đựng các

vấn đề pháp lý tương tự cũng được phân tích, nhằm tìm kiếm các quan điểm pháp lý của cơ quan tài phán Việt Nam về việc giải quyết vấn đề theo pháp luật Việt Nam, từ đó nhận xét và đánh giá sự phù hợp của các quan điểm hoặc giải pháp pháp lý cho vấn đề được nêu. Thông qua đó, các bất cập của Luật Thương mại 2005 liên quan đến việc áp dụng chế tài BTHĐHĐ cũng được tìm thấy và đặt ra yêu cầu nghiên cứu kinh nghiệm từ CISG để hoàn thiện các quy định có liên quan này.

Các phương pháp nghiên cứu nêu trên được sử dụng xuyên suốt trong quá trình nghiên cứu toàn bộ đề tài luận án. Tuy nhiên, xuất phát từ yêu cầu của việc nghiên cứu và nội dung của từng chương, mục mà mức độ sử dụng mỗi phương pháp có thể khác nhau và phụ thuộc vào các yêu cầu cụ thể của mỗi chương, mục đó.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 1

Thông qua việc tìm hiểu tình hình nghiên cứu, NCS nhận thấy các công trình nghiên cứu ở nước ngoài đã phân tích các vấn đề pháp lý đặt ra liên quan đến việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ theo CISG từ nhiều góc nhìn khác nhau, phản ánh các quan điểm pháp lý ảnh hưởng từ các truyền thống pháp luật khác nhau. Một số công trình nghiên cứu ở nước ngoài đi sâu nghiên cứu các quy định của CISG về biện pháp BTHĐHĐ trong mối tương quan với pháp luật nội địa của quốc gia, nhằm đánh giá mức độ tương thích giữa quy định của CISG và pháp luật quốc gia đó và khả năng áp dụng biện pháp BTHĐHĐ theo CISG tại quốc gia đó. Từ đó, một số công trình cũng nghiên cứu và đánh giá khả năng tiếp nhận các giá trị pháp lý phù hợp từ CISG khi áp dụng biện pháp BTHĐHĐ. Bên cạnh đó, các công trình nghiên cứu trong nước cũng đã đề cập đến các quy định về BTHĐHĐ theo CISG trong tương quan với các quy định tương ứng của pháp luật Việt Nam, nhưng chỉ mới đề cập đến một phần hoặc đơn lẻ một số nội dung liên quan đến căn cứ, phạm vi áp dụng, cách thức áp dụng và mối quan hệ giữa chế tài BTHĐHĐ và các chế tài khác.

Trên cơ sở đó, NCS cho rằng trong phạm vi các công trình mà NCS có thể khảo cứu và tiếp cận, chưa có công trình ở cấp độ tiến sĩ luật học nào nghiên cứu một cách có hệ thống, đầy đủ và cụ thể những vấn đề lý luận và thực tiễn về biện pháp BTHĐHĐ theo CISG, đặt trong mối tương quan với pháp luật Việt Nam, mà cụ thể là Luật Thương mại 2005.

Từ việc phân tích tổng quan về tình hình nghiên cứu, NCS đã chỉ ra những vấn đề đã được giải quyết và những vấn đề còn bỏ ngỏ, từ đó xác định nhiệm vụ của luận án này. Cụ thể, các nhiệm vụ cơ bản liên quan đến đề tài luận án đã được NCS xác định rõ là:

Thứ nhất, nghiên cứu những vấn đề lý luận về biện pháp BTHĐHĐ theo CISG, nhằm làm rõ biện pháp này được xây dựng dựa trên nền tảng nào, phản ánh triết lý nào đằng sau đó; đồng thời làm rõ vì sao biện pháp này có ý nghĩa đặc biệt quan trọng trong số các biện pháp khắc phục vi phạm.

Thứ hai, nghiên cứu các quy định cụ thể của CISG đã phản ánh triết lý nền tảng về BTHĐHĐ ở mức độ nào và nghiên cứu thực tiễn áp dụng biện pháp này tại các nước thành viên của CISG để rút ra bài học kinh nghiệm cho Việt Nam.

Thứ ba, phân tích, đánh giá một cách đầy đủ, cụ thể các quy định về BTHĐHĐ theo Luật Thương mại 2005 đặt trong mối quan hệ với các quy định tương ứng của CISG về BTHĐHĐ; đồng thời rút ra các kinh nghiệm pháp lý từ CISG có thể được tiếp nhận để hoàn thiện các quy định có liên quan của Luật Thương mại 2005 mà vẫn đảm bảo phù hợp với truyền thống pháp lý của Việt Nam.

Các nhiệm vụ nêu trên sẽ được NCS làm rõ theo nội dung được trình bày tại Chương 2, Chương 3 và Chương 4 của luận án.

Để hoàn thành mục đích nghiên cứu đó, NCS cần phải trả lời được câu hỏi: Biện pháp BTHĐHĐ theo CISG được quy định dựa trên nền tảng lý thuyết nào và phản ảnh triết lý nào đằng sau đó? Triết lý này tác động như thế nào đến việc tiếp nhận các kinh nghiệm pháp lý từ CISG nhằm hoàn thiện các quy định có liên quan của Luật Thương mại 2005? NCS đã sử dụng các lý thuyết như: Lý thuyết hợp đồng của Kant và Lý thuyết hiệu quả Pareto để xây dựng cơ sở luận và giải thích các vấn đề trong phạm vi luận án.

Đồng thời, NCS vận dụng kết hợp các phương pháp nghiên cứu như: phương pháp phân tích, phương pháp tổng hợp, phương pháp hệ thống hóa, phương pháp nghiên cứu so sánh luật, phương pháp phân tích án lệ/bình luận án nhằm làm sáng tỏ các luận điểm và nội dung trong luận án.

CHƯƠNG 2: CƠ SỞ LÝ LUẬN VỀ BUỘC THỰC HIỆN ĐÚNG HỢP ĐỒNG THEO CISG

Thông qua việc nghiên cứu khái niệm, đặc điểm pháp lý của BTHĐHĐ theo CISG, chương này cung cấp các luận điểm nhằm nhận biết bản chất pháp lý của biện pháp BTHĐHĐ theo CISG, cũng như làm rõ các triết lý nền tảng, mà dựa vào đó các quy định về BTHĐHĐ theo CISG được hình thành. Việc nghiên cứu các lý thuyết làm cơ sở cho các quy định về BTHĐHĐ của CISG giúp giải quyết câu hỏi vì sao biện pháp BTHĐHĐ theo CISG là biện pháp pháp lý giữ vai trò quan trọng trong việc khắc phục vi phạm và cơ sở nào để xác định biện pháp này bảo vệ được lợi ích mà các bên mong đợi từ việc hợp đồng được thực hiện đúng. Cuối cùng, việc áp dụng BTHĐHĐ theo CISG phải đồng thời thỏa mãn hai yếu tố: (a) bảo vệ lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện; và (b) bảo vệ yếu tố hiệu quả trong thực hiện hợp đồng. Vấn đề pháp lý này được phân tích rõ thông qua các nghiên cứu về giới hạn phạm vi áp dụng biện pháp BTHĐHĐ theo CISG.

2.1 Khái niệm và đặc điểm của buộc thực hiện đúng hợp đồng theo CISG

2.1.1 Khái niệm buộc thực hiện đúng hợp đồng theo CISG

Vấn đề pháp lý đặt ra khi nghiên cứu khái niệm BTHĐHĐ theo CISG là việc xác định phạm vi nội hàm của khái niệm này và thông qua đó xác định được các yếu tố mà CISG đặt trọng tâm và hướng đến bảo vệ khi áp dụng biện pháp BTHĐHĐ. Theo đó, nội hàm của khái niệm này được mở rộng hay thu hẹp tùy thuộc vào việc đặt trọng tâm vào yếu tố nào sau đây: (a) việc bảo vệ lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện hay (b) việc bảo vệ yếu tố hiệu quả trong thực hiện hợp đồng. Vấn đề này có nguồn gốc từ lịch sử hình thành quy định về BTHĐHĐ theo CISG. Do vậy, việc nghiên cứu nguồn gốc hình thành quy định về BTHĐHĐ theo CISG cho phép xác định nội hàm của khái niệm BTHĐHĐ theo CISG dưới sự tác động của hai hệ thống pháp luật tiêu biểu (hệ thống thông luật và hệ thống pháp luật châu Âu lục địa) và quá trình hài hòa hóa pháp luật giữa hai hệ thống này. Trong tiến trình đó, các giá trị pháp lý tiên bộ xuất phát từ pháp luật nội địa của một số quốc gia thuộc các hệ thống pháp luật nêu trên được thừa nhận và đưa vào CISG, nhằm bảo vệ triết lý nền tảng mà CISG hướng đến – xây dựng các biện pháp khắc phục hướng các bên đến việc thực hiện hợp đồng theo cách thức hiệu quả nhất.

2.1.1.1 Nguồn gốc hình thành quy định về buộc thực hiện đúng hợp đồng theo CISG

Quy định của CISG về BTHĐHĐ là kết quả lập pháp có được từ nỗ lực của các quốc gia tuy có sự khác biệt về truyền thống pháp lý nhưng đều có cùng mục đích hướng đến nguyên tắc áp dụng biện pháp khắc phục hợp lý, đảm bảo cân bằng

lợi ích của các bên. Đằng sau các quy định về BTHĐHĐ của CISG là các triết lý nền tảng liên quan có nguồn gốc từ các hệ thống pháp luật tiêu biểu trên thế giới, bao gồm hệ thống thông luật và hệ thống pháp luật châu Âu lục địa. Do vậy, việc nghiên cứu khái niệm BTHĐHĐ theo CISG gắn liền với việc nghiên cứu khái niệm này theo hệ thống thông luật và hệ thống pháp luật châu Âu lục địa, bởi lẽ việc xác định nội hàm của khái niệm BTHĐHĐ theo CISG chịu sự tác động từ cả hai hệ thống pháp luật này¹⁴.

Dựa trên cách tiếp cận của hệ thống pháp luật châu Âu lục địa, BTHĐHĐ theo CISG được áp dụng như một biện pháp pháp lý nhằm hướng các bên đến việc thực hiện đúng hợp đồng, đồng thời bảo vệ lợi ích của bên có quyền một cách đầy đủ nhất từ chính việc hợp đồng được thực hiện đúng. Tuy nhiên, quy định về BTHĐHĐ theo CISG cũng đồng thời chịu ảnh hưởng của hệ thống thông luật với việc giới hạn áp dụng BTHĐHĐ dựa trên nguyên tắc xem xét yếu tố hiệu quả¹⁵. Việc nghiên cứu khái niệm BTHĐHĐ dưới sự tác động của hệ thống thông luật và hệ thống pháp luật châu Âu lục địa cho thấy nội hàm của khái niệm này được mở rộng nếu trọng tâm được đặt vào yếu tố bảo vệ lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện; ngược lại, nội hàm của khái niệm này sẽ thu hẹp tương ứng nếu chú trọng bảo vệ yếu tố hiệu quả trong thực hiện hợp đồng. Việc hiểu rõ vấn đề này cho phép hiểu rõ khái niệm BTHĐHĐ theo CISG, bởi lẽ khái niệm này được xác định tương thích với các yếu tố mà CISG đặt trọng tâm và hướng đến bảo vệ, trên cơ sở chịu ảnh hưởng đồng thời từ hai hệ thống pháp luật tiêu biểu trên.

Theo nghĩa rộng nhất, BTHĐHĐ là biện pháp mà bên bị vi phạm áp dụng để có được đối tượng mà bên này hướng đến khi xác lập hợp đồng, nhằm đạt được mục đích đặt ra vào thời điểm giao kết hợp đồng¹⁶. Tuy nhiên, cũng có quan điểm cho rằng, hiểu theo một nghĩa nào đó, nếu nhằm đảm bảo để bên bị vi phạm có được đối tượng của hợp đồng thì mục đích này có thể đạt được bằng cách này hay cách khác. Biện pháp buộc bồi thường thiệt hại cũng có thể được hiểu là biện pháp hướng đến việc thực hiện hợp đồng theo nghĩa đặt bên bị vi phạm vào vị trí như khi hợp đồng được thực hiện đúng. Nói cách khác, trên cơ sở được bồi thường một khoản tiền, bên bị vi phạm bằng một cách thức khác vẫn có thể có được đối tượng

¹⁴ Tham khảo Schlechtriem and Schwenger (eds) (2010), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3rd edition, Oxford University Press, tr.706; tham khảo Avery W. Katz (2005), *Remedies for Breach of Contract Under CISG*, 25 *International Review of Law and Economics* 378, tr.378 – 379.

¹⁵ Tham khảo Avery W. Katz (2005), (ttd), tr.384.

¹⁶ Tham khảo G. H. Treitel (1988), *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*, Oxford, Clarendon Press, tr.43.

mà bên này hướng đến khi xác lập hợp đồng¹⁷. Do vậy, BTHĐHĐ cần được hiểu theo nghĩa hẹp, theo đó bên bị vi phạm có được đối tượng mà bên này hướng đến khi xác lập hợp đồng bằng cách yêu cầu bên vi phạm thực hiện nghĩa vụ. Nếu hiểu theo nghĩa này, bên bị vi phạm được đặt vào vị trí như khi hợp đồng được thực hiện đúng thông qua việc thực hiện nghĩa vụ của bên vi phạm. Như vậy, BTHĐHĐ là biện pháp mà bên bị vi phạm áp dụng để có được đối tượng mà bên này hướng đến khi xác lập hợp đồng bằng cách yêu cầu bên vi phạm thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng. Tuy nhiên, trên thực tế, khái niệm BTHĐHĐ có thể được tiếp cận với phạm vi khác nhau, tùy thuộc vào hệ thống pháp luật khác nhau. Về cơ bản, BTHĐHĐ theo hệ thống thông luật có phạm vi hẹp hơn so với BTHĐHĐ theo hệ thống pháp luật châu Âu lục địa

BTHĐHĐ theo hệ thống thông luật được hiểu là quyết định của tòa án xuất phát từ luật công bằng, buộc bên vi phạm thực hiện nghĩa vụ hợp đồng¹⁸. Biện pháp này chỉ được áp dụng khi biện pháp bồi thường thiệt hại không đủ để đặt bên bị vi phạm vào vị trí như khi hợp đồng được thực hiện đúng¹⁹. Tuy nhiên, thực tiễn áp dụng cho thấy tòa án còn đặt ra điều kiện áp dụng nghiêm ngặt hơn khi việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ còn phụ thuộc vào sự phù hợp của chế tài này (appropriateness) trong các điều kiện cụ thể²⁰.

Để áp dụng BTHĐHĐ, thay vì chỉ xem xét liệu rằng biện pháp bồi thường thiệt hại có đủ để bù đắp cho bên bị vi phạm, đặt bên này vào vị trí như khi hợp đồng được thực hiện đúng hay không, thì tòa án còn phải giải quyết câu hỏi hẹp hơn: việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ có thực sự hợp lý hơn và công bằng hơn biện pháp bồi thường thiệt hại hay không? Điều này có thể dẫn đến việc biện pháp BTHĐHĐ vẫn có thể không được áp dụng, cho dù biện pháp bồi thường thiệt hại không đủ để bù đắp cho bên bị vi phạm, đặt bên này vào vị trí như khi hợp đồng được thực hiện đúng²¹.

Tư duy tiếp cận này đặt nền tảng cho một vấn đề pháp lý rất quan trọng – việc giới hạn phạm vi áp dụng của biện pháp BTHĐHĐ. Theo đó, tòa án vẫn có thể

¹⁷ Tham khảo G. H. Treitel (1988), (tłđđ), tr.43-44.

¹⁸ Tham khảo G. H. Treitel (1988), (tłđđ), tr.46, Edwin Peel (2015), *The Law of Contract*, Sweet & Maxwell, đoạn 21-016; Melvin A. Eisenberg (2018), *Foundational Principles of Contract Law*, Oxford University Press, tr.295.

¹⁹ Về các yếu tố để xác định liệu rằng biện pháp bồi thường thiệt hại có đủ để đặt bên bị vi phạm vào vị trí như khi hợp đồng được thực hiện đúng hay không (adequacy of damages), tham khảo Edwin Peel (2015), (tłđđ), từ đoạn 21-017 đến đoạn 21-028.

²⁰ Tham khảo Edwin Peel (2015), (tłđđ), đoạn 21-028; David Winterton (2015), *Money Awards in Contract Law*, Hart Publishing, tr.137.

²¹ Tham khảo Edwin Peel (2015), (tłđđ), đoạn 21-028.

từ chối áp dụng biện pháp BTHĐHĐ dựa trên lẽ công bằng, chẳng hạn như trong trường hợp việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ dẫn đến việc bên vi phạm phải chịu khoản chi phí bất hợp lý quá mức so với lợi ích mà bên bị vi phạm đạt được²². Do vậy, có thể nhận thấy việc hạn chế biện pháp BTHĐHĐ theo hệ thống thông luật về cơ bản phụ thuộc vào nguyên tắc giới hạn dựa trên việc xem xét yếu tố hiệu quả (efficiency-based limitation)²³. Theo đó, yếu tố hiệu quả được xem là yếu tố quan trọng để cân bằng giữa quyền của bên bị vi phạm (được đảm bảo lợi ích có được từ việc thực hiện hợp đồng) và việc bảo vệ lợi ích hợp pháp của bên vi phạm²⁴.

Xét từ góc độ yếu tố hiệu quả, việc thực thi quyền không gây hại quá mức cho lợi ích của bên có nghĩa vụ. Do vậy, cho dù biện pháp bồi thường thiệt hại không thực sự bảo vệ hoàn toàn lợi ích có được từ việc thực hiện hợp đồng của bên bị vi phạm thì biện pháp này vẫn được áp dụng (thay vì áp dụng BTHĐHĐ) nếu việc BTHĐHĐ gây hại quá mức cho lợi ích của bên có nghĩa vụ, chẳng hạn như chi phí mà bên vi phạm phải chịu để thực hiện đúng hợp đồng vượt nhiều lần so với lợi ích mà bên bị vi phạm nhận được. Cho nên, việc quyết định áp dụng biện pháp BTHĐHĐ không chỉ phụ thuộc vào việc xem xét liệu rằng biện pháp bồi thường thiệt hại có đủ để bù đắp cho bên bị vi phạm hay không; mà còn phụ thuộc vào việc biện pháp này có thực sự phù hợp hay không. Bởi lẽ, biện pháp BTHĐHĐ được xem là phù hợp nếu (i) dẫn đến việc thực hiện đúng hợp đồng như các bên đã thỏa thuận và đồng thời (ii) không đặt gánh nặng bất hợp lý lên bên còn lại của hợp

²² Về vấn đề này, tham khảo John Honnold (1999), *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd edn, The Hague: Kluwer Law International, tr.460 – 464; G. H. Treitel (1988), (tłđđ), tr.46, 74; Daniel Friedmann (2008), “Economic Aspects of Damages and Specific Performance” in Djahongir Saidov and Ralph Cunnington (2008), *Contract Damages – Domestic and International Perspectives*, Hart Publishing, tr.90; Daniel Markovits, Alan Schwartz (2011), *The Myth of Efficiency Breach: New Defenses of the Expectation Interest*, 97 *Virginia Law Review* 1939, tr. 1950 – 1951; Melvin A. Eisenberg (2005), *Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law*, 93 *California Law Review* 975, tr. 1015; Anthony Ogus (2008), “The Economic Basis of Damages for Breach of Contract: Inducement and Expectation” in Djahongir Saidov and Ralph Cunnington (2008), *Contract Damages – Domestic and International Perspectives*, Hart Publishing, tr.126 – 127; Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer (ed) (2010), (tłđđ), tr.709.

²³ Các nghiên cứu về biện pháp BTHĐHĐ ở các hệ thống pháp luật khác nhau đã cho thấy quan điểm về giới hạn phạm vi áp dụng của biện pháp BTHĐHĐ xét từ góc độ yếu tố hiệu quả (bắt nguồn chủ yếu từ hệ thống thông luật) đã có sự tác động nhất định đến việc áp dụng biện pháp này theo hệ thống pháp luật châu Âu lục địa. Theo đó, trên cơ sở cân nhắc đến yếu tố hiệu quả, việc giới hạn phạm vi áp dụng của biện pháp BTHĐHĐ được đặt ra nếu BTHĐHĐ gây hại quá mức cho lợi ích của bên có nghĩa vụ. Nếu việc áp dụng tạo ra yếu tố bất cân xứng về mặt lợi ích (disproportionality) theo hệ thống thông luật hoặc vi phạm nguyên tắc thiện chí (good faith) theo hệ thống pháp luật châu Âu lục địa thì cả hai hệ thống pháp luật này đều gặp nhau ở điểm cần thiết phải giới hạn phạm vi áp dụng biện pháp BTHĐHĐ. Về vấn đề này, tham khảo Vanessa Mak (2009), *Performance Oriented Remedies in European Sale of Goods Law*, Hart Publishing, tr.69-70 và tr.93-95.

²⁴ Tham khảo Vanessa Mak (2009), (tłđđ), tr.69 và tr.75.

đồng²⁵. Điều này xuất phát từ việc hệ thống thông luật đã chọn cách tiếp cận thực tế hơn, hướng đến biện pháp mà khi áp dụng phải mang đến những kết quả có lợi nhất về mặt kinh tế²⁶. Vì vậy, các học thuyết kinh tế học trong pháp luật hợp đồng rất chú trọng yếu tố hiệu quả²⁷, dẫn đến hệ quả là việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ theo hệ thống thông luật rất hạn chế, mà thay vào đó là việc áp dụng biện pháp bồi thường thiệt hại.

Tuy nhiên, theo các nghiên cứu gần đây, hệ thống thông luật cũng từng bước hướng đến một sự tiếp cận cân bằng, có tính đến nhiều yếu tố tác động khác nhau, hơn là chỉ chú trọng đến các hiệu quả kinh tế thuần túy²⁸. Cơ sở của sự thay đổi này có nguồn gốc từ lý thuyết hợp đồng dựa trên quyền chủ thể (rights-based theory of contract) được phát triển bởi Charles Fried²⁹. Theo đó, các cam kết tạo lập nghĩa vụ có tính ràng buộc đối với các bên; từ đó lợi ích tương ứng của bên có quyền được đảm bảo khi hợp đồng được thực hiện đúng. Lợi ích đến từ việc hợp đồng được thực hiện đúng (performance interest) phải được bảo vệ ở mức cao nhất, vì tính toàn vẹn về mặt giá trị mà lợi ích này mang lại cho chủ thể có quyền, chứ không chỉ là lợi ích mong đợi đạt được nếu hợp đồng được thực hiện đúng (expectation interest). Bởi lẽ về mặt bản chất, lợi ích mong đợi thường chỉ phản ánh các giá trị kinh tế mà một bên đạt được nếu bên kia thực hiện đúng hợp đồng. Trong khi đó, lợi ích đến từ việc hợp đồng được thực hiện đúng lại gắn với lợi ích có được khi chính hợp đồng được thực sự thực hiện. Nếu so sánh, giá trị mà lợi ích này mang lại được đánh giá ở mức đầy đủ và toàn vẹn nhất, do vậy sẽ không chỉ là các giá trị kinh tế, mà còn bao hàm các giá trị khác mà chủ thể có quyền hướng đến nhưng khó có thể quy đổi thành các giá trị kinh tế³⁰. Nếu nghiêng về bảo vệ lợi ích có được từ việc thực hiện hợp đồng của các bên thì biện pháp BTHĐHĐ đóng vai trò rất quan trọng. Trong tiến trình phát triển và hài hoà hoá pháp luật, các nghiên cứu gần đây cũng đã ghi nhận sự thay đổi trong cách tiếp cận của hệ thống thông luật về việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ. Theo đó, hệ thống thông luật hướng đến nhiều hơn việc bảo vệ lợi ích có được từ việc thực hiện hợp đồng của các bên³¹ và cũng chính vì vậy mà mở

²⁵ Tham khảo Vanessa Mak (2009), (tłđđ), tr.70 và Dori Kimel (2002), *From Promise to Contract, Towards a Liberal Theory of Contract*, Oxford: Hart Publishing, tr.103.

²⁶ Tham khảo Vanessa Mak (2009), (tłđđ), tr.71.

²⁷ Điển hình là học thuyết vi phạm hiệu quả (the theory of efficient breach), về vấn đề này, tham khảo Melvin A. Eisenberg (2018), (tłđđ), tr.51.

²⁸ Tham khảo Vanessa Mak (2009), (tłđđ), tr.68.

²⁹ Tham khảo Vanessa Mak (2009), (tłđđ), tr.11.

³⁰ Tham khảo Vanessa Mak (2009), (tłđđ), tr.12.

³¹ Tham khảo Melvin A. Eisenberg (2018), (tłđđ), tr.296; Ewan McKendrick (2012), *Contract Law: Text, Cases and Materials*, 5th edition, Oxford University Press, tr.823; Vanessa Mak (2009), (tłđđ), tr.79.

rộng hơn các trường hợp áp dụng BTHĐHĐ, thay thế xu hướng thiết lập các điều kiện nghiêm ngặt nhằm hạn chế việc áp dụng biện pháp này như trước đây³². Điều này thực sự thu hẹp sự khác biệt và đưa các quy định về BTHĐHĐ của hệ thống thông luật đến gần hơn cách tiếp cận theo hệ thống pháp luật châu Âu lục địa.

Trong khi đó, theo hệ thống pháp luật châu Âu lục địa, BTHĐHĐ được hiểu là biện pháp cho phép bên bị vi phạm có được đối tượng của hợp đồng bằng cách yêu cầu bên vi phạm thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng hoặc dùng biện pháp để hợp đồng được thực hiện bằng chi phí của bên vi phạm³³. Cách tiếp cận này theo hệ thống pháp luật châu Âu lục địa dựa trên nền tảng lý thuyết về sự ràng buộc của nghĩa vụ hợp đồng, nghĩa là cam kết được giữ đúng thông qua chính việc hợp đồng được thực hiện bằng những cách thức khác nhau. Theo đó, BTHĐHĐ theo hệ thống pháp luật châu Âu lục địa có phạm vi rộng, bao gồm cả việc hợp đồng được thực hiện không chỉ bằng sự khắc phục vi phạm của bên vi phạm, mà còn bằng cách thức khác như việc tự khắc phục của bên bị vi phạm hoặc việc thực hiện một giao dịch thay thế mà chi phí do bên vi phạm gánh chịu. Chẳng hạn như bên bị vi phạm tự sửa chữa khiếm khuyết của hàng hóa hoặc mua hàng của một bên khác để thay thế và bên vi phạm phải trả khoản tiền chênh lệch và các chi phí liên quan³⁴.

Theo cách hiểu này, BTHĐHĐ được chia theo hai cách thức: (i) buộc bên vi phạm thực hiện đúng hợp đồng (actual specific performance) và (ii) dùng biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện (virtual specific performance hoặc specific performance by equivalence)³⁵. Về mặt lý thuyết, việc BTHĐHĐ theo cách thức nào cũng đều dẫn đến hệ quả hợp đồng được thực hiện, tuy nhiên sự khác biệt ở điểm: nếu theo cách thức thứ nhất thì chi phí do bên vi phạm trực tiếp gánh chịu, nhưng nếu theo cách thức thứ hai thì chi phí này trước hết do bên bị vi phạm chịu, sau đó mới có thể yêu cầu bên vi phạm hoàn lại³⁶. Do vậy, việc BTHĐHĐ theo cách

³² Tham khảo David Winterton (2015), (tłđđ), tr.138.

³³ Tham khảo Janwillem Oosterhuis (2011), *Specific Performance in German, French and Dutch Law in the Nineteenth Century – Remedies in an Age of Fundamental Rights and Industrialisation*, Martinus Nijhoff Publishers, tr.9-10.

³⁴ Tham khảo G. H. Treitel (1988), (tłđđ), tr.46.

³⁵ Tham khảo Janwillem Oosterhuis (2011), (tłđđ), tr.10; Melvin A. Eisenberg (2018), (tłđđ), tr.306. Về quy định của luật Đức trong trường hợp dùng biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện (Deckungskauf), tham khảo Janwillem Oosterhuis (2011), (tłđđ), tr.298 – 302.

³⁶ Nếu chỉ xét về mặt lý thuyết thì việc áp dụng cách thức nào cũng không làm thay đổi lợi ích của bên bị vi phạm. Tuy nhiên, thực tế, việc BTHĐHĐ theo cách thức dùng biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện không phải trong trường hợp nào cũng đảm bảo sự cân bằng lợi ích như khi buộc chính bên vi phạm thực hiện đúng hợp đồng. Vấn đề này được tác giả Melvin A. Eisenberg phân tích thông qua ví dụ sau: bên bán và bên mua giao kết hợp đồng mua bán 1000 giạ lúa mì loại 2 với giá \$4/1 giạ. Bên mua mua số lúa mì này để thực hiện hợp đồng mua bán với bên thứ ba (giá \$4.50/1 giạ). Vào thời điểm bên bán vi phạm hợp đồng, giá lúa mì loại 2 là \$4.25/1 giạ. Nếu bên mua áp dụng BTHĐHĐ bằng cách yêu cầu bên bán giao hàng thì bên

thức thứ hai có thể dẫn đến những rủi ro pháp lý nhất định liên quan đến việc yêu cầu hoàn lại chi phí này. Cho nên ngay cả trong trường hợp hàng hóa là hàng cùng loại, bên bị vi phạm có thể mua hàng khác trên thị trường để thay thế nhưng việc yêu cầu bên vi phạm thực hiện nghĩa vụ vẫn là cách hiệu quả để đạt được mục đích với chi phí và rủi ro được giảm thiểu ở mức thấp nhất đối với bên bị vi phạm³⁷. Bởi lẽ, trong trường hợp đó, mong đợi của bên bị vi phạm vẫn là việc bên vi phạm thực hiện đúng hợp đồng như đã cam kết. Việc khởi kiện yêu cầu hoàn trả khoản tiền làm phát sinh chi phí và thời gian; hơn nữa, việc thực hiện giao dịch thay thế để mua được lượng hàng hóa với số lượng, chất lượng như yêu cầu trong hợp đồng ban đầu trong khoảng thời gian cần thiết cũng không phải luôn khả thi đối với bên bị vi phạm³⁸. Cho nên, việc BTHĐHĐ theo cách thức thứ hai thông thường được áp dụng khi đã áp dụng cách thức thứ nhất nhưng bên vi phạm không thực hiện đúng hợp đồng. Hoặc bên bị vi phạm có thể áp dụng cách thức thứ hai trong trường hợp mà thời hạn thực hiện hợp đồng là yếu tố quan trọng và do vậy, không thể gia hạn để bên vi phạm thực hiện nghĩa vụ hợp đồng nữa³⁹.

Trong trường hợp bên bị vi phạm BTHĐHĐ bằng cách thực hiện giao dịch thay thế, sau đó đòi lại khoản tiền chênh lệch và chi phí hợp lý khác, một số quan điểm cho rằng cần được hiểu là một hình thức khác của việc áp dụng biện pháp bồi thường thiệt hại⁴⁰. Nói cách khác, khoản tiền chênh lệch giữa giá hợp đồng và giá trong giao dịch thay thế được xác định là thiệt hại thực tế của bên bị vi phạm và nếu hành vi vi phạm là nguyên nhân gây ra khoản thiệt hại này thì bên vi phạm phải bồi thường. Tuy nhiên, cho dù xét về hệ quả áp dụng có thể dẫn đến sự trùng lặp trong nhiều trường hợp, nhưng về bản chất có sự khác biệt. Xét về mặt lý luận, cần phân

mua có khả năng nhận hàng hóa từ bên bán với giá \$4/1 gia, giao cho bên thứ ba và hưởng lợi 50¢/1 gia. Nếu bên mua mua hàng thay thế với giá thị trường \$4.25/1 gia, giao cho bên thứ ba để hoàn thành hợp đồng với bên này thì có quyền yêu cầu bên bán hoàn lại tiền chênh lệch (25¢/1 gia). Như vậy, tính cả lợi nhuận bên mua có được từ hợp đồng với bên thứ ba (25¢/1 gia) và khoản tiền chênh lệch được bên bán hoàn lại (25¢/1 gia) thì khoản tiền mà bên mua thu về không có sự khác biệt. Tuy nhiên, các chi phí liên quan đến việc yêu cầu hoàn lại thường không được tính đến và các rủi ro trong trường hợp không thể đòi lại khoản tiền đã trả để hợp đồng được thực hiện cũng phần nào cho thấy BTHĐHĐ theo cách thức dùng biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện không phải lúc nào cũng mang lại hệ quả như khi hợp đồng được thực hiện đúng bởi chính bên vi phạm. Về vấn đề này, tham khảo Melvin A. Eisenberg (2018), (tłđđ), tr.307.

³⁷ Tham khảo G. H. Treitel (1988), (tłđđ), tr.43.

³⁸ Tham khảo John Honnold (1989), *Documentary History of the Uniform Law for International Sales: The Studies, Deliberations and Decisions That Led to the 1980 United Nations Convention with Introductions and Explanations*, Kluwer, tr.428.

³⁹ Chẳng hạn như, đối tượng của hợp đồng là hàng hóa có khả năng thay thế trên thị trường (generic goods) và lợi ích của bên bị vi phạm gắn liền với việc thực hiện hợp đồng đúng hạn (vì hàng hóa được sử dụng cho dây chuyền sản xuất liên tục) nên bên bị vi phạm có thể mua hàng thay thế (covering purchase) và sau đó yêu cầu hoàn lại khoản tiền chênh lệch giữa giá hợp đồng và giá mua lại. Về vấn đề này, tham khảo Janwillem Oosterhuis (2011), (tłđđ), tr.393.

⁴⁰ Tham khảo G. H. Treitel (1988), (tłđđ), tr.46; Melvin A. Eisenberg (2018), (tłđđ), tr.261.

tách giữa (a) khoản tiền có tính chất thay cho việc thực hiện hợp đồng của bên vi phạm (monetary substitute for performance) và (b) khoản tiền có tính chất bồi thường cho tổn thất mà bên bị vi phạm phải gánh chịu (compensatory awards)⁴¹. Theo đó, mục đích của khoản tiền (a) thực chất là để thay cho việc thực hiện hợp đồng của bên vi phạm, bảo vệ quyền được thực hiện hợp đồng, do vậy, tương ứng với việc BTHĐHĐ, mà không phải nhằm vào bù đắp tổn thất của bên bị vi phạm⁴².

Để làm rõ sự khác biệt này, các nghiên cứu đã tập trung phân tích một số trường hợp liên quan, trong đó điển hình là trường hợp khoản chênh lệch giữa giá hợp đồng và giá mua thay thế đã được bên bị vi phạm (bên mua) chuyển vào giá bán lại hàng hóa; do vậy, thiệt hại thực tế không xảy ra hoặc không tương thích với khoản tiền yêu cầu hoàn lại⁴³.

Chẳng hạn như trường hợp: Bên B mua hàng từ Bên A với giá 1 đồng/1 đơn vị hàng hóa để bán lại cho Bên C. Tuy nhiên, do Bên A vi phạm nghĩa vụ giao hàng nên Bên B đã mua hàng thay thế từ Bên D (theo giá thị trường của hàng hóa là 3 đồng/1 đơn vị hàng hóa) để đảm bảo việc thực hiện hợp đồng với Bên C. Phần chênh lệch giữa giá hàng hóa trong hợp đồng giữa A – B và giá hàng hóa trong hợp đồng giữa B – D (2 đồng/1 đơn vị hàng hóa) được Bên B cộng dồn và chuyển vào giá bán cho Bên C. Trong quá trình thương lượng, Bên B đã thuyết phục Bên C chấp nhận mức giá này. Nếu xét đến thiệt hại thực tế của Bên B thì thiệt hại này đã được khắc phục bởi hành vi xảy ra sau vi phạm (post-breach event). Do vậy, nếu xem yêu cầu hoàn trả khoản tiền chênh lệch này có tính chất là yêu cầu bồi thường thiệt hại thì Bên A không có nghĩa vụ phải trả, vì cần tính đến khoản lợi phát sinh (extra profitability) mà Bên B có được từ việc bán lại hàng hóa thay thế.

Tuy nhiên, nếu bên bị vi phạm đặt ra yêu cầu hoàn trả khoản tiền chênh lệch này với tính chất là khoản tiền thay cho việc thực hiện hợp đồng của bên vi phạm thì khoản này phải được chấp nhận. Bởi lẽ tính chất của khoản hoàn trả này tương ứng với biện pháp BTHĐHĐ và không bị ảnh hưởng bởi hành vi xảy ra sau vi phạm, cho dù hành vi này thực tế làm giảm thiểu hoặc loại trừ tổn thất thực tế của bên bị vi phạm⁴⁴. Mục đích của khoản hoàn trả này vì vậy có tính chất thay thế cho việc thực hiện hợp đồng hơn là bồi thường tổn thất cho bên bị vi phạm. Điều này cũng phù hợp với việc bên bị vi phạm có quyền chọn áp dụng biện pháp khắc phục theo hướng có lợi nhất cho mình.

⁴¹ Tham khảo David Winterton (2015), (tłđđ), tr.148 và tr.162.

⁴² Tham khảo David Winterton (2015), (tłđđ), tr.160.

⁴³ Tham khảo David Winterton (2015), (tłđđ), tr.76-77.

⁴⁴ Tham khảo David Winterton (2015), (tłđđ), tr.162.

Trên thực tế, nếu hành vi xảy ra sau vi phạm (như ví dụ ở trên là nỗ lực đàm phán và bán lại hàng hóa với mức giá tối ưu của Bên B) đem lại lợi ích cho Bên B thì lợi ích này nên được hiểu thuộc về Bên B (do phát sinh trên cơ sở nỗ lực của bên này). Chính vì mục đích của biện pháp BTHĐHĐ hướng đến việc bảo vệ lợi ích có được từ việc thực hiện hợp đồng, nên trong trường hợp này lợi ích đó phải tương ứng với giá trị mà đối tượng của hợp đồng mang lại nếu hợp đồng được thực hiện đúng. Điều này khác với việc bù đắp tổn thất phát sinh do chênh lệch giá giữa hợp đồng mua thay thế và hợp đồng giao kết giữa các bên⁴⁵.

Như vậy, BTHĐHĐ theo hệ thống pháp luật châu Âu lục địa có phạm vi rộng, được hiểu là biện pháp khắc phục chủ yếu mà bên bị vi phạm được áp dụng nhằm bảo vệ lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện, bằng cách yêu cầu bên vi phạm thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng hoặc dùng biện pháp để hợp đồng được thực hiện bằng chi phí của bên vi phạm⁴⁶.

Cho dù phạm vi áp dụng rộng nhưng việc BTHĐHĐ theo hệ thống pháp luật châu Âu lục địa không chỉ ưu tiên hướng đến bảo vệ lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện, mà đồng thời còn chịu ảnh hưởng nhất định từ các yếu tố hiệu quả (như cách tiếp cận của hệ thống thông luật). Trên cơ sở đó, hệ thống pháp luật châu Âu lục địa từng bước chú trọng đến việc đặt ra những giới hạn nhất định đối với việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ nhìn từ góc độ hiệu quả⁴⁷.

Cùng lúc đó, như đã đề cập, BTHĐHĐ theo hệ thống thông luật cũng ngày càng hướng về việc bảo vệ lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện, vì thế cho phép mở rộng hơn việc áp dụng BTHĐHĐ. Như vậy, việc áp dụng BTHĐHĐ ở cả hai hệ thống pháp luật tiêu biểu đều đang hướng đến sự tự cân bằng và gặp nhau ở những điểm chung nhất định, cùng chịu ảnh hưởng và tác động từ các cơ sở lý thuyết đặt nền tảng cho tính khả dụng của biện pháp BTHĐHĐ.

Suy cho cùng, việc mở rộng hay thu hẹp phạm vi áp dụng BTHĐHĐ ở hai hệ thống pháp luật đều do việc đặt trọng tâm vào các yếu tố cơ bản: (i) lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện hay (ii) hiệu quả của việc thực hiện như một yếu tố chi phối. Điều này cũng tác động đến nội hàm của khái niệm BTHĐHĐ, theo đó nội hàm này có thể mở rộng hoặc thu hẹp, tùy thuộc vào việc hệ thống pháp luật đó đặt trọng tâm vào yếu tố nào. Do vậy, vấn đề không phải là đi tìm sự thống nhất về mặt

⁴⁵ Về cơ sở lý luận cho việc bảo vệ quyền được thực hiện hợp đồng và sự phân biệt giữa khoản tiền có tính chất thay cho việc thực hiện hợp đồng của bên vi phạm (monetary substitute for performance) và khoản tiền có tính chất bồi thường cho tổn thất mà bên bị vi phạm phải gánh chịu (compensatory awards), tham khảo David Winterton (2015), (tłđđ), tr.133 – 176.

⁴⁶ Tham khảo Janwillem Oosterhuis (2011), (tłđđ), tr.10; Vanessa Mak (2009), (tłđđ), tr.45.

⁴⁷ Tham khảo Vanessa Mak (2009), (tłđđ), tr.79.

khái niệm, mà vấn đề là nếu đặt trong một hệ thống pháp luật cụ thể, với phạm vi nội hàm được xác định, thì biện pháp BTHĐHĐ cần được áp dụng như thế nào để cân bằng giữa hai yếu tố trên.

Các nghiên cứu cũng chỉ ra rằng xu hướng hiện nay trong việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ là hướng đến cho phép bên bị vi phạm được quyền BTHĐHĐ nếu đó là biện pháp phù hợp, nhưng đồng thời cũng đặt ra những giới hạn nhất định nhằm bảo vệ lợi ích hợp pháp của các bên⁴⁸. Hay nói cách khác, việc bảo vệ lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện và việc cân nhắc tính hiệu quả khi áp dụng BTHĐHĐ là sự thống nhất giữa hai mặt của một vấn đề, theo đó sự điều chỉnh để đạt đến mức cân bằng hợp lý giữa hai yếu tố này luôn được đặt ra.

Cách tiếp cận này cũng được phản ánh vào trong các quy định của CISG về BTHĐHĐ, mà thực chất việc đưa các quy định về BTHĐHĐ vào CISG đã thể hiện sự đấu tranh để đi đến thỏa hiệp giữa các quan điểm pháp lý có tính đối kháng, bắt nguồn bởi cách tiếp cận từ các hệ thống pháp luật khác nhau về cơ sở cho sự tồn tại của biện pháp BTHĐHĐ⁴⁹.

Từ các phân tích ở phần trên, có thể nhận thấy các quan điểm pháp lý này đã hình thành suốt nhiều năm qua, tập trung vào hai nhóm quan điểm trung tâm sau:

(i) Nhóm thứ nhất chịu ảnh hưởng chủ yếu từ hệ thống pháp luật châu Âu lục địa. Theo đó, bên bị vi phạm được áp dụng biện pháp này nhằm đảm bảo cho hợp đồng được thực hiện, đạt được mục đích mà các bên hướng đến vào thời điểm giao kết hợp đồng. Nếu một bên không tự mình thực hiện đúng hợp đồng thì bên kia có quyền buộc bên vi phạm phải thực hiện đúng hợp đồng, bởi lẽ các bên chịu sự ràng buộc bởi những gì đã cam kết và việc thực hiện đúng hợp đồng đảm bảo lợi ích cho các bên⁵⁰.

(ii) Nhóm thứ hai chịu ảnh hưởng chủ yếu từ hệ thống thông luật. Theo đó, hợp đồng được ký kết suy cho cùng là vì mục tiêu lợi nhuận; việc thực hiện hợp đồng không thực sự quan trọng bằng việc bên bị vi phạm, bằng cách này hay cách khác, được bảo đảm lợi ích kinh tế một cách hoàn toàn từ hợp đồng đã giao kết; do vậy, bên vi phạm có thể quyết định thực hiện hợp đồng hoặc chọn việc bồi thường thiệt hại thay cho việc thực hiện hợp đồng⁵¹. Trên cơ sở này, biện pháp BTHĐHĐ được áp dụng khi xem xét dưới góc độ luật công bằng và chỉ áp dụng trong những trường hợp hạn chế. Theo đó, biện pháp này chỉ áp dụng trong trường hợp (a) đối

⁴⁸ Tham khảo Melvin A. Eisenberg (2018), (tłđđ), tr.316; Vanessa Mak (2009), (tłđđ), tr.79-80.

⁴⁹ Tham khảo Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, Christopher Kee (2012), *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, tr.560; Amy H. Kastely (1988), (tłđđ), tr.610.

⁵⁰ Tham khảo Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, Christopher Kee (2012), (tłđđ), tr.563.

⁵¹ Tham khảo Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, Christopher Kee (2012), (tłđđ), tr.561.

tượng của hợp đồng là duy nhất hoặc không phải là hàng hóa có thể dễ dàng được thay thế trên thị trường, hoặc (b) hàng hóa chỉ có thể được cung cấp từ một nguồn cố định hoặc chỉ có nguồn cung hạn chế. Thay vào đó, biện pháp bồi thường thiệt hại được áp dụng nhằm đảm bảo cho bên bị vi phạm được đặt vào vị trí như khi hợp đồng được thực hiện đúng⁵².

Như vậy, nhóm thứ nhất đại diện cho quan điểm các cam kết phải được giữ đúng thông qua việc thực hiện hợp đồng, cho nên các biện pháp khắc phục vi phạm cũng theo cách thức hướng đến việc thực hiện hợp đồng (a performance-oriented regime)⁵³. Trong khi đó, nhóm thứ hai đại diện cho quan điểm các biện pháp khắc phục vi phạm có thể theo cách thức cho phép VPHQ (an efficient-breach regime)⁵⁴, theo đó thay vì phải thực hiện hợp đồng, một bên có thể chọn vi phạm hợp đồng và bồi thường thiệt hại thay cho việc thực hiện, miễn sao lợi ích của các bên được tối ưu hóa và thiệt hại của bên bị vi phạm được bù đắp.

Kết quả của quá trình này là việc CISG thuận theo các nguyên tắc có nguồn gốc từ hệ thống pháp luật châu Âu lục địa, phản ánh nhóm quan điểm thứ nhất, theo đó cho phép bên bị vi phạm có quyền buộc bên vi phạm thực hiện đúng hợp đồng⁵⁵. Trong tiến trình hài hoà hoá pháp luật, cùng với sự cân nhắc và thỏa hiệp giữa các quốc gia đến từ các hệ thống pháp luật khác nhau, với mục tiêu hướng đến các giá trị pháp lý tiến bộ và phù hợp, các quy định về BTHĐHĐ vào CISG đã được xây dựng theo hướng đặt trọng tâm vào việc bảo vệ lợi ích từ việc hợp đồng được thực hiện đúng. Do vậy, biện pháp BTHĐHĐ theo CISG là biện pháp khắc phục mà bên bị vi phạm có quyền áp dụng để có được đối tượng mà bên này hướng đến khi xác lập hợp đồng. Tuy nhiên, việc áp dụng biện pháp này cũng đồng thời dựa trên cơ sở cân nhắc các yếu tố hiệu quả mà có nguồn gốc từ hệ thống thông luật⁵⁶.

Luận điểm này đã được củng cố và chứng minh dựa trên các nghiên cứu về nguồn gốc của các quy định về BTHĐHĐ theo CISG, nhằm trả lời cho câu hỏi các quy định này thực chất đến từ đâu và việc ghi nhận các quy định này có ý nghĩa như

⁵² Quan điểm này được đề cập bởi thẩm phán Parke B trong *Robinson v Harman* (1848) 1 Exch 850 (Exch) 855 và sau này trở thành vấn đề cốt lõi khi đề cập đến mục đích của biện pháp bồi thường thiệt hại, dẫn theo Daniel Friedmann, (tłđđ), tr.66; tham khảo G. H. Treitel (1988), (tłđđ), tr.46; tham khảo Steven Walt (1991), *For Specific Performance Under the United Nations Sales Convention*, 26 *Texas International Law Journal* 211, tr.223.

⁵³ Tham khảo Melvin A. Eisenberg (2004), *Remedial Theory in Contract Law: Compensation; The Theory of Efficient Breach; Cover; Actual and Virtual Specific Performance; and Disgorgement*, UC Berkeley, Law and Economic Workshop, University of California, tr.12.

⁵⁴ Tham khảo Melvin A. Eisenberg (2004), (tłđđ), tr.12.

⁵⁵ Tham khảo G. H. Treitel (1988), (tłđđ), tr.73; Avery W. Katz (2005), (tłđđ), tr.385; Amy H. Kastely (1988), (tłđđ), tr.614 – 615 và Felisa Baena Aramburo (2013), (tłđđ), tr.29.

⁵⁶ Tham khảo Schlechtriem and Schwenzler (eds) (2010), (tłđđ), tr.706.

thể nào đối với các quốc gia đang nỗ lực xây dựng cơ chế khắc phục vi phạm hướng đến việc thực hiện hợp đồng. Việc nghiên cứu lịch sử hình thành các quy định về BTHĐHĐ theo CISG cho thấy các quy định này chủ yếu xuất phát từ pháp luật của các quốc gia thuộc hệ thống pháp luật châu Âu lục địa và phản ánh truyền thống pháp lý của các quốc gia này. Điều này được thể hiện rõ nét nhất qua hai giai đoạn: (i) giai đoạn soạn thảo và thông qua ULF⁵⁷ và ULIS⁵⁸ – tiền thân của CISG⁵⁹ và (ii) giai đoạn góp ý và thông qua bản dự thảo cuối cùng của CISG⁶⁰.

Ở giai đoạn thứ nhất, khởi nguồn của việc soạn thảo ULF và ULIS bắt đầu từ năm 1930 khi Viện quốc tế về nhất thể hóa pháp luật tư (International Institute for the Unification of Private Law, gọi tắt là “UNIDROIT”) thành lập ban soạn thảo gồm các học giả Châu Âu để nghiên cứu về một luật thống nhất cho MBHHQT⁶¹. Năm 1935, bản dự thảo đầu tiên hình thành, được đánh giá “chịu ảnh hưởng sâu sắc từ các nghiên cứu so sánh về pháp luật của giáo sư Ernst Rabel và các cộng sự tại Berlin Institute for International and Foreign Private Law”, phản ánh rõ nét truyền thống pháp lý của châu Âu lục địa, mà trực chính là pháp luật của Đức⁶². Bản dự

⁵⁷ Xem bản đầy đủ tại <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ulf.html> truy cập ngày 10/4/2023), được thông qua tại Hague ngày 01/7/1964 và có hiệu lực ngày 23/8/1972.

⁵⁸ Xem bản đầy đủ tại <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ulis.html> truy cập ngày 10/4/2023), được thông qua tại Hague ngày 01/7/1964 và có hiệu lực ngày 18/8/1972.

⁵⁹ Xem Pace Law School, Antecedents to the CISG tại <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/antecedents.html> truy cập ngày 10/4/2023. Theo nghiên cứu của John O. Honnold (1989), *Documentary History of the Uniform Law for International Sales: The Studies, Deliberations and Decisions That Led to the 1980 United Nations Convention with Introductions and Explanations*, Kluwer, dẫn theo <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/antecedents.html>, nhiều quy định của CISG về cơ bản giống với quy định của ULIS và trong một số trường hợp, các cơ quan tài phán của các quốc gia đã phân tích các quy định của ULIS nhằm hỗ trợ cho việc giải thích CISG.

⁶⁰ Xem Text of [1978] Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods approved by the United Nations Commission on International Trade tại <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/1978draft.html> truy cập ngày 10/4/2023. Một hội nghị do Liên Hiệp Quốc ủy quyền với sự tham gia của 62 quốc gia và 8 tổ chức quốc tế được tổ chức tại Vienna từ 10/3/1980 đến ngày 11/4/1980 nhằm xem xét việc thông qua bản dự thảo trên. Trong giai đoạn này, hai ủy ban riêng rẽ được thành lập để thảo luận về các phần khác nhau của bản dự thảo trên, theo đó Ủy ban thứ nhất tập trung vào các điều khoản về luật nội dung (Phần I-III, Điều 1 – 88) và Ủy ban thứ hai tập trung vào các điều khoản về hiệu lực và các vấn đề liên quan (Phần IV, Điều 89 – 101). Về vấn đề này, tham khảo John O. Honnold (1989), (tłđđ), tr. 3 – 4, dẫn theo Vikki Rogers and Kaon Lai, *History of the CISG and Its Present Status* in Larry A. DiMatteo (2016), *International Sales Law – A Global Challenge*, Cambridge University Press, tr.13.

⁶¹ Tham khảo Vikki Rogers and Kaon Lai (2016), (tłđđ), tr.10; tham khảo *Historical Introduction to the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, prepared by the Secretariat, Document A/CONF.97/5 trong United Nations (1991), *United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Official Records, Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees*, Vienna, 10 March – 11 April 1980 tại <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/a-conf-97-19-ocred-e.pdf>, truy cập ngày 10/4/2023, tr.3 – 4.

⁶² Bản dự thảo này, dựa trên công trình nghiên cứu học thuật *Das Recht des Warenkaufs* (1936) của giáo sư Ernst Rabel, là tiền thân của ULIS được thông qua tại The Hague 1964. Về vấn đề này, xem thêm Peter

thảo này được hoàn thiện qua nhiều giai đoạn và được sử dụng để trưng cầu ý kiến của các quốc gia, chủ yếu từ năm 1951 cho đến năm 1964⁶³.

Do ảnh hưởng từ ban soạn thảo, các quy định của ULF và ULIS phản ánh rõ nét truyền thống pháp lý của châu Âu lục địa (mà chủ yếu là phù hợp với pháp luật của các quốc gia Tây Âu)⁶⁴. Do vậy, các quy định của ULF và ULIS được đánh giá không đáp ứng được nhu cầu của các nước đang phát triển, Đông Âu và Hoa Kỳ⁶⁵. Minh chứng cho điều này, cuối năm 1963, ngay trước hội nghị Hague 1964, Hoa Kỳ tham gia UNIDROIT và đã xét lại bản dự thảo được xem là “sản phẩm độc quyền của các học giả châu Âu” cho đến thời điểm đó, tuy nhiên ảnh hưởng mà Hoa Kỳ để lại đã không thực sự tác động đáng kể đến mức có thể tạo ra được sản phẩm cuối cùng đáp ứng yêu cầu của quốc gia này⁶⁶. Hệ quả là, ULIS vẫn được sự chấp thuận của các quốc gia khác, được thông qua và có hiệu lực thi hành.

Các quy định của ULIS – tiền thân của CISG – đã ảnh hưởng sâu sắc từ các nguyên tắc và quan điểm pháp lý có nguồn gốc từ các quốc gia thuộc hệ thống pháp luật châu Âu lục địa. Một trong những quy định phản ánh rõ nét sự ảnh hưởng này là việc cho phép bên bị vi phạm áp dụng biện pháp BTHĐHĐ⁶⁷. Theo đó, nếu bên bán vi phạm do giao hàng khiếm khuyết, không phân biệt là hàng hóa đặc định hay hàng cùng loại, bên mua có quyền buộc bên bán thực hiện đúng hợp đồng trong các trường hợp sau: (i) nếu hàng hóa do bên bán sản xuất thì bên mua có quyền yêu cầu bên bán khắc phục khiếm khuyết nếu bên bán ở vào vị trí có thể làm được điều này; (ii) nếu hàng hóa là hàng đặc định thì bên mua có quyền yêu cầu bên bán giao chính hàng hóa đó hoặc bộ phận còn thiếu của hàng hóa đó; (iii) nếu hàng hóa là hàng cùng loại thì bên mua có quyền yêu cầu bên bán giao hàng hóa khác phù hợp với

Huber and Alastair Mullis (2007), *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners*, Sellier European Law Publishers, tr.2 và F. J. A Van Der Velden (1983), *The Law of International Sales: The Hague Conventions 1964 and the Uncitral Uniform Sales Code 1980 – Some main items compared in* C. C. A. Voskuil and J. A. Wade (eds.), T. M. C. Asser Instituut, *Hague-Zagreb Essays on the Law of International Trade*. Volume 4. The Hague: Martinus Nijhoff, tr.48.

⁶³ Tham khảo United Nations (1991), (tłđđ), tr.4.

⁶⁴ Tham khảo Claire M. Germain (1996), *The United Nations CISG on Contracts for the International Sale of Goods: Guide to Research and Literature*, 24 *International Journal of Legal Information* 48, tr.50, dẫn theo Vikki Rogers and Kaon Lai (2016), (tłđđ), tr.12.

⁶⁵ Tham khảo Peter Winship, *The Scope of the Vienna Convention on International Sales Contracts* in M. Galston and H. Smit (ed) (1984), *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Matthew Bender, tr.4, dẫn theo Vikki Rogers and Kaon Lai (2016), (tłđđ), tr.10.

⁶⁶ Tham khảo E. Allan Farnsworth (1984), *The Vienna Convention: History and Scope*, 18 *International Lawyer* 17, tr.17.

⁶⁷ Điều 24(1)(a), 30, 41(1)(a), 42 ULIS; tham khảo G. H. Treitel (1988), (tłđđ), tr.44 – 45.

hợp đồng, trừ khi việc mua hàng thay thế có thể được thực hiện một cách hợp lý và phù hợp với tập quán⁶⁸.

Ở giai đoạn thứ hai, một nỗ lực khác cho việc thống nhất luật về MBHH đã bắt đầu từ năm 1966 khi Đại hội đồng Liên Hiệp Quốc thành lập UNCITRAL với mục tiêu thúc đẩy “tiến bộ hài hòa và thống nhất của pháp luật thương mại quốc tế”⁶⁹. Năm 1968, khi ULF và ULIS chưa có hiệu lực, UNCITRAL đã thành lập Nhóm nghiên cứu (Working Group) gồm đại diện của 14 quốc gia⁷⁰ để đánh giá “nên sửa đổi ULF và ULIS theo hướng có thể mở rộng sự chấp nhận của các quốc gia có hệ thống pháp lý, kinh tế, xã hội khác nhau hay nên soạn thảo một bản mới cho cùng mục đích trên”⁷¹. Sau khi đánh giá, Nhóm nghiên cứu quyết định chọn phương án thứ hai - “soạn thảo một bản dự thảo mới có thể được chấp nhận bởi các quốc gia có hệ thống pháp lý, kinh tế, xã hội khác nhau”⁷². Kết quả là, bản dự thảo cuối cùng của CISG tại phiên họp thứ 11 của UNCITRAL năm 1978⁷³ đã được phát triển dựa trên bản dự thảo của Nhóm nghiên cứu, trong đó đã thể hiện việc tiếp nhận và sửa đổi các quy định của ULF và ULIS.

Tuy nhiên, cũng bắt đầu từ đây, các phiên thảo luận để thông qua bản dự thảo này được tổ chức tại Vienna từ 10/3/1980 đến ngày 11/4/1980 đã cho thấy sự khác biệt về truyền thống pháp lý giữa các quốc gia chịu ảnh hưởng của hệ thống thông luật và hệ thống pháp luật châu Âu lục địa, nỗ lực dung hòa để thống nhất pháp luật và hướng đến các nguyên tắc thực hiện hợp đồng mang tính chất tiến bộ, hợp lý, đảm bảo cân bằng lợi ích của các bên. Một biểu hiện rõ nét nhất cho điều này là các tranh luận, góp ý và sửa đổi liên quan đến quy định về BTHĐHĐ⁷⁴.

⁶⁸ Điều 42 ULIS

⁶⁹ Tham khảo Vikki Rogers and Kaon Lai (2016), (tłđđ), tr.11.

⁷⁰ Các quốc gia này được đánh giá đã thể hiện các đại diện trên toàn cầu của UNCITRAL, bao gồm: Brazil, Pháp, Ghana, Hungary, Ấn Độ, Iran, Nhật Bản, Kenya, Mexico, Na Uy, Tunisia, Vương quốc Anh và Bắc Ireland, Liên Xô và Hoa Kỳ. Về vấn đề này, tham khảo Vikki Rogers and Kaon Lai (2016), (tłđđ), tr.11.

⁷¹ Tham khảo Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its second session (1969), Official Records of the General Assembly, Twenty-fourth Session, Supplement No.18 (A/7618), đoạn 38 (Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, Volume I: 1968 – 1970 (United Nations publication: Sales No. E. 71.V.1.), Phần Hai, II, A, đoạn 38), dẫn theo United Nations (1991), (tłđđ), tr.4.

⁷² Tham khảo John O. Honnold (1999), (tłđđ), tr.8; tham khảo United Nations (1991), (tłđđ), tr.4.

⁷³ Tham khảo Text of [1978] Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods approved by the United Nations Commission on International Trade tại <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/1978draft.html> truy cập ngày 10/4/2023; tham khảo Official Records of the General Assembly, Thirty-second Session, Supplement No.17 (A/32/17), đoạn 35 (Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, Volume VIII: 1977 (United Nations publication: Sales No. E. 78.V.7.), Phần Một, II, A, đoạn 35); Official Records of the General Assembly, Thirty-third Session, Supplement No.17 (A/33/17), đoạn 28, dẫn theo United Nations (1991), (tłđđ), tr.4 – 5.

⁷⁴ Về các tranh luận, góp ý và sửa đổi liên quan đến Điều 42 (BTHĐHĐ) trong bản dự thảo cuối cùng của CISG tại phiên họp thứ 11 của UNCITRAL năm 1978, xem thêm Consideration of Articles 1-82 of the Draft

Theo đó, để phù hợp với tư duy pháp lý của các quốc gia thuộc hệ thống thông luật, Hoa Kỳ đã đề nghị bổ sung quy định về BTHĐHĐ như sau: “Bên mua không có quyền BTHĐHĐ nếu bên mua có thể mua hàng khác thay thế mà không làm phát sinh thêm chi phí bất hợp lý đáng kể nào”⁷⁵. Hoa Kỳ đã nhấn mạnh rằng việc bổ sung này có ý nghĩa rất quan trọng đối với pháp luật của quốc gia mình và các quốc gia chịu ảnh hưởng chủ yếu của hệ thống pháp luật hệ thống thông luật nói chung. Mục đích của việc bổ sung này là để loại trừ biện pháp BTHĐHĐ theo cách thức buộc bên vi phạm phải khắc phục nếu việc áp dụng một biện pháp khác có thể thay thế được. Trong phần lập luận của mình, Hoa Kỳ cũng đã đề cập đến quy định của Điều 25 ULIS⁷⁶ và cho rằng việc bổ sung quy định trên không làm thay đổi cách tiếp cận về biện pháp BTHĐHĐ theo như cách thức mà các bên từng chấp nhận khi thông qua ULIS trước đây⁷⁷.

Tuy nhiên, đề nghị của Hoa Kỳ đã bị bác bỏ⁷⁸ và thậm chí quy định tại Điều 42 của bản dự thảo cuối cùng của CISG tại phiên họp thứ 11 của UNCITRAL năm 1978 (mà sau này là Điều 46 CISG) còn đến gần hơn các nguyên tắc của hệ thống pháp luật châu Âu lục địa về BTHĐHĐ so với ULIS. Theo đó, CISG đã có bước tiến rất quan trọng trong việc mở rộng phạm vi áp dụng biện pháp BTHĐHĐ. Thực ra ULIS cũng ghi nhận các nguyên tắc có nguồn gốc từ hệ thống pháp luật châu Âu lục địa, cho phép bên bị vi phạm yêu cầu bên vi phạm thực hiện đúng hợp đồng (xem Điều 24(1)(a), 30, 41(1)(a), 42 ULIS). Chẳng hạn như bên bán vi phạm nghĩa vụ giao hàng thì bên mua được quyền buộc bên bán giao hàng thay thế hoặc khắc phục khiếm khuyết của hàng hóa. Tuy nhiên, do ULIS đồng thời vẫn còn chịu ảnh hưởng từ các quan điểm pháp lý của hệ thống thông luật, cho nên ULIS đưa vào quy định hạn chế việc bên mua buộc bên bán giao hàng thay thế hoặc khắc phục

Convention on Contracts for the International Sale of Goods and of Draft Article “Declarations relating to Contracts in Writing” in the Draft Provisions prepared by the Secretary-General concerning Implementation, Declarations, Reservations and Other Final Clauses for the Draft Convention (agenda item 3) (A/CONF.97/5 and A/CONF.97/6) (18th meeting on 21 March 1980, A/CONF.97/C.1/SR.18) in United Nations (1991), (tldd), tr. 330 – 337.

⁷⁵ Tham khảo Analysis of Comments and Proposals by Governments and International Organizations on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, and on Draft Provisions concerning Implementation, Reservations and Other Final Clauses prepared by the Secretary-General (Document A/CONF.97/9) in United Nations (1991), (tldd), tr. 78.

⁷⁶ Theo Điều 25 ULIS, bên mua không có quyền buộc bên bán thực hiện đúng hợp đồng nếu như bên mua có thể mua hàng thay thế từ một nguồn khác một cách hợp lý và phù hợp với tập quán. Về vấn đề này, tham khảo G. H. Treitel (1988), (tldd), tr.73.

⁷⁷ Tham khảo United Nations (1991), (tldd), tr.331.

⁷⁸ Hai quốc gia gồm Úc và Ý đã có lập luận ủng hộ quan điểm của Hoa Kỳ, nhưng nhiều quốc gia khác đã phản đối, tiêu biểu gồm Đức, Pháp, Thụy Điển, Na Uy, Hà Lan, Hy Lạp, Chile, Hungary, Nhật, nên đề nghị của Hoa Kỳ bị bác bỏ. Về các lập luận cụ thể và kết luận của phiên họp, tham khảo United Nations (1991), (tldd), tr.330 – 332.

khiếm khuyết của hàng hóa do vi phạm nếu như bên mua có thể mua hàng thay thế từ một nguồn khác một cách hợp lý và phù hợp với tập quán (Xem Điều 25, 42(1)(c) ULIS). Tuy nhiên, hạn chế này đã bị bãi bỏ theo CISG và thay bằng một điều kiện linh hoạt hơn mà nếu đáp ứng thì bên mua được quyền buộc bên bán thực hiện đúng hợp đồng, mà không phụ thuộc vào việc bên mua có thể mua hàng thay thế từ một nguồn khác hay không (xem Điều 46 CISG).

Hơn nữa, không chỉ giữ lại các quy định về BTHĐHĐ như cách tiếp cận trong bản dự thảo cuối cùng của CISG tại phiên họp thứ 11 của UNCITRAL năm 1978, (a) xuất phát từ pháp luật của quốc gia mình hoặc (b) dẫn chứng các trường hợp cụ thể theo pháp luật của quốc gia mình như một ví dụ⁷⁹, các quốc gia đã đề xuất việc cụ thể hóa cách thức mà bên bị vi phạm có thể yêu cầu bên vi phạm thực hiện đúng hợp đồng. Theo đó, bên bị vi phạm không chỉ có quyền yêu cầu bên vi phạm giao hàng thay thế mà còn có quyền yêu cầu sửa chữa khiếm khuyết do giao hàng không phù hợp với hợp đồng⁸⁰.

Sau nhiều góp ý và thảo luận, cuối cùng đề xuất chung của các nước gồm Phần Lan, Đức, Na Uy và Thụy Điển (sau khi được góp ý sửa đổi một phần bởi Pháp, Liên Xô và Hoa Kỳ⁸¹) đã bổ sung thêm Điều 42(3) và được thông qua với nội dung như sau: “Nếu hàng hóa không phù hợp với hợp đồng, bên mua có quyền yêu cầu bên bán khắc phục sự không phù hợp đó bằng cách sửa chữa, trừ trường hợp hoàn cảnh chỉ ra rằng yêu cầu đó là bất hợp lý. Yêu cầu sửa chữa phải được đưa ra cùng với thông báo theo quy định tại Điều 37 hoặc trong một thời hạn hợp lý sau đó” (sau này là Điều 46(3) CISG).

Như vậy, các quy định về BTHĐHĐ theo CISG có nguồn gốc từ pháp luật của các quốc gia thuộc hệ thống pháp luật châu Âu lục địa, và phản ánh truyền

⁷⁹ Chẳng hạn như trường hợp của nước Đức, Thụy Điển, Hungary khi đề cập đến BTHĐHĐ theo pháp luật nội địa (domestic legislation) và theo luật của các quốc gia khu vực Scandinavian (Scandinavian law) làm cơ sở cho đề xuất của mình; hoặc củng cố lập luận của mình bằng một ví dụ như nước Pháp. Về vấn đề này, tham khảo United Nations (1991), (tłđđ), tr.333 – 334.

⁸⁰ Do nhiều quốc gia đề xuất bổ sung yêu cầu buộc bên bán sửa chữa khiếm khuyết của hàng hóa do vi phạm về giao hàng không phù hợp với hợp đồng nên cuối cùng 4 quốc gia gồm: Phần Lan, Đức, Na Uy và Thụy Điển đã cùng nhau đề xuất một yêu cầu chung và mỗi quốc gia tự rút lại đề xuất của riêng mình. Theo đó, các quốc gia đề nghị bổ sung thêm quy định về quyền yêu cầu bên bán sửa chữa khiếm khuyết của hàng hóa do vi phạm về giao hàng không phù hợp với hợp đồng thành một đoạn riêng (đoạn 3 của Điều 42 trong bản dự thảo của CISG tại phiên họp thứ 11 của UNCITRAL năm 1978) như sau: “Nếu hàng hóa không phù hợp với hợp đồng, bên mua có quyền yêu cầu bên bán khắc phục sự không phù hợp đó bằng cách sửa chữa, trừ trường hợp điều này không khả thi một cách hợp lý đối với bên bán. Yêu cầu sửa chữa phải được đưa ra cùng với thông báo theo quy định tại Điều 37 hoặc trong một thời hạn hợp lý sau đó”. Về vấn đề này, tham khảo United Nations (1991), (tłđđ), tr.111 – 112 và tr.333 – 334.

⁸¹ Các nước này đề xuất thay cụm từ “trừ trường hợp điều này không khả thi một cách hợp lý đối với bên bán” thành cụm từ “trừ trường hợp hoàn cảnh chỉ ra rằng yêu cầu đó là bất hợp lý”; về vấn đề này, tham khảo United Nations (1991), (tłđđ), tr.113.

thống pháp lý của các quốc gia này. Các quy định này trở thành một phần cốt lõi hình thành nên “các biện pháp khắc phục vi phạm hướng đến việc thực hiện hợp đồng” (“performance-oriented remedies”) theo CISG và được chứng minh phù hợp với tư duy pháp lý tiên bộ hiện nay⁸².

2.1.1.2 Khái niệm buộc thực hiện đúng hợp đồng theo CISG dưới sự tác động của yếu tố nguồn gốc hình thành

Việc nghiên cứu nguồn gốc hình thành quy định của CISG về BTHĐHĐ ở phần trên cho phép xác định khái niệm BTHĐHĐ theo CISG có phạm vi rộng, được tiếp cận chủ yếu theo quan điểm pháp lý của hệ thống pháp luật châu Âu lục địa, đặt trọng tâm vào việc bảo vệ lợi ích từ việc hợp đồng được thực hiện đúng. Theo đó, BTHĐHĐ theo CISG cần được hiểu là biện pháp khắc phục mà bên bị vi phạm có quyền áp dụng để có được đối tượng mà bên này hướng đến khi xác lập hợp đồng. Hiểu theo nghĩa này, các quy định về BTHĐHĐ tại Điều 46 và Điều 62 CISG đã cụ thể hoá quyền BTHĐHĐ của bên bị vi phạm. Theo đó, Điều 46 CISG quy định như sau:

“1. Bên mua có quyền yêu cầu bên bán thực hiện nghĩa vụ, trừ trường hợp bên mua áp dụng một biện pháp khắc phục khác với yêu cầu đó.

2. Nếu hàng hóa không phù hợp với hợp đồng, bên mua có quyền yêu cầu bên bán giao hàng thay thế chỉ khi sự không phù hợp đó cấu thành vi phạm cơ bản và yêu cầu giao hàng thay thế được đưa ra cùng với thông báo theo quy định tại Điều 39 hoặc trong một thời hạn hợp lý sau đó.

3. Nếu hàng hóa không phù hợp với hợp đồng, bên mua có quyền yêu cầu bên bán khắc phục sự không phù hợp đó bằng cách sửa chữa, trừ trường hợp hoàn cảnh chỉ ra rằng yêu cầu đó là bất hợp lý. Yêu cầu sửa chữa phải được đưa ra cùng với thông báo theo quy định tại Điều 39 hoặc trong một thời hạn hợp lý sau đó.”

Tương tự, Điều 62 CISG quy định: “Bên bán có quyền yêu cầu bên mua thanh toán tiền mua hàng, nhận hàng hoặc thực hiện các nghĩa vụ khác, trừ trường hợp bên bán áp dụng một biện pháp khắc phục khác với yêu cầu đó”.

Với cách tiếp cận rộng, BTHĐHĐ có thể được bên bị vi phạm áp dụng bằng cách yêu cầu bên vi phạm thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng hoặc dùng biện pháp

⁸² Tham khảo Avery W. Katz (2005), (tldd), tr.385; tham khảo Amy H. Kastely (1988), The Right to Require Performance in International Sales: Towards an International Interpretation of the Vienna Convention, 63 Washington Law Review 607, tr.614 – 615 và tham khảo Felisa Baena Aramburo (2013), Scope and Limits of “Performance-Oriented Remedies” under the CISG, tr.29 tại http://www.morenoqabogados.com/datas/Scope_and_Limits_of_Performance_Oriented_Remedies_under_the_CISG.pdf, truy cập ngày 10/4/2023.

để hợp đồng được thực hiện bằng chi phí của bên vi phạm⁸³. Trong trường hợp bên bị vi phạm áp dụng biện pháp BTHĐHĐ bằng cách yêu cầu bên vi phạm thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng thì hợp đồng được thực hiện đúng thông qua hành vi khắc phục của bên vi phạm. Cụ thể, nếu bên bán vi phạm nghĩa vụ thì bên mua có quyền yêu cầu bên bán thực hiện nghĩa vụ (vd: thực hiện nghĩa vụ giao hàng trong trường hợp không giao hàng; hoặc giao hàng thay thế hay sửa chữa khiếm khuyết trong trường hợp giao hàng không phù hợp với hợp đồng). Tương tự, trong trường hợp bên mua vi phạm thì bên bán có quyền yêu cầu bên mua thanh toán tiền mua hàng, nhận hàng hoặc thực hiện các nghĩa vụ khác.

Phạm vi khái niệm BTHĐHĐ theo CISG còn mở rộng cả đối với trường hợp yêu cầu bên vi phạm giao hàng thay thế hoặc khắc phục sự không phù hợp bằng cách sửa chữa nếu hàng hóa không phù hợp với hợp đồng⁸⁴.

Việc khắc phục sự không phù hợp bằng cách sửa chữa được hiểu là việc bên bị vi phạm khắc phục khiếm khuyết của hàng hóa bằng hành vi tác động vào hàng hóa, làm cho hàng hóa được giao trở nên phù hợp với hợp đồng. Việc sửa chữa hàng hóa bao gồm việc loại trừ khiếm khuyết bằng việc thay thế một bộ phận bị khiếm khuyết của hàng hóa, mà không dẫn đến việc thay thế toàn bộ hàng hóa. Trường hợp này không được hiểu là biện pháp giao hàng thay thế, mà chỉ là việc cung cấp các bộ phận thay thế với tính chất là một bước của việc sửa chữa, cải thiện, khắc phục khiếm khuyết, với mục đích làm cho hàng hóa được giao trở nên phù hợp với hợp đồng⁸⁵. Tuy nhiên, vấn đề đặt ra là việc sửa chữa có thể không làm

⁸³ Điều 46 CISG không quy định trực tiếp việc bên mua (bên bị vi phạm) có quyền BTHĐHĐ bằng cách dùng các biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện. Do vậy, trên thực tế có thể dẫn đến cách hiểu trong trường hợp bên bán vi phạm hợp đồng, bên mua mua hàng thay thế từ bên khác, làm phát sinh khoản tiền chênh lệch do mua hàng thay thế và chi phí liên quan thì bên mua có quyền được hoàn lại khoản tiền này bằng yêu cầu bồi thường thiệt hại. Tuy nhiên, như đã phân tích, một hành vi vi phạm có thể làm phát sinh quyền áp dụng các biện pháp khắc phục khác nhau của bên bị vi phạm. Việc chọn biện pháp nào phù hợp để áp dụng là quyền của bên bị vi phạm. Nếu bên bị vi phạm chọn BTHĐHĐ thì việc yêu cầu hoàn lại khoản tiền chênh lệch do mua hàng thay thế và chi phí liên quan là cách thức áp dụng biện pháp BTHĐHĐ. Khoản tiền có tính chất thay cho việc thực hiện hợp đồng của bên vi phạm (monetary substitute for performance) cần được phân biệt với khoản tiền có tính chất bồi thường cho tổn thất mà bên bị vi phạm phải gánh chịu (compensatory awards).

⁸⁴ Yêu cầu buộc sửa chữa khiếm khuyết hoặc giao hàng thay thế được xem như một hình thức phụ (sub-form) của BTHĐHĐ. Bên bị vi phạm có quyền chọn áp dụng biện pháp buộc sửa chữa khiếm khuyết hoặc giao hàng thay thế nhưng đồng thời quyền này cũng phải bị giới hạn theo các nguyên tắc giới hạn phạm vi áp dụng biện pháp BTHĐHĐ. Về vấn đề này, tham khảo Vanessa Mak (2009), (tłdd), tr.115 – 116 và tr.120 – 123. Điều này ảnh hưởng đến việc xác định liệu rằng bên bị vi phạm có quyền tự do lựa chọn việc yêu cầu buộc sửa chữa khiếm khuyết hoặc giao hàng thay thế so với các biện pháp khác; hoặc hẹp hơn, có quyền chọn giữa buộc sửa chữa khiếm khuyết và giao hàng thay thế hay không.

⁸⁵ Ví dụ, bên bán thay thế một cánh cửa xe bị móp méo bằng một cánh cửa khác, hoặc thay thế van nước bị hỏng bằng một van nước mới, mà không thay thế toàn bộ chiếc xe. Về vấn đề này, tham khảo Schlechtriem and Schwenger (eds) (2010), (tłdd), tr.721.

cho bên mua nhận được chính xác đối tượng mà bên này thỏa thuận. Nếu đối tượng mà bên mua thỏa thuận trong hợp đồng là hàng mới thì hàng hóa đã qua sửa chữa không còn đảm bảo thuộc tính này, và do vậy, bên bán đã vi phạm hợp đồng⁸⁶. Ngược lại, nếu đối tượng mà bên mua thỏa thuận trong hợp đồng không phải là hàng mới thì việc sửa chữa hàng hóa, loại trừ khiếm khuyết vẫn đáp ứng yêu cầu của bên mua, với điều kiện hàng hóa sau khi được sửa chữa trở nên phù hợp với hợp đồng.

Trong khi đó, giao hàng thay thế là việc bên vi phạm giao hàng khác (phù hợp với hợp đồng) để thay thế toàn bộ hàng đã giao trước đó (không phù hợp với hợp đồng)⁸⁷. Xét về tính chất, giao hàng thay thế cũng dẫn đến hệ quả tương tự như khi bên bán hoàn thành nghĩa vụ giao hàng theo thỏa thuận ban đầu, theo đó bên mua nhận được chính xác đối tượng mà bên này thỏa thuận. Tuy nhiên, sự khác biệt vẫn được tìm thấy trong trường hợp có sự phân biệt giữa hàng cùng loại và hàng đặc định. Theo đó, nếu đối tượng mà bên mua thỏa thuận trong hợp đồng là hàng đặc định, bên bán sẽ không thể thực hiện đúng hợp đồng bằng cách giao hàng thay thế⁸⁸.

Tóm lại, BTHĐHĐ theo CISG là biện pháp khắc phục mà bên bị vi phạm có quyền áp dụng để có được đối tượng mà bên này hướng đến khi xác lập hợp đồng, bằng cách yêu cầu bên vi phạm thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng hoặc dùng biện pháp để hợp đồng được thực hiện.

Nếu so với khái niệm BTHĐHĐ theo Luật Thương mại 2005 thì một bên trong hợp đồng MBHH cũng có các quyền tương tự trong trường hợp bên kia vi phạm hợp đồng. Theo khoản 1 Điều 297 Luật Thương mại 2005, BTHĐHĐ là việc bên bị vi phạm yêu cầu bên vi phạm thực hiện đúng hợp đồng hoặc dùng các biện pháp để hợp đồng được thực hiện và bên vi phạm phải chịu chi phí phát sinh. Cụ thể, nếu bên bán giao thiếu hàng thì phải giao đủ hàng; nếu giao hàng hóa kém chất lượng thì phải loại trừ khuyết tật của hàng hóa hoặc giao hàng khác thay thế theo đúng hợp đồng. Bên vi phạm không được dùng tiền hoặc hàng khác chủng loại để thay thế nếu không được sự chấp thuận của bên bị vi phạm⁸⁹. Quy định về việc bên vi phạm không được dùng tiền hoặc hàng khác chủng loại để thay thế nếu không được sự chấp thuận của bên bị vi phạm dẫn đến cách hiểu tương đồng như phân tích ở trên về việc giao hàng thay thế. Theo đó, nếu đối tượng mà bên mua thỏa thuận

⁸⁶ Tham khảo A. G. Guest (ed) (2006), Benjamin's Sale of Goods, 7th edition, Sweet & Maxwell, đoạn 11-016, dẫn theo Vanessa Mak (2009), (tłđđ), tr.118.

⁸⁷ Tham khảo Schlechtriem and Schwenger (eds) (2010), (tłđđ), tr.711.

⁸⁸ Tham khảo Vanessa Mak (2009), (tłđđ), tr.119.

⁸⁹ Xem Điều 297(2) Luật Thương mại 2005.

trong hợp đồng là hàng đặc định, bên bán chỉ có thể giao hàng khác thay thế trong trường hợp được bên mua chấp thuận.

Nếu bên bán không giao hàng, bên mua có thể mua hàng của người khác để thay thế. Nếu hàng hóa có khuyết tật thì bên mua có quyền tự mình hoặc thuê người khác sửa chữa khuyết tật của hàng hóa. Việc áp dụng BTHĐHĐ theo cách thức dùng các biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện làm phát sinh nghĩa vụ thanh toán khoản tiền chênh lệch và chi phí liên quan trong trường hợp mua hàng thay thế hoặc chi phí thực tế hợp lý trong trường hợp sửa chữa khuyết tật của hàng hóa⁹⁰. Ngược lại, trường hợp bên vi phạm là bên mua thì bên bán có quyền yêu cầu bên mua trả tiền, nhận hàng hoặc thực hiện các nghĩa vụ khác của bên mua⁹¹. Như vậy, BTHĐHĐ theo Luật Thương mại 2005 cũng được tiếp cận theo hướng là một biện pháp cơ bản mà bên bị vi phạm có quyền áp dụng để có được đối tượng mà bên này hướng đến khi xác lập hợp đồng trong trường hợp có hành vi vi phạm hợp đồng của bên kia. Cách tiếp cận này chịu sự tác động chủ yếu từ hệ thống pháp luật châu Âu lục địa, đặt trọng tâm vào việc bảo vệ lợi ích từ việc hợp đồng được thực hiện đúng.

2.1.2 Đặc điểm của buộc thực hiện đúng hợp đồng theo CISG

Thứ nhất, BTHĐHĐ theo CISG với tính chất là một biện pháp thuộc nhóm các biện pháp khắc phục vi phạm có tính chất hướng đến việc thực hiện hợp đồng, do vậy, mang bản chất pháp lý của nhóm biện pháp đặt trọng tâm vào việc bảo vệ lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện. Thuật ngữ “lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện” (“performance interest”)⁹² gắn liền với nhóm các biện pháp khắc phục vi phạm có tính chất hướng đến việc thực hiện hợp đồng, nhấn mạnh đến lợi ích mà bên có quyền đạt được từ chính việc hợp đồng được thực hiện trên thực tế.

Việc bảo vệ lợi ích có được do thực hiện hợp đồng được củng cố bằng lập luận cho rằng một bên xác lập hợp đồng vì nhắm đến và mong muốn có được đối tượng mà bên kia cam kết. Về phần mình, bên xác lập hợp đồng sẵn sàng gánh chịu chi phí để đạt được điều đó; vì vậy, thực chất việc thực hiện hợp đồng của bên kia

⁹⁰ Xem Điều 297(3) Luật Thương mại 2005.

⁹¹ Xem Điều 297(5) Luật Thương mại 2005.

⁹² Về nguồn gốc của thuật ngữ “lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện” (“performance interest”), tham khảo Daniel Friedmann (1995), *The Performance Interest in Contract Damages*, 111 *Law Quarterly Review* 628, tr. 629 – 631. Sau này, tác giả Charlie Webb đã có đóng góp quan trọng vào việc làm rõ khái niệm và phạm vi của thuật ngữ “lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện” với tính chất là lợi ích được nhắm đến từ mục đích bảo vệ quyền được thực hiện hợp đồng, đối lập với “lợi ích có được từ việc được bồi thường thiệt hại” (“compensation interest”). Về vấn đề này, tham khảo Charlie Webb (2006), *Performance and Compensation: An Analysis of Contract Damages and Contractual Obligation*, 26 *Oxford Journal of Legal Studies* 41, tr. 42.

luôn được xác định sẽ có giá trị cao hơn phần chi phí này⁹³. Sự không cân bằng này khiến cho lợi ích có được từ việc bồi thường thiệt hại thường không đủ để bù đắp phần giá trị phát sinh từ việc hợp đồng được thực hiện đúng⁹⁴. Do vậy, cách tốt nhất để bảo vệ lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện là thông qua chế tài dẫn đến việc thực hiện hợp đồng, hơn là việc bồi thường thiệt hại⁹⁵. Bởi lẽ, nếu dựa trên quan điểm cho rằng một nghĩa vụ đã được cam kết sẽ cho phép bên có quyền nhận được toàn bộ giá trị phát sinh từ việc hợp đồng được thực hiện đúng thì đây chính là bước thứ nhất khẳng định quyền được thực hiện hợp đồng. Bước thứ hai là việc xác định biện pháp khắc phục dẫn đến việc bảo vệ quyền này ở mức độ cao nhất, trong đó, BTHĐHĐ cho phép bên có quyền đạt được chính xác đối tượng mà bên này mong muốn bằng chính việc thực hiện nghĩa vụ hợp đồng⁹⁶.

Dựa trên nền tảng này, các biện pháp khắc phục theo hệ thống pháp luật châu Âu lục địa đặt trọng tâm vào việc bảo vệ quyền được thực hiện hợp đồng và cùng với đó là lợi ích do việc hợp đồng được thực hiện. Các quy định của CISG về BTHĐHĐ cũng đi theo cách tiếp cận này⁹⁷. Theo đó, BTHĐHĐ theo CISG cũng lấy việc bảo vệ lợi ích do việc hợp đồng được thực hiện làm trọng tâm. Tính chất pháp lý này được hình thành dựa trên luận điểm cơ bản về việc gắn biện pháp BTHĐHĐ với tính chất bảo vệ quyền được thực hiện hợp đồng và chỉ khi chính nghĩa vụ hợp đồng được thực hiện thì lợi ích có được từ việc thực hiện hợp đồng mới được bảo vệ ở mức cao nhất. Việc áp dụng BTHĐHĐ cũng khắc phục được khả năng việc bồi thường không đủ để bù đắp lợi ích mà bên bị vi phạm mong đợi từ việc hợp đồng được thực hiện⁹⁸.

Điều này dựa trên các lập luận chủ yếu xuất phát từ việc phân tích các khía cạnh của yếu tố “lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện”. Theo đó, lợi ích này không chỉ là các lợi ích kinh tế tính được thành tiền, mà còn bao gồm các lợi ích phát sinh phi tiền tệ, được đặt trên giá trị kinh tế của đối tượng mà một bên hướng đến khi xác lập hợp đồng và gắn nó với chính việc thực hiện nghĩa vụ hợp

⁹³ Tham khảo Daniel Friedmann (1995), (tłđđ), tr.629.

⁹⁴ Tham khảo Alan Schwartz (1979), *The Case for Specific Performance*, 89 *Yale Law Journal* 271, tr.274.

⁹⁵ Tham khảo Vanessa Mak (2009), (tłđđ), tr. 61 và tr.205; tham khảo Seana Valentine Shiffrin (2007), *The Divergence of Contract and Promise*, 120 *Harvard Law Review* 708, tr.722 – 723.

⁹⁶ Tham khảo Vanessa Mak (2009), (tłđđ), tr. 60 – 61 và Charles Fried (2015), *Contracts as Promise – A Theory of Contractual Obligation*, 2nd edition, Oxford University Press, tr.16.

⁹⁷ Tham khảo Avery W. Katz (2005), (tłđđ), tr.384.

⁹⁸ Về các trường hợp liên quan đến khả năng việc bồi thường không đủ để bù đắp lợi ích mà bên bị vi phạm mong đợi từ việc hợp đồng được thực hiện (under-compensatory); tham khảo Alan Schwartz (1979), (tłđđ), tr.276 và Vanessa Mak (2009), (tłđđ), tr. 88.

đồng (surplus)⁹⁹. Chẳng hạn như, trong các giao dịch MBHH, các lợi ích phát sinh phi tiền tệ này có thể gắn với các đối tượng là những hàng hóa có tính chất đặc định so với các hàng hóa thông thường được mua bán trên thị trường hoặc những hàng hóa được mua bán trong điều kiện thương mại đặc thù. Đối với các trường hợp này, BTHĐHĐ được xác định là biện pháp phù hợp hơn so với bồi thường thiệt hại, nếu gắn với mục tiêu bảo vệ các lợi ích phát sinh phi tiền tệ mà bên có quyền thực sự muốn hướng đến.

Thậm chí trong một số trường hợp, việc BTHĐHĐ phải được hiểu là chính các bên phải thực hiện nghĩa vụ hợp đồng, chứ không phải dùng cách khác để hợp đồng được thực hiện (thông qua bên thứ ba và yêu cầu hoàn lại chi phí phát sinh). Bởi lẽ, việc hợp đồng được thực hiện bởi bên thứ ba có thể không mang lại kết quả tương tự như khi được thực hiện bởi chính các bên trong hợp đồng. Chẳng hạn như đối với hợp đồng MBHH trong điều kiện thương mại đặc thù (giữa các bên tồn tại nhiều giao dịch mua bán trong một thời gian dài), các bên có thể đã thiết lập một mức độ tin cậy nhất định mà bên thứ ba không thay thế được; hoặc trong trường hợp mà hợp đồng MBHH yêu cầu sự hiểu biết chuyên sâu để có khả năng sửa chữa, khắc phục khiếm khuyết đối với hàng hóa là máy móc, thiết bị kỹ thuật phức tạp.

Tuy nhiên, cũng có quan điểm cho rằng, nếu nhìn theo hướng ngược lại, việc bảo vệ ở mức cao nhất quyền được thực hiện hợp đồng của bên bị vi phạm cũng có thể dẫn đến hệ quả tương tự như trường hợp bồi thường vượt quá (over-compensated), theo đó bên bị vi phạm vẫn có thể yêu cầu BTHĐHĐ kể cả khi bên này không thực hiện nghĩa vụ hạn chế tổn thất¹⁰⁰. Trong khi đó, một trong những luận điểm hình thành nên nguyên tắc hạn chế tổn thất là việc xem đây như là một nguyên tắc hỗ trợ, bảo đảm việc bên bị vi phạm cũng phải góp phần mình vào việc bảo vệ lợi ích mong đợi từ việc thực hiện hợp đồng. Vậy, vấn đề đặt ra là liệu có khả năng nào bên bị vi phạm có thể đạt được lợi ích mong đợi từ yêu cầu BTHĐHĐ kể cả khi bên này không thực hiện nghĩa vụ hạn chế tổn thất hay không?

Về vấn đề này, cần xét rằng nguyên tắc hạn chế tổn thất có nguồn gốc từ việc cân bằng lợi ích của các bên, dựa trên việc tính đến yếu tố hiệu quả và tính hợp lý trong việc bảo vệ lợi ích từ việc thực hiện hợp đồng. Theo đó, xét từ góc độ kinh tế, mục đích của hạn chế tổn thất là nhằm ngăn chặn hoặc giảm thiểu việc lãng phí (lợi ích lẽ ra không bị mất nếu có thể hạn chế được bằng các biện pháp hợp lý). Nếu đặt

⁹⁹ Về vấn đề này, tác giả Vanessa đã sử dụng thuật ngữ giá trị tính được thành tiền của việc thực hiện hợp đồng (the monetary value of performance) để phân biệt với thuật ngữ giá trị không tính được thành tiền của việc thực hiện hợp đồng (the non-monetary value of performance); tham khảo Vanessa Mak (2009), (tłđđ), tr. 61.

¹⁰⁰ Tham khảo Vanessa Mak (2009), (tłđđ), tr. 62 – 63.

vấn đề hiệu quả thì điều này không đạt được khi mà bên vi phạm phải trả một khoản cao hơn khoản lẽ ra chỉ phải trả để bảo vệ lợi ích mong đợi của bên bị vi phạm từ việc thực hiện hợp đồng (nếu áp dụng nguyên tắc hạn chế tổn thất).

Mặt khác, xuất phát từ nguyên tắc thiện chí, trung thực trong việc xác lập, thực hiện hợp đồng, nếu bên vi phạm buộc phải gánh chịu toàn bộ chi phí trong khi bên bị vi phạm có điều kiện để thực hiện việc hạn chế tổn thất thì điều này không hợp lẽ công bằng. Bởi lẽ, ở một mức độ nhất định, nguyên tắc thiện chí đòi hỏi một bên phải tính đến lợi ích của bên kia. Tính hợp lý trong việc thực hiện các biện pháp hạn chế tổn thất được đánh giá bởi những gì mà một bên hành động một cách có thiện chí và hành động như thế nếu được đặt trong cùng một tình huống tương tự thì một bên khác cũng cho rằng hành động như vậy là hợp lý. Mặt khác, trong nhiều trường hợp, việc hạn chế tổn thất cũng phù hợp với chính lợi ích của bên bị vi phạm. Chẳng hạn như, bằng việc hạn chế tổn thất, bên bị vi phạm hướng đến việc thu hồi một phần lợi ích của mình để có thể đầu tư hoặc thực hiện một giao dịch có lợi khác, đảm bảo yếu tố thời gian – yếu tố sinh lợi quan trọng trong thương mại. Như vậy, nghĩa vụ hạn chế tổn thất đặt một phần trách nhiệm lên bên bị vi phạm trong việc bảo vệ lợi ích có được từ việc thực hiện hợp đồng.

Vậy nên, quan điểm cho rằng bên bị vi phạm có thể dựa vào quyền yêu cầu BTHĐHĐ để đạt được lợi ích mong đợi, mà không cần thực hiện nghĩa vụ hạn chế tổn thất, đã không còn phù hợp. Bởi lẽ, nghĩa vụ hạn chế tổn thất gắn với yêu cầu BTHĐHĐ theo một cách thức khác. Theo đó, nghĩa vụ hạn chế tổn thất là một phần của nguyên tắc thiện chí, đặt giới hạn cho phạm vi áp dụng biện pháp BTHĐHĐ. Việc bảo vệ ở mức cao nhất quyền được thực hiện hợp đồng của bên bị vi phạm không dẫn đến hệ quả tương tự như trường hợp bồi thường vượt quá (over-compensated); mặt khác, còn khắc phục được hệ quả phát sinh từ việc bồi thường không đủ để bù đắp lợi ích mà bên bị vi phạm mong đợi từ việc hợp đồng được thực hiện (under-compensatory)¹⁰¹.

Thứ hai, BTHĐHĐ theo CISG tạo ra sự đối ứng và cân bằng về quyền được thực hiện hợp đồng. Theo đó, trên cơ sở biện pháp BTHĐHĐ theo CISG hướng các bên đến việc thực hiện hợp đồng, đặt trọng tâm bảo vệ lợi ích do việc hợp đồng được thực hiện, nên quyền được thực hiện hợp đồng có thể phát sinh từ cả hai phía (bên bị vi phạm và bên vi phạm) dưới những cách thức khác nhau. Trong giới hạn

¹⁰¹ Tham khảo Vanessa Mak (2009), (tłđđ), tr.63.

đặt ra theo CISG, hợp đồng vẫn được khuyến khích thực hiện ngay cả sau khi bên bán vi phạm hợp đồng lần thứ nhất (đã giao hàng không phù hợp với hợp đồng)¹⁰².

Quyền được yêu cầu BTHĐHĐ của bên mua đã phát sinh khi bên bán vi phạm hợp đồng, nhưng đồng thời quyền được khắc phục vi phạm của bên bán cũng được hình thành từ đó (như một sự phản ánh trở lại nguyên tắc hướng đến việc thực hiện hợp đồng khởi sinh từ quyền BTHĐHĐ của bên mua)¹⁰³. Bản chất đối ứng thể hiện ở điểm nếu bên mua có được lợi ích từ việc nhận về phần mình đối tượng của hợp đồng (do việc thực hiện hợp đồng) thì bên bán cũng có lợi ích từ việc làm cho hợp đồng được thực hiện. Theo đó, trên cơ sở lợi ích có được từ việc thực hiện hợp đồng được bảo vệ ở mức cao nhất khi chính nghĩa vụ hợp đồng được thực hiện, và suy cho cùng phù hợp với mục tiêu mà quyền BTHĐHĐ của bên mua hướng đến, thì quyền được khắc phục vi phạm cho phép bên bán được tiếp tục thực hiện hợp đồng khi việc tiếp tục này mang lại hiệu quả nhất định (xét từ góc độ cân bằng lợi ích và giảm thiểu các tổn thất về kinh tế).

Theo CISG, quyền được khắc phục vi phạm của bên bán (tiếp tục giao hàng đối với hàng hóa lẽ ra đã được giao; sửa chữa hoặc giao thay thế hàng hóa không phù hợp với hợp đồng) có thể được thực hiện trước khi bên mua được quyền hủy bỏ hợp đồng. Hay nói cách khác, quyền được khắc phục vi phạm của bên bán cho phép bên này được tiếp tục thực hiện hợp đồng và quyền này thường được tính đến khi bên mua có khả năng áp dụng một biện pháp khác mà không phải là BTHĐHĐ. CISG mở rộng quyền được khắc phục vi phạm của bên bán kể cả sau khi đến hạn thực hiện nghĩa vụ giao hàng. Xét về bản chất, quyền được khắc phục vi phạm của bên bán cho dù được thực hiện dưới hình thức nào cũng dẫn đến hệ quả hợp đồng được thực hiện đúng, đảm bảo cho bên mua lợi ích mà bên này mong đợi, đồng thời góp phần quan trọng vào việc bảo vệ tính hiệu quả khi hợp đồng được tiếp tục thực hiện.

Như đã phân tích, việc bảo vệ lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện và việc cân nhắc tính hiệu quả khi thực hiện hợp đồng là sự thống nhất giữa hai mặt của một vấn đề, nhằm cân bằng hợp lý lợi ích của các bên. Nếu nhìn từ góc độ này thì quyền BTHĐHĐ của bên mua luôn gắn với quyền được khắc phục sau vi phạm của bên bán. Đặc điểm pháp lý này đặt ra vấn đề làm thế nào để hài hòa giữa

¹⁰² Xem Điều 48 CISG.

¹⁰³ Về các phân tích liên quan đến quyền được khắc phục vi phạm của bên bán (the seller's right to cure) với tính chất như một hình ảnh phản chiếu của quyền BTHĐHĐ của bên mua (the mirror image of the buyer's entitlement to specific performance), tham khảo Vanessa Mak (2009), (tldd), tr.149.

hai quyền này mà vẫn đảm bảo mục tiêu bảo vệ lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện ở mức cao nhất có thể¹⁰⁴.

Trong trường hợp bên bán muốn được khắc phục vi phạm nhưng bên mua muốn áp dụng biện pháp khác (như bồi thường thiệt hại) thì quyền được khắc phục vi phạm của bên bán cần được quy định một cách phù hợp, sao cho việc mở rộng quyền này không ảnh hưởng một cách bất hợp lý đến bên mua. Vì cần nhìn nhận rằng, nếu bên mua muốn chọn áp dụng biện pháp bồi thường thiệt hại thì có thể việc bồi thường bằng tiền bảo vệ được lợi ích của bên mua; trong khi bên bán muốn được khắc phục để giảm thiểu các tổn thất về kinh tế. Về vấn đề này, nếu CISG đã tiếp cận theo hướng khuyến khích việc thực hiện hợp đồng đồng thời với việc cân bằng yếu tố hiệu quả, thì quyền được khắc phục vi phạm của bên bán được tạo lập, và thực chất việc khắc phục cũng đem lại hệ quả tương tự xét về mặt lợi ích (bên mua nhận được chính cái mà bên này mong muốn khi xác lập hợp đồng). Tuy nhiên, bên bán là bên vi phạm hợp đồng nên quyền này phải được đặt trong các giới hạn cần thiết, thậm chí phải nghiêm ngặt hơn so với các giới hạn áp dụng đối với quyền yêu cầu BTHĐHĐ của bên mua¹⁰⁵.

Thứ ba, BTHĐHĐ theo CISG gắn với yếu tố đảm bảo cân bằng lợi ích của các bên, theo đó tạo lập một cơ chế hướng cả hai bên (bên bị vi phạm và bên vi phạm) đến việc thực hiện hợp đồng, bằng cách tạo cơ sở cho việc thực hiện hợp đồng như một biện pháp khắc phục cơ bản và trước tiên từ cả hai phía.

Về phía bên bị vi phạm, việc áp dụng BTHĐHĐ của bên bị vi phạm xuất phát từ quyền của bên này và là hệ quả của sự tương tác từ cả hai yếu tố chính: (i) bảo vệ lợi ích do việc hợp đồng được thực hiện và (ii) bảo vệ yếu tố hiệu quả trong thực hiện hợp đồng. Về phía bên vi phạm, mặc dù bên bị vi phạm được quyền tự do quyết định việc áp dụng biện pháp khắc phục, nhưng bằng cách đặt ra các giới hạn đi cùng, CISG hướng đến việc tạo cơ hội cho bên vi phạm được khắc phục theo cách phù hợp nhất, hạn chế thấp nhất các chi phí bất lợi, miễn sao hệ quả cuối cùng vẫn là hợp đồng được thực hiện đúng và thông qua đó, bên bị vi phạm đạt được mục đích của việc giao kết hợp đồng. Chính vì vậy, các quy định của CISG liên quan đến BTHĐHĐ tạo cơ sở cho việc tách khỏi ý niệm: việc buộc bên vi phạm khắc

¹⁰⁴ Từ góc độ này, trong nội dung nghiên cứu về BTHĐHĐ với tính chất là một biện pháp hướng đến việc thực hiện hợp đồng, một số công trình nghiên cứu đã phân loại thành hai nhóm chính: (i) buộc bên vi phạm thực hiện nghĩa vụ chính có nguồn gốc từ hợp đồng (primary obligation) và quyền được khắc phục vi phạm của bên vi phạm; và (ii) buộc bên vi phạm thực hiện nghĩa vụ thứ cấp, phát sinh trên cơ sở vi phạm nghĩa vụ chính (secondary obligation), bao gồm quyền yêu cầu sửa chữa khiếm khuyết hoặc giao hàng thay thế. Về vấn đề này, tham khảo Vanessa Mak (2009), (tłđđ), tr.52 – 53.

¹⁰⁵ Tham khảo Vanessa Mak (2009), (tłđđ), tr.75 và tr.188.

phục vi phạm thông qua biện pháp nào, hay thậm chí nếu bị buộc phải thực hiện đúng hợp đồng thì việc thực hiện theo cách thức nào, là hoàn toàn phục thuộc vào ý chí của bên bị vi phạm. Chẳng hạn như, bằng cách ràng buộc quyền yêu cầu BTHĐHĐ của bên mua trong tương quan với quyền được tự khắc phục khiếm khuyết của bên bán sau vi phạm, mục đích của CISG là tạo cơ sở cho việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ theo hướng cân bằng lợi ích của các bên trong hợp đồng. Hay nói cách khác, thông qua sự tương tác này, CISG mở rộng phạm vi ảnh hưởng của BTHĐHĐ theo hướng BTHĐHĐ là biện pháp cơ bản theo nghĩa bên bị vi phạm sẽ áp dụng trước khi hủy hợp đồng hoặc bồi thường thiệt hại, nếu bên vi phạm có ý muốn khắc phục bằng cách thực hiện hợp đồng.

Đặc trưng pháp lý này đồng thời đặt nền tảng cho ý niệm về thứ bậc trong việc áp dụng biện pháp khắc phục (the hierarchy of remedies)¹⁰⁶. Theo đó, BTHĐHĐ được đặt ở vị trí đầu tiên, không phải chỉ từ ý chí của bên bị vi phạm, mà còn từ mong muốn được thực hiện hợp đồng của bên vi phạm. Cho dù quyền khắc phục sau vi phạm (bằng cách tiếp tục thực hiện hợp đồng) của bên vi phạm theo Điều 48 CISG phụ thuộc vào các giới hạn nghiêm ngặt được đặt ra thì về cơ bản, CISG cũng đã mở ra cơ chế buộc bên bị vi phạm (bên mua) tạo cơ hội cho bên vi phạm (bên bán) khắc phục trước khi áp dụng các biện pháp khác.

Quy định về quyền khắc phục sau vi phạm không phải là điều kiện tiên quyết để bên bị vi phạm áp dụng các biện pháp chế tài, nhưng theo một cách nào đó, quy định này giới hạn quyền tự do áp dụng biện pháp khắc phục theo ý mình của bên bị vi phạm, mở ra cho bên vi phạm khả năng được khắc phục theo cách phù hợp nhất và hiệu quả nhất. Chính vì vậy, từ góc độ này, quyền được thực hiện hợp đồng được đẩy lên một thứ bậc cao hơn, theo nghĩa không chỉ là quyền của bên bị vi phạm, mà còn được nhìn nhận như một quyền từ phía bên vi phạm; và hệ quả là khả năng hợp đồng được thực hiện tăng thêm một bậc. Việc tạo lập nên cơ chế khắc phục như vậy, về bản chất, xuất phát từ mong muốn bảo vệ một cách hợp lý lợi ích của bên vi phạm, gắn với yếu tố đảm bảo cân bằng lợi ích của các bên.

Biện pháp BTHĐHĐ theo CISG được áp dụng nhằm bảo đảm cho hợp đồng được thực hiện như thỏa thuận và do vậy, các bên cũng đạt được mục đích của việc giao kết hợp đồng. Tuy kết quả của quá trình đấu tranh để đi đến thỏa hiệp giữa các quốc gia thành viên trong việc xây dựng các quy định về BTHĐHĐ theo CISG đã cho thấy việc ghi nhận các nguyên tắc có nguồn gốc từ hệ thống pháp luật châu Âu lục địa, theo đó cho phép bên bị vi phạm có quyền buộc bên vi phạm thực hiện đúng

¹⁰⁶ Tham khảo Vanessa Mak (2009), (tłđđ), tr.123 và tr.200 – 201.

hợp đồng, nhưng kể cả sau khi CISG có hiệu lực thi hành, từ góc độ học thuật, các nhóm quan điểm có tính đối lập vẫn tồn tại. Theo đó, những nhà nghiên cứu theo cách tiếp cận có nguồn gốc từ hệ thống pháp luật châu Âu lục địa ủng hộ quan điểm bảo vệ lợi ích từ việc thực hiện hợp đồng thông qua các biện pháp khắc phục hướng đến việc thực hiện hợp đồng. Trong khi đó, các nhà nghiên cứu khác ủng hộ việc bồi thường thiệt hại thay cho BTHĐHĐ, nghiêng về cách tiếp cận của hệ thống thông luật, xem đó là cách khắc phục phù hợp hơn¹⁰⁷. Do vậy, xét về mặt học thuật, vẫn cần giải quyết câu hỏi vì sao biện pháp BTHĐHĐ theo CISG giữ vai trò là biện pháp quan trọng để khắc phục vi phạm; hay nói cách khác, biện pháp BTHĐHĐ theo CISG được xây dựng dựa trên nền tảng lý thuyết nào và cơ sở nào để xác định biện pháp này bảo vệ tốt nhất lợi ích mà các bên mong đợi từ việc hợp đồng được thực hiện đúng.

Hơn nữa, nếu khẳng định biện pháp BTHĐHĐ là biện pháp khắc phục nhằm hướng các bên đến việc thực hiện hợp đồng, bảo vệ lợi ích mong đợi của các bên, thì cần giới hạn phạm vi áp dụng của biện pháp này như thế nào để cân bằng quyền và lợi ích hợp pháp của các bên? Để giải quyết các câu hỏi này, các phần tiếp theo của luận án tập trung làm rõ (i) Nền tảng lý thuyết tạo cơ sở cho quy định về BTHĐHĐ theo CISG và (ii) Giới hạn phạm vi áp dụng của biện pháp này.

2.2 Nền tảng lý thuyết tạo cơ sở cho quy định về buộc thực hiện đúng hợp đồng theo CISG

2.2.1 Lý thuyết về sự ràng buộc của nghĩa vụ hợp đồng

Hợp đồng được tạo lập trên cơ sở các cam kết của các bên và bản chất pháp lý của các biện pháp hướng đến việc thực hiện hợp đồng bắt nguồn từ sự ràng buộc của nghĩa vụ hợp đồng. Theo đó, sự ràng buộc của nghĩa vụ hợp đồng là luận điểm trung tâm trong các lý thuyết của các hệ thống pháp luật khác nhau¹⁰⁸, đặt nền tảng cho sự bảo vệ đối với quyền được thực hiện hợp đồng, tuy phạm vi và cách thức khác nhau.

¹⁰⁷ Tham khảo Felisa Baena Aramburo (2013), (tłđđ), tr.2.

¹⁰⁸ Sự ràng buộc của nghĩa vụ hợp đồng và quyền đối với việc hợp đồng được thực hiện có nền tảng từ lý thuyết Kantian (Kantian theory) trong hệ thống pháp luật châu Âu lục địa và lý thuyết dựa trên quyền chủ thể (rights-based theory) của Charles Fried trong hệ thống thông luật. Các hệ thống pháp luật tuy có cách tiếp cận khác nhau nhưng đều chia sẻ quan điểm: nghĩa vụ hợp đồng do chính các bên tạo lập sẽ ràng buộc các bên; và cũng bởi xuất phát từ cam kết của các bên nên nghĩa vụ hợp đồng có nền tảng từ các tiêu chuẩn đạo đức chung, hơn là nền tảng đến từ các yếu tố lợi ích được cân nhắc để loại bỏ nghĩa vụ. Do vậy một bên không thể dựa trên các tính toán về lợi ích thuần túy mà từ bỏ nghĩa vụ này. Về vấn đề này, tham khảo Immanuel Kant (1798), *Metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre*, Königsberg, Nicolovius, tr.97 và Charles Fried (1981), *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, Harvard University Press, tr.10 – 11, dẫn theo Vanessa Mak (2009), (tłđđ), tr.46.

Như đã phân tích ở phần trên, BTHĐHĐ theo CISG chịu sự tác động chủ yếu từ hệ thống pháp luật châu Âu lục địa, đặt trọng tâm vào việc bảo vệ lợi ích từ việc hợp đồng được thực hiện đúng, là biện pháp khắc phục mà bên bị vi phạm có quyền áp dụng để có được đối tượng mà bên này hướng đến khi xác lập hợp đồng. Biện pháp BTHĐHĐ theo CISG dựa trên quan điểm về sự ràng buộc của nghĩa vụ hợp đồng, bắt nguồn từ lý thuyết hợp đồng của Kant (Kant's Theory of Contract)¹⁰⁹, nhấn mạnh rằng nghĩa vụ hợp đồng xuất phát từ cam kết của các bên, do vậy có nền tảng từ các tiêu chuẩn đạo đức có tính ràng buộc các bên, hơn là các yếu tố lợi ích được cân nhắc để loại bỏ việc thực hiện nghĩa vụ¹¹⁰.

Immanuel Kant (1724-1804) là một triết gia người Đức, có ảnh hưởng lớn đến Kỷ nguyên Khai sáng và là một trong những nhà triết học có ảnh hưởng nhất từ trước đến nay, với nhiều nghiên cứu tác động sâu sắc đến các lĩnh vực khác nhau, mà một trong số đó là “Học thuyết về Quyền” (“Doctrine of Right”) – đặt nền móng cho lý thuyết hợp đồng của Kant và câu trả lời cho câu hỏi “Tại sao phải giữ đúng cam kết”¹¹¹.

Theo lý thuyết hợp đồng của Kant, quyền chủ thể được tạo ra từ cam kết của các bên về bản chất tương tự như một quyền tài sản, theo đó cam kết của một bên hạn chế một phần quyền của chính bên này và tạo ra cho bên kia một quyền tương ứng. Nếu xem lựa chọn thực hiện hợp đồng của bên đưa ra cam kết như một đối tượng được hưởng đến thì quyền chủ thể được tạo ra từ cam kết sẽ cho phép bên có quyền có được đối tượng này. Trên cơ sở đó, một nghĩa vụ pháp lý được áp đặt, đòi hỏi bên đưa ra cam kết không được xâm phạm quyền này theo nguyên tắc “không gây hại” cho bên kia của hợp đồng (*neminem laede*). Do quyền chủ thể được tạo ra từ cam kết của các bên được nhìn từ góc độ một quyền tài sản, nên việc không thực hiện yêu cầu theo hợp đồng là vi phạm quyền sở hữu, chứ không chỉ là vi phạm do không thực hiện đúng cam kết từ khía cạnh đạo đức¹¹². Sau này, lý thuyết này tiếp tục được phát triển theo hướng: bằng cách tạo ra một quyền tài sản, cam kết đồng thời tạo cho bên có quyền một quyền cho phép bên này bằng các cách thức hợp pháp có được việc thực hiện hợp đồng của bên kia (a right of ownership to the performance)¹¹³.

¹⁰⁹ Tham khảo B. Sharon Byrd và Joachim Hruschka (2010), (tłdd), tr.232 – 244; B. Sharon Byrd (1998), (tłdd), tr.131 – 153.

¹¹⁰ Tham khảo Vanessa Mak (2009), (tłdd), tr.46.

¹¹¹ Tham khảo B. Sharon Byrd và Joachim Hruschka (2006), (tłdd), tr.47 – 48; B. Sharon Byrd và Joachim Hruschka (2010), (tłdd), tr. 243 – 244.

¹¹² Tham khảo B. Sharon Byrd và Joachim Hruschka (2010), (tłdd), tr.238 – 239.

¹¹³ Tham khảo Vanessa Mak (2009), (tłdd), tr.48; Stephen A. Smith (2004), *Contract Theory*, Oxford University Press, tr. 73 – 74.

Tư tưởng cốt lõi của lý thuyết hợp đồng của Kant là việc nhấn mạnh tính ràng buộc của nghĩa vụ hợp đồng thông qua cam kết của các bên, theo đó sự ràng buộc này là hệ quả phát sinh từ quyền chủ thể được tạo lập từ chính các cam kết, cho phép bên có quyền có được đối tượng mà bên này hướng đến (sự lựa chọn của bên có nghĩa vụ về việc thực hiện hợp đồng). Để làm rõ vấn đề này, Kant đã từng bước giải thích bản chất của quyền chủ thể (với tính chất là một quyền tài sản) và nêu những luận điểm căn bản về cơ sở tạo lập quyền chủ thể, cũng như hệ quả phát sinh từ quyền chủ thể.

Ở bước thứ nhất, xuất phát từ ví dụ điển hình của một hợp đồng MBHH, Kant đã đặt câu hỏi về việc làm thế nào để tạo lập một quyền chủ thể - quyền của bên có quyền đối với việc hợp đồng được thực hiện. Ví dụ được nêu của Kant là hợp đồng mua bán một con ngựa, theo đó A (chủ sở hữu của con ngựa) thỏa thuận với B (bên mua) về việc A bán cho B con ngựa (chuyển giao con ngựa và chuyển quyền sở hữu con ngựa cho B) vào tuần tới, đổi lại B trả cho A \$10,000. Với tư cách là chủ sở hữu con ngựa, A có thể có nhiều lựa chọn, vậy làm thế nào để B có thể có được “lựa chọn của A về việc thực hiện hợp đồng với mình”?¹¹⁴

Kant đã nhấn mạnh sự khác biệt về thời gian giữa việc xác lập hợp đồng và việc thực hiện hợp đồng đó. Nếu việc xác lập và việc thực hiện hợp đồng xảy ra đồng thời (*pactum re initum*), thì bên mua có quyền sở hữu con ngựa ngay lập tức và cũng không cần phải đề cập thêm về quyền chủ thể. Nhưng nếu bên mua không có quyền sở hữu con ngựa vào thời điểm hợp đồng được xác lập (chưa đến hạn thực hiện hợp đồng) thì cái mà bên mua sở hữu thông qua hợp đồng là “lựa chọn của bên có nghĩa vụ về việc thực hiện hợp đồng với mình” (hành động chuyển quyền sở hữu con ngựa cho bên mua khi đến hạn thực hiện hợp đồng). Như vậy, quyền chủ thể được tạo lập, cho phép B có được “lựa chọn của A về việc thực hiện hợp đồng trong tương lai”¹¹⁵; đồng thời, theo Kant, quyền này có tính chất của một quyền tài sản, đặt bên có quyền vào vị trí của một chủ thể có quyền năng sở hữu, và do vậy, hệ quả của việc không thực hiện hành động trong tương lai (chuyển giao con ngựa và quyền sở hữu con ngựa) là vi phạm quyền sở hữu được đề cập của B¹¹⁶.

Vấn đề đặt ra là, nếu “lựa chọn của A về việc thực hiện hợp đồng với B trong tương lai” là đối tượng được hướng đến và B có quyền sở hữu thì đối tượng này là cái mà B có thể sử dụng về mặt vật lý không, bởi lẽ để có thể sử dụng thì B phải có

¹¹⁴ Tham khảo B. Sharon Byrd và Joachim Hruschka (2010), (tldd), tr.233.

¹¹⁵ Một cách khái quát, Kant xác định cái mà bên có quyền có được thông qua hợp đồng là “quyền tự do lựa chọn thực hiện một hành động trong tương lai của bên kia” (*other party's freedom of choice to perform an act in the future*); về vấn đề này, tham khảo B. Sharon Byrd và Joachim Hruschka (2010), (tldd), tr.234.

¹¹⁶ Tham khảo B. Sharon Byrd và Joachim Hruschka (2010), (tldd), tr.232 và tr.238.

khả năng chiếm hữu? Theo Kant, B có thể sử dụng thông qua việc tác động đến A theo cách thức làm cho A chuyển giao con ngựa.

Nếu sự tác động dẫn đến hệ quả A thực tế giao con ngựa cho B ngay lập tức thì B có quyền chiếm hữu dựa trên thực nghiệm (empirical physical possession) đối với lựa chọn của A; ngược lại, nếu không duy trì sự tác động nữa, B cũng không nắm giữ quyền chiếm hữu thực tế nữa¹¹⁷. Tuy nhiên, nếu còn một tuần nữa mới đến hạn giao con ngựa và B cũng chỉ cần A giao con ngựa khi đến hạn, thì sự tác động của B để A thực hiện hành vi này vẫn thể hiện quyền chiếm hữu dù không dựa trên thực nghiệm (non-empirical physical possession). Sở dĩ như vậy vì trên thực tế, khi chưa đến hạn giao, con ngựa vẫn được để ở chỗ A; B cũng tự tách mình khỏi không gian vật lý của A và giới hạn sự kiểm soát trực tiếp của mình đối với lựa chọn của A về việc giao con ngựa. Nhưng B vẫn có thể duy trì sự kiểm soát (dù không trực tiếp) đối với lựa chọn của A về việc giao con ngựa cho mình. Hay nói cách khác, B vẫn có thể đặt việc lựa chọn của A dưới sự kiểm soát của mình bằng các tác động dẫn đến hệ quả A sẽ giao con ngựa cho B vào tuần tới¹¹⁸. Dù dưới hình thức này hay hình thức khác, quyền chủ thể với tính chất là một quyền tài sản cho phép bên có quyền có được lựa chọn của bên có nghĩa vụ về việc thực hiện hành vi trong tương lai theo như cam kết giữa các bên. Đồng thời, Kant cũng đặt vấn đề bên có quyền phải có năng lực pháp luật để thực hiện quyền chủ thể¹¹⁹.

Ở bước thứ hai, Kant giải quyết vấn đề: nếu quyền chủ thể được tạo lập với tính chất một quyền tài sản thì làm thế nào để bên có quyền có được sự lựa chọn thực hiện hợp đồng của bên có nghĩa vụ mà không vi phạm quyền tự do của chính bên có nghĩa vụ và của bất kỳ một chủ thể nào khác? Pháp luật không chỉ quy định năng lực của mỗi chủ thể để đạt được quyền chủ thể mà còn đồng thời bảo vệ quyền của chủ thể đó trước bên còn lại trong hợp đồng (a right in personam) và trước các chủ thể khác (a right in rem)¹²⁰. Việc một chủ thể được bảo vệ quyền trước các chủ

¹¹⁷ Về quyền chiếm hữu dựa trên thực nghiệm (empirical physical possession), Kant minh họa bằng một hình ảnh tương tự như việc người ta có thể chiếm hữu thực tế (dựa trên thực nghiệm) đối với một quả táo khi cầm quả táo trong tay. Ngược lại, nếu không duy trì sự tác động nữa, B cũng không còn quyền này, tương tự như việc làm rơi quả táo khỏi tay, và do vậy, không còn quyền chiếm hữu thực tế (dựa trên thực nghiệm) nữa. Về ví dụ này, tham khảo B. Sharon Byrd và Joachim Hruschka (2010), (tłdd), tr.234 – 235.

¹¹⁸ Về quyền chiếm hữu không dựa trên thực nghiệm (non-empirical physical possession), Kant minh họa bằng một hình ảnh tương tự như việc người ta có thể không chiếm hữu trên thực tế (dựa trên thực nghiệm) đối với một quả táo nhưng vẫn kiểm soát được bằng cách đặt quả táo vào một tòa nhà và khóa các cửa trước khi rời khỏi. Bằng cách này, quả táo vẫn có thể được đặt dưới sự kiểm soát, cho đến khi chịu sự tác động của người này. Về ví dụ này, tham khảo B. Sharon Byrd và Joachim Hruschka (2010), (tłdd), tr.235.

¹¹⁹ Tham khảo B. Sharon Byrd và Joachim Hruschka (2010), (tłdd), tr.236.

¹²⁰ Kant phân biệt quyền được bảo vệ trước tất cả các chủ thể khác (right in rem/ius universale) với quyền được bảo vệ trước một chủ thể cụ thể (right in personam). Về vấn đề này, tham khảo B. Sharon Byrd và Joachim Hruschka (2010), (tłdd), tr.237.

thể khác cũng đồng nghĩa với việc áp đặt nghĩa vụ tương ứng lên các chủ thể khác (không xâm phạm đối tượng mà chủ thể có quyền đã hướng đến và đặt sự kiểm soát của mình với tính chất là một quyền tài sản). Theo Kant, điều này chỉ có thể thực hiện được nếu ý chí của chủ thể có quyền là một phần của ý chí được thống nhất từ trước của tất cả các chủ thể khác (*a priori* united will). Nghĩa là, ban đầu quyền chủ thể được tạo lập trước hết bởi ý chí thống nhất giữa các bên trong hợp đồng.

Kant đã giải thích rằng ý chí đơn phương của một bên chỉ cho phép bên này hướng đến kiểm soát đối tượng bên ngoài (*external thing*) với mong muốn xác lập quyền sở hữu đối với đối tượng này, nhưng không đủ để kiểm soát việc lựa chọn thực hiện hành vi trong tương lai của bên khác. Hay nói cách khác, đơn phương nắm giữ quyền kiểm soát việc lựa chọn thực hiện hành vi trong tương lai của bên khác sẽ vi phạm quyền tự do lựa chọn của bên đó. Chính vì vậy, ý chí của cả hai bên phải thống nhất về việc một bên có thể kiểm soát việc lựa chọn thực hiện hành vi trong tương lai của bên kia. Ý niệm về quyền chủ thể đã cho phép đặt sự lựa chọn thực hiện hành vi trong tương lai của một bên dưới sự kiểm soát của bên có quyền. Ý chí của các bên thống nhất thông qua việc bên này đưa ra cam kết và bên kia chấp nhận điều đó, từ đó xác lập nghĩa vụ của mỗi bên theo hợp đồng. Theo Kant, việc lựa chọn thực hiện hành vi trong tương lai của mỗi bên đối với bên kia là đối tượng mà mỗi bên thực sự có được thông qua một thỏa thuận tự nguyện và phản ánh ý chí chung của các bên.

Tuy nhiên, điểm mấu chốt trong lập luận của Kant đã thể hiện sự thống nhất ý chí giữa các bên (thông qua việc đưa ra cam kết và việc chấp nhận) chỉ là điều kiện cần để tạo lập hợp đồng, trong khi đó để hợp đồng có giá trị pháp lý thì ý chí của các bên phải dựa trên nền tảng ý chí được thống nhất từ trước của tất cả các chủ thể khác (*a priori* united will)¹²¹. Để giải thích điều này, Kant đã phân tích về việc kiểm soát và xác lập quyền sở hữu đối với đối tượng bên ngoài của một chủ thể được hợp pháp hóa trên cơ sở ý chí được thống nhất từ trước của tất cả các chủ thể khác¹²².

Theo Kant, quyền chủ thể như được đề cập cũng chỉ được công nhận dựa trên ý chí được thống nhất từ trước, bởi nếu không như vậy thì không thể có trao đổi hay MBHH. Hay nói cách khác, nếu ý chí được thống nhất từ trước không công nhận quyền chủ thể thì cái mà các chủ thể có được chỉ là những cái đã kiểm soát và xác lập quyền sở hữu ban đầu. Khi đó, việc xác lập quyền sở hữu của một chủ thể chỉ có thể dựa trên việc từ bỏ quyền sở hữu tương ứng của chủ thể còn lại, nhưng không thể chuyển giao hoặc trao đổi dựa trên ý chí của hai bên. Nếu phải phụ thuộc

¹²¹ Tham khảo B. Sharon Byrd và Joachim Hruschka (2010), (tłđđ), tr.240 – 241.

¹²² Tham khảo B. Sharon Byrd và Joachim Hruschka (2010), (tłđđ), tr.241.

vào sự từ bỏ để có thể xác lập sở hữu đối với một đối tượng cụ thể thì khi đó việc cùng đạt được của hai bên thông qua hành vi cùng từ bỏ không phải là cơ sở vững chắc để đạt được cái mà các bên hướng đến. Bởi vì một bên không thể chắc chắn rằng bên kia đã thực sự từ bỏ quyền sở hữu tài sản, hay chỉ đơn giản là vẫn giữ quyền này và chiếm hữu phần tài sản mà bên còn lại vừa từ bỏ.

Vì lẽ đó, Kant lập luận rằng để tránh xung đột, ý chí được thống nhất từ trước của tất cả các chủ thể khác phải chứa đựng nội dung công nhận rằng ý chí song phương của các bên trong hợp đồng đặt ra nghĩa vụ đối với họ và các chủ thể còn lại phải tôn trọng các nghĩa vụ hợp đồng mà các bên đã xác lập. Do đó, ý chí được thống nhất từ trước của tất cả các chủ thể khác đã hợp pháp hóa các quyền chủ thể cụ thể. Bằng cách này, một bên tham gia hợp đồng có được việc lựa chọn thực hiện hành vi trong tương lai của bên kia dựa trên sự ràng buộc phù hợp với nguyên tắc tự do ý chí, mà không xâm phạm quyền tự do của chính bên có nghĩa vụ và của bất kỳ một chủ thể nào khác.

Như vậy, để trả lời cho câu hỏi “Tại sao phải giữ đúng cam kết”, Kant đã tập trung vào những luận điểm căn bản sau: (i) một bên của hợp đồng dựa vào năng lực chủ thể được quy định theo pháp luật để có được đối tượng mà bên này hướng đến (sự lựa chọn của bên có nghĩa vụ về việc thực hiện hợp đồng); và do vậy tạo cơ sở cho việc thực thi quyền chủ thể; (ii) việc tạo lập quyền chủ thể không thể chỉ dựa trên ý chí đơn phương của chủ thể có quyền, bởi nếu vậy sẽ không phù hợp với nguyên tắc tự do ý chí, không xâm phạm quyền tự do của chính bên có nghĩa vụ và của bất kỳ một chủ thể nào khác; (iii) tiếp theo lập luận thứ hai, bên có nghĩa vụ phải cam kết thực hiện hành vi để trên cơ sở đó, bên có quyền chấp nhận cam kết này và tạo lập quyền chủ thể; và (iv) nếu cam kết của bên có nghĩa vụ (đã được bên có quyền chấp nhận) không được giữ đúng thì quyền chủ thể không thể được thực thi (trái với lập luận thứ nhất); do vậy, cam kết của bên có nghĩa vụ phải được giữ đúng (*pacta sunt servanda*)¹²³. Bằng việc nhấn mạnh nguyên tắc *pacta sunt servanda* và tiếp tục phát triển các lập luận để củng cố nguyên tắc này, lý thuyết hợp đồng của Kant đã đặt nền tảng cho lý luận về tính ràng buộc của nghĩa vụ hợp đồng và quyền chủ thể của bên có quyền đối với việc hợp đồng được thực hiện. Bởi lẽ theo Kant nếu bản chất của hợp đồng không phải là sự ràng buộc phải thực hiện nghĩa vụ đã cam kết thì điều này là một mâu thuẫn nội tại (*a contradictio in adiecto*)¹²⁴.

¹²³ Tham khảo B. Sharon Byrd và Joachim Hruschka (2010), (tłđđ), tr.243 – 244.

¹²⁴ Tham khảo Helge Dedek (2012), A Particle of Freedom: Natural Law Thought and the Kantian Theory of Transfer by Contract, 25 Canadian Journal of Law and Jurisprudence 313, tr.336 – 337.

Nghiên cứu của Kant và các nghiên cứu sau này cũng nhấn mạnh điểm cốt lõi mà nguyên tắc cam kết phải được giữ đúng (*pacta sunt servanda*) đã kế thừa từ nguyên tắc không gây hại cho bên kia của hợp đồng (*neminem laede*), đó là sự tiếp nối về mặt tư duy pháp lý trong việc bảo vệ quyền chủ thể và bảo vệ lợi ích từ việc thực hiện hợp đồng của các bên¹²⁵. Theo đó, sự ràng buộc của nghĩa vụ hợp đồng được thể hiện ở các mức độ khác nhau: (i) thứ nhất, việc tạo lập quyền chủ thể từ các cam kết; (ii) thứ hai, việc buộc thực hiện các cam kết để bảo vệ quyền chủ thể và (iii) thứ ba, việc thực thi quyền để bảo vệ lợi ích từ việc thực hiện hợp đồng bởi cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Ở các mức độ này, quyền chủ thể đã được tạo lập từ cam kết được bảo vệ bởi lẽ việc gây hại cho bên kia trong hợp đồng sẽ xảy ra nếu sự ràng buộc của nghĩa vụ hợp đồng không được tuân thủ. Tuy nhiên, vấn đề là “gây hại” được hiểu như thế nào trong điều kiện áp dụng nguyên tắc *neminem laede*? Nếu lợi ích đạt được từ hợp đồng là cái mà các bên giao kết hợp đồng được hưởng và lợi ích này có giá trị đối với một bên thì việc từ chối thực hiện hợp đồng là gây hại cho bên này. Hay nói cách khác, bên bị vi phạm đã được cam kết một lợi ích cụ thể, mà do hành vi vi phạm của bên kia, lợi ích này đã bị tước mất. Việc không thực hiện đúng hợp đồng của một bên gây hại cho bên kia được hiểu theo nghĩa rộng, theo đó việc gây hại được thể hiện dưới nhiều hình thức, không chỉ là thiệt hại thực tế, mà còn bao gồm cả thiệt hại do mất đi cam kết được thực hiện hợp đồng. Thực tế, các bên có thể mong muốn đạt được lợi ích từ việc thực hiện hợp đồng trên cơ sở một cam kết được thực hiện, cho dù phải chịu các chi phí phát sinh và tổn thất phải gánh chịu để đổi lại cam kết đó¹²⁶. Từ góc nhìn của Kant, nghĩa vụ hợp đồng phát sinh trên cơ sở cam kết cho phép bên có quyền nhận được lợi ích đầy đủ từ việc thực hiện đúng hợp đồng. Đây là bước công nhận quyền chủ thể của bên có quyền đối với việc hợp đồng được thực hiện. Điều này tạo cơ sở cho việc quyết định biện pháp khắc phục phù hợp nhất để bảo vệ lợi ích có được từ việc thực hiện hợp đồng – lợi ích thực sự mà bên có quyền đạt được nếu hợp đồng được thực hiện trên thực tế.

Xuất phát từ nền tảng này, lý thuyết hợp đồng của Kant bảo vệ mạnh mẽ sự ràng buộc của nghĩa vụ hợp đồng, và do vậy tách khỏi cách tiếp cận của thuyết vị lợi (*utilitarianism*) với ý niệm một bên có thể được tự do lựa chọn hành động theo cách nào có thể tối đa hóa lợi ích¹²⁷. Trên cơ sở thuyết vị lợi, học thuyết “vi phạm

¹²⁵ Tham khảo Dori Kimel (2002), (tłđđ), tr.16, 22.

¹²⁶ Tham khảo Dori Kimel (2002), (tłđđ), tr.106 và Vanessa Mak (2009), (tłđđ), tr.49 – 50.

¹²⁷ Tham khảo Arthur Ripstein, “Kantian Legal Philosophy” in Dennis Patterson (ed) (2010), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, 2nd edn, Wiley-Blackwell, tr. 392 – 393.

hiệu quả” cũng khởi sinh và đặt vấn đề cho việc một bên có thể phá vỡ cam kết (chọn vi phạm hợp đồng) thay vì phải thực hiện đúng hợp đồng và sau đó bồi thường thiệt hại thay cho việc thực hiện, miễn sao lợi ích của bên đó được tối ưu hóa và thiệt hại của bên bị vi phạm được bù đắp¹²⁸.

Về vấn đề trên, mặc dù biện pháp BTHĐHĐ theo CISG dựa trên quan điểm về sự ràng buộc của nghĩa vụ hợp đồng, bắt nguồn từ lý thuyết hợp đồng của Kant như đã đề cập, nhưng kể cả sau khi CISG có hiệu lực thi hành, từ góc độ học thuật, các nhóm quan điểm có tính đối lập vẫn tồn tại, ủng hộ việc một bên có quyền chọn vi phạm hợp đồng và cho phép áp dụng bồi thường thiệt hại thay cho việc BTHĐHĐ, miễn sao mục đích hướng đến là sự tối ưu hóa về lợi ích. Do vậy, phần tiếp theo của luận án tập trung giải quyết câu hỏi vì sao phải quy định về quyền được áp dụng biện pháp BTHĐHĐ của bên bị vi phạm khi mà ý niệm về VPHQ, dựa trên cơ sở của thuyết vị lợi, cho phép bên có nghĩa vụ vi phạm hợp đồng, đồng thời cho phép việc bồi thường thiệt hại thay cho việc BTHĐHĐ.

2.2.2 Học thuyết vi phạm hiệu quả

Thuật ngữ “vi phạm hiệu quả” (efficient breach) xuất phát từ ý niệm vi phạm của một bên trong hợp đồng có khả năng sinh lợi với điều kiện đảm bảo rằng bên bị vi phạm không bị thiệt hại do hành vi vi phạm. Cụ thể, khoản bồi thường mà bên vi phạm phải trả có thể bù đắp toàn bộ thiệt hại cho bên bị vi phạm, miễn sao bên này ở vào vị trí không có sự khác biệt nào giữa việc hợp đồng được thực hiện và việc được bồi thường do hợp đồng bị vi phạm. Trên cơ sở đó, VPHQ có thể tối ưu hóa hiệu quả mà bên vi phạm hướng đến nhưng không gây thiệt hại cho bên bị vi phạm (“Pareto-efficient”)¹²⁹.

Học thuyết VPHQ được nêu bởi tác giả Richard Posner (sinh năm 1939, là một trong những học giả pháp lý có ảnh hưởng nhất ở Hoa Kỳ) trong quyển sách “Economic Analysis of Law” (New York: Little, Brown and Co., 1972), tuy nhiên trước đó đã từng được tác giả Robert Birmingham đề cập đến khi bàn về vấn đề từ chối thực hiện nghĩa vụ (repudiation of obligation) trong bài viết “Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency” (24 Rutgers Law Review 273), xuất bản năm 1970, với quan điểm khuyến khích việc từ chối thực hiện nghĩa vụ nếu bên có nghĩa vụ có thể tìm kiếm lợi ích nhiều hơn từ vi phạm sau khi đã hoàn trả cho bên có quyền để bên này cũng ở vào tình trạng như khi hợp đồng được

¹²⁸ Tham khảo Melvin A. Eisenberg (2004), (tłđđ), tr.12.

¹²⁹ Tham khảo Ronald J. Jr. Scalise (2007), Why No Efficient Breach in the Civil Law: A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract, 55 The American Journal of Comparative Law 721, tr.725; Anthony Ogus, (tłđđ), tr.126 – 127.

thực hiện đúng¹³⁰. Học thuyết VPHQ đã nêu quan điểm chấp nhận cho một bên vi phạm hợp đồng và bồi thường thiệt hại nếu như việc vi phạm đem lại hiệu quả cao hơn so với việc hợp đồng được thực hiện (lợi ích có được từ vi phạm của bên vi phạm cao hơn thiệt hại mà bên bị vi phạm phải gánh chịu)¹³¹.

Một trong những cơ sở lý thuyết làm nền tảng cho học thuyết VPHQ là thuyết vị lợi (utilitarianism) – một trường phái triết học mà người tạo dựng là Jeremy Bentham (1748-1832) với các lý luận về chủ nghĩa vị lợi được trình bày trong tác phẩm *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (Dẫn Nhập Vào Các Nguyên Tắc Luân Lý và Pháp Chế, 1789)¹³². Theo đó, yếu tố vị lợi là thước đo kết quả của hành vi và hành vi tốt nhất là hành vi mang lại lợi ích cao nhất, nghĩa là có thể tối đa hóa lợi ích mà không gây hại cho các bên liên quan. Thuyết vị lợi tiếp cận theo hướng tập trung vào tính đúng đắn và phù hợp của hành vi nếu hành vi của một người tối đa hóa hạnh phúc và tạo ra lợi ích cao nhất, từ đó làm gia tăng lợi ích hoặc phúc lợi chung của xã hội¹³³. Nối tiếp quan điểm của Bentham, John Stuart Mill (1806-1873) đã phát triển thuyết vị lợi theo hướng gắn liền với tư tưởng tự do trong tác phẩm *On Liberty* (Bàn về Tự Do, 1859), theo đó mỗi cá nhân có quyền tự do lựa chọn thực hiện điều đem lại lợi ích tốt nhất cho mình, nếu không gây hại cho người khác¹³⁴.

Học thuyết VPHQ cũng dựa trên hai khía cạnh được phát triển từ thuyết vị lợi của Jeremy Bentham và tư tưởng tự do của John Stuart Mill, tập trung vào (i) tính tối ưu hóa lợi ích xã hội của thuyết vị lợi và (ii) tư tưởng tự do cá nhân nhưng không gây hại cho người khác¹³⁵.

Luận điểm cơ bản của học thuyết VPHQ là: “Trong những trường hợp nhất định, một bên trong hợp đồng có xu hướng vi phạm hợp đồng vì lợi ích có được từ vi phạm sẽ nhiều hơn lợi ích thu được do thực hiện hợp đồng. Nếu lợi ích từ việc vi phạm của bên vi phạm vượt quá lợi ích mong đợi của bên bị vi phạm trong hợp

¹³⁰ Về vấn đề này, tham khảo Melvin A. Eisenberg (2018), *Foundational Principles of Contract Law*, Oxford University Press, tr.51.

¹³¹ Tham khảo Melvin A. Eisenberg (2004), (tłđđ), tr.2.

¹³² Tham khảo Katarzyna De Lazari-Radek và Peter Singer (2017), *Utilitarianism: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, tr.4 – 5.

¹³³ Tham khảo Katarzyna De Lazari-Radek và Peter Singer (2017), (tłđđ), tr.16 – 20.

¹³⁴ Tham khảo Katarzyna De Lazari-Radek và Peter Singer (2017), (tłđđ), tr.53 – 54.

¹³⁵ Về vấn đề này, tham khảo Giản Thị Lê Na (2020), Vi phạm hợp đồng hiệu quả: Từ thuyết vị lợi của Jeremy Bentham đến tư tưởng tự do của John Stuart Mill, *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật*, số 11(391)/2020, tr.35 – 45.

đồng; đồng thời thiệt hại được giới hạn ở mức lợi ích mong đợi của bên bị vi phạm thì bên vi phạm sẽ có động cơ để thực hiện hành vi vi phạm”¹³⁶.

Luận điểm này được nhấn mạnh ở những khía cạnh sau: (i) tồn tại xu hướng vi phạm hợp đồng nếu lợi ích có được từ vi phạm nhiều hơn lợi ích thu được do thực hiện hợp đồng và (ii) vi phạm hợp đồng được khuyến khích nếu nhìn từ góc độ tối ưu hóa lợi ích đạt được, theo đó khoản thu được của bên vi phạm nhiều hơn khoản phải bồi thường cho bên bị vi phạm, và do vậy, vi phạm được nhìn nhận như một cách thức để tạo nên giá trị sử dụng cao hơn cho hàng hóa¹³⁷.

Xét từ góc độ hiệu quả, việc không thực hiện đúng hợp đồng đem lại lợi ích cho bên vi phạm nhưng đồng thời không làm tổn hại đến bên bị vi phạm. Ví dụ¹³⁸: Bên A (bên bán) sản xuất thiết bị điện tử với chi phí \$1/mỗi thiết bị và bán cho bên B (bên mua) 100 thiết bị với giá \$2/mỗi thiết bị. Bên B mua các thiết bị này để vận hành hệ thống dây chuyền máy móc của mình. Nếu thực hiện hợp đồng mua bán, bên A thu về lợi nhuận là \$100 và bên B cũng sử dụng các thiết bị này để vận hành hệ thống dây chuyền máy móc và tạo ra lợi nhuận là \$50. Đặt trường hợp sau khi xác lập hợp đồng mua bán với bên B thì bên A nhận được đề nghị mua hàng từ bên C với mức giá \$3/mỗi thiết bị. Xét từ góc độ kinh tế, nếu cùng một thời điểm, bên A chỉ có thể sản xuất và đáp ứng cho đơn hàng 100 thiết bị thì bên A muốn chấm dứt hợp đồng với bên B và bán 100 thiết bị này cho bên C. Kết quả là bên A thu được lợi nhuận là \$200 từ việc thực hiện hợp đồng với bên C, so với lợi nhuận \$100 nếu thực hiện hợp đồng với bên B. Với lợi nhuận thu được là \$200, bên A bồi thường cho bên B lợi nhuận mà bên B đáng lẽ được hưởng nếu hợp đồng được thực hiện là \$50. Như vậy, bên A được hưởng lợi nhiều hơn và bên B cũng ở vào vị trí như khi hợp đồng được thực hiện, nghĩa là vẫn đạt được lợi ích từ việc được bồi thường toàn bộ. Theo học thuyết VPHQ, nếu buộc bên A thực hiện đúng hợp đồng với bên B trong trường hợp này sẽ ngăn cản bên A thu được khoản lợi từ việc quyết định thực hiện hợp đồng với bên C, thay vì thực hiện hợp đồng với bên B. Nếu học thuyết VPHQ được chấp nhận thì biện pháp BTHĐHĐ không thể được áp dụng vì

¹³⁶ Tham khảo Richard Posner (1972), *Economic Analysis of Law*, New York: Little, Brown and Co., tr.57, dẫn theo Melvin A. Eisenberg (2018), (tłđđ), tr.51.

¹³⁷ Tham khảo Melvin A. Eisenberg (2018), (tłđđ), tr.56.

¹³⁸ Tham khảo Ronald J. Jr. Scalise (2007), (tłđđ), tr. 724; tham khảo thêm các ví dụ khác tại Richard A. Posner (2003), *Economic Analysis of Law*, 6th edn, Aspen Publishers, tr.119 – tr.125. Trong ví dụ nêu trên, bên vi phạm có xu hướng quyết định không thực hiện hợp đồng khi giá bán cho một bên thứ ba cao hơn giá được thỏa thuận trong hợp đồng với bên bị vi phạm; về vấn đề này, tham khảo Melvin A. Eisenberg (2005), *Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law*, 93 *California Law Review* 975, tr. 997 – 1000.

biện pháp này hướng đến việc thực hiện hợp đồng, và do vậy, không có cơ sở để chấp nhận vi phạm.

Như vậy, học thuyết VPHQ dựa trên hai điều kiện cơ bản: (i) khoản bồi thường phải đủ bù đắp thiệt hại cho bên bị vi phạm, đặt bên này vào vị trí không có sự khác biệt nào giữa việc hợp đồng được thực hiện và việc được bồi thường do hợp đồng bị vi phạm (“indifference principle”); và (ii) bên vi phạm biết được lợi ích mà bên bị vi phạm trông đợi nếu hợp đồng được thực hiện đúng (giá trị/lợi ích mà bên bị vi phạm đặt vào hàng hóa)¹³⁹. Học thuyết này được nghiên cứu ở mức độ khái quát nhất, áp dụng đối với các loại hợp đồng, nhưng thông thường được tập trung phân tích trong hai trường hợp tiêu biểu sau: (1) VPHQ khi giá được trả cao hơn (Overbidder Paradigm) và (2) VPHQ khi chi phí cao hơn giá trị thu được từ việc thực hiện hợp đồng (Loss Paradigm).

2.2.2.1 Vi phạm hiệu quả khi giá được trả cao hơn

Trong mô hình VPHQ khi giá được trả cao hơn, sau khi giao kết hợp đồng MBHH với bên mua, bên bán có xu hướng vi phạm hợp đồng với bên mua và thay vào đó bán hàng hóa cho bên thứ ba nếu nhận thấy các yếu tố sau: (i) bên thứ ba đề nghị mua hàng với một mức giá cao hơn; (ii) lợi ích mà bên bán có được do bán hàng cho bên thứ ba sẽ nhiều hơn lợi ích thu được nếu bán hàng cho bên mua; (iii) lợi ích mà bên bán có được từ vi phạm vượt quá tổn thất mà bên mua gánh chịu và bên bán bồi thường thiệt hại cho bên mua ở mức bên mua đạt được lợi ích mong đợi như khi hợp đồng được thực hiện đúng và (iv) việc bán hàng cho bên thứ ba, thay vì bên mua, cũng đem lại hiệu quả kinh tế tốt hơn khi chuyển hàng hóa sang mục đích sử dụng có giá trị cao hơn. Mô hình này trở thành trung tâm của lý thuyết VPHQ và yếu tố hiệu quả từ hành vi vi phạm hợp đồng của bên bán được phân tích trong ví dụ tiêu biểu sau của nhà kinh tế học Richard Posner¹⁴⁰:

Bên bán giao kết hợp đồng bán 100.000 thiết bị tùy chỉnh với giá 0,1 USD/1 thiết bị cho bên mua (bên A) để sử dụng cho nhà máy sản xuất nồi hơi của bên A. Sau khi bên bán đã giao 10.000 thiết bị cho bên A thì cùng lúc một bên thứ ba khác (bên B) đề nghị mua 25.000 thiết bị này với giá 0,15 USD/1 thiết bị, nếu không bên B buộc phải đóng cửa nhà máy sản xuất đàn piano của mình với chi phí rất lớn. Bên bán quyết định bán 25.000 thiết bị này cho bên B và do vậy, không hoàn thành nghĩa vụ giao hàng đúng hạn đối với bên A, gây thiệt hại cho bên này 1000 USD. Tuy nhiên, khi đã thu được lợi nhuận ở mức 1250 USD từ việc bán hàng cho bên B, sau khi đã bồi thường cho bên A 1000 USD thì bên bán vẫn được lợi nhiều hơn và

¹³⁹ Tham khảo Melvin A. Eisenberg (2005), (tłđđ), tr. 998.

¹⁴⁰ Tham khảo Richard Posner (1972), (tłđđ), tr.57, dẫn theo Melvin A. Eisenberg (2018), (tłđđ), tr.52.

kinh tế xã hội cũng tốt hơn. Mặt khác, khi bên B sẵn sàng trả cho bên bán 0,15 USD/1 thiết bị, điều đó có nghĩa là mỗi thiết bị có giá trị ít nhất 0,15 USD đối với bên này. Trong khi đó, giá trị của thiết bị này đối với bên A chỉ ở mức 0,14 USD/ 1 thiết bị, bao gồm 0,1 USD (số tiền bên A trả cho 1 thiết bị) cộng với 0,04 USD (lợi nhuận kỳ vọng của bên A, được xác định bằng công thức $1000 \text{ USD} : 25000$). Do đó, vi phạm đã dẫn đến việc chuyển 25,000 thiết bị từ hàng hóa có giá trị thấp sang hàng hóa có giá trị cao hơn.

Thông qua ví dụ minh họa cho mô hình VPHQ khi giá được trả cao hơn, luận cứ chủ yếu của Richard Posner tập trung vào việc cho phép bên bán bán lại hàng hóa cho bên khác và tìm kiếm thêm lợi nhuận, xem đó như một phương thức để chuyển hàng hóa sang mục đích sử dụng có giá trị cao hơn, miễn là thiệt hại của bên mua được bù đắp. Minh họa trên cũng đồng thời cho thấy rõ tính hợp lý của học thuyết VPHQ phụ thuộc vào hai yếu tố quan trọng: (i) yếu tố xác định thông tin (information predicate) và (ii) yếu tố xác định mức bồi thường (compensation predicate)¹⁴¹. Theo đó, yếu tố xác định thông tin phải đủ cơ sở cho phép bên bán xác định được bên mua phải chịu tổn thất nào do hành vi vi phạm và hàng hóa nếu bán cho bên thứ ba sẽ đem lại giá trị sử dụng cao hơn so với bên mua. Đồng thời, yếu tố xác định mức bồi thường cũng phải đảm bảo rằng khoản bồi thường đủ bù đắp thiệt hại cho bên bị vi phạm, đảm bảo cho bên này đạt được lợi ích mong đợi như khi hợp đồng được thực hiện đúng.

Theo Richard Posner, nếu lợi nhuận mà bên vi phạm có được từ vi phạm lớn hơn lợi nhuận do việc thực hiện hợp đồng thì việc thực hiện hợp đồng sẽ làm phát sinh khoản lỗ cho bên vi phạm. Nếu khoản lỗ này lớn hơn khoản lợi nhuận thu được của bên bị vi phạm khi hợp đồng được thực hiện đúng thì việc bồi thường thiệt hại cho bên bị vi phạm sẽ là giải pháp tối đa hóa giá trị và lợi ích kinh tế, do vậy cần được khuyến khích. Bởi lẽ bên bị vi phạm được bù đắp tổn thất của mình, nên bên này thực sự ở vào vị trí không có sự khác biệt nào giữa việc hợp đồng được thực hiện và việc bồi thường do hợp đồng bị vi phạm¹⁴².

Tuy vậy, mô hình VPHQ khi giá được trả cao hơn không áp dụng đối với hàng hóa đồng nhất, cùng loại, có thể dễ dàng thay thế trên thị trường. Bởi lẽ khi một hàng hóa thuộc loại đồng nhất và có thể dễ dàng thay thế trên thị trường thì giá mà bên thứ ba trả cho bên bán cũng chính là thiệt hại của bên mua. Chẳng hạn như trong trường hợp bên bán đồng ý bán 1000 giạ lúa mì đỏ cho bên mua vào ngày 02/01 với giá \$4/một giạ, giao hàng vào ngày 01/3. Ngày 15/2, bên bán đã tách

¹⁴¹ Tham khảo Melvin A. Eisenberg (2018), (tłđđ), tr. 52.

¹⁴² Tham khảo Richard Posner (1972), (tłđđ), tr.120, dẫn theo Melvin A. Eisenberg (2004), (tłđđ), tr.20.

riêng 1000 giạ lúa mì đỏ, đóng gói thành kiện hàng hoàn chỉnh ghi tên người nhận là bên mua. Vào ngày 01/3, giá thị trường giao ngay của lúa mì đỏ loại này là \$4,5/một giạ. Nếu ngày hôm đó, bên thứ ba đề nghị mua 1000 giạ lúa mì đỏ từ bên bán và bên bán đồng ý bán cho bên thứ ba số lúa mì đã tách riêng trước đó dành cho bên mua thì mức giá mà bên thứ ba trả cũng chỉ ở mức \$4,5/một giạ. Về phần bên mua, thiệt hại được xác định là chênh lệch giữa giá thị trường (\$4,5/một giạ) và giá hợp đồng (\$4/một giạ). Do vậy, lợi nhuận của bên bán do vi phạm (\$500) bằng với tổn thất của bên mua. Về nguyên tắc, bên bán không có động cơ để vi phạm, bởi lẽ theo học thuyết VPHQ, lợi ích mà bên bán đạt được không vượt quá thiệt hại của bên mua. Trên thực tế, đối với hàng hóa đồng nhất, bên bán vẫn có khả năng vi phạm khi hàng hóa này bị thiếu hụt nghiêm trọng, nhưng trường hợp như vậy không phổ biến. Nếu không phải trường hợp hàng hóa bị thiếu hụt nghiêm trọng thì những vi phạm như vậy không phải vì yếu tố hiệu quả và cũng không thể được giải thích bằng học thuyết về VPHQ. Thay vào đó, vi phạm có thể xuất phát từ những yếu tố mà bên bán biết được có thể cản trở bên mua khởi kiện để yêu cầu bồi thường thiệt hại¹⁴³.

Trong mô hình VPHQ khi giá được trả cao hơn, bên bán là bên duy nhất quyết định thực hiện hợp đồng hoặc vi phạm hợp đồng. Quyết định này dựa trên luận điểm của học thuyết VPHQ, theo đó bên bán biết được lợi nhuận mà mình thu được nhiều hơn thiệt hại của bên mua và hệ quả là hành vi đơn phương chấm dứt hợp đồng, thay vì một thỏa thuận chấm dứt trước hạn. Đồng thời, theo học thuyết này, việc bồi thường thiệt hại cho bên bị vi phạm, thay vì BTHĐHĐ, cần được khuyến khích nếu đó là giải pháp tối đa hóa giá trị và lợi ích kinh tế cho các bên.

2.2.2.2 Vi phạm hiệu quả khi chi phí cao hơn giá trị thu được từ việc thực hiện hợp đồng

Trong mô hình VPHQ khi chi phí cao hơn giá trị thu được từ việc thực hiện hợp đồng, sau khi giao kết hợp đồng MBHH với bên mua, bên bán muốn chấm dứt hợp đồng với bên mua nếu nhận thấy các yếu tố sau: (i) chi phí để sản xuất hàng hóa đáp ứng đúng cam kết trong hợp đồng sẽ vượt mức giá trị của hàng hóa mà bên mua đồng ý trả; (ii) bên bán chấp nhận vi phạm và bồi thường thiệt hại cho bên mua, đặt bên mua vào vị trí không có sự khác biệt nào so với khi hợp đồng được thực hiện đúng; và (iii) tiết kiệm được chi phí bằng số tiền chênh lệch giữa chi phí sản xuất và giá trị hàng hóa mà bên mua xác định, trừ đi chi phí mà bên bán phải chịu trước khi vi phạm¹⁴⁴.

¹⁴³ Tham khảo Melvin A. Eisenberg (2018), (tłđđ), tr.53.

¹⁴⁴ Tham khảo Melvin A. Eisenberg (2018), (tłđđ), tr.64.

Mô hình VPHQ khi chi phí cao hơn giá trị thu được từ việc thực hiện hợp đồng có thể được minh họa bằng ví dụ sau: Bên bán cam kết sản xuất máy để bán cho bên mua. Bên mua đồng ý trả mức giá 90, trong khi chi phí sản xuất dự kiến là 80 và lợi ích của bên mua khi bên bán giao hàng là 100. Trong trường hợp bên bán vi phạm hợp đồng, bên bán bồi thường cho bên mua phần lợi ích mong đợi nếu hợp đồng được thực hiện đúng. Sau khi hợp đồng được giao kết, do giá nguyên vật liệu tăng đột biến, bên bán phải gánh chịu mức tăng chi phí sản xuất là $80 + x$. Trong trường hợp $x > 20$, bên bán có xu hướng chọn vi phạm hợp đồng và bồi thường thiệt hại cho bên mua. Nếu bên bán buộc phải thực hiện hợp đồng ban đầu thì sẽ tạo ra phần tổn thất không thể phục hồi (phần này bằng $x - 20$). Trong trường hợp này, nếu hàng hóa được sản xuất với chi phí vượt quá giá trị lợi ích mong đợi của nó thì tổn thất do buộc phải sản xuất hàng hóa là tổn thất không thể phục hồi (irreversible deadweight loss)¹⁴⁵.

Trong khi đó, nếu so với mô hình VPHQ khi giá được trả cao hơn, thì việc phân bổ giá trị không thích hợp trong hợp đồng ban đầu, dẫn đến khoản thiệt hại, có thể được phục hồi khi vi phạm tiềm năng được thúc đẩy bởi các cơ hội tìm kiếm lợi nhuận. Chẳng hạn như, tương tự như tình huống trên, bên bán cam kết sản xuất máy để bán cho bên mua. Bên mua đồng ý trả mức giá 90, trong khi chi phí sản xuất dự kiến là 80 và lợi ích của bên mua khi bên bán giao hàng là 100. Trong trường hợp bên bán vi phạm hợp đồng, bên bán bồi thường cho bên mua phần lợi ích mong đợi nếu hợp đồng được thực hiện đúng. Sau khi hợp đồng được giao kết, bên bán tìm được một bên mua khác (bên mua thứ hai) trả giá cao hơn, cụ thể là mức giá $90 + w$. Trong trường hợp $w > 10$ thì bên bán có xu hướng chọn vi phạm hợp đồng và bồi thường thiệt hại cho bên mua. Việc không thực hiện hợp đồng ban đầu sẽ giữ lại phần giá trị lẽ ra không bị mất đi nếu có sự phân bổ giá trị hàng hóa phù hợp¹⁴⁶.

Để giải thích vấn đề này, các nghiên cứu đã tập trung vào khía cạnh hiệu quả phân bổ trong trường hợp bên mua thứ hai có thể sẵn sàng trả giá cao hơn cho cùng một loại hàng hóa so với bên mua ban đầu. Nếu việc bên mua thứ hai đưa ra mức giá cao hơn vì đánh giá cao giá trị của hàng hóa hơn so với bên mua ban đầu thì theo học thuyết VPHQ, bên nào định giá hàng hóa cao hơn thì bên đó sẽ thực sự nhận được hàng hóa¹⁴⁷. Hành vi vi phạm của bên bán ở khía cạnh nhất định dẫn đến hiệu quả phân bổ lợi ích kinh tế trong giao dịch. Tuy nhiên, đặt trường hợp bên bán

¹⁴⁵ Tham khảo Maria Bigoni, Stefania Bortolotti, Francesco Parisi and Ariel Porat (2014), *Unbundling Efficient Breach*, Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics, University of Chicago Law School, tr.17.

¹⁴⁶ Tham khảo Maria Bigoni, Stefania Bortolotti, Francesco Parisi and Ariel Porat (2014), (tłđđ), tr.17 – 18.

¹⁴⁷ Tham khảo Maria Bigoni, Stefania Bortolotti, Francesco Parisi and Ariel Porat (2014), (tłđđ), tr.21.

không vi phạm hợp đồng thì trong một số trường hợp, việc phân bổ giá trị hàng hóa không phù hợp vẫn có thể được khắc phục thông qua việc bên mua ban đầu bán lại hàng hóa cho một bên mua khác với giá lớn hơn hoặc bằng 100. Hay nói cách khác, thị trường thứ cấp có thể sửa chữa việc phân bổ giá trị hàng hóa không phù hợp. Tuy nhiên, nếu áp dụng đối với mô hình VPHQ khi chi phí cao hơn giá trị thu được từ việc thực hiện hợp đồng thì các giao dịch thay thế khó có thể sửa chữa hoặc giảm thiểu tổn thất do phân bổ không hiệu quả trong sản xuất. Chẳng hạn như, trong trường hợp bên bán không còn là nhà sản xuất hiệu quả do chi phí tăng, việc thực hiện hợp đồng ban đầu có thể dẫn đến việc sản xuất kém hiệu quả. Bên bán ban đầu vẫn có thể thông qua thị trường thứ cấp để giải quyết sự gia tăng chi phí này bằng cách ký hợp đồng phụ với nhà sản xuất có chi phí thấp hơn. Tuy nhiên, các giải pháp như vậy từ thị trường thứ cấp thường không có sẵn để giảm thiểu các vấn đề về sản xuất kém hiệu quả và nếu BTHĐHĐ như cam kết thì sẽ tạo nên phần tổn thất không thể phục hồi. Do vậy, hành vi vi phạm của bên bán là cách đơn giản và trực tiếp để khắc phục vấn đề này. Điều này có nghĩa rằng các bên trong hợp đồng có xu hướng thông cảm cho hành vi vi phạm trong mô hình VPHQ khi chi phí cao hơn giá trị thu được từ việc thực hiện hợp đồng hơn so với mô hình còn lại¹⁴⁸.

Nếu so với mô hình VPHQ khi giá được trả cao hơn (mô hình thứ nhất), mô hình VPHQ khi chi phí cao hơn giá trị thu được từ việc thực hiện hợp đồng (mô hình thứ hai) khác biệt ở hai điểm cơ bản sau:

(1) Thứ nhất, trong mô hình thứ nhất, bên bán vi phạm để tìm kiếm thêm lợi nhuận. Ngược lại, trong mô hình thứ hai, bên bán vi phạm để giảm thiểu thua lỗ không mong muốn. Trong khi vi phạm để tìm kiếm thêm lợi nhuận mang tính cơ hội thì vi phạm để giảm thiểu thua lỗ không mong muốn lại mang tính chất hạn chế rủi ro.

(2) Thứ hai, trong mô hình thứ hai, hành vi vi phạm dẫn đến hệ quả tiết kiệm chi phí và mang lại lợi ích xã hội nhất định. Đồng thời, vi phạm để giảm thiểu thua lỗ thông thường được xử lý theo cách thức khác biệt so với vi phạm để tìm kiếm thêm lợi nhuận, một phần cũng do sự tác động mang tính quy luật của xu hướng muốn tránh tổn thất (loss-aversion) và một phần do người bán không thu về thêm một khoản lợi nhuận nào.

Như vậy, nếu xét từ góc độ tính chất của hành vi vi phạm, đối với mô hình thứ nhất, nếu hành vi vi phạm được đánh giá mang tính cơ hội thì rất ít khả năng các bên đạt được thỏa thuận về việc chấp nhận hành vi bán lại hàng hóa của bên bán

¹⁴⁸ Tham khảo Maria Bigoni, Stefania Bortolotti, Francesco Parisi and Ariel Porat (2014), (tldd), tr.18, tr.24.

vào thời điểm xác lập hợp đồng. Tuy nhiên, đối với mô hình thứ hai, nếu giá trị của hàng hóa được xác định thông qua mức giá đã trả của bên mua thì các bên chỉ thực hiện hợp đồng khi và chỉ khi chi phí sản xuất nhỏ hơn giá trị của hàng hóa đã được bên mua xác định¹⁴⁹. Việc buộc thực hiện nghĩa vụ đã cam kết trong trường hợp ngược lại có thể dẫn đến những tổn thất không thể bù đắp do không tính đến yếu tố hiệu quả của việc thực hiện hợp đồng¹⁵⁰. Từ góc độ các phân tích về chi phí – lợi ích, các bên trong hợp đồng ở vào tình trạng tốt hơn nếu bên bị vi phạm được bồi thường và bên vi phạm giảm thiểu được tổn thất.

Như vậy, học thuyết VPHQ đã đặt nền tảng cho việc chấp nhận vi phạm nếu (i) khoản bồi thường đủ bù đắp thiệt hại cho bên bị vi phạm và bên bị vi phạm ở vào vị trí không có sự khác biệt nào giữa việc hợp đồng được thực hiện và việc được bồi thường do hợp đồng bị vi phạm; và (ii) bên vi phạm biết được lợi ích mà bên bị vi phạm trông đợi nếu hợp đồng được thực hiện đúng.

2.2.2.3 Tác động của học thuyết vi phạm hiệu quả đến quy định về buộc thực hiện đúng hợp đồng theo CISG

CISG quy định về biện pháp BTHĐHĐ với tính chất khuyến khích việc thực hiện nghĩa vụ hợp đồng của các bên, thay vì chấp nhận vi phạm và bù đắp bằng việc bồi thường thiệt hại. Mở rộng hơn, các biện pháp hướng đến việc thực hiện hợp đồng (“performance-oriented remedies”) theo CISG đều nhằm mục đích duy trì việc thực hiện hợp đồng¹⁵¹. Các quy định này hướng đến mục đích giữ cho hợp đồng được tồn tại đến khi nào có thể và việc áp dụng các biện pháp dẫn đến việc chấm dứt thực hiện nghĩa vụ là biện pháp pháp lý sau cùng. Bởi lẽ cách tốt nhất để bảo vệ lợi ích của các bên là thông qua các biện pháp khắc phục dẫn đến việc thực hiện

¹⁴⁹ Tham khảo Steven Shavell, *Contracts in Peter Newman (ed) (1998), The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, Volume 1 (A-D), Stockton Press, New York, tr.438 – 439*. Để nhấn mạnh sự khác biệt giữa mô hình VPHQ khi giá được trả cao hơn và mô hình VPHQ khi chi phí cao hơn giá trị thu được từ việc thực hiện hợp đồng, Shavell đã nêu một ví dụ để củng cố cho lập luận của mình như sau: Trên cơ sở hợp đồng mua bán được xác lập, bên bán đồng ý sản xuất một chiếc bàn theo đặt hàng của bên mua. Mức giá mà bên mua đồng ý trả là \$1000, mức giá này xác định giá trị của chiếc bàn đối với bên mua. Tuy nhiên, điều này không có nghĩa là các bên luôn mong muốn chiếc bàn phải được sản xuất và thực tế phải được giao. Nếu các bên phải hoàn tất giao dịch, bên bán chỉ thực hiện đúng hợp đồng khi và chỉ khi chi phí sản xuất chiếc bàn nhỏ hơn mức \$1000, nếu không, giao dịch được hoàn tất theo cách bên bán bồi thường thiệt hại cho bên mua.

¹⁵⁰ Khi phân tích yếu tố hiệu quả trong việc chọn khắc phục thiệt hại, thay vì buộc thực hiện hợp đồng, tác giả Steven Shavell đã phát triển một lập luận để bảo vệ VPHQ trong trường hợp này, dựa trên lý thuyết về hợp đồng không hoàn thành (incomplete contract theory) và việc các bên dự liệu được sự kiện vi phạm cản trở việc thực hiện hợp đồng; về vấn đề này, tham khảo Steven Shavell (2009), *Why Breach of Contract May Not Be Immoral Given the Incompleteness of Contracts*, 107 *Michigan Law Review* 1569, tr.1580 – 1581.

¹⁵¹ Các biện pháp hướng đến việc thực hiện hợp đồng (“performance-oriented remedies”) bao gồm quy định về BTHĐHĐ, buộc sửa chữa, giao hàng thay thế, giảm giá cùng với quy định về quyền của bên bán được khắc phục vi phạm sau khi đến hạn thực hiện nghĩa vụ hợp đồng; về vấn đề này, xem Điều 30, 46, 48, 53 và 62 CISG; tham khảo Felisa Baena Aramburo (2013), (tłđđ), tr.2.

hợp đồng, hơn là không thực hiện và thay bằng biện pháp bồi thường thiệt hại. Nói cách khác, quy định về các các biện pháp khắc phục vi phạm của CISG được xây dựng theo cách thức hướng đến việc thực hiện hợp đồng hơn là cho phép VPHQ¹⁵².

Sở dĩ như vậy vì nghiên cứu từ góc độ kinh tế - luật, các điều kiện cơ bản để áp dụng học thuyết VPHQ phụ thuộc vào (i) yếu tố xác định mức bồi thường (compensation predicate) và (ii) yếu tố xác định thông tin (information predicate)¹⁵³. Tương ứng với đó, việc áp dụng học thuyết này dựa trên hai điều kiện: (1) khoản bồi thường đủ bù đắp thiệt hại cho bên bị vi phạm theo nghĩa không có khác biệt nào đối với bên này so với khi hợp đồng được thực hiện đúng; và (2) bên vi phạm biết được lợi ích mà bên bị vi phạm trông đợi, cũng như lợi ích mà bên bị vi phạm thực sự đạt được từ việc sử dụng hàng hóa nếu hợp đồng được thực hiện đúng. Tuy nhiên, trong phần này, luận án tập trung vào các lập luận chứng minh rằng không phải lúc nào cũng có thể thỏa mãn hai điều kiện cơ bản để áp dụng học thuyết VPHQ trong hợp đồng của các bên.

Đối với điều kiện thứ nhất (1), việc xác định khoản bồi thường sẽ theo cách thức bồi thường lợi ích mà bên bị vi phạm trông đợi nếu hợp đồng được thực hiện đúng (“expectation measure of damages”), nhằm đặt bên bị vi phạm vào vị trí không có sự khác biệt nào nếu so với việc hợp đồng được thực hiện. Theo đó, để đạt được mục đích này, khoản bồi thường phải được xác định dựa trên khoản thiệt hại thực tế có tính đến lợi ích mà bên bị vi phạm trông đợi xét từ góc độ chủ quan (“subjective loss”). Tuy nhiên, thực tiễn xét xử cho thấy, thiệt hại thường được xác định theo tiêu chí khách quan (“objective loss”) mà không dựa vào giá trị mong đợi mà bản thân bên bị vi phạm xác định và hướng đến nếu hợp đồng được thực hiện đúng¹⁵⁴. Theo cách này, bên bị vi phạm được bồi thường phần chênh lệch giữa giá hợp đồng và giá thị trường của hàng hóa hoặc bồi thường khoản lợi nhuận đáng lẽ được hưởng, với điều kiện các yêu cầu về giới hạn trách nhiệm bồi thường phải được tính đến khi xác định giá trị bồi thường.

Tuy nhiên, khi được áp dụng trên thực tế, việc xác định khoản bồi thường theo cách thức trên không phải trong trường hợp nào cũng thực sự đặt bên bị vi

¹⁵² Tham khảo Felisa Baena Aramburo (2013), (tłdd), tr.6 – 7.

¹⁵³ Tham khảo Melvin A. Eisenberg (2018), (tłdd), tr. 52.

¹⁵⁴ Về việc xác định thiệt hại theo tiêu chí khách quan (“objective assessment of damages”) và việc xác định thiệt hại theo tiêu chí chủ quan (“subjective assessment of damages”), các phân tích trong vụ việc Ruxley Electronics and Construction v. Forsyth [1996] I AC 344 (HL) đã cho thấy việc xác định thiệt hại theo tiêu chí khách quan không thực sự đặt bên bị vi phạm vào vị trí không có sự khác biệt nào so với việc hợp đồng được thực hiện đúng; tham khảo Daniel Friedmann (2008), (tłdd), tr.70 – 71. Nghiên cứu về cùng vấn đề, Treitel sử dụng thuật ngữ “abstract assessment” (thay cho “objective assessment”) và “concrete assessment” (thay cho “subjective assessment”), tham khảo G. H. Treitel (1988), (tłdd), tr. 111 – 124.

phạm vào vị trí không có sự khác biệt nào giữa việc hợp đồng được thực hiện và việc được bồi thường do hợp đồng bị vi phạm. Điều này được phân tích cụ thể trong các trường hợp (a) bồi thường phần chênh lệch giữa giá hợp đồng và giá thị trường của hàng hóa và (b) bồi thường khoản lợi nhuận đáng lẽ được hưởng.

Đối với trường hợp (a) bồi thường phần chênh lệch giữa giá hợp đồng và giá thị trường của hàng hóa, nếu hàng hóa là hàng cùng loại, có thể thay thế trên thị trường thì việc bồi thường theo cách thức này đặt bên bị vi phạm vào vị trí không có sự khác biệt nào so với việc hợp đồng được thực hiện đúng.

Tuy nhiên, nếu hàng hóa là hàng đặc định, có sự khác biệt, không phải là hàng hóa cùng loại thì việc xác định giá thị trường của hàng hóa thông thường chỉ được suy luận từ giá được tính đến trong các giao dịch liên quan đến hàng hóa gần như tương tự, nhưng thực ra là khác biệt với hàng hóa trong hợp đồng của các bên. Tương tự, việc xác định thời điểm mua bán, thị trường địa lý và các điều kiện khác có ảnh hưởng đến giá cũng chỉ mang tính chất tương đối. Cấu trúc giá này khó có thể phản ánh chính xác việc xác định giá trị/lợi ích mà bên mua đặt vào hàng hóa và trông đợi có được nếu hợp đồng được thực hiện đúng. Nếu cấu trúc giá này phản ánh mức thấp hơn mức mà bên mua thực sự trông đợi khi giao kết hợp đồng mua bán thì việc bồi thường đã không đặt bên mua vào vị trí không có sự khác biệt nào so với khi hợp đồng được thực hiện đúng.

Mặt khác, nếu xét trường hợp hàng hóa là hàng đặc định thì hàng hóa này sẽ phù hợp với yêu cầu của bên mua và đáp ứng lợi ích của bên mua nhiều hơn so với hàng hóa có thể so sánh tương tự nhưng vẫn có sự khác biệt nhất định. Trong một trường hợp, bên mua cho rằng hàng hóa (máy ép loại 150 tấn hiệu Schwabe 1998 SR81 đã qua sử dụng) phù hợp với yêu cầu cụ thể của bên mua so với loại khác tương tự, do bên mua đã có kinh nghiệm đối với việc vận hành mẫu máy này so với các mẫu máy tương tự khác, do vậy các chi phí liên quan sẽ được giảm thiểu và lợi ích đạt được của bên mua được tối ưu nếu hàng hóa được giao theo đúng thỏa thuận. Trong những trường hợp tương tự, nếu thiệt hại được xác định chỉ dựa trên cấu trúc giá suy luận như trên mà không phản ánh được giá trị/lợi ích mà bên mua trông đợi và đặt vào hàng hóa khi giao kết hợp đồng thì thực chất đã có sự khác biệt giữa khoản bồi thường được cho là bù đắp được thiệt hại theo cách xác định trên và khoản lẽ ra phải trả để bên bị vi phạm được đặt vào vị trí không có sự khác biệt nào so với khi hợp đồng được thực hiện đúng¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Tham khảo Melvin A. Eisenberg (2005), (tłđđ), tr. 991.

Đối với trường hợp (b) bồi thường khoản lợi nhuận đáng lẽ được hưởng, khoản thiệt hại này được bồi thường nếu xác định được một cách hợp lý. Theo đó, bên bị vi phạm thông thường không được chấp nhận yêu cầu bồi thường nếu chỉ chứng minh được rằng đã có khoản thiệt hại xảy ra do hành vi vi phạm nhưng không chứng minh được mức thiệt hại cụ thể, trừ khi các bên có thỏa thuận khác. Chẳng hạn như, bên mua (nhà sản xuất hàng hóa) mua phụ tùng thay thế cho máy móc trong dây chuyền sản xuất, trong đó việc giao hàng đúng hạn là yêu cầu quan trọng của bên mua trong hợp đồng. Bên bán vi phạm nghĩa vụ giao hàng đúng hạn, bên mua bị gián đoạn việc sản xuất hàng hóa, ảnh hưởng đến việc thực hiện hợp đồng với các khách hàng. Bên mua hoàn toàn có cơ sở để chứng minh đã có thiệt hại xảy ra do bên bán vi phạm nghĩa vụ giao hàng đúng hạn, tuy nhiên, không phải trong mọi trường hợp, các khoản thiệt hại đều có thể được xác định và tính được thành tiền ở một mức cụ thể.

Như vậy, cùng với yêu cầu về tính xác định được của thiệt hại, trong những trường hợp nhất định, khoản lợi đáng lẽ được hưởng không được bù đắp toàn bộ và do vậy, không đảm bảo việc bên bị vi phạm được đặt vào vị trí không có sự khác biệt nào nếu hợp đồng được thực hiện đúng. Mặt khác, trong một số trường hợp, thiệt hại là có thực, xảy ra do hành vi vi phạm và xác định được mức thiệt hại cụ thể, tuy nhiên, do việc áp dụng các nguyên tắc giới hạn trách nhiệm, mà hệ quả là thiệt hại không được bù đắp hoàn toàn. Chẳng hạn như, việc áp dụng nguyên tắc xác định tính dự liệu trước được của thiệt hại đã giới hạn thiệt hại được bồi thường, theo đó không tính đến các thiệt hại mà bên vi phạm không thể dự liệu trước được như là hậu quả có thể xảy ra do hành vi vi phạm hợp đồng, dù rằng các thiệt hại này thực tế đã xảy ra đối với bên bị vi phạm. Nếu so với khi hợp đồng được thực hiện, thì việc bồi thường trong trường hợp hợp đồng bị vi phạm không thể trả bên bị vi phạm về vị trí như thể không có sự khác biệt nào.

Mặt khác, việc bồi thường không phải trong mọi trường hợp đều tính đến các chi phí phát sinh liên quan đến việc giải quyết tranh chấp, xác định thiệt hại, các chi phí khác để nhận được khoản tiền bồi thường – các khoản mà bên bị vi phạm lẽ ra không phải chịu nếu bên vi phạm thực hiện hợp đồng. Bên bị vi phạm cũng phải đối mặt với các rủi ro phát sinh từ việc không thể nhận được khoản bồi thường, chẳng hạn như trường hợp bên vi phạm mất khả năng thanh toán, hoặc nếu có nhận được khoản bồi thường thì giá trị thương mại xét về mặt thời gian từ khi khoản lợi lẽ ra đã có thể đạt được nếu hợp đồng được thực hiện đúng đến thời điểm lợi ích này được bù đắp thông thường cũng không được tính đến. Do đó, trong những trường hợp như

vậy, bên bị vi phạm mong muốn hợp đồng được thực hiện đúng, thay vì phải gánh chịu các chi phí và thời gian bị mất cho việc yêu cầu bồi thường thiệt hại¹⁵⁶.

Ngoài ra, học thuyết VPHQ chỉ có thể áp dụng nếu thỏa điều kiện thứ hai (2) vào thời điểm quyết định chọn giữa việc thực hiện hợp đồng hay vi phạm hợp đồng, bên vi phạm biết được lợi ích mà bên bị vi phạm trông đợi nếu hợp đồng được thực hiện đúng. Trong trường hợp MBHH đặc định như phân tích ở trên, vào thời điểm xác lập hợp đồng, bên bán biết được bên mua xác định giá trị đối với hàng hóa cao hơn giá hợp đồng, bởi vì nếu không như vậy thì bên mua đã không chấp nhận mua hàng.

Tuy nhiên, trong thực tế, bên mua thường không chia sẻ thông tin và bên bán cũng thường không thể biết được lợi ích mà bên mua hướng đến (trong đó có lợi nhuận đạt được từ việc sử dụng hàng hóa được mua), bởi lẽ nếu bên bán biết được yếu tố này thì mức giá mua bán được thương lượng sẽ tăng cao hơn. Mặt khác, theo thời gian, bên bán cũng thiếu các thông tin để đánh giá lợi ích mà bên bị vi phạm trông đợi vì bên này có thể đã sử dụng hàng hóa theo cách tạo ra lợi ích nhiều hơn so với dự định vào thời điểm xác lập hợp đồng, hoặc có thể đã thực hiện các phương thức đầu tư phù hợp để gia tăng lợi ích nếu hàng được giao. Bên bán chỉ có thể biết được bên thứ ba sẵn sàng trả giá cao hơn vào thời điểm hiện tại so với giá mà bên mua đã đồng ý trả vào thời điểm xác lập hợp đồng trước đó.

Tuy nhiên, bên bán không thể biết được lợi ích thực sự mà bên bị vi phạm trông đợi nếu hợp đồng được thực hiện đúng. Có lẽ vì vậy mà cùng với học thuyết VPHQ, học thuyết chấm dứt hợp đồng hiệu quả (the theory of efficient termination) được sinh ra để hướng các bên đến việc chấm dứt hợp đồng theo thỏa thuận và không buộc một bên phải thực hiện đúng hợp đồng¹⁵⁷. Hai học thuyết này đều hướng đến việc không buộc thực hiện hợp đồng nhưng khác biệt chủ yếu ở cách thức chấm dứt hợp đồng.

Nếu áp dụng học thuyết VPHQ sẽ dẫn đến hệ quả một bên thực hiện hành vi vi phạm hợp đồng và do vậy, tự đơn phương chấm dứt hợp đồng. Trong khi đó, theo học thuyết chấm dứt hợp đồng hiệu quả, hợp đồng chấm dứt theo thỏa thuận của các bên trên cơ sở các bên thương lượng về khoản bù đắp để đổi lại việc giải phóng bên vi phạm khỏi nghĩa vụ hợp đồng như cam kết. Theo đó, việc chấm dứt hợp đồng hiệu quả có thể đạt được trong trường hợp khoản tiền mà bên vi phạm chấp nhận trả để được giải phóng khỏi nghĩa vụ trong hợp đồng (đã tính đến lợi ích thu được) cao

¹⁵⁶ Tham khảo Daniel Friedmann (2008), (tłđđ), tr.67; tham khảo Lionel Smith, “Understanding Specific Performance” in Nili Cohen and Ewan McKendrick (2005), *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Hart Publishing, tr.227.

¹⁵⁷ Tham khảo Melvin A. Eisenberg (2005), (tłđđ), tr. 1000 – 1001.

hơn số tiền mà bên bị vi phạm chấp nhận, thay vì buộc bên vi phạm phải thực hiện đúng hợp đồng¹⁵⁸. Thông qua việc chấm dứt hợp đồng theo thỏa thuận, các bên có thể biết được khoản tiền mà bên bị vi phạm đồng ý để giải phóng nghĩa vụ của bên vi phạm, sau khi đã tính đến lợi ích mong đợi và đạt được sự cân bằng về lợi ích trong giới hạn mà bên bị vi phạm chấp nhận được. Ở một mức độ nhất định, lợi ích có thể được hài hòa khi việc thỏa thuận này là cơ sở để bên bị vi phạm thương lượng cho phần giá trị mà bên này mong muốn được trả, có tính đến lợi ích trông đợi đã đặt vào hàng hóa, thay vì chỉ là phần giá trị mà bên vi phạm tự xác định dựa trên một cấu trúc giá phần nhiều có tính suy luận khi áp dụng học thuyết VPHQ như đã phân tích ở trên.

Bản chất của vấn đề là việc duy trì biện pháp BTHĐHĐ (trong trường hợp lợi ích đạt được của bên vi phạm trong giao dịch với bên thứ ba vượt quá phần thiệt hại của bên bị vi phạm) sẽ tạo một tác động đòn bẩy để bên bị vi phạm chia lại phần lợi ích với bên vi phạm. Tuy nhiên, việc chấm dứt hợp đồng theo học thuyết chấm dứt hợp đồng hiệu quả không phải trong mọi trường hợp đều dẫn đến hệ quả cân bằng lợi ích của các bên và hợp lẽ công bằng, do vậy, học thuyết này không thay thế học thuyết VPHQ nhằm luận giải cho quan điểm chấp nhận vi phạm nếu như lợi ích có được từ vi phạm của bên vi phạm nhiều hơn thiệt hại mà bên bị vi phạm phải gánh chịu¹⁵⁹.

Như vậy, đối với mô hình VPHQ khi giá được trả cao hơn, việc áp dụng học thuyết VPHQ phải thỏa mãn hai điều kiện: (i) khoản bồi thường phải đủ bù đắp thiệt hại cho bên bị vi phạm, đặt bên này vào vị trí không có sự khác biệt nào giữa việc hợp đồng được thực hiện và việc được bồi thường do hợp đồng bị vi phạm; và (ii) bên vi phạm biết được lợi ích mà bên bị vi phạm trông đợi nếu hợp đồng được thực hiện đúng. Tuy nhiên, như đã phân tích ở trên, không phải trường hợp nào việc bồi thường lợi ích mà bên bị vi phạm trông đợi cũng có thể đặt bên bị vi phạm vào vị trí không có sự khác biệt nào so với khi hợp đồng được thực hiện đúng. Mặt khác, không có cơ sở để khẳng định rằng bên vi phạm dựa vào điều kiện cụ thể của giao dịch có thể biết được lợi ích mà bên bị vi phạm trông đợi nếu hợp đồng được thực hiện đúng. Bởi lẽ, lợi ích này thay đổi theo thời gian và là cơ sở để đàm phán hợp đồng, nên bên bị vi phạm sẽ giới hạn ở mức thấp nhất việc chia sẻ thông tin về vấn đề này với bên vi phạm.

¹⁵⁸ Tham khảo Paul Mahoney (1995), Contract Remedies and Option Pricing, 24 Journal of Legal Studies 139, tr.141, dẫn theo Melvin A. Eisenberg (2018), (tldd), tr.54.

¹⁵⁹ Vấn đề này sẽ được phân tích cụ thể hơn ở phần 2.3 của Luận án - Giới hạn phạm vi áp dụng biện pháp BTHĐHĐ theo CISG.

Hơn nữa, học thuyết VPHQ nếu được chấp nhận rộng rãi có thể làm giảm hiệu quả của chế định hợp đồng, bởi hợp đồng được sinh ra là để được thực hiện và đem lại lợi ích cho các bên. Các bên khi xác lập hợp đồng đều hướng đến việc thực hiện hợp đồng, không phải là khoản bồi thường để đổi lại việc không thực hiện đúng hợp đồng. Việc thiếu đi tính ổn định trong quan hệ hợp đồng và cùng với đó là các rủi ro và chi phí nhất định mà bên bị vi phạm phải gánh chịu để được bồi thường đã làm phát sinh yếu tố *không hiệu quả* trong quá trình xác lập và thực hiện hợp đồng giữa các bên¹⁶⁰. Do vậy, nguyên tắc không có sự khác biệt (“Indifference Principle”) được đảm bảo thực hiện không gì hơn bằng chính việc thực hiện đúng hợp đồng.

Đối với mô hình VPHQ khi chi phí cao hơn giá trị thu được từ việc thực hiện hợp đồng, bên bán (bên vi phạm) đã vi phạm hợp đồng vì cho rằng chi phí để thực hiện hợp đồng của bên bán vượt quá lợi ích mà bên mua (bên bị vi phạm) trông đợi từ việc hợp đồng được thực hiện đúng¹⁶¹. Cụ thể, thương nhân A bán cho thương nhân B máy móc với giá \$10,000. Vào thời điểm hợp đồng được giao kết, chi phí để thương nhân A sản xuất máy là \$9,000. Thương nhân B xác định giá trị mong đợi của hàng hóa khi hợp đồng được thực hiện là \$12,000. Tuy nhiên, trước khi hợp đồng được thực hiện, chi phí để sản xuất máy của thương nhân A là \$14,000. Nếu buộc thương nhân A thực hiện đúng hợp đồng (sản xuất máy để bán cho thương nhân B) thì thương nhân A bị thiệt hại \$4,000.

Tuy nhiên, nếu xuất phát từ lập luận rằng khoản phải trả bởi bên bán (\$2,000) đủ để bù đắp giá trị lợi ích mà bên mua sẽ nhận được như khi hợp đồng được thực hiện đúng thì việc buộc bên bán phải thực hiện hợp đồng không còn phù hợp. Bởi lẽ, nếu hợp đồng được thực hiện thì bên mua cũng không ở vào vị trí tốt hơn so với khi hợp đồng không được thực hiện và bên bán chấp nhận bồi thường do vi phạm hợp đồng, thì điều này khuyến khích thực hiện các hợp đồng hiệu quả và cho phép phá vỡ những hợp đồng không hiệu quả (trong trường hợp nếu việc thực hiện hợp đồng buộc bên vi phạm phải chịu chi phí nhiều hơn so với lợi ích mà bên bị vi phạm đạt được)¹⁶².

Tuy vậy, lập luận trên chỉ đúng nếu như giá trị mong đợi của hàng hóa khi hợp đồng được thực hiện của bên bị vi phạm không thay đổi theo thời gian, nghĩa là bên vi phạm dự liệu được hoặc biết được phần giá trị này. Hoặc, nếu chi phí sản

¹⁶⁰ Về vấn đề này, tham khảo Melvin A. Eisenberg (2005), (tłđđ), tr. 1006 – 1013.

¹⁶¹ Trong trường hợp này, bên vi phạm có xu hướng quyết định không thực hiện hợp đồng khi chi phí để thực hiện hợp đồng cao hơn lợi ích mong đợi mà bên bị vi phạm đạt được. Về vấn đề này, tham khảo Melvin A. Eisenberg (2005), (tłđđ), tr. 1014 – 1015.

¹⁶² Tham khảo Anthony Ogus (2008), (tłđđ), tr.128.

xuất tăng cho A do xuất phát từ điều kiện hoàn cảnh cụ thể của thương nhân này, tức là chỉ xảy ra đối với A mà không xảy ra đối với thương nhân khác trên thị trường (chẳng hạn như phụ tùng hoặc linh kiện để sản xuất máy móc được A nhập từ thị trường X với mức giá tăng, trong khi nếu thương nhân khác nhập từ thị trường Y thì giá không đổi và A không có điều kiện thuận lợi để chuyển sang thay thế nguồn cung hàng hóa từ thị trường X sang thị trường Y) thì việc buộc chính bên vi phạm phải thực hiện hợp đồng không còn phù hợp.

Nếu chi phí tăng là kết quả của sự tác động chung của thị trường hàng hóa đến các thương nhân và việc tăng chi phí không thuộc trường hợp do hoàn cảnh thay đổi cơ bản dẫn đến việc một bên có quyền yêu cầu đàm phán lại hợp đồng thì bên bán trong trường hợp này phải gánh chịu rủi ro do chi phí sản xuất tăng. Bởi lẽ, thiệt hại của bên mua có thể tăng nếu giá thị trường của hàng hóa tăng tương ứng. Chẳng hạn như, bên mua mua hàng của bên bán (với giá \$10,000) để bán lại cho bên thứ ba (với giá \$12,000). Tuy nhiên, do chi phí sản xuất tăng nên giá thị trường của hàng hóa vào thời điểm bên bán vi phạm hợp đồng là \$15,000, vì vậy, để đảm bảo thực hiện hợp đồng với bên thứ ba, bên mua đã thực hiện giao dịch thay thế và thiệt hại của bên mua là \$5,000 (\$15,000 - \$10,000). So với thiệt hại của bên bán nếu sản xuất hàng hóa và giao cho bên mua (\$4,000) thì thiệt hại của bên mua trong trường hợp bên bán không giao hàng vẫn nhiều hơn. Khi đó việc chấm dứt hợp đồng của bên vi phạm do dựa trên đánh giá rằng chi phí để thực hiện hợp đồng cao hơn phần phải bồi thường cho bên mua nhằm đảm bảo việc bên mua có thể đạt được lợi ích mong đợi từ việc thực hiện hợp đồng đã không còn chính xác nữa. Việc thực hiện hợp đồng của bên vi phạm trong trường hợp này thỏa yếu tố “hiệu quả” nếu xét đến phần tổn thất mà bên này có thể giảm trừ (mức thiệt hại do giao hàng thấp hơn mức thiệt hại nếu không giao) và bên bị vi phạm cũng đạt được lợi ích mong đợi như khi hợp đồng được thực hiện (nhận được hàng để giao cho bên thứ ba và thu về khoản lợi \$2,000).

Tóm lại, học thuyết VPHQ không có cơ sở áp dụng nếu (1) khoản bồi thường tuy hướng đến bù đắp thiệt hại cho bên bị vi phạm nhưng không thể đặt bên này vào vị trí không có sự khác biệt nào giữa việc hợp đồng được thực hiện và việc được bồi thường do hợp đồng bị vi phạm; và (2) lợi ích mà bên bị vi phạm trông đợi từ việc thực hiện hợp đồng thay đổi và không có cơ sở để bên vi phạm biết được hoặc xác định được giá trị lợi ích này. Do vậy, biện pháp BTHĐHD vẫn được áp dụng nhằm (a) hướng các bên đến việc thực hiện hợp đồng, (b) bảo vệ lợi ích mà các bên trông đợi từ việc hợp đồng được thực hiện đúng và (c) góp phần duy trì tính ổn định và tin cậy mà các bên đặt vào quan hệ hợp đồng, thay vì buộc các bên phải gánh chịu

những rủi ro và chi phí có thể phát sinh để đạt được phần lợi ích cần được bảo vệ từ hợp đồng.

2.3 Giới hạn phạm vi áp dụng biện pháp buộc thực hiện đúng hợp đồng theo CISG

Biện pháp BTHĐHĐ được áp dụng nhằm mục đích bảo vệ những lợi ích mà bên bị vi phạm có được từ việc xác lập, thực hiện hợp đồng trong trường hợp xảy ra hành vi vi phạm hợp đồng. Các cam kết bị phá vỡ được đảm bảo thực hiện bằng cách áp dụng các biện pháp để hợp đồng được thực hiện, giữ nguyên những lợi ích mà bên bị vi phạm hướng đến nếu không có hành vi vi phạm hợp đồng, đảm bảo bên bị vi phạm được đặt vào vị trí như khi hợp đồng được thực hiện đúng.

Tuy nhiên, vấn đề pháp lý đặt ra là việc BTHĐHĐ được áp dụng như thế nào để đảm bảo cân bằng lợi ích của các bên và đảm bảo tối ưu hóa giá trị lợi ích khi việc thực hiện hợp đồng được đặt trong điều kiện các yếu tố tác động đến việc xác lập, thực hiện hợp đồng giữa các bên không ngừng thay đổi. Việc phân tích học thuyết VPHQ ở phần trên đã cho thấy những giá trị nhất định của học thuyết liên quan đến việc tối ưu hóa lợi ích và giảm thiểu tổn thất trong quá trình thực hiện hợp đồng của các bên. Điều này đã tạo nên những ảnh hưởng nhất định của học thuyết đối với các quy định về BTHĐHĐ của CISG.

Thể hiện rõ nét cho luận điểm này là việc đặt ra một giới hạn phù hợp đối với việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ theo CISG. Theo đó, biện pháp BTHĐHĐ theo CISG không được áp dụng nếu việc áp dụng này dẫn đến hậu quả đi ngược lại với giá trị lợi ích mà các nguyên tắc cơ bản của pháp luật hợp đồng hướng đến, trong đó cần tính đến các nguyên tắc giới hạn trách nhiệm và nguyên tắc thiện chí khi thực hiện hợp đồng theo quy định của CISG¹⁶³.

2.3.1 Giới hạn phạm vi áp dụng biện pháp buộc thực hiện đúng hợp đồng theo CISG dựa trên nguyên tắc giới hạn trách nhiệm hợp đồng

Việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ chỉ phù hợp nếu việc thực hiện hợp đồng đã tính đến điều kiện cụ thể trong giao dịch giữa các bên. Theo đó, việc thực hiện đúng hợp đồng không được dẫn đến hậu quả gây thiệt hại quá mức cho bên vi phạm một cách bất hợp lý. Việc giới hạn trách nhiệm thông qua quy định về hạn chế tổn thất được xem là một vấn đề pháp lý quan trọng liên quan đến phạm vi áp dụng biện pháp BTHĐHĐ. Trong một trường hợp, vấn đề “hiệu quả” của việc thực hiện hợp

¹⁶³ Tham khảo Điều 7(1) CISG và Điều 77 CISG.

đồng được đặt ra trong điều kiện bên bị vi phạm bị ràng buộc bởi nghĩa vụ hạn chế tổn thất (“Mitigation Paradigm”)¹⁶⁴.

Nghĩa vụ hạn chế tổn thất được quy định tại Điều 77 CISG, theo đó một bên viện dẫn vi phạm hợp đồng của bên kia phải áp dụng các biện pháp hợp lý căn cứ vào các tình huống cụ thể để hạn chế tổn thất, kể cả khoản lợi bị bỏ lỡ do sự vi phạm hợp đồng gây ra. Tuy Điều 77 CISG đề cập đến nghĩa vụ hạn chế tổn thất, nhưng thực chất “nghĩa vụ” này, nếu không được thực hiện bởi bên bị vi phạm, cũng không làm phát sinh trách nhiệm pháp lý của bên này và bên vi phạm cũng không thể dùng các biện pháp buộc bên bị vi phạm thực hiện nghĩa vụ này (non-actionable duties); thay vào đó, bên vi phạm chỉ có thể được giảm bớt giá trị bồi thường thiệt hại bằng mức tổn thất đáng lẽ có thể hạn chế được¹⁶⁵. Nghĩa vụ hạn chế tổn thất cũng chỉ giới hạn đối với những loại vi phạm mà bên bị vi phạm đã biết hoặc buộc phải biết¹⁶⁶. Trong trường hợp đó, bên bị vi phạm phải thực hiện các biện pháp hợp lý để hạn chế tổn thất do hành vi vi phạm gây ra. Bên bị vi phạm có thể thực hiện các biện pháp hợp lý để hạn chế tổn thất dưới nhiều hình thức khác nhau, phù hợp với điều kiện cụ thể của giao dịch, có thể là việc xác lập một giao dịch thay thế trong trường hợp hợp đồng không được thực hiện bởi một bên (bên bán không giao hàng hoặc bên mua không thanh toán).

Tuy nhiên, cũng có quan điểm lập luận rằng mặc dù nghĩa vụ hạn chế tổn thất được quy định tại Điều 77 của CISG, nhưng CISG không đề cập cụ thể đến việc áp dụng điều luật này đối với yêu cầu BTHĐHĐ. Theo đó, bên bị vi phạm không bị mất quyền yêu cầu BTHĐHĐ chỉ bởi vì bên này lẽ ra đã có thể thực hiện các biện pháp hợp lý để hạn chế tổn thất (chẳng hạn như xác lập một giao dịch thay thế). Nếu việc không thực hiện một giao dịch thay thế mà dẫn đến hậu quả không hạn chế tổn thất thì bên vi phạm hợp đồng có quyền yêu cầu giảm bớt giá trị bồi thường thiệt hại bằng mức tổn thất đáng lẽ có thể hạn chế được, nhưng không có quy định nào liên quan trực tiếp đến việc giới hạn quyền BTHĐHĐ¹⁶⁷. Bên cạnh đó, cũng có quan điểm cho rằng nghĩa vụ hạn chế tổn thất theo Điều 77 CISG chỉ áp dụng khi bên bị vi phạm yêu cầu bồi thường thiệt hại, chứ không phải yêu cầu BTHĐHĐ vì theo kết cấu của CISG, điều luật này thuộc phần bồi thường thiệt hại¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Tham khảo Melvin A. Eisenberg (2005), (tłđđ), tr.1022.

¹⁶⁵ Tham khảo Harvey McGregor QC, ‘The Role of Mitigation in the Assessment of Damages’ in Djakhongir Saidov and Ralph Cunnington (eds) (2008), (tłđđ), tr.331; Lookofsky Joseph (2008), *Understanding the CISG, A Compact Guide to the 1980 United Nations Convention on contract for the International Sale of Goods*, 3rd edn (Worldwide), Kluwer Law International, tr.135.

¹⁶⁶ Tham khảo Djakhongir Saidov (2008), (tłđđ), tr.132.

¹⁶⁷ Tham khảo G. H. Treitel (1988), (tłđđ), tr.73.

¹⁶⁸ Tham khảo Amy H. Kastely (1988), (tłđđ), tr.622.

Về vấn đề này, nhiều nhà nghiên cứu đã cho rằng nghĩa vụ hạn chế tổn thất thực chất có mối liên hệ với biện pháp BTHĐHĐ và do vậy có thể được áp dụng để giới hạn quyền yêu cầu BTHĐHĐ của bên bị vi phạm¹⁶⁹. Tác giả Honnold đã đặt vấn đề bằng cách nêu các câu hỏi: “Nếu bên mua thông báo cho bên bán về việc không thể sử dụng hàng hóa như đã yêu cầu trong hợp đồng, liệu rằng bên bán có thể huy động nguồn lực để sản xuất hàng hóa cho bên mua hoặc gánh chịu chi phí tổn kém để gửi hàng cho bên mua? Nếu không thể, biện pháp khắc phục mà người bán thực hiện phải là bồi thường thiệt hại, chứ không phải là thực hiện hợp đồng với một giá rất cao”¹⁷⁰.

Đồng thời, tác giả Honnold cũng đã phân tích trường hợp bên mua vi phạm hợp đồng và phân biệt như sau: (i) nếu bên mua đã nhận hàng nhưng không thanh toán thì thực tế cũng không khác biệt đáng kể giữa việc buộc bên mua thanh toán tiền hàng (Điều 62 CISG) và buộc bên mua bồi thường thiệt hại do vi phạm (Điều 61(b), Điều 74 CISG); nhưng (ii) nếu bên mua không nhận hàng, việc buộc bên mua thanh toán tiền hàng đồng nghĩa với việc buộc bên mua phải tiếp tục thực hiện hợp đồng. Trong một số trường hợp, việc buộc bên mua phải tiếp tục thực hiện hợp đồng như vậy làm phát sinh chi phí lớn cho bên mua, mà không mang lại lợi ích tương ứng cho bên bán.

Để củng cố cho lập luận này, tác giả Honnold đã dẫn chứng trường hợp sau¹⁷¹: Bên bán (nhà sản xuất hàng nội thất ở Stockholm) và bên mua (nhà phân phối hàng nội thất ở Buenos Aires) giao kết hợp đồng mua bán 500 chiếc bàn cà phê. Trước khi bên bán giao hàng, bên mua đã biết rằng khách hàng trong phạm vi phân phối của mình không quan tâm đến mặt hàng này. Bên mua đã thông báo cho bên bán, yêu cầu hủy lô hàng và đề nghị bồi thường thiệt hại cho bên bán. Tuy nhiên, bên bán trả lời vẫn giao hàng theo đơn đặt hàng và yêu cầu thanh toán tiền hàng theo giá thỏa thuận.

Theo phân tích của tác giả Honnold, hành vi của bên bán không phù hợp, bởi lẽ bên bán là nhà sản xuất hàng nội thất và thường xuyên mua bán mặt hàng này với số lượng lớn, nên có thể bán lại hàng hóa hiệu quả hơn so với bên mua. Bên cạnh đó, việc bên bán tiếp tục giao hàng và sau đó, buộc bên mua phải thanh toán (BTHĐHĐ) trong khi bên mua không mong muốn đã làm phát sinh chi phí đáng kể cho việc vận chuyển hàng hóa và sự lãng phí không cần thiết. Tương tự, đặt trường hợp bên bán gặp khó khăn trong sản xuất nhưng không thuộc trường hợp được miễn

¹⁶⁹ Tham khảo John Honnold (1999), (tłđđ), tr.221 – 222; G. H. Treitel (1988), (tłđđ), tr.74.

¹⁷⁰ Tham khảo John Honnold (1999), (tłđđ), tr.221.

¹⁷¹ Tham khảo John Honnold (1999), (tłđđ), tr.222.

trừ theo Điều 79 CISG, nếu buộc bên bán phải thực hiện hợp đồng đến cùng, thay vì bồi thường thiệt hại, thì cũng gây ra sự lãng phí không cần thiết để hoàn thành một giao dịch không mong muốn.

Các phân tích của tác giả Honnold liên quan đến nghĩa vụ hạn chế tổn thất và quyền BTHĐHĐ đã giải thích rõ hơn vấn đề giới hạn phạm vi áp dụng biện pháp BTHĐHĐ theo Điều 77 CISG¹⁷². Tuy nhiên, ngay cả khi còn nhiều tranh luận về hệ quả của Điều 77 CISG dẫn đến việc giới hạn phạm vi áp dụng biện pháp BTHĐHĐ, thì trong trường hợp buộc phải thực hiện giao dịch không mong muốn như đã đề cập ở trên, việc áp dụng Điều 28 CISG có thể đem lại kết quả phù hợp với nguyên tắc hạn chế tổn thất, nếu xét đến thực tế là biện pháp BTHĐHĐ không được áp dụng theo pháp luật nội địa của quốc gia đó¹⁷³.

Chẳng hạn như, trong vụ việc *Rockingham County v. Luten Bridge Co.*¹⁷⁴, các bên thỏa thuận Luten đồng ý cung cấp vật liệu và xây dựng một cây cầu cho Rockingham County. Sau khi Luten thực hiện được một phần (chi phí thực hiện là \$40,000) thì Rockingham County yêu cầu Luten ngừng việc cung cấp vật liệu và thi công cây cầu, bởi vì kế hoạch được điều chỉnh, việc xây dựng con đường dẫn đến vị trí cây cầu trên bị hủy và Rockingham County không còn cần cây cầu nữa. Nếu hợp đồng được thực hiện đúng thì tổng chi phí của Luten là \$80,000, trong khi giá hợp đồng theo thỏa thuận của các bên là \$100,000. Luten không đồng ý với yêu cầu chấm dứt hợp đồng của Rockingham County và vẫn tiếp tục thực hiện hợp đồng cho đến khi hoàn thành cây cầu và khởi kiện yêu cầu Rockingham County thanh toán giá hợp đồng.

Đặt trường hợp nếu Luten ngừng thi công cầu thì thiệt hại của Luten chỉ ở mức \$60,000 (gồm \$20,000 lợi nhuận đáng lẽ được hưởng và \$40,000 phần chi phí đã bỏ ra để thi công một phần cây cầu – phần này không còn hữu ích do việc hoàn thành cây cầu là không cần thiết nữa). Thực tế, phần mà Luten thực sự được hưởng từ giao dịch là \$20,000. Nếu như Luten vẫn thi công, thay vì ngừng việc thực hiện hợp đồng, thì phần lợi nhuận mà Luten được hưởng vẫn là \$20,000 (\$100,000 - \$80,000). Như vậy, lợi ích của Luten không thay đổi trong trường hợp không tiếp tục thực hiện hợp đồng. Tuy nhiên, việc tiếp tục thực hiện hợp đồng của Luten làm gia tăng thiệt hại của Rockingham County, trong đó phần mà Rockingham County

¹⁷² Tham khảo John Honnold (1999), (tłđđ), tr.460 – 464.

¹⁷³ Về vấn đề này, tham khảo Jussi Koskinen (1999), *CISG, Specific Performance and Finnish Law*, Publication of the Faculty of Law of the University of Turku, Private Law Publication Series B:47 tại <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/koskinen1.html#136> (truy cập ngày 10/4/2023).

¹⁷⁴ Tham khảo *Rockingham County v. Luten Bridge Co.* 35 F.2d 301 (4th Cir.1929), dẫn theo Melvin A. Eisenberg (2005), (tłđđ), tr.1023 – 1024.

phải trả là \$100,000, thay vì chỉ là \$60,000, trong khi cây cầu không có giá trị sử dụng trong trường hợp này.

Trong trường hợp này, việc thực hiện hợp đồng của bên bị vi phạm, để sau đó buộc bên vi phạm thực nghĩa vụ thanh toán, là không phù hợp, làm gia tăng phần thiệt hại lẽ ra có thể tránh được của bên vi phạm. Ở một góc độ nhất định, việc không thực hiện hợp đồng phù hợp với nguyên tắc hạn chế tổn thất và do vậy, mang lại “hiệu quả” cho các bên so với khi hợp đồng được thực hiện đúng. Từ các phân tích ở trên, có thể nhận thấy rằng việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ cũng cần được đặt trong một giới hạn hợp lý, dựa trên việc có tính đến các yêu cầu hạn chế tổn thất khi thực hiện hợp đồng.

2.3.2 Giới hạn phạm vi áp dụng biện pháp buộc thực hiện đúng hợp đồng theo CISG dựa trên nguyên tắc thiện chí khi thực hiện hợp đồng

Nguyên tắc thiện chí khi thực hiện hợp đồng được ghi nhận tại Điều 7(1) CISG, gắn liền với yêu cầu về tính hợp lý và không lạm dụng việc thực hiện quyền để đẩy một bên vào tình trạng xấu hơn khi thực hiện hợp đồng (*venire contra factum proprium*)¹⁷⁵. Tuy nhiên, trong một số trường hợp, yêu cầu BTHĐHĐ có thể dẫn đến việc bên bị vi phạm thực hiện hành vi thăm dò thị trường và dồn rủi ro và gánh nặng chi phí cho bên vi phạm (*speculation*). Cụ thể, việc chậm thực hiện quyền yêu cầu BTHĐHĐ sau khi giá thị trường biến động vì mục đích trên được xem là không phù hợp với nguyên tắc thiện chí theo quy định tại Điều 7(1) CISG¹⁷⁶. Vậy nên, quyền yêu cầu BTHĐHĐ của bên bị vi phạm có thể bị hạn chế nếu có căn cứ cho thấy bên bị vi phạm thực hiện quyền này sau khi đã có hành vi trì hoãn để thăm dò thị trường và dồn rủi ro cho bên vi phạm¹⁷⁷. Thông thường, hành vi này được thực hiện trong trường hợp bên mua buộc bên bán giao hàng (chứ không phải bồi thường thiệt hại) chỉ sau khi giá thị trường tăng mạnh hoặc tương tự, bên bán buộc bên mua nhận hàng và thanh toán khi giá thị trường giảm mạnh.

Trong một trường hợp cụ thể, vào tháng 1 năm 1996, bên bán (Áo) đã ký hợp đồng bán 100 thỏi bạc cho bên mua (Tây Ban Nha) với giá xác định và hàng được giao tại Vienna vào cuối tháng đó. Đến hạn giao hàng (khi giá thị trường của bạc đã tăng 25% so với giá hợp đồng), bên bán tuyên bố không thực hiện hợp đồng. Mặc dù bên bán nhiều lần từ chối giao hàng, bên mua vẫn khởi kiện yêu cầu BTHĐHĐ

¹⁷⁵ Tham khảo The International Sales Convention Advisory Council (CISG – AC) Opinion No.17 (2015), Limitation and Exclusion Clauses in CISG Contracts tại <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op17.pdf> (truy cập ngày 10/4/2023), tr.22; tham khảo John Honnold (1999), Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 3rd edn, The Hague: Kluwer Law International, tr.101.

¹⁷⁶ Tham khảo John Honnold (1999), (tłđđ), tr.100 – 101.

¹⁷⁷ Tham khảo John Honnold (1999), (tłđđ), tr.309 – 310.

(giá thị trường vào thời điểm khởi kiện tăng gấp đôi so với giá hợp đồng)¹⁷⁸. Nếu áp dụng quy định tại Điều 46 CISG, bên mua có quyền buộc bên bán giao hàng do vi phạm hợp đồng.

Tuy nhiên, vấn đề đặt ra là sau khi bên vi phạm (bên bán) từ chối giao hàng, bên bị vi phạm (bên mua) đã trì hoãn thực hiện giao dịch thay thế nhằm thăm dò sự biến động giá trên thị trường. Nếu việc thăm dò không đem lại kết quả (thị trường biến động theo hướng giảm mạnh) thì bên mua cuối cùng cũng mua hàng từ bên thứ ba và buộc bên bán hoàn trả phần chênh lệch. Lẽ ra phần chênh lệch phải được xác định dựa trên việc bên mua phải thực hiện giao dịch thay thế vào thời điểm sớm hơn trên thực tế khi mà giá hàng hóa còn ở mức thấp hơn mức giá trong giao dịch mua hàng thay thế từ bên thứ ba. Nếu bên bán phải trả cho bên mua phần chênh lệch giữa giá hợp đồng và giá vào thời điểm thực hiện giao dịch thay thế trên thực tế thì khoản tiền này đã vượt quá mức lẽ ra có thể hạn chế được. Về vấn đề này, bên bị vi phạm có thể chịu rủi ro do việc thăm dò thị trường nhưng không được tích tụ rủi ro đó vào chi phí của bên vi phạm.

Vậy nên, các nhà nghiên cứu đã đặt câu hỏi: nếu do kết quả của hành vi thăm dò thị trường mà bên mua tìm cách buộc bên bán giao hàng chỉ sau khi giá thị trường tăng mạnh thì quyền yêu cầu BTHĐHĐ của bên mua có phù hợp với nguyên tắc thiện chí được quy định tại Điều 7(1) CISG không? Theo đó, các nhà nghiên cứu đã chia sẻ quan điểm việc BTHĐHĐ trong trường hợp như vậy không phù hợp với nguyên tắc thiện chí được quy định tại Điều 7(1) CISG¹⁷⁹. Do vậy, nguyên tắc này cũng cần được giải thích theo hướng giới hạn quyền BTHĐHĐ nếu việc thực hiện quyền này đẩy một bên vào tình trạng xấu hơn và phải gánh chịu chi phí mà lẽ ra đã có thể tránh được một cách hợp lý.

Hơn nữa, biện pháp BTHĐHĐ chỉ hướng đến kết quả cuối cùng là hợp đồng được thực hiện, còn cách thức thực hiện để đạt được kết quả này còn tùy thuộc vào giao dịch cụ thể của các bên. Theo đó, hợp đồng được thực hiện do (i) hành vi tự khắc phục của bên vi phạm (vd: giao hàng đúng theo thỏa thuận trong hợp đồng trong trường hợp chưa giao; giao đủ hàng trong trường hợp còn thiếu; giao hàng thay thế hoặc loại trừ khiếm khuyết của hàng hóa trong trường hợp giao hàng kém chất lượng), theo đó hợp đồng được thực hiện đúng bởi bên vi phạm (“actual specific performance”). Hoặc, hợp đồng được thực hiện do (ii) hành vi khắc phục của bên bị vi phạm (mua hàng của thương nhân khác để thay thế theo đúng loại

¹⁷⁸ Tham khảo Herbert Bernstein and Joseph Lookofsky (1997), *Understanding the CISG in Europe*, Kluwer Law International, tr.84.

¹⁷⁹ Tham khảo Amy H. Kastely (1988), (tłđđ), tr.619 và John Honnold (1999), (tłđđ), tr.101.

hàng hóa thỏa thuận trong hợp đồng; tự sửa chữa khiếm khuyết của hàng hóa), theo đó hợp đồng được thực hiện đúng trong trường hợp bên bị vi phạm dùng các biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện (“virtual specific performance”).

Dựa trên nguyên tắc thiện chí và tùy thuộc vào giao dịch cụ thể của các bên, biện pháp BTHĐHĐ được áp dụng theo cách thức phù hợp, đảm bảo lợi ích đạt được của bên bị vi phạm nhưng không làm gia tăng quá mức thiệt hại của bên vi phạm. Điều này được công nhận rộng rãi trong các hệ thống pháp luật và quy định của CISG một lần nữa ghi nhận và phản ánh như một nguyên tắc cơ bản khi thực hiện hợp đồng¹⁸⁰.

Trước khi CISG được thông qua, khi các nước thành viên thảo luận về quyền yêu cầu BTHĐHĐ của bên bị vi phạm, hành vi trì hoãn để thăm dò thị trường và dồn rủi ro cho bên vi phạm đã được đề cập như một luận điểm để giới hạn quyền áp dụng biện pháp này của bên bị vi phạm¹⁸¹. Một trường hợp điển hình được các nhà nghiên cứu phân tích để lập luận cho vấn đề này là vụ việc *Weathersby v. Gore*¹⁸².

Trong vụ việc này, Gore bán cho Weathersby bông vải được trồng trên mảnh đất diện tích 500 mẫu Anh (acres) với giá 30 cents/pound. Sau đó, Gore thông báo chấm dứt hợp đồng với Weathersby, vào thời điểm thông báo, giá bán của hàng hóa cùng loại trên thị trường là 35 cents/pound. Sáu tháng sau từ khi nhận được thông báo, Weathersby yêu cầu buộc Gore thực hiện đúng hợp đồng, thời điểm này giá hàng hóa đã lên đến 80 cents/pound. Lẽ ra khi Gore không giao hàng và hàng hóa là hàng cùng loại, có thể thay thế trên thị trường thì Weathersby vào thời điểm nhận được thông báo chấm dứt hợp đồng của Gore đã có thể mua hàng thay thế từ bên thứ ba (dùng biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện). Nếu Weathersby áp dụng biện pháp BTHĐHĐ thì việc mua hàng thay thế là cách thức phù hợp và thời điểm mua hàng thay thế phải là thời điểm hợp lý so với khi nhận được thông báo chấm dứt hợp đồng. Bởi lẽ nguyên tắc thiện chí khi thực hiện hợp đồng không cho

¹⁸⁰ Tham khảo Amy H. Kastely (1988), (tłđđ), tr.619.

¹⁸¹ Đại diện của Hoa Kỳ (Mr. Farnsworth) đã nêu trường hợp bên mua ở vào vị trí có thể thực hiện hành vi trì hoãn để thăm dò thị trường và dồn rủi ro cho bên bán nếu không có quy định buộc bên mua áp dụng biện pháp BTHĐHĐ trong một thời hạn được giới hạn hợp lý theo quy định. Về vấn đề này, tham khảo United Nations (1991), United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Official Records, Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees, Vienna, 10 March – 11 April 1980 tại <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/a-conf-97-19-ocred-e.pdf>, truy cập ngày 10/4/2023, tr.334 – 335.

¹⁸² Tham khảo *Weathersby v. Gore*. 556 F.2d 1247 (5th Cir. 1977), dẫn theo Melvin A. Eisenberg (2005), (tłđđ), tr. 1024.

phép bên bị vi phạm kéo dài một cách bất hợp lý thời hạn này dựa trên chi phí của bên vi phạm¹⁸³.

Như vậy, việc BTHĐHĐ không thể được áp dụng trong trường hợp nếu việc thực hiện hợp đồng buộc bên vi phạm phải chịu chi phí quá mức so với lợi ích mà bên bị vi phạm đạt được¹⁸⁴. Cùng với đó, việc đặt vấn đề phân bổ lại lợi ích (nếu bên vi phạm có đạt được) từ việc tránh khỏi tổn thất xảy ra do không thực hiện hợp đồng cũng không thực sự cần thiết khi mà giá trị lợi ích nhận được từ việc bồi thường vẫn đảm bảo tương ứng với giá trị lợi ích mà bên bị vi phạm sẽ nhận được như khi hợp đồng được thực hiện đúng. Trong trường hợp đó, giá trị lợi ích mà bên bị vi phạm đạt được không nhất thiết phải từ việc BTHĐHĐ. Thay vào đó, việc áp dụng biện pháp bồi thường thiệt hại sẽ phù hợp hơn nếu đặt trong điều kiện cần đảm bảo cân bằng lợi ích của các bên cũng như tối ưu hóa giá trị lợi ích phát sinh, theo đó không làm nghiêm trọng hơn tổn thất của bên vi phạm, trong khi bên bị vi phạm không vì vậy mà hưởng lợi nhiều hơn phần lợi ích lẽ ra đạt được nếu hợp đồng được thực hiện đúng. Ví dụ: thương nhân X giao kết hợp đồng cung cấp vật liệu xây dựng và thi công một tòa nhà 4 tầng cho thương nhân Y. Chi phí của thương nhân X là \$500,000. Lợi ích mong đợi của thương nhân X từ việc thực hiện hợp đồng là 15% chi phí (\$75,000). Một thời gian ngắn sau khi hợp đồng được giao kết, quy định của pháp luật thay đổi, cho phép việc xây dựng tòa nhà đến 30 tầng. Nếu hợp đồng vẫn được thực hiện (thương nhân X xây dựng tòa nhà 4 tầng) thì việc thực hiện hợp đồng là sự lãng phí và không còn phù hợp (“wasteful contract”), vì khi đó sẽ tốn chi phí cho việc tháo dỡ để xây dựng tòa nhà cao hơn¹⁸⁵. Thiệt hại của thương nhân Y nếu tòa nhà được xây dựng (khoản thanh toán theo hợp đồng và chi phí tháo dỡ) sẽ lớn hơn nhiều khoản lợi nhuận mà thương nhân X có được từ việc thực hiện hợp đồng.

Trong trường hợp này, vi phạm cần được chấp nhận (“tolerated breach”) và không buộc bên vi phạm phải thực hiện đúng hợp đồng, mà thay vào đó là việc bồi thường cho bên bị vi phạm, bù đắp cho bên này giá trị lợi ích sẽ nhận được như khi hợp đồng được thực hiện đúng. Bởi lẽ, nếu không đặt giới hạn này cho việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ thì bên vi phạm phải ‘mua lại’ sự chấp thuận của bên bị vi

¹⁸³ Về vấn đề này, tham khảo John Honnold (1991), *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 2nd edn, Kluwer Law and Taxation Publishers, tr.284 – 285.

¹⁸⁴ Tham khảo Daniel Friedmann (2008), (tłđđ), tr.90; Daniel Markovits, Alan Schwartz (2011), (tłđđ), tr. 1950 – 1951; Melvin A. Eisenberg (2005), (tłđđ), tr. 1015; Anthony Ogus (2008), (tłđđ), tr.126 – 127; Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer (ed) (2010), (tłđđ), tr.709.

¹⁸⁵ Tham khảo Daniel Friedmann (2008), (tłđđ), tr.75.

phạm về việc giải phóng bên vi phạm khỏi nghĩa vụ hợp đồng¹⁸⁶. Theo đó, bên vi phạm phải trả một khoản tiền theo thỏa thuận với bên bị vi phạm để được chấm dứt hợp đồng và bên bị vi phạm từ bỏ quyền áp dụng biện pháp BTHĐHĐ¹⁸⁷. Khoản tiền này về bản chất dẫn đến hệ quả bù đắp quá mức lợi ích mong đợi của bên bị vi phạm và do vậy, tương tự như hệ quả của hành vi bồi thường vượt quá mức thiệt hại (over-compensation).

Trong ví dụ trên, thương nhân Y có thể đề nghị thương nhân X mức giá \$250,000 để đổi lại việc thương nhân X đồng ý giải phóng thương nhân Y khỏi nghĩa vụ hợp đồng – một mức trung bình nếu so với thiệt hại cần phải giới hạn của thương nhân Y và do vậy, khoản đạt được/lợi ích của thương nhân Y (trong trường hợp này là phần thiệt hại có thể khắc phục được) đã được chia lại cho bên bị vi phạm. Nói cách khác, nếu bên bị vi phạm dựa vào điều này để buộc bên vi phạm “chia sẻ” lợi ích thì bên bị vi phạm đã hưởng lợi trên chi phí của bên vi phạm và điều này không phù hợp với nguyên tắc thiện chí khi xác lập và thực hiện hợp đồng. Bởi lẽ, một khía cạnh quan trọng của nguyên tắc thiện chí là một bên khi áp dụng các quyền theo luật định để bảo vệ lợi ích hợp pháp của mình sẽ không lạm dụng việc thực hiện quyền này để đẩy bên kia vào tình trạng xấu hơn (gánh chịu chi phí quá mức) mà lẽ ra đã có thể tránh được một cách hợp lý¹⁸⁸.

Xét về mặt nguồn gốc, việc chia lại lợi ích như đã đề cập bắt nguồn từ cơ chế bảo vệ giá trị lợi ích mà bên bị vi phạm trông đợi thông qua việc buộc bên có nghĩa vụ thực hiện hợp đồng đến cùng, thay vì áp dụng bồi thường thiệt hại như một khoản thay thế cho việc thực hiện này (“Quy Tắc Tài Sản” - “Property Rule”)¹⁸⁹. Trong khi đó, nếu tiếp cận theo hướng nghĩa vụ của một bên trong quan hệ hợp đồng là nghĩa vụ có khả năng thay thế thì bên này có thể: (i) thực hiện hợp đồng với giá đã thỏa thuận (ví dụ: giao hàng theo giá hợp đồng đã xác định) hoặc (ii) chuyển cho bên có quyền phần lợi ích mà bên đó sẽ nhận được nếu hợp đồng được thực hiện (ví dụ: bù đắp lợi ích mong đợi nếu hàng hóa được giao) (“Dual performance hypothesis”)¹⁹⁰. Theo cách tiếp cận này, ở một chừng mực nhất định, việc bên có nghĩa vụ tuy không thực hiện hợp đồng nhưng thay vào đó chuyển cho bên có

¹⁸⁶ Tham khảo Ronald J. Jr. Scalise (2007), (tłđđ), tr. 734; Melvin A. Eisenberg (2005), (tłđđ), tr.1002; Daniel Friedmann (2008), (tłđđ), tr.77 – 78; Daniel Markovits; Alan Schwartz (2011), (tłđđ), tr.1944.

¹⁸⁷ Tham khảo Peter Jaffey, Damages and the Protection of Contractual Reliance in Djakhongir Saidov and Ralph Cunnington (2008), Contract Damages – Domestic and International Perspectives, Hart Publishing, tr.145.

¹⁸⁸ Tham khảo Daniel Friedmann (2008), (tłđđ), tr.80; tham khảo Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, Christopher Kee (2012), (tłđđ), tr.565.

¹⁸⁹ Tham khảo Daniel Markovits; Alan Schwartz (2011), (tłđđ), tr.1941.

¹⁹⁰ Tham khảo Daniel Markovits; Alan Schwartz (2011), (tłđđ), tr.1948.

quyền phần lợi ích mà bên này sẽ nhận được (nếu hợp đồng được thực hiện) thì vẫn hiệu quả hơn so với trường hợp hoàn toàn không thực hiện nghĩa vụ. Từ cách tiếp cận này, pháp luật hợp đồng đã hình thành cơ chế bảo vệ giá trị lợi ích mà bên bị vi phạm trông đợi thông qua việc cho phép bên này yêu cầu bên vi phạm trả một khoản tiền được xác định tương ứng với giá trị của lợi ích bị xâm phạm (“Quy Tắc Trách Nhiệm” – “Liability Rule”)¹⁹¹.

Nhìn chung, Quy Tắc Tài Sản và Quy Tắc Trách Nhiệm đều hướng đến bảo vệ giá trị lợi ích mà bên bị vi phạm trông đợi, tuy nhiên, sự khác biệt ở điểm: (i) Quy Tắc Trách Nhiệm cho phép bên có nghĩa vụ được “hưởng” quyền trước (được giải phóng khỏi nghĩa vụ hợp đồng khi có cơ sở cho thấy việc thực hiện hợp đồng thực sự lãng phí và không còn phù hợp) và “trả sau” (hoàn trả cho bên có quyền giá trị lợi ích mà bên này trông đợi nếu hợp đồng được thực hiện); trong khi đó (ii) Quy Tắc Tài Sản cho phép ràng buộc nghĩa vụ của một bên trong giao dịch cho đến khi bên này buộc phải “mua lại” sự chấp thuận để được thực hiện quyền (được giải phóng khỏi nghĩa vụ hợp đồng), nghĩa là việc thực hiện quyền chỉ đến sau, tùy thuộc vào thỏa thuận đạt được với bên bị vi phạm. Tùy từng trường hợp, việc tiếp cận vấn đề từ Quy Tắc Tài Sản có thể phù hợp hơn hoặc ngược lại. Bởi lẽ, bên bị vi phạm có thể lập luận rằng bên này giao kết hợp đồng để mua được hàng hóa (hàng hóa đặc định hoặc duy nhất), không chấp nhận để bên vi phạm được chọn thực hiện hợp đồng hoặc trả tiền thay thế. Một cơ chế cho phép tập trung lợi ích từ vi phạm về phía bên có nghĩa vụ (chấm dứt hợp đồng bằng cách bồi thường để tìm kiếm lợi ích lớn hơn) không phù hợp với bên có quyền khi việc giữ cam kết đối với bên này là quan trọng, giúp đạt được lợi ích mong đợi của họ.

Tuy nhiên, từ một góc độ khác, việc khôi phục lợi ích của bên bị vi phạm thông qua Quy Tắc Trách Nhiệm lại phù hợp nếu việc thực hiện hợp đồng buộc bên vi phạm phải chịu chi phí quá mức so với lợi ích mà bên bị vi phạm đạt được. Vì thế việc áp dụng biện pháp BTHĐHD phải được đặt trong giới hạn hợp lý, đảm bảo cân bằng lợi ích của các bên. Từ các phân tích ở phần trên, việc áp dụng biện pháp BTHĐHD không được đặt ra nếu (i) việc thực hiện đúng hợp đồng đòi hỏi bên vi phạm phải chịu khoản chi phí bất hợp lý quá mức so với lợi ích mà bên bị vi phạm đạt được; hoặc (ii) bên bị vi phạm không yêu cầu thực hiện hợp đồng trong một thời hạn hợp lý kể từ thời điểm bên này biết hoặc buộc phải biết về việc vi phạm nghĩa vụ.

¹⁹¹ Tham khảo Daniel Markovits; Alan Schwartz (2011), (tldd), tr.1941.

Như vậy, về giới hạn phạm vi áp dụng biện pháp BTHĐHĐ, CISG đã tiếp cận vấn đề thông qua việc áp dụng nguyên tắc thiện chí, trung thực cũng như nguyên tắc giới hạn trách nhiệm của pháp luật hợp đồng. Ảnh hưởng của học thuyết VPHQ cũng đặt ra yêu cầu việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ phải tính đến điều kiện cụ thể trong giao dịch của các bên và không được dẫn đến hậu quả gây thiệt hại quá mức cho bên vi phạm mà lẽ ra có thể hạn chế được một cách hợp lý. Điều này cũng đặt ra yêu cầu đối với việc giải thích pháp luật và vai trò của án lệ trong việc cụ thể hóa các nguyên tắc của CISG khi áp dụng giải quyết các tranh chấp phát sinh liên quan đến VPHQ trong giao dịch của các bên.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 2

Nghiên cứu cơ sở lý luận về BTHĐHĐ theo CISG, Chương 2 của luận án tập trung làm rõ những vấn đề pháp lý cơ bản sau:

1. Về nội hàm của khái niệm BTHĐHĐ, việc mở rộng hay thu hẹp nội hàm khái niệm sẽ thể hiện việc áp dụng biện pháp này đặt trọng tâm vào yếu tố (a) bảo vệ lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện; hay (b) bảo vệ yếu tố hiệu quả trong thực hiện hợp đồng. Nếu trọng tâm được đặt vào yếu tố (a) thì BTHĐHĐ là biện pháp khắc phục cơ bản theo hướng bên bị vi phạm có quyền buộc bên vi phạm phải thực hiện đúng hợp đồng, nhằm bảo vệ lợi ích có được ở mức cao nhất khi chính nghĩa vụ hợp đồng được thực hiện. Trong khi đó, nếu trọng tâm được đặt vào yếu tố (b) thì việc áp dụng biện pháp này bị hạn chế trên cơ sở cân nhắc đến tính hiệu quả và các giá trị có lợi nhất về mặt kinh tế cho các bên. Thông qua việc nghiên cứu khái niệm và đặc điểm pháp lý của biện pháp BTHĐHĐ theo CISG, luận án phân tích các luận điểm cho thấy BTHĐHĐ theo CISG có phạm vi rộng, đặt trọng tâm vào việc bảo vệ lợi ích từ việc hợp đồng được thực hiện đúng, đồng thời hướng đến tạo lập sự cân bằng lợi ích của các bên. Theo cách tiếp cận đó, BTHĐHĐ theo CISG là biện pháp khắc phục mà bên bị vi phạm có quyền áp dụng để có được đối tượng mà bên này hướng đến khi xác lập hợp đồng, bằng cách yêu cầu bên vi phạm thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng hoặc dùng biện pháp để hợp đồng được thực hiện.

2. Trên cơ sở đặt trọng tâm vào yếu tố bảo vệ lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện, BTHĐHĐ theo CISG mang bản chất pháp lý của nhóm biện pháp hướng đến việc thực hiện hợp đồng. Theo đó, BTHĐHĐ theo CISG tạo lập sự đối ứng và cân bằng về quyền được thực hiện hợp đồng, không chỉ từ bên bị vi phạm mà còn từ phía bên vi phạm. Dựa trên triết lý nền tảng này, các quy định về BTHĐHĐ đã được xây dựng theo hai hướng song song: (i) quy định về quyền yêu cầu BTHĐHĐ của bên bị vi phạm với tính chất là một biện pháp khắc phục cơ bản; và (ii) quy định về quyền được khắc phục sau vi phạm của bên bị vi phạm với tính chất là sự đối ứng và phản ảnh trở lại nguyên tắc hướng đến việc thực hiện hợp đồng, đồng thời cũng hướng đến yếu tố hiệu quả khi thực hiện hợp đồng.

3. Cơ sở cho triết lý nền tảng này là các lý thuyết về sự ràng buộc của nghĩa vụ hợp đồng, được nghiên cứu cùng với học thuyết VPHQ, nhằm giải quyết câu hỏi vì sao biện pháp BTHĐHĐ theo CISG giữ vai trò là biện pháp cơ bản để khắc phục vi phạm và cơ sở nào để xác định biện pháp này bảo vệ toàn vẹn lợi ích mà các bên mong đợi từ việc hợp đồng được thực hiện đúng.

4. Bên cạnh việc đặt trọng tâm bảo vệ lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện bằng cách tạo cơ sở cho việc thực hiện hợp đồng như một biện pháp khắc phục trước tiên từ cả hai phía, thì BTHĐHĐ theo CISG đồng thời cũng gắn với việc bảo đảm yếu tố hiệu quả trong thực hiện hợp đồng và cân bằng lợi ích của các bên. Vậy nên, việc đặt ra một giới hạn phù hợp đối với việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ theo CISG là cần thiết, theo đó cần tính đến yếu tố tối ưu hóa lợi ích và giảm thiểu tổn thất trong quá trình thực hiện hợp đồng. Chính vì vậy, biện pháp BTHĐHĐ theo CISG không được áp dụng nếu việc áp dụng này dẫn đến hậu quả đi ngược lại với giá trị lợi ích mà các nguyên tắc cơ bản của pháp luật hợp đồng hướng đến, trong đó cần tính đến các nguyên tắc giới hạn trách nhiệm và nguyên tắc thiện chí khi thực hiện hợp đồng theo quy định của CISG. Theo đó, việc thực hiện đúng hợp đồng không được dẫn đến hậu quả gây thiệt hại quá mức cho bên vi phạm một cách bất hợp lý hoặc không lạm dụng việc thực hiện quyền BTHĐHĐ để đẩy một bên vào tình trạng xấu hơn khi thực hiện hợp đồng.

CHƯƠNG 3: QUY ĐỊNH VÀ THỰC TIỄN ÁP DỤNG BIỆN PHÁP BUỘC THỰC HIỆN ĐÚNG HỢP ĐỒNG THEO CISG

Trên cơ sở các vấn đề lý luận được giải quyết ở Chương 2, BTHĐHĐ theo CISG là biện pháp khắc phục vi phạm mang tính chất hướng các bên đến việc thực hiện hợp đồng, bảo vệ lợi ích mà các bên mong đợi từ chính việc hợp đồng được thực hiện đúng. Chương 2 cũng cung cấp luận cứ để hình thành khung lý thuyết về BTHĐHĐ, theo đó việc bảo vệ lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện và việc cân nhắc tính hiệu quả khi áp dụng BTHĐHĐ là sự thống nhất giữa hai mặt của một vấn đề. Điều này đặt ra yêu cầu đối với việc điều chỉnh bằng pháp luật, sao cho các quy định cụ thể về BTHĐHĐ phản ánh được các nguyên tắc cơ bản này.

Chương này tập trung làm rõ các quy định cụ thể của CISG về BTHĐHĐ đã phản ánh các nguyên tắc trên ở mức độ nào và đánh giá sự phù hợp khi các quy định này được áp dụng để giải quyết các vấn đề pháp lý phát sinh từ việc thực hiện hợp đồng. Do vậy, việc nghiên cứu các quy định của CISG về BTHĐHĐ trong chương này cũng được chia thành hai nhóm tương ứng: (i) các quy định chủ yếu hướng đến mục đích bảo vệ lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện và (ii) các quy định chủ yếu hướng đến bảo vệ yếu tố hiệu quả và cùng với đó là sự cân bằng lợi ích của các bên¹⁹².

3.1 Buộc thực hiện đúng hợp đồng từ góc độ bảo vệ lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện

3.1.1 Buộc thực hiện đúng hợp đồng theo yêu cầu của bên bị vi phạm

BTHĐHĐ theo CISG là một biện pháp khắc phục với tính chất hướng đến việc thực hiện hợp đồng, do vậy, đặt trọng tâm vào việc bảo vệ lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện. Bản chất pháp lý này được thể hiện thông qua các quy định của CISG với tính chất bảo vệ quyền được thực hiện hợp đồng. Từ góc độ này, BTHĐHĐ theo CISG được hiểu là biện pháp khắc phục được áp dụng từ phía bên bị vi phạm. Bởi lẽ, nếu chính nghĩa vụ hợp đồng được thực hiện trên thực tế thì lợi ích có được từ việc thực hiện hợp đồng của bên bị vi phạm được bảo vệ ở mức cao nhất. CISG tiếp cận theo hướng xem việc yêu cầu áp dụng biện pháp BTHĐHĐ là quyền cơ bản của bên bị vi phạm khi đáp ứng các điều kiện áp dụng. Chính vì vậy, bên vi phạm cũng không thể từ chối thực hiện hợp đồng và tự giải phóng khỏi nghĩa vụ hợp đồng bằng cách chọn giải pháp bồi thường thiệt hại, thay vì thực hiện đúng nghĩa vụ như cam kết¹⁹³.

¹⁹² Sự phân chia này chỉ mang tính tương đối và phục vụ cho mục đích nghiên cứu của luận án, vì xét theo từng khía cạnh pháp lý cụ thể, vẫn có những quy định đồng thời hàm chứa cả hai yếu tố này.

¹⁹³ Về vấn đề này, tham khảo Vanessa Mak (2009), (tłđđ), tr.45 – 46 và tr.92.

Điều này được thể hiện rõ thông qua quy định tại Điều 46(1) CISG và Điều 62 CISG. Theo đó, Điều 46(1) CISG quy định: “Bên mua có quyền yêu cầu bên bán thực hiện nghĩa vụ, trừ trường hợp bên mua áp dụng một biện pháp khắc phục khác với yêu cầu đó”. Tương tự, Điều 62 CISG quy định: “Bên bán có quyền yêu cầu bên mua thanh toán tiền mua hàng, nhận hàng hoặc thực hiện các nghĩa vụ khác, trừ trường hợp bên bán áp dụng một biện pháp khắc phục khác với yêu cầu đó”. Như vậy, một bên có quyền áp dụng biện pháp BTHĐHĐ nếu thỏa mãn các điều kiện sau:

Thứ nhất, một bên vi phạm nghĩa vụ của mình theo hợp đồng. Cụ thể, bên mua có quyền yêu cầu bên bán thực hiện đúng hợp đồng trong trường hợp bên bán vi phạm một trong các nghĩa vụ của mình, bao gồm nghĩa vụ giao hàng và giao chứng từ liên quan đến hàng hóa (Điều 30 – Điều 34 CISG); giao hàng hóa không bị khiếu nại bởi bên thứ ba (Điều 41-Điều 42 CISG) hoặc các nghĩa vụ khác theo thỏa thuận. Liên quan đến trường hợp giao hàng không phù hợp với hợp đồng, bên mua có quyền áp dụng biện pháp buộc bên bán giao hàng thay thế (Điều 46(2) CISG) hoặc sửa chữa khiếm khuyết của hàng hóa (Điều 46(3) CISG).

Tương tự, bên bán có quyền yêu cầu bên mua thực hiện đúng hợp đồng trong trường hợp bên mua vi phạm một trong các nghĩa vụ của mình, bao gồm nghĩa vụ thanh toán tiền mua hàng (Điều 53 - Điều 54 CISG), nhận hàng (Điều 53, Điều 60 CISG) hoặc các nghĩa vụ khác theo thỏa thuận trong hợp đồng. Tuy nhiên, trên thực tế, việc buộc bên mua nhận hàng thông thường chỉ xảy ra trong một số trường hợp khi hàng hóa đã được giao đến địa điểm của bên mua, làm phát sinh cho bên bán các chi phí giao hàng, lưu kho, bảo quản hàng hóa và bên bán gặp khó khăn trong việc tự bán lại hàng hóa khi bên mua không nhận¹⁹⁴.

Thứ hai, biện pháp BTHĐHĐ không được áp dụng nếu bên bị vi phạm đã áp dụng một biện pháp khắc phục khác với yêu cầu BTHĐHĐ của mình. Cụ thể, Điều 46 CISG hạn chế quyền yêu cầu thực hiện đúng hợp đồng của bên mua nếu bên này đã áp dụng một biện pháp khắc phục khác, mà về bản chất không phù hợp với biện pháp BTHĐHĐ (như biện pháp hủy bỏ hợp đồng hoặc giảm giá hàng hóa)¹⁹⁵. Tương tự, Điều 62 CISG cũng hạn chế quyền yêu cầu thực hiện đúng hợp đồng của bên bán nếu bên bán đã áp dụng biện pháp hủy bỏ hợp đồng hoặc bên bán không thể buộc bên mua thực hiện nghĩa vụ nhận hàng nếu hàng hóa đã được bên bán định

¹⁹⁴ Tham khảo Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer (ed) (2010), (tłđđ), tr.879.

¹⁹⁵ Tham khảo John Honnold (1991), (tłđđ), tr.361 – 362.

đoạt theo Điều 85 CISG và Điều 88(2) CISG do bên mua chậm tiếp nhận hàng hóa một cách bất hợp lý¹⁹⁶.

Thứ ba, việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ, dù đã thỏa các điều kiện trên, vẫn còn tùy thuộc vào khả năng Tòa án có thể từ chối yêu cầu BTHĐHĐ của bên bị vi phạm theo Điều 28 CISG. Theo đó, nếu một bên có quyền yêu cầu bên kia thực hiện một nghĩa vụ theo các quy định của CISG thì Tòa án không bắt buộc phải đưa ra phán quyết áp dụng biện pháp BTHĐHĐ, trừ trường hợp Tòa án sẽ áp dụng biện pháp này theo pháp luật nội địa của quốc gia đó.

Quy định của Điều 28 CISG thể hiện sự dung hòa, theo đó các quy định của CISG về BTHĐHĐ đã hướng các bên đến việc thực hiện hợp đồng (nền tảng pháp lý của hệ thống pháp luật châu Âu lục địa); nhưng đồng thời cũng không buộc thực hiện đến cùng nếu Tòa án theo pháp luật của quốc gia chịu sự ảnh hưởng sâu sắc của hệ thống thông luật, đặt chế tài bồi thường thiệt hại ở vị trí ưu tiên¹⁹⁷.

Tuy nhiên, việc áp dụng Điều 28 CISG rất hiếm hữ trên thực tế. Trong một vụ việc, bên mua (Argentina và Hungary) yêu cầu áp dụng biện pháp BTHĐHĐ đối với bên bán (Nga), theo đó buộc bên bán giao hàng hóa là Aluminum như cam kết. Yêu cầu của bên mua đã bị Trọng tài từ chối, bởi lẽ pháp luật Nga (luật của bên bán) và pháp luật Thụy Sĩ (luật tố tụng được áp dụng) đều không quy định áp dụng biện pháp BTHĐHĐ trong trường hợp này. Thay vào đó, biện pháp bồi thường thiệt hại được áp dụng trên cơ sở Trọng tài kết luận rằng việc buộc bên bán phải tiếp tục sản xuất và giao hàng trong thời hạn tám hoặc mười năm nữa là không phù hợp¹⁹⁸.

Tuy nhiên, trong một vụ việc khác, điểm cần lưu ý là nếu pháp luật của quốc gia chịu sự ảnh hưởng sâu sắc của hệ thống thông luật nhưng vẫn có quy định cho phép áp dụng biện pháp BTHĐHĐ thì Tòa án sẽ không viện dẫn Điều 28 CISG để từ chối đưa ra phán quyết liên quan đến yêu cầu trên. Cụ thể, trong vụ việc tranh chấp liên quan đến hợp đồng mua bán thép giữa bên bán (Hoa Kỳ) và bên mua (Đức), Tòa án cho rằng pháp luật của bên bán (Điều 2-716(1) UCC) đã quy định về biện pháp BTHĐHĐ trong trường hợp “đối tượng của hợp đồng là duy nhất” hoặc “trong các hoàn cảnh thích hợp khác”. Theo đó, nếu hàng hóa không thể được mua từ một giao dịch thay thế khác trên thị trường thì thuộc trường hợp “trong các hoàn cảnh thích hợp khác”. Theo Tòa án, yêu cầu buộc giao hàng của bên mua vẫn có cơ

¹⁹⁶ Tham khảo Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer (ed) (2010), (tłđđ), tr.879 – 880; John Honnold (1991), (tłđđ), tr.439.

¹⁹⁷ Tham khảo Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, Christopher Kee (2012), (tłđđ), tr.565 – 566.

¹⁹⁸ Tham khảo Switzerland 31 May 1996 Zürich Arbitration proceeding (*Soinco v. NKAP*) tại <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960531s1.html>, dẫn theo UNCITRAL (2016), Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, United Nations, tr.122.

sở để được chấp nhận nếu bên mua chứng minh được hàng hóa mà các bên mua bán khó có thể được tìm thấy tương tự trên thị trường¹⁹⁹. Thực tiễn tài phán về việc áp dụng Điều 28 CISG đã cho thấy xu hướng quay trở lại áp dụng biện pháp BTHĐHĐ. Trong một chừng mực nhất định, điều này đã tác động đến quan điểm pháp lý của các nước thuộc các hệ thống pháp luật khác nhau, củng cố thêm cho lập luận rằng mục đích của biện pháp khắc phục suy cho cùng là nhằm hướng các bên đến việc thực hiện hợp đồng.

Như vậy, quyền áp dụng biện pháp BTHĐHĐ của bên bị vi phạm đã được quy định trong CISG với tính chất là một quyền cơ bản và phạm vi áp dụng rộng. Tuy nhiên, một vấn đề pháp lý được đặt ra liên quan đến quyền của bên mua được áp dụng biện pháp buộc bên bán giao hàng thay thế (Điều 46(2) CISG) hoặc sửa chữa khiếm khuyết của hàng hóa (Điều 46(3) CISG) trong trường hợp bên bán giao hàng không phù hợp với hợp đồng. Đây là các trường hợp đặc thù mà điều kiện áp dụng nghiêm ngặt hơn, và do vậy quyền áp dụng các biện pháp này có phạm vi hẹp hơn so với quyền áp dụng biện pháp BTHĐHĐ nói chung của bên bị vi phạm.

Một số quan điểm pháp lý cho rằng cần phân biệt giữa quyền của bên bị vi phạm (bên mua) yêu cầu bên vi phạm (bên bán) thực hiện đúng hợp đồng và quyền yêu cầu sửa chữa khiếm khuyết hoặc giao hàng thay thế. Bởi lẽ, quyền yêu cầu bên vi phạm thực hiện đúng hợp đồng xuất phát trực tiếp từ việc thực hiện nghĩa vụ chính của bên vi phạm trong việc giao hàng phù hợp với hợp đồng (primary conformity obligation); trong khi đó, quyền yêu cầu sửa chữa khiếm khuyết hoặc giao hàng thay thế chỉ phát sinh trên cơ sở vi phạm nghĩa vụ chính, vì vậy được xem như nghĩa vụ thứ cấp của bên vi phạm (secondary obligation). Tuy nhiên, về cơ bản, từ góc độ thực tiễn áp dụng, bản chất của yêu cầu buộc sửa chữa khiếm khuyết hoặc giao hàng thay thế là nhằm đến việc hợp đồng được thực hiện đúng như cam kết đối với bên bị vi phạm, và do vậy bảo vệ lợi ích của bên bị vi phạm một cách đầy đủ nhất. Chính vì vậy yêu cầu buộc sửa chữa khiếm khuyết hoặc giao hàng thay thế có tính chất như yêu cầu BTHĐHĐ và do đó, được xem như một hình thức phụ (sub-form) của BTHĐHĐ²⁰⁰.

Theo Điều 46(2) CISG, nếu hàng hóa không phù hợp với hợp đồng, bên mua có quyền yêu cầu bên bán giao hàng thay thế chỉ khi sự không phù hợp đó cấu thành

¹⁹⁹ Tham khảo United States 7 December 1999 Federal District Court [Illinois] (*Magellan International v. Salzgitter Handel*) tại <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991207u1.html>, dẫn theo UNCITRAL (2016), (tłđđ), United Nations, tr.122; tham khảo John Felemegas (edited) (2007), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, Cambridge University Press, tr. 378.

²⁰⁰ Về vấn đề này, tham khảo Vanessa Mak (2009), (tłđđ), tr.115 – 116 và tr.120 – 123.

vi phạm cơ bản và yêu cầu giao hàng thay thế được đưa ra cùng với thông báo theo quy định tại Điều 39 hoặc trong một thời hạn hợp lý sau đó.

Về cơ bản, Điều 46(2) CISG đặt ra các điều kiện nghiêm ngặt hơn so với Điều 46(1) CISG, bởi lẽ bên vi phạm phải gánh chịu chi phí nặng nề để thực hiện việc giao hàng thay thế, chẳng hạn như các chi phí liên quan đến vận chuyển hàng hóa (hàng hóa thay thế và hàng hóa bị trả lại), chi phí lưu kho, bảo quản và xử lý hàng hóa bị trả lại. Do vậy, ngoài các điều kiện chung cần phải đáp ứng khi áp dụng biện pháp BTHĐHĐ theo Điều 46(1) CISG như đã phân tích ở trên, bên mua khi áp dụng biện pháp buộc giao hàng thay thế theo Điều 46(2) CISG còn phải đáp ứng các điều kiện sau:

Một là, bên mua chỉ có thể áp dụng biện pháp buộc giao hàng thay thế trong trường hợp bên bán đã giao hàng không phù hợp với hợp đồng.

Do điều kiện để áp dụng Điều 46(2) CISG nghiêm ngặt hơn so với Điều 46(1) CISG nên điều kiện “bên bán đã giao hàng không phù hợp với hợp đồng” cần phải được hiểu là hàng hóa (không phù hợp với hợp đồng) đã được bên bán vận chuyển đến địa điểm của bên mua để giao cho bên mua. Nếu bên mua từ chối hàng hóa do hàng không phù hợp với hợp đồng trước khi hàng được vận chuyển đến địa điểm của bên mua; hoặc trường hợp bên bán đặt hàng dưới quyền định đoạt của bên mua tại địa điểm theo quy định của Điều 31(b) và (c) CISG và bên mua từ chối tiếp nhận do hàng không phù hợp với hợp đồng thì việc bên mua yêu cầu bên bán giao hàng khác phù hợp với hợp đồng không thuộc trường hợp quy định tại Điều 46(2) CISG²⁰¹. Bởi lẽ, hàng hóa chưa được vận chuyển để giao cho bên mua và bên bán cũng không phải gánh chịu các chi phí liên quan đến vận chuyển và giao trả nên không có cơ sở để buộc bên mua phải thực hiện quyền yêu cầu giao hàng thay thế theo các điều kiện nghiêm ngặt của Điều 46(2) CISG. Do vậy, trường hợp này chỉ hiểu là bên mua thực hiện quyền yêu cầu BTHĐHĐ theo Điều 46(1) CISG.

Một lưu ý khác, liên quan đến hàng hóa không phù hợp với hợp đồng, một số hệ thống pháp luật có sự phân biệt giữa (i) hàng hóa được giao nhưng hoàn toàn khác so với hàng hóa thỏa thuận trong hợp đồng (*aliud*) và (ii) hàng hóa được giao cùng loại so với hàng hóa thỏa thuận trong hợp đồng nhưng không phù hợp với hợp đồng (*peius*). Nếu hàng hóa thuộc nhóm thứ nhất (*aliud*) thì được phân loại là trường hợp không giao hàng; trong khi đó, nếu hàng hóa thuộc nhóm thứ hai (*peius*) thì được xác định là trường hợp giao hàng không phù hợp với hợp đồng²⁰². Nếu

²⁰¹ Tham khảo Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer (2010), (tłđđ), tr.711.

²⁰² Tham khảo Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, Christopher Kee (2012), (tłđđ), tr.563.

theo cách hiểu này thì yêu cầu buộc giao hàng thay thế trong trường hợp giao hàng không phù hợp với hợp đồng chỉ áp dụng đối với hàng hóa thuộc nhóm thứ hai (*peius*). Tuy nhiên, CISG không có sự phân biệt như vậy, mà các trường hợp này đều được xác định chung là giao hàng không phù hợp với hợp đồng. Bên mua có thể áp dụng biện pháp buộc giao hàng thay thế nếu thỏa các điều kiện theo quy định tại Điều 46(2) CISG²⁰³.

Hai là, bên mua chỉ có thể áp dụng biện pháp buộc giao hàng thay thế trong trường hợp việc giao hàng không phù hợp với hợp đồng của bên bán cấu thành một vi phạm cơ bản theo Điều 25 CISG²⁰⁴.

Vi phạm của bên bán được xác định là vi phạm cơ bản nếu (1) xét từ góc độ khách quan, vi phạm này gây hậu quả nghiêm trọng đến mức làm cho bên mua không đạt được những gì mà họ có quyền mong đợi theo hợp đồng; và (2) vi phạm này không được bên bán khắc phục sau khi hết hạn thực hiện nghĩa vụ giao hàng theo hợp đồng (khắc phục sau vi phạm)²⁰⁵. Việc xác định vi phạm cơ bản liên quan đến giao hàng không phù hợp với hợp đồng phụ thuộc vào mức độ nghiêm trọng của khiếm khuyết. Theo đó, khiếm khuyết của hàng hóa phải nghiêm trọng đến mức sẽ là bất hợp lý nếu buộc bên mua nhận hàng và chấp nhận khoản bồi thường hoặc giảm giá cho phần lợi ích bị mất do khiếm khuyết của hàng hóa²⁰⁶.

Tuy nhiên, việc áp dụng Điều 46(2) CISG cũng cần lưu ý đối với trường hợp hợp đồng mua bán có thời hạn cố định về giao hàng và thời hạn này có ý nghĩa quan trọng đối với bên mua. Khi đó, việc mất thêm thời gian để loại trừ khiếm khuyết là bất hợp lý; do vậy, chỉ cần xác định được mức độ nghiêm trọng của khiếm khuyết và thời hạn giao hàng đã kết thúc là đủ để cấu thành vi phạm cơ bản của bên bán. Trong trường hợp này, bên mua có quyền: (i) yêu cầu giao hàng thay thế (theo Điều 46(2) CISG) hoặc (ii) hủy bỏ hợp đồng (theo Điều 49 CISG). Ngoài ra, việc sửa chữa khiếm khuyết của hàng hóa cũng không phải là biện pháp hợp lý nếu có cơ sở cho thấy bên bán đã phá vỡ sự tin cậy trong quan hệ hợp đồng do các hành vi không trung thực và thiện chí của mình²⁰⁷.

Ba là, bên mua chỉ có thể áp dụng Điều 46(2) CISG nếu bên mua đã thông báo cho bên bán về việc buộc thay thế hàng hóa trong một thời hạn hợp lý sau khi

²⁰³ Tham khảo Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer (2010), (tłđđ), tr.711; Peter Huber, Alastair Mullis (2007), (tłđđ), tr.197.

²⁰⁴ Nếu không thỏa điều kiện này thì bên mua chỉ có thể áp dụng các biện pháp khác như yêu cầu sửa chữa khiếm khuyết của hàng hóa (Điều 46(3) CISG), yêu cầu bồi thường thiệt hại (Điều 45(1)(b)) và yêu cầu giảm giá (Điều 50 CISG).

²⁰⁵ Tham khảo Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer (ed) (2010), (tłđđ), tr.712 – 713.

²⁰⁶ Tham khảo Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer (ed) (2010), (tłđđ), tr.713.

²⁰⁷ Tham khảo Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer (2010), (tłđđ), tr.716.

phát hiện sự không phù hợp của hàng hóa. Nếu bên mua không tuân thủ thời hạn thông báo cho bên bán về yêu cầu buộc giao hàng thay thế thì bên mua không thể thực hiện quyền buộc giao hàng thay thế, mà chỉ có thể buộc bồi thường thiệt hại và yêu cầu giảm giá hàng hóa. Việc xác định thời hạn hợp lý tuân thủ nguyên tắc được quy định tại Điều 39 CISG.

Nếu bên mua ban đầu yêu cầu bên bán sửa chữa hàng hóa theo Điều 46(3) CISG; hoặc bên bán dựa trên thông báo về về khiếm khuyết của bên mua đã đề nghị sửa chữa hàng hóa nhưng nỗ lực sửa chữa không thành thì những yếu tố này cũng cần được tính đến khi xác định thời hạn “hợp lý”. Theo đó, bên mua phải tuyên bố áp dụng Điều 46(2) CISG không được chậm trễ sau khi biết rằng việc sửa chữa không thành công²⁰⁸.

Trong một tranh chấp về hợp đồng mua bán sàn xe tải giữa bên bán (Italy) và bên mua (Germany), bên bán đã giao hàng hóa không phù hợp với hợp đồng và đã khắc phục khiếm khuyết bằng cách nhận lại hàng hóa về sửa chữa và giao lại cho bên mua theo thỏa thuận của các bên. Bên bán đã giao lại hàng hóa sau khi sửa chữa nhưng việc sửa chữa không khắc phục được hoàn toàn các khiếm khuyết. Việc sửa chữa không thành công cấu thành một vi phạm mới của bên bán do không thực hiện nghĩa vụ theo thỏa thuận và đặt ra yêu cầu thông báo đối với bên mua theo Điều 39 CISG. Tuy nhiên, thực tế, sau khi hàng hóa được bên bán giao lại, trong gần 4 tuần lễ sau đó, bên mua mới gửi thông báo cho bên bán về việc hàng hóa vẫn còn khiếm khuyết. Trên cơ sở đó, Tòa án đã nhận định rằng, bên mua đã không thực hiện nghĩa vụ thông báo về khiếm khuyết trong thời hạn hợp lý, cho nên bên mua mất quyền viện dẫn sự không phù hợp của hàng hóa theo Điều 39 CISG và do vậy, không có quyền áp dụng các biện pháp chế tài đối với hành vi giao hàng không phù hợp với hợp đồng của bên bán nữa.

Mục đích của quy định tại Điều 46(2) CISG, cùng với Điều 49(2)(b)(i) CISG là nhằm ngăn không để bên mua trì hoãn một cách bất hợp lý việc đưa ra quyết định áp dụng chế tài khi đã biết về khiếm khuyết của hàng hóa, dẫn đến hậu quả phát sinh các chi phí bất lợi cho bên bán. Bởi lẽ, do việc chậm trễ đưa ra yêu cầu của bên mua mà bên bán có thể không có cơ hội kiểm tra tình trạng thực tế của hàng hóa theo khiếu nại của bên mua hoặc khắc phục khiếm khuyết của hàng hóa với chi phí tối thiểu. Bên mua có nghĩa vụ chứng minh thông báo đã nêu rõ việc yêu cầu giao

²⁰⁸ Tham khảo Germany 9 November 1994 District Court Oldenburg (*Lorry platforms case*) tại <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/941109g1.html>, dẫn theo UNCITRAL (2016), (tldđ), United Nations, tr.177 – 178; tham khảo John Felemegas (edited) (2007), (tldđ), tr.374.

hàng thay thế, đã được gửi đúng hạn và việc giao hàng thay thế sẽ được diễn ra tại nơi hàng hóa đang được lưu giữ khi phát hiện thấy khiếm khuyết.

Trong một tranh chấp về hợp đồng mua bán rượu vang giữa bên bán (Hungary) và bên mua (Bulgaria), các bên đã thỏa thuận bên mua kiểm tra chất lượng hàng hóa và thông báo cho bên bán về khiếm khuyết. Bên mua đã mất quyền viện dẫn sự không phù hợp của hàng hóa theo Điều 39 CISG do việc không thực hiện nghĩa vụ thông báo cho bên bán về khiếm khuyết của hàng hóa trong thời hạn theo thỏa thuận. Ngoài ra, Tòa án cũng cho rằng ngay cả khi các bên không có thỏa thuận như trên thì việc bên mua trì hoãn việc gửi thông báo cho bên bán một cách bất hợp lý (2 tuần) không thể xem là đáp ứng điều kiện về việc gửi thông báo trong một thời hạn hợp lý theo Điều 39 CISG. Điều này đã tước đi cơ hội của bên bán được xác định liệu rằng khiếu nại của bên mua là có cơ sở thực tế hay không; và trong trường hợp khiếu nại là có cơ sở thì việc chậm trễ thông báo của bên mua đã tước đi cơ hội của bên bán được sửa chữa hoặc thay thế hàng hóa với chi phí thấp nhất có thể. Do vậy, bên mua không có quyền áp dụng các biện pháp chế tài đối với hành vi giao hàng không phù hợp với hợp đồng của bên bán²⁰⁹.

Bốn là, bên mua chỉ có thể yêu cầu giao hàng thay thế nếu bên mua có thể hoàn trả hàng hóa không phù hợp với hợp đồng trong tình trạng như khi được giao ban đầu (Điều 82(1) CISG). Quy định này không áp dụng nếu xảy ra một trong những trường hợp ngoại lệ theo Điều 82(2) CISG. Căn cứ quy định về trả lại hàng theo Điều 82 CISG, có thể nhận thấy quy định này không ràng buộc điều kiện hàng hóa chỉ được hoàn trả đồng thời với việc giao hàng thay thế. Nghĩa vụ hoàn trả hàng hóa phát sinh ngay khi bên mua yêu cầu giao hàng thay thế, bởi lẽ để giảm thiểu thiệt hại, bên bán có quyền bán hàng hóa khiếm khuyết ngay khi có thể, dù hàng hóa đang được đặt dưới quyền kiểm soát của bên mua và trước cả khi bên mua nhận được hàng thay thế. Nếu bên mua đã thanh toán tiền cho hàng hóa khiếm khuyết được giao ban đầu thì bên mua có quyền yêu cầu bên bán hoàn lại số tiền này; đồng thời có thể yêu cầu việc thanh toán tiền hàng thay thế cùng lúc với việc giao số hàng thay thế này.

Chi phí liên quan đến việc vận chuyển, giao trả và lưu kho đối với hàng hóa khiếm khuyết do bên bán chịu (Điều 86, 87 CISG). Ngoài ra, bên bán còn phải bồi thường cho bên mua đối với các thiệt hại phát sinh do việc giao hàng hóa khiếm khuyết gây ra cho đến khi hàng thay thế được giao (Điều 45(1)(b) CISG). Nếu hàng

²⁰⁹ Tham khảo Case Hungary 5 December 2008 Judicial Board of Szeged [Appellate Court] (*Wine case*) tại <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081205h1.html>, dẫn theo UNCITRAL (2016), (tldd), tr.177 – 178.

hóa thay thế vẫn có khiếm khuyết và khiếm khuyết này ở mức nghiêm trọng thì bên mua có quyền hủy hợp đồng ngay lập tức, mà không cần phải tính đến khả năng khắc phục khiếm khuyết của bên bán nữa, bởi lẽ bên bán đã có hành vi không trung thực, thiện chí, phá vỡ sự tin cậy trong quan hệ hợp đồng của các bên.

Nếu bên bán từ chối giao hàng thay thế, hoặc để hết hạn thời hạn được gia hạn theo Điều 47 CISG mà không thực hiện yêu cầu của bên mua thì bên mua có quyền hủy hợp đồng theo Điều 49(1)(a) CISG và Điều 49(2)(b)(ii) CISG. Trong trường hợp này, bên mua có thể tự khắc phục khiếm khuyết, hoặc để bên thứ ba khắc phục khiếm khuyết, và yêu cầu bên bán bồi thường chi phí theo Điều 45(1)(b) CISG.

Tóm lại, bên mua chỉ được quyền yêu cầu bên bán giao hàng thay thế theo Điều 46(2) CISG nếu thỏa mãn tất cả các điều kiện trên. Sở dĩ các điều kiện được quy định nghiêm ngặt hơn vì việc áp dụng biện pháp buộc thay thế hàng hóa theo Điều 46(2) CISG có tính đến yếu tố hiệu quả và cân bằng lợi ích của các bên²¹⁰.

Tương tự, quyền của bên mua được áp dụng biện pháp buộc sửa chữa khiếm khuyết của hàng hóa trong trường hợp bên bán giao hàng không phù hợp với hợp đồng cũng chịu giới hạn nhất định trên cơ sở các điều kiện ràng buộc quy định tại Điều 46(3) CISG. Theo đó, nếu hàng hóa không phù hợp với hợp đồng, bên mua có quyền yêu cầu bên bán khắc phục sự không phù hợp đó bằng cách sửa chữa, trừ trường hợp hoàn cảnh chỉ ra rằng yêu cầu sửa chữa đó là bất hợp lý. Yêu cầu sửa chữa phải được đưa ra cùng với thông báo theo quy định tại Điều 39 CISG hoặc trong một thời hạn hợp lý sau đó.

Nếu so với Điều 46(2) CISG thì điều kiện để áp dụng Điều 46(3) CISG không đặt ra yêu cầu về mức độ vi phạm, theo đó Điều 46(3) CISG áp dụng trong trường hợp bên bán giao hàng không phù hợp với hợp đồng nhưng không yêu cầu vi phạm của bên bán là vi phạm cơ bản theo Điều 25 CISG. Thông thường, về phía bên bán, nếu chi phí cho việc sửa chữa hàng hóa thấp hơn chi phí thay thế hàng hóa và không gây bất lợi đáng kể cho bên bán thì bên bán sẽ chọn cách sửa chữa hàng hóa để ngăn chặn việc bên mua áp dụng các biện pháp nghiêm ngặt hơn (như đã phân tích ở trên). Hơn nữa, về phía bên mua, nếu hàng hóa bị khiếm khuyết có thể được khắc phục bằng việc buộc giao hàng thay thế hoặc bằng việc sửa chữa hàng hóa thì bên mua rất có thể sẽ chọn cách thứ hai, vì việc áp dụng như vậy không buộc bên mua phải chứng minh vi phạm cơ bản của bên bán.

Trong thực tiễn thương mại, ngay cả trong trường hợp khiếm khuyết là nghiêm trọng, việc khắc phục khiếm khuyết bằng cách sửa chữa hàng hóa trong

²¹⁰ Vấn đề này sẽ được phân tích chi tiết ở Phần 3.2.1 của luận án.

những trường hợp nhất định vẫn có thể bảo vệ lợi ích của bên mua tốt hơn các biện pháp khác. Chẳng hạn như, trong trường hợp các bên mua bán hàng hóa là máy móc, dây chuyền thiết bị có kết cấu phức tạp và việc lắp đặt hoặc tháo lắp đều gây trở ngại đáng kể, nếu một bộ phận bị hư hỏng và việc sửa chữa khắc phục được hoàn toàn khiếm khuyết thì bên mua vẫn muốn áp dụng biện pháp này, thay vì trả lại máy, nhận lại tiền, hoặc giảm giá hàng hóa, hoặc yêu cầu bồi thường thiệt hại²¹¹.

Tương tự như việc áp dụng Điều 46(2) CISG, bên mua nếu muốn áp dụng biện pháp sửa chữa hàng hóa khiếm khuyết theo Điều 46(3) CISG cũng cần tuân thủ: (i) các điều kiện chung cần phải đáp ứng khi áp dụng chế tài BTHĐHĐ theo Điều 46(1) CISG; (ii) điều kiện về việc bên bán đã giao hàng không phù hợp với hợp đồng; và (iii) điều kiện liên quan đến yêu cầu thông báo cho bên bán về việc áp dụng chế tài trong một thời hạn hợp lý sau khi phát hiện sự không phù hợp của hàng hóa²¹². Tuy nhiên, thay vì đáp ứng điều kiện “vi phạm của bên bán là vi phạm cơ bản theo Điều 25 CISG” thì điều kiện thay thế là “yêu cầu sửa chữa hàng hóa khiếm khuyết của bên mua không phải là yêu cầu bất hợp lý đối với bên bán xét trong điều kiện giao dịch cụ thể của các bên”²¹³.

Tuy nhiên, thực tiễn cũng cho thấy việc phân biệt giữa buộc giao hàng thay thế và buộc sửa chữa hàng hóa không phải trong mọi trường hợp đều có thể thực hiện được. Các vấn đề pháp lý phát sinh từ tranh chấp Oberlandesgericht Hamm (1995) No. 11 U 191/94²¹⁴ đã chứng tỏ rằng việc áp dụng quy định của CISG còn phụ thuộc vào từng trường hợp cụ thể khi giải thích pháp luật. Trong vụ việc này, bên bán đã giao cho bên mua 19 linh kiện cửa sổ để bên mua tự lắp đặt cho dự án xây dựng của mình. Sau khi lắp đặt, bên mua nhận thấy một phần của ô cửa sổ ISO bị lỗi và gửi thông báo cho bên bán. Bên bán đã chuyển những ô cửa sổ mới đến để bên mua tự lắp đặt và yêu cầu bên mua thanh toán tiền hàng. Bên mua nêu yêu cầu phản tố về việc hoàn trả chi phí sửa chữa sự không phù hợp của hàng hóa. Vấn đề là hành vi của bên bán là giao hàng thay thế hay sửa chữa hàng hóa? Vì để sửa chữa hàng hóa, bên bán không nhất thiết phải thu hồi hàng hóa để khắc phục sai sót, mà chỉ cần gửi phụ kiện hoặc một phần của hàng hóa để bên mua tự thực hiện việc khắc

²¹¹ Tham khảo Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, Christopher Kee (2012), (tłđđ), tr.564; tham khảo John Honnold (1991), (tłđđ), tr.364.

²¹² Tham khảo John Felemegas (edited) (2007), (tłđđ), tr.374.

²¹³ Tham khảo Germany 9 June 1995 Appellate Court Hamm (*Window elements case*) tại <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950609g1.html>, dẫn theo UNCITRAL (2016), (tłđđ), United Nations, tr.222 (Điều 46(3) CISG chỉ được áp dụng nếu khiếm khuyết của hàng hóa có thể được khắc phục bằng việc sửa chữa hàng hóa. Yêu cầu bên bán sửa chữa hàng hóa được xem là yêu cầu bất hợp lý trong trường hợp bên mua có thể dễ dàng tự mình sửa chữa hàng hóa, tuy nhiên bên bán phải chịu chi phí cho việc sửa chữa).

²¹⁴ Tham khảo Oberlandesgericht Hamm (1995) No. 11 U 191/94 tại <http://www.unilex.info/cisg/case/130>.

phục. Tuy nhiên, nhìn từ góc độ khác vẫn có thể đặt câu hỏi: phân hàng hóa mà bên bán giao cho bên mua có phải là hàng thay thế không? Bên bán có thể từ chối giao những phần này vì không xảy ra vi phạm cơ bản của hợp đồng không? Quy định của CISG không dẫn đến câu trả lời rõ ràng mà phụ thuộc vào từng trường hợp cụ thể khi giải thích hàng hóa là thành phẩm, hay là từng linh kiện cấu thành nên thành phẩm cuối cùng²¹⁵. Điều này cho thấy việc áp dụng các quy định thành văn của CISG cũng cần phải dựa vào các án lệ và tính hiệu quả phải được xét đến khi đặt trong điều kiện giao dịch cụ thể của các bên.

Một vấn đề khác là việc CISG không quy định biện pháp bảo đảm cho cơ chế thực thi quyền yêu cầu BTHĐHĐ của bên bị vi phạm trong trường hợp việc BTHĐHĐ là biện pháp khắc phục phù hợp nhất để bảo vệ lợi ích của bên này. Mặc dù CISG đã tạo lập một khung pháp lý tạo cơ sở cho quyền áp dụng biện pháp BTHĐHĐ của bên bị vi phạm, nhưng nếu bên vi phạm không thực hiện đến cùng yêu cầu này thì CISG chỉ dừng ở việc cho phép bên bị vi phạm áp dụng các biện pháp khác (hủy bỏ hợp đồng và bồi thường thiệt hại), mà không có cơ chế đảm bảo cho biện pháp BTHĐHĐ được thực hiện trên thực tế. Chẳng hạn như, nếu việc áp dụng biện pháp buộc giao hàng của bên mua là phù hợp (thông thường trong trường hợp là hàng hóa đặc định, chỉ có thể được cung cấp từ một nguồn cố định hoặc hàng hóa chỉ có nguồn cung hạn chế) thì việc thiếu quy định biện pháp bảo đảm cho cơ chế thực thi quyền yêu cầu BTHĐHĐ dẫn đến việc không bảo vệ được tốt nhất lợi ích của bên mua.

Dù CISG cho phép các bên có thể tự do thỏa thuận²¹⁶, trên cơ sở có tính đến khả năng thực thi các biện pháp bảo đảm này, nhưng việc không điều chỉnh bằng một quy định cụ thể của CISG có thể làm giảm hiệu quả áp dụng của biện pháp BTHĐHĐ trên thực tế. Về vấn đề này, một số nghiên cứu, xuất phát từ việc tham khảo kinh nghiệm của Pháp, đã đề cập đến biện pháp phạt trong trường hợp bên vi phạm chậm hoặc không thực hiện nghĩa vụ mà Tòa án buộc bên vi phạm phải thực hiện (“astreinte”)²¹⁷. Theo đó, bên vi phạm buộc phải thực hiện đúng hợp đồng nếu không muốn gánh chịu thêm hậu quả vật chất bất lợi do việc trì hoãn của mình. Tuy nhiên, việc áp dụng biện pháp này phần nhiều còn tùy thuộc vào quyết định của Tòa

²¹⁵ Nguyễn Bá Bình (Chủ biên) (2021), *Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế theo CISG: Quy định và Án lệ*, NXB Tư pháp, trang 186 – 187.

²¹⁶ Xem Điều 6 CISG.

²¹⁷ Tham khảo Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, Christopher Kee (2012), (ttd), tr.574 – 575; Đỗ Văn Đại (2013), *Các biện pháp xử lý việc không thực hiện đúng hợp đồng trong pháp luật Việt Nam*, NXB Chính trị quốc gia, tr.65.

án, nhất là những vấn đề cần phải xem xét như phạm vi áp dụng, cách xác định khoản phạt và mức phạt tối đa.

3.1.2 Buộc thực hiện đúng hợp đồng trên cơ sở quyền khắc phục của bên vi phạm

Phần 3.1.1 đã phân tích về quyền áp dụng biện pháp BTHĐHĐ từ phía bên bị vi phạm với tính chất là biện pháp khắc phục nhằm hướng các bên đến việc thực hiện hợp đồng và đặt trọng tâm vào việc bảo vệ lợi ích do việc hợp đồng được thực hiện của bên bị vi phạm. Phần này tiếp cận vấn đề từ góc nhìn ngược lại, trên cơ sở quyền được thực hiện hợp đồng từ phía bên vi phạm với tính chất là một quyền đối ứng, mà mục đích hướng đến cũng là việc hợp đồng được thực hiện đúng, từ đó đảm bảo cho bên bị vi phạm lợi ích mà bên này mong đợi, đồng thời đảm bảo tính hiệu quả và cân bằng lợi ích cho bên vi phạm.

BTHĐHĐ theo CISG tạo ra sự đối ứng và cân bằng về quyền được thực hiện hợp đồng từ cả hai phía (bên bị vi phạm và bên vi phạm). Bản chất đối ứng thể hiện ở điểm nếu bên bị vi phạm có được lợi ích từ việc nhận về phần mình đối tượng của hợp đồng (do việc thực hiện hợp đồng) thì bên vi phạm cũng có lợi ích từ việc làm cho hợp đồng được tiếp tục thực hiện. Điều này một lần nữa thể hiện mục đích hướng các bên đến việc thực hiện hợp đồng trong các quy định của CISG và cũng để giải quyết câu hỏi CISG khuyến khích việc thực hiện hợp đồng đến mức độ nào? Theo đó, hợp đồng vẫn được khuyến khích thực hiện ngay cả sau khi một bên vi phạm hợp đồng và tạo cơ chế cho bên vi phạm được khắc phục theo mong muốn của chính bên này (chứ không phải do yêu cầu của bên bị vi phạm). Hay nói cách khác, bên vi phạm được tạo cơ hội khắc phục theo cách phù hợp nhất, hạn chế thấp nhất các chi phí bất lợi, miễn sao hệ quả cuối cùng vẫn là hợp đồng được thực hiện đúng và thông qua đó, bên bị vi phạm đạt được mục đích của việc giao kết hợp đồng. Nếu nhìn từ góc độ này, quyền được khắc phục sau vi phạm của bên vi phạm chính là việc tiếp cận ở phạm vi rộng nhất việc bảo vệ lợi ích có được khi chính nghĩa vụ hợp đồng được thực hiện.

CISG đã đề cập đến vấn đề pháp lý này thông qua quy định tại Điều 48 CISG. Theo đó, nếu không trái với quy định về hủy bỏ hợp đồng (Điều 49 CISG), ngay cả sau thời hạn giao hàng, bên bán có quyền khắc phục vi phạm bằng chi phí của mình, với điều kiện bên bán có thể hành động trong thời hạn không chậm trễ, không gây trở ngại bất hợp lý cho bên mua và không gây ra điều gì cho thấy bên bán không chắc sẽ bồi hoàn các chi phí do bên mua đã ứng trước.

Quy định về quyền khắc phục sau vi phạm dựa trên hai luận điểm cơ bản: (i) việc thực hiện quyền dẫn đến hệ quả hợp đồng được thực hiện đúng và suy cho

cùng bảo vệ được tốt nhất lợi ích của các bên; và (ii) bảo vệ tính hiệu quả của việc thực hiện hợp đồng, hạn chế các tổn thất phát sinh một cách bất hợp lý.

Một số quan điểm cho rằng: trên cơ sở vi phạm của bên bán, bên mua có quyền chấm dứt hợp đồng ngay khi đã hết thời hạn thực hiện hợp đồng mà không cần chờ bên bán khắc phục khiếm khuyết²¹⁸. Tuy nhiên, nếu việc thực hiện hợp đồng dù không đúng hạn nhưng vẫn bảo đảm cho bên mua nhận được lợi ích mà bên này hướng đến khi giao kết hợp đồng; đồng thời bên mua không phải gánh chịu tổn thất do vi phạm của bên bán thì quyền được khắc phục sau vi phạm của bên bán là phù hợp. Sau hết, các cân nhắc về hiệu quả cũng là cơ sở cho quyền được khắc phục sau vi phạm của bên bán, cùng với việc lợi ích có được từ việc thực hiện hợp đồng của bên mua được bảo vệ hoàn toàn.

Việc công nhận quyền được khắc phục sau vi phạm của bên bán có thể tạo ra những xung đột nhất định khi bên mua áp dụng một biện pháp khắc phục khác (mà không phải là BTHĐHĐ). Câu hỏi đặt ra là làm thế nào để hài hòa giữa hai quyền này mà vẫn đảm bảo mục tiêu bảo vệ lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện ở mức cao nhất có thể? Về vấn đề này, CISG đã chọn cách tiếp cận theo hướng tạo cơ chế bảo vệ quyền được khắc phục sau vi phạm của bên bán (phù hợp với luận điểm trung tâm của CISG: hướng đến việc thực hiện hợp đồng); đồng thời đặt ra những giới hạn với quyền này để bảo vệ bên mua (phù hợp với mục đích hướng đến việc thực hiện hợp đồng nhưng phải cân bằng lợi ích giữa các bên)²¹⁹.

Phần này tập trung phân tích hướng tiếp cận thứ nhất của CISG, nhằm làm rõ khía cạnh CISG đã hướng đến việc bảo vệ lợi ích có được khi chính nghĩa vụ hợp đồng được thực hiện ở mức cao nhất, bằng cách mở rộng khả năng để hợp đồng được tiếp tục thực hiện thông qua quy định về quyền được khắc phục sau vi phạm của bên bán.

Một trong những yếu tố cốt yếu để xem xét sự phù hợp khi bên bán thực hiện quyền khắc phục sau vi phạm là yếu tố thời hạn thực hiện hợp đồng. Do vậy, cần có sự phân biệt cụ thể khi việc thực hiện hợp đồng đúng thời hạn đã được xác định là yếu tố quan trọng đối với các bên (time is of the essence) và trường hợp ngược lại²²⁰.

²¹⁸ Pháp luật Anh nhìn chung tiếp cận theo hướng này. Về vấn đề này tham khảo Michael Bridge (2007), *The International Sale of Goods: Law and Practice*, 2nd edition, Oxford University Press, tr.576 và Michael Bridge (1997) “The Vienna Sales Convention and English Law: Curing Defective Performance by the Seller” in LL Andersen, J Fejo and R Nielsen (eds) (1997), *Festschrift til Ole Lando*, Gadjura, Copenhagen, tr.98, dẫn theo Vanessa Mak (2009), (tłđđ), tr.151.

²¹⁹ Về giới hạn đối với quyền được khắc phục sau vi phạm của bên bán, xem thêm Phần 3.2.2 của luận án.

²²⁰ Tham khảo Vanessa Mak (2009), (tłđđ), tr.165.

Nếu thời hạn thực hiện hợp đồng là quan trọng với các bên thì lập luận thông thường là bất kỳ sự chậm trễ nào cũng đều có thể cho phép bên kia chấm dứt hợp đồng và loại trừ quyền được khắc phục của bên vi phạm. Tuy nhiên, nếu tiếp cận theo hướng ít nghiêm ngặt hơn thì vẫn có thể cho phép bên bán khắc phục nếu bên mua không thực sự phải gánh chịu tổn thất nào trên thực tế do vi phạm của bên bán. Theo cách này, khả năng được khắc phục sau vi phạm (trong trường hợp thời hạn thực hiện hợp đồng là yếu tố quan trọng đối với các bên) là rất thấp, nhưng không phải bị loại bỏ hoàn toàn. Do vậy, CISG đã chọn giải pháp theo hướng cho phép quyền khắc phục của bên bán sau vi phạm phụ thuộc vào khả năng hủy hợp đồng của bên mua, theo đó bên mua có quyền hủy hợp đồng nếu vi phạm của bên bán cấu thành vi phạm cơ bản²²¹. Nói cách khác, trong trường hợp vi phạm của bên bán là vi phạm cơ bản, cùng với việc thời hạn thực hiện hợp đồng là yếu tố quan trọng đối với các bên, thì bên mua có quyền chọn hủy bỏ hợp đồng mà không bị giới hạn bởi quyền khắc phục sau vi phạm của bên bán²²².

Nếu thời hạn thực hiện hợp đồng không phải là yếu tố quan trọng đối với các bên, khả năng để bên bán khắc phục sau vi phạm cũng mở rộng hơn. Việc mở rộng phạm vi thực hiện quyền khắc phục sau vi phạm có thể được quy định bằng nhiều cách thức khác nhau. Tuy nhiên, cho dù bằng cách thức nào thì cũng phụ thuộc vào việc xác định liệu rằng bên mua có quyền hủy bỏ hợp đồng hay không. Bởi lẽ, nếu bên mua có quyền hủy bỏ hợp đồng thì quyền khắc phục sau vi phạm của bên bán bị loại trừ. Để giải quyết vấn đề này, hiện có hai cách chủ yếu: (i) xác định quyền hủy bỏ hợp đồng thông qua cơ chế khắc phục vi phạm (default regime)²²³; và (ii) xác định quyền hủy bỏ hợp đồng thông qua việc đánh giá khả năng có thể khắc phục được khiếm khuyết hay không (curability regime).

CISG theo cách thức thứ hai, bởi lẽ nếu khiếm khuyết có thể khắc phục được và thời hạn thực hiện hợp đồng không phải là yếu tố quan trọng đối với các bên thì vi phạm của bên bán không cấu thành vi phạm cơ bản, do vậy bên mua không thể hủy bỏ hợp đồng²²⁴. Trên cơ sở đó, bên bán có cơ hội để khắc phục khiếm khuyết sau vi phạm. Tuy nhiên, do việc xác định quyền hủy bỏ hợp đồng của bên bán phụ thuộc vào mức độ nghiêm trọng của khiếm khuyết và khả năng có thể khắc phục

²²¹ Xem Điều 48, Điều 49 và Điều 25 CISG.

²²² Về vấn đề này, tham khảo UNCITRAL (2016), (tłđđ), United Nations, tr.228, tại https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cisg_digest_2016.pdf, truy cập ngày 10/4/2023.

²²³ Cách thức này được áp dụng trong hệ thống pháp luật của Đức và Hà Lan. Về vấn đề này, tham khảo Vanessa Mak (2009), (tłđđ), tr.169.

²²⁴ Tham khảo Vanessa Mak (2009), (tłđđ), tr.170 – 171.

được hay không, nên trong một số trường hợp, điều này có thể dẫn đến việc các bên khó có thể xác định được một cách chắc chắn.

Từ khía cạnh này, có lẽ cơ chế khắc phục vi phạm theo cách thức thứ nhất có thể khắc phục được điểm hạn chế này. Theo đó, cách thức này bắt nguồn từ việc công nhận quyền khắc phục sau vi phạm và bên vi phạm muốn thực hiện quyền này. Trong trường hợp đó, bên bị vi phạm ấn định thời hạn để bên vi phạm khắc phục khiếm khuyết, nếu thời hạn ấn định kết thúc mà khiếm khuyết không được khắc phục thì bên bị vi phạm có quyền hủy bỏ hợp đồng²²⁵. Theo cách này, thay vì phải cân nhắc liệu rằng khiếm khuyết có thể được khắc phục hay không (curability), thì bên mua (bên bị vi phạm) chỉ cần xác định nếu kết thúc thời hạn ấn định mà khiếm khuyết vẫn không được khắc phục thì quyền hủy bỏ hợp đồng phát sinh. Việc ấn định thời hạn rõ ràng cũng cho phép bên mua không phải chờ đợi bên bán khắc phục khiếm khuyết mà không chắc chắn được thời điểm phải hoàn thành.

Trên cơ sở bên bán có quyền khắc phục khiếm khuyết sau vi phạm, nếu theo cách tiếp cận của CISG thì một vấn đề pháp lý khác được đặt ra là thời hạn để bên bán thực hiện việc khắc phục khiếm khuyết đó. Bên bán chỉ được khắc phục trong một thời hạn hợp lý hay bên bán vẫn có thể khắc phục cho đến khi nào bên mua chưa phát sinh thiệt hại nghiêm trọng do bất kỳ sự trì hoãn nào gây ra? Về vấn đề này, lợi ích của bên mua phải được ưu tiên – hiểu theo nghĩa bên mua không chỉ được bảo vệ lợi ích mà còn phải nhận được lợi ích đó trong một thời hạn hợp lý, theo một cách ít bị trì hoãn và bất lợi nhất có thể. Theo đó, Điều 48 CISG cũng được giải thích theo hướng bên bán có quyền khắc phục sau vi phạm nếu bên này có thể thực hiện mà không gây trì hoãn bất hợp lý cho bên mua. Nói cách khác, bên bán có thể mất quyền được khắc phục sau vi phạm (thậm chí trước cả khi bên mua chấm dứt hợp đồng) nếu bên bán không nỗ lực khắc phục trong một thời hạn hợp lý, tính từ khi đến hạn thực hiện nghĩa vụ theo thỏa thuận trong hợp đồng.

Do việc khắc phục sau vi phạm phụ thuộc vào quyền hủy bỏ hợp đồng của bên bị vi phạm nên vấn đề cuối cùng là làm thế nào để bên vi phạm chắc chắn được quyền khắc phục không bị chấm dứt giữa chừng bởi bên bị vi phạm, nhất là trong trường hợp bên bán đã tiến hành các công việc cụ thể để khắc phục khiếm khuyết. Điều này yêu cầu việc minh bạch thông tin giữa các bên trong quá trình thực hiện khắc phục khiếm khuyết sau vi phạm. Theo Điều 48(2) và (3) CISG, nếu bên bán đề

²²⁵ Việc ấn định thời hạn theo cơ chế khắc phục (default regime) phát sinh từ việc bên vi phạm thực hiện quyền khắc phục sau vi phạm, do vậy cần phải phân biệt với việc ấn định thời hạn để bên vi phạm khắc phục khiếm khuyết trong trường hợp bên bị vi phạm áp dụng biện pháp BTHĐHĐ (Nachfrist). Về cơ chế Nachfrist, tham khảo Điều 47 CISG.

ngợi việc khắc phục khiếm khuyết thì bên mua phải xác định rõ với bên bán về việc đồng ý để bên bán tiếp tục thực hiện hay việc quyết định hủy bỏ hợp đồng.

Một cơ chế khác cũng được áp dụng trong CISG (Điều 47(1) CISG), cho phép bên bị vi phạm ấn định thời hạn để bên vi phạm khắc phục khiếm khuyết trong trường hợp bên bị vi phạm áp dụng biện pháp BTHĐHĐ (Nachfrist). Theo đó, bên bị vi phạm có quyền ấn định một thời hạn gia hạn hợp lý để bên vi phạm thực hiện hợp đồng. Nếu bên bị vi phạm ấn định thời hạn này thì bên bị vi phạm có thể chắc chắn rằng bên bị vi phạm không áp dụng bất kỳ chế tài nào đối với hành vi vi phạm, trừ biện pháp bồi thường thiệt hại do bên vi phạm chậm thực hiện nghĩa vụ.

So với cơ chế khắc phục (default regime), mặc dù cơ chế Nachfrist có thể có cách thức tương tự, nhưng nguồn gốc phát sinh lại khác biệt. Cụ thể, theo Điều 47 CISG, cơ chế Nachfrist không được khởi tạo từ quyền được khắc phục sau vi phạm của bên bán (bên vi phạm), mà được áp dụng theo ý chí của bên mua (bên bị vi phạm), do đó nếu bên mua chọn áp dụng một biện pháp khác (mà không phải là BTHĐHĐ) thì bên mua không có nghĩa vụ phải ấn định thời hạn gia hạn cho bên bán. Trong khi đó, nếu dựa trên cơ chế khắc phục (default regime), thì bên mua có nghĩa vụ ấn định thời hạn để bên bán khắc phục. Hệ quả là, nếu theo cơ chế Nachfrist thì sẽ làm gia tăng mức độ không chắc chắn của bên bán về việc liệu rằng bên bán có thể thực hiện việc khắc phục sau vi phạm hay không. Việc trì hoãn cũng xảy ra nếu bên mua chưa quyết định sẽ chọn áp dụng cơ chế Nachfrist hay chọn biện pháp khắc phục khác²²⁶.

Cách tiếp cận của CISG dựa trên cơ chế đánh giá khả năng có thể khắc phục được khiếm khuyết (curability regime), tuy có thể vẫn còn hạn chế nếu tính đến mức độ chắc chắn của bên vi phạm về quyền được khắc phục khiếm khuyết sau vi phạm, nhưng cách tiếp cận này cũng đã đặt nền tảng cho việc mở rộng phạm vi bảo vệ lợi ích của các bên khi chính nghĩa vụ hợp đồng được thực hiện. Điều này phù hợp với mục đích hướng các bên đến việc thực hiện hợp đồng trong các quy định của CISG.

Như vậy, các phân tích ở phần 3.1 cho phép kết luận một số điểm sau:

(i) Để bảo vệ lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện, CISG xây dựng một khung pháp lý tạo ra sự đối ứng và cân bằng về quyền được thực hiện hợp

²²⁶ Mặc dù trên thực tế, cũng có trường hợp cơ chế Nachfrist tạo cơ hội cho bên bán khắc phục vi phạm, nhưng việc khắc phục này là do xuất phát từ ý định của bên mua (để cho bên bán khắc phục). Trong một số trường hợp, bên mua cũng có thể dựa vào cơ chế Nachfrist để hủy bỏ hợp đồng, chẳng hạn như trường hợp bên bán giao hàng trễ hạn nhưng có thể không nghiêm trọng đến mức cấu thành một vi phạm cơ bản. Khi áp dụng Nachfrist, nếu hết thời hạn được ấn định mà bên bán không khắc phục thì bên mua được hủy hợp đồng.

đồng từ cả hai phía. Theo đó, bên bị vi phạm có quyền yêu cầu BTHĐHĐ và tương ứng với đó là quyền được tự khắc phục vi phạm của bên vi phạm.

(ii) Khi xây dựng một cơ chế cho phép việc buộc thực hiện hợp đồng theo yêu cầu của bên bị vi phạm, CISG đã chọn cách tiếp cận trực tiếp nhất để thể hiện một cách minh thị triết lý nền tảng về việc hướng đến thực hiện hợp đồng, hơn là các biện pháp khác thay cho điều này. Tuy nhiên, từ phía bên bị vi phạm, yêu cầu BTHĐHĐ có thể được đặt ra dưới những cách thức khác nhau. Dù đích đến vẫn là mục tiêu làm cho hợp đồng được thực hiện, nhưng cách thức buộc thực hiện khác nhau sẽ dẫn đến những tác động có tính chất khác biệt nhất định đến bên vi phạm. Do vậy, cách thức nào là phù hợp để đảm bảo yếu tố hiệu quả và cân bằng lợi ích của các bên là vấn đề cần được giải quyết. Điều này được giải quyết một phần thông qua việc ràng buộc các điều kiện khác nhau mà bên bị vi phạm cần đáp ứng khi quyết định áp dụng một cách thức tương ứng nhằm làm cho hợp đồng được thực hiện. Tùy từng trường hợp, việc buộc tiếp tục giao hàng, nhận hàng, thanh toán hay buộc thay thế hàng hoá đã giao, hay buộc sửa chữa khiếm khuyết đều được cân nhắc với những điều kiện tương thích, góp phần hạn chế trường hợp đưa ra yêu cầu BTHĐHĐ một cách bất hợp lý, gây hậu quả bất lợi cho bên vi phạm.

(iii) Cùng với việc bảo vệ bên bị vi phạm bằng cách tạo cơ sở pháp lý ghi nhận việc BTHĐHĐ là quyền của bên bị vi phạm, CISG cũng có những điều chỉnh phù hợp nhằm hướng bên bị vi phạm đến việc áp dụng biện pháp này một cách hợp lý, có tính đến tính hiệu quả và giảm thiểu yếu tố bất lợi cho bên vi phạm. Tuy nhiên, một điểm hạn chế cũng cần ghi nhận là nỗ lực nhằm nâng cao hiệu quả áp dụng biện pháp BTHĐHĐ thông qua các quy định cụ thể của CISG vẫn có thể bị ngăn trở phần nào do việc thiếu đi quy định về biện pháp bảo đảm cho cơ chế thực thi quyền yêu cầu BTHĐHĐ trên thực tế.

(iv) Từ phía bên vi phạm, quyền được tự khắc phục sau vi phạm và do vậy làm cho chính nghĩa vụ hợp đồng được thực hiện, được xem như một quyền đối ứng và thể hiện rõ nét sự tiếp cận ở phạm vi rộng nhất việc khuyến khích và hướng đến thực hiện hợp đồng. Tuy nhiên, việc thực hiện quyền này đặt ra yêu cầu phải đảm bảo sự hài hòa về lợi ích giữa các bên, trong khi vẫn đạt được mục tiêu bảo vệ lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện. Biểu hiện cụ thể nhất cho vấn đề này là việc dung hòa một cách hợp lý giữa quyền được khắc phục sau vi phạm của bên bán và quyền huỷ bỏ hợp đồng của bên mua trong các quy định của CISG dựa trên cơ chế đánh giá khả năng có thể khắc phục được khiếm khuyết. Dù vậy, việc nghiên cứu cũng chỉ ra rằng điểm hạn chế của cơ chế này là không phải trong mọi trường hợp đều có thể xác định được một cách chắc chắn khả năng được thực hiện quyền

tự khắc phục khiếm khuyết sau vi phạm, vì còn tùy thuộc vào một số tiêu chí đánh giá mang tính chất định tính. Tuy nhiên, về cơ bản, việc ghi nhận quyền được tự khắc phục sau vi phạm của bên vi phạm cùng với quyền yêu cầu BTHĐHĐ của bên bị vi phạm và việc quy định cơ chế thực hiện song song các quyền này trong nỗ lực hài hòa lợi ích của các bên là điểm cốt lõi trong các quy định của CISG. Theo đó, hợp đồng được khuyến khích thực hiện đến khi nào còn có thể, nếu sự cân bằng về lợi ích vẫn được duy trì.

Tóm lại, nhằm bảo vệ lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện, bằng nhiều cách thức khác nhau, CISG đã tạo lập một khung pháp lý về cơ bản lấy việc khuyến khích các bên thực hiện đúng hợp đồng làm nền tảng. Nếu đặt câu hỏi CISG khuyến khích việc thực hiện hợp đồng đến mức độ nào, thì thông qua các nghiên cứu có thể nhận thấy các quy định của CISG đã khuyến khích điều này ở mức độ cao nhất có thể. Ở chiều thuận, các biện pháp đưa đến việc chính nghĩa vụ hợp đồng được thực hiện thường xuất phát từ việc bên bị vi phạm yêu cầu bên vi phạm thực hiện đúng hợp đồng. Tuy nhiên, ở phạm vi rộng hơn, CISG cũng đồng thời tiếp cận từ chiều ngược lại, cho phép bên vi phạm được khắc phục sau khi bên này đã vi phạm một nghĩa vụ đến hạn. Việc tạo ra sự đối ứng và cân bằng về quyền được thực hiện hợp đồng như đã phân tích cho thấy một triết lý đằng sau các quy định của CISG: hướng các bên đến việc thực hiện hợp đồng theo cách hiệu quả nhất. Đây là điểm quan trọng được đúc kết từ việc nghiên cứu các quy định của CISG và tư duy pháp lý tiến bộ này có thể được học hỏi trong quá trình tiếp nhận các kinh nghiệm từ việc áp dụng các quy định này.

3.2 Buộc thực hiện đúng hợp đồng từ góc độ bảo vệ yếu tố hiệu quả và sự cân bằng lợi ích của các bên

Luận điểm trung tâm cho các quy định của CISG về BTHĐHĐ là sự cân bằng hợp lý lợi ích của các bên khi áp dụng biện pháp này, thông qua các quy định nhằm (i) bảo vệ lợi ích có được ở mức cao nhất khi chính nghĩa vụ hợp đồng được thực hiện, đồng thời (ii) đảm bảo tính hiệu quả khi thực hiện hợp đồng. Phần 3.1 đã nghiên cứu các quy định cụ thể của CISG về BTHĐHĐ ở khía cạnh thứ nhất của luận điểm trên. Phần này tập trung nghiên cứu các quy định cụ thể của CISG về BTHĐHĐ ở khía cạnh còn lại, nhằm mục đích đánh giá các quy định này đã tính đến yếu tố hiệu quả và cân bằng lợi ích của các bên ở mức độ nào. Đồng thời, việc nghiên cứu cũng hướng đến đánh giá sự phù hợp khi áp dụng các quy định này để giải quyết các vấn đề pháp lý phát sinh từ việc buộc thực hiện hợp đồng.

Các quy định của CISG về BTHĐHĐ được áp dụng phải tính đến yếu tố hiệu quả, mà theo đó chi phí để thực hiện biện pháp khắc phục cần được tính đến, sao

cho việc thực hiện không dẫn đến hậu quả gây thiệt hại quá mức cho bên vi phạm (trong khi trên thực tế cũng không cân xứng với lợi ích mà bên bị vi phạm đạt được). Cách tiếp cận này hình thành nên nguyên tắc việc áp dụng BTHĐHĐ phụ thuộc vào sự cân bằng lợi ích của các bên – nội dung cơ bản mà việc đánh giá yếu tố cân xứng về lợi ích (proportionality test) hướng đến khi xác định giới hạn phạm vi áp dụng biện pháp này²²⁷.

Tuy nhiên, điểm hạn chế trong quy định của CISG là việc không cụ thể hóa nguyên tắc này bằng một quy định thống nhất²²⁸, mà chỉ dừng lại ở quy định về nguyên tắc thiện chí được ghi nhận tại Điều 7(1) CISG. Điều này đặt vấn đề là liệu rằng các quy định của CISG có thực sự tính đến yếu tố cân xứng về lợi ích khi áp dụng biện pháp BTHĐHĐ không? Nếu câu hỏi này được giải đáp thì sẽ góp phần quan trọng trong việc giải thích một trong những khía cạnh của nguyên tắc thiện chí theo hướng gắn liền với yêu cầu về sự cân bằng hợp lý lợi ích của các bên trong hợp đồng và không lạm dụng việc thực hiện quyền để đẩy một bên vào tình trạng xấu hơn khi thực hiện hợp đồng. Điều này có ý nghĩa quan trọng đối với bên vi phạm, có thể xem như lá chắn cuối cùng để bảo vệ bên này trước gánh nặng phải thực hiện những nỗ lực bất hợp lý hoặc chi phí quá mức phải chịu do việc BTHĐHĐ.

3.2.1 Sự cân xứng về lợi ích trong các quy định của CISG về buộc thực hiện đúng hợp đồng từ góc độ bảo vệ bên vi phạm

Việc nghiên cứu các yếu tố đánh giá sự cân xứng về lợi ích trong các quy định của CISG về BTHĐHĐ xuất phát từ mục đích bảo vệ bên vi phạm, trên cơ sở cân nhắc đến hiệu quả và hạn chế sự mất cân bằng một cách bất hợp lý nếu xét đến lợi ích hợp pháp của mỗi bên. Theo đó, biện pháp BTHĐHĐ được xem là không phù hợp nếu chi phí để thực hiện biện pháp này đối với bên vi phạm là bất hợp lý khi so với các biện pháp khắc phục có thể sử dụng để thay thế được và khi đặt tương quan so sánh với sự cân xứng về lợi ích mà bên bị vi phạm nhận được (đổi lại từ chi phí BTHĐHĐ của bên vi phạm).

Để có cơ sở đánh giá sự cân xứng về lợi ích như đã đề cập, cần phải xem xét nhiều yếu tố tùy thuộc vào điều kiện cụ thể trong giao dịch giữa các bên, trong đó các yếu tố cơ bản sau được xét đến: (1) giá trị của hàng hóa; (2) mức độ nghiêm

²²⁷ Tham khảo Vanessa Mak (2009), (tłđđ), tr.94, tr.100 và tr.110.

²²⁸ Tham khảo Schlechtriem and Schwenger (eds) (2005), Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 2nd edition, Oxford University Press, tr.316. Trong khi đó, về vấn đề này, PECL hay PICC đều có quy định cụ thể, theo đó biện pháp BTHĐHĐ không áp dụng nếu việc thực hiện hợp đồng gây ra chi phí bất hợp lý cho bên có nghĩa vụ (xem Điều 9:102 PECL và Điều 7.2.2 PICC). Quy định tương tự cũng được ghi nhận trong hệ thống pháp luật của Hà Lan (nakoming) và Đức (Leistung), theo đó việc đánh giá yếu tố cân xứng về lợi ích là cơ sở để tòa án quyết định áp dụng biện pháp BTHĐHĐ hay không. Về vấn đề này, tham khảo Vanessa Mak (2009), (tłđđ), tr.94 – 95 và tr.101 – 102.

trọng của khiếm khuyết làm cho hàng hóa không phù hợp với hợp đồng; (3) yếu tố bất lợi gây ra cho các bên²²⁹.

Thứ nhất, về yếu tố giá trị của hàng hóa, việc bảo đảm lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện của bên bị vi phạm được đánh giá dựa trên khả năng đối tượng của hợp đồng có thể được thay thế mà không gây trở ngại đáng kể cho bên bị vi phạm hay không. Giá trị của hàng hóa được đánh giá không chỉ dựa trên giá trị kinh tế tính được thành tiền, mà còn tính đến giá trị phát sinh phi tiền tệ (surplus) và các yếu tố trở ngại của thị trường tác động đến giá trị của hàng hóa.

Nếu hàng hóa có tính chất đặc định so với các hàng hóa thông thường được mua bán trên thị trường (hoặc thậm chí là duy nhất) thì chắc chắn rằng việc tìm được hàng thay thế trên thị trường là rất khó khăn hoặc không thể thực hiện. Xét từ góc độ bảo vệ lợi ích của bên mua (nhận được hàng hóa với giá trị như đã thỏa thuận), thì biện pháp BTHĐHĐ là phù hợp. Hoặc ngay cả trong trường hợp hàng hóa tương tự có thể tìm thấy trên thị trường và đáp ứng tính chất đặc định như đã thỏa thuận nhưng gây trở ngại đáng kể cho bên mua (trở ngại trong nỗ lực để đàm phán giao dịch thay thế hoặc trở ngại phát sinh từ các đặc tính cụ thể của hàng hóa) thì tòa án cũng có thể cân nhắc theo hướng nghiêng về biện pháp BTHĐHĐ, bởi lẽ gánh nặng không nên dồn lên bên mua chỉ vì bên bán đã không giữ đúng cam kết giao hàng cho bên mua.

Mặt khác, yếu tố giá trị của hàng hóa cũng chịu sự tác động từ điều kiện thị trường và điều kiện cụ thể trong giao dịch của các bên. Chẳng hạn như, hàng hóa thuộc nhóm có thể thay thế trên thị trường nhưng hàng thay thế tạm thời không có sẵn để cung ứng và việc không thay thế kịp thời dẫn đến gián đoạn sản xuất kinh doanh, gây trở ngại đáng kể cho bên bị vi phạm. Trong trường hợp này, nếu xét đến yếu tố thời gian và sự tác động từ điều kiện thị trường thì biện pháp BTHĐHĐ là phù hợp, bởi lẽ nó tránh gây thêm tổn thất về phía bên mua do gặp phải các trở ngại trong thương mại cũng như các chi phí gây ra từ sự trì hoãn trong thời gian tìm hàng thay thế²³⁰.

Trong một trường hợp khác, việc khắc phục khiếm khuyết của bên vi phạm để hợp đồng được thực hiện đúng có thể dưới hình thức áp dụng biện pháp sửa chữa hay buộc thay thế hàng hóa thì yếu tố giá trị hàng hóa cũng có thể là yếu tố được cân nhắc để quyết định biện pháp phù hợp. Nếu hàng hóa có giá thị thấp mà có thể sản xuất hàng loạt thì biện pháp thay thế có thể phù hợp hơn việc sửa chữa khiếm

²²⁹ Về vấn đề này, tham khảo Vanessa Mak (2009), (tłđđ), tr.96 và tr.138 – 139.

²³⁰ Tham khảo Roy Goode (2004), Commercial Law, 3rd edition, London, LexisNexis, tr.363, dẫn theo Vanessa Mak (2009), (tłđđ), tr.88.

khuyết (vì chi phí để sửa chữa có thể vượt quá giá trị của hàng hóa). Trong khi nếu hàng hóa có giá trị cao mà không thể sử dụng chỉ vì một khiếm khuyết nào đó và khiếm khuyết này có thể được khắc phục bằng cách sửa chữa thì biện pháp sửa chữa có thể phù hợp hơn, cho dù chi phí sửa chữa cao. Bởi lẽ nếu buộc thay thế hàng hóa thì bên bán phải nhận lại hàng khiếm khuyết, sửa chữa để bán lại và cũng không thể thu về toàn bộ tiền bán hàng như khi bán hàng mới; trong khi việc sửa chữa hàng hóa vẫn có thể đáp ứng yêu cầu của bên mua (bên bị vi phạm) và thu về toàn bộ tiền bán hàng như thỏa thuận.

Thứ hai, về yếu tố mức độ nghiêm trọng của khiếm khuyết làm cho hàng hóa không phù hợp với hợp đồng, nếu khiếm khuyết của hàng hóa không nghiêm trọng đến mức làm cho bên bị vi phạm không thể đạt được mục đích của việc giao kết hợp đồng thì biện pháp BTHĐHĐ vẫn có thể áp dụng theo cách thức buộc bên vi phạm sửa chữa nếu khiếm khuyết có thể sửa chữa được, thay vì buộc thay thế hàng hóa.

Về vấn đề này, quy định của CISG không đề cập trực tiếp đến yếu tố mức độ nghiêm trọng của khiếm khuyết làm cho hàng hóa không phù hợp với hợp đồng. Tuy nhiên, bằng quy định “bên mua có quyền yêu cầu bên bán giao hàng thay thế chỉ khi sự không phù hợp đó cấu thành vi phạm cơ bản” tại Điều 46(2) CISG, việc áp dụng biện pháp buộc thay thế hàng hóa theo CISG đã tính đến yếu tố cân xứng về lợi ích. Xét từ khía cạnh này, quy định về việc áp dụng biện pháp buộc thay thế hàng hóa gắn với điều kiện hàng hóa không phù hợp với hợp đồng “cấu thành vi phạm cơ bản” được hiểu là một cách thức diễn đạt của CISG để chỉ một triết lý đứng sau đó – việc giới hạn phạm vi áp dụng BTHĐHĐ trên cơ sở yếu tố hiệu quả và hợp lý khi thực hiện hợp đồng.

Cách tiếp cận trên của CISG chịu sự tác động nhất định từ hệ thống pháp luật châu Âu lục địa, mà điển hình là pháp luật Đức và pháp luật Hà Lan, cho dù sự diễn đạt có thể khác đi. Theo đó, pháp luật Đức gắn kết việc giới hạn phạm vi áp dụng BTHĐHĐ do yếu tố bất cân xứng về lợi ích với nguyên tắc thiện chí, theo đó sự phù hợp của chi phí thực hiện hợp đồng cần được xem xét đến cùng với đối tượng của nghĩa vụ và nguyên tắc thiện chí²³¹. Trong khi đó, pháp luật Hà Lan quy định về vấn đề này với cách diễn đạt khác, cụ thể: biện pháp buộc thay thế hàng hóa được áp dụng như một biện pháp khắc phục vi phạm, nhưng loại trừ trường hợp hàng hóa không phù hợp với hợp đồng không nghiêm trọng đến mức áp dụng biện pháp này²³². Cho dù cách diễn đạt có thể khác nhau, nhưng điểm chung cơ bản giữa các

²³¹ Tham khảo Điều 275 II Bộ luật Dân sự Đức (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB), dẫn theo Vanessa Mak (2009), (tldd), tr.99 – 100.

²³² Tham khảo Điều 7:21 (1) BW, dẫn theo Vanessa Mak (2009), (tldd), tr.144 – 145.

quy định này là việc cân nhắc đến sự phù hợp khi áp dụng biện pháp BTHĐHĐ dựa trên yếu tố hiệu quả và hợp lý khi thực hiện hợp đồng, có tính đến sự cân bằng lợi ích của các bên trong giao dịch.

Nếu phân tích quy định của CISG về điều kiện áp dụng biện pháp buộc giao hàng thay thế, có thể nhận thấy mối liên hệ giữa các tiêu chí được diễn đạt bằng những cách thức khác nhau như trên. Bởi lẽ, nếu mức độ nghiêm trọng của khiếm khuyết là yếu tố quan trọng để đánh giá sự phù hợp khi áp dụng biện pháp này, thì việc hàng hóa có thể sửa chữa được là một dấu hiệu cho thấy khiếm khuyết của hàng hóa về bản chất là không quá nghiêm trọng đến mức để đáp ứng yêu cầu buộc thay thế, hay nói cách khác, khiếm khuyết này chưa đủ để cấu thành một vi phạm cơ bản²³³. Do vậy, nếu bên bán mong muốn được sửa chữa khiếm khuyết, trong khi bên mua yêu cầu buộc giao hàng thay thế thì yếu tố mức độ nghiêm trọng của khiếm khuyết kết hợp với các yếu tố khác đặt trong điều kiện cụ thể của giao dịch sẽ cần được cân nhắc để quyết định một biện pháp khắc phục phù hợp.

Về vấn đề này, vụ việc tiêu biểu Marques Roque Joachim v. Manin Rivière²³⁴ được xem như một minh chứng cho sự phù hợp của biện pháp BTHĐHĐ (bằng cách thức sửa chữa khiếm khuyết) nếu tiếp cận theo cách như trên, đặc biệt trong trường hợp phần khiếm khuyết chỉ là một bộ phận hợp thành của hàng hóa. Vụ việc này liên quan đến việc mua bán và tháo dỡ một nhà kho chứa máy bay đã qua sử dụng. Bên bán (Pháp) và bên mua (Bồ Đào Nha) thỏa thuận việc thanh toán được chia thành ba lần. Bên mua đã thanh toán hai đợt, nhưng từ chối thanh toán đợt thứ ba vì một số bộ phận thanh kim loại không phù hợp với hợp đồng, không phù hợp để lắp ráp lại thành nhà kho hoàn chỉnh. Bên bán đã sửa chữa các bộ phận bằng kim loại bị khiếm khuyết và giao lại cho bên mua. Tuy nhiên, bên mua không đồng ý nhận và cho rằng bên bán phải giao các bộ phận bằng kim loại mới để thay thế. Bên bán khởi kiện yêu cầu bên mua thanh toán phần còn lại của hợp đồng. Bên mua yêu cầu hủy hợp đồng, hoàn trả lại phần đã thanh toán và bồi thường thiệt hại. Các cấp tòa đều xét xử theo hướng có lợi cho bên bán, với nhận định rằng khiếm khuyết chỉ liên quan đến một phần của hàng hóa (nhà kho) và các thanh kim loại có thể sửa chữa được; thực tế bên bán đã sửa chữa và khôi phục các thanh kim loại ở mức xét về hình dạng bên ngoài thì chỉ còn cong một chút không đáng kể so với yêu cầu; nên bên bán đã hoàn thành nghĩa vụ theo Điều 46(3) CISG và do vậy, vi phạm của bên bán không cấu thành vi phạm cơ bản hợp đồng. Do phần khiếm khuyết chỉ

²³³ Tham khảo Schlechtriem and Schwenger (eds) (2005), (tldd), tr.544.

²³⁴ Tham khảo France 26 April 1995 Appellate Court Grenoble (*Marques Roque Joachim v. Manin Rivière*) tại <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950426f2.html>.

liên quan đến một bộ phận của hàng hóa và bên bán đã khắc phục được khiếm khuyết này (bằng việc sửa chữa hàng hóa), nên bên mua không có quyền hủy bỏ hợp đồng. Hơn nữa, bởi vì việc hàng hóa không phù hợp với hợp đồng không cấu thành vi phạm cơ bản, nên bên mua cũng không được yêu cầu thay thế hàng hóa.

Như vậy, việc quy định hàng hóa không phù hợp với hợp đồng phải “cấu thành vi phạm cơ bản” (với tính chất là một điều kiện để áp dụng biện pháp buộc thay thế hàng hóa theo Điều 46(2) CISG) thực chất chỉ là một cách thức diễn đạt nhằm cụ thể hóa việc giới hạn phạm vi áp dụng BTHĐHĐ theo nguyên tắc hợp lý và cân bằng lợi ích của các bên. Pháp luật nội địa của các quốc gia khi tiếp cận cùng một vấn đề không nhất thiết phải sử dụng thuật ngữ như CISG (hàng hóa không phù hợp với hợp đồng phải “cấu thành vi phạm cơ bản”) nhưng nếu mục đích là đều nhằm giới hạn phạm vi áp dụng BTHĐHĐ trên cơ sở yếu tố hiệu quả thì việc giải thích và áp dụng điều luật đó cũng đều bắt nguồn từ việc đánh giá yếu tố mức độ nghiêm trọng của khiếm khuyết như đã phân tích ở trên.

Điều này rất quan trọng trong việc hiểu và giải thích các quy định có liên quan của CISG hướng đến mục đích bảo vệ yếu tố hiệu quả và đảm bảo cân bằng lợi ích hợp pháp của các bên, nhằm giảm thiểu khả năng dẫn đến các hệ quả bất hợp lý khi áp dụng BTHĐHĐ. Vậy nên, để áp dụng Điều 46(2) CISG, yếu tố khởi đầu vẫn là việc xác định mức độ nghiêm trọng của khiếm khuyết. Hay nói cách khác, việc xác định vi phạm cơ bản liên quan đến giao hàng không phù hợp với hợp đồng thực chất phụ thuộc vào mức độ nghiêm trọng của khiếm khuyết. Theo đó, nếu khiếm khuyết của hàng hóa nghiêm trọng đến mức sẽ là bất hợp lý nếu buộc bên mua nhận hàng và chấp nhận khoản bồi thường hoặc giảm giá cho phần lợi ích bị mất do khiếm khuyết của hàng hóa thì bên mua có quyền buộc thay thế hàng hóa hoặc hủy bỏ hợp đồng²³⁵. Ngược lại, nếu khiếm khuyết không nghiêm trọng đến mức trên thì biện pháp buộc thay thế hàng hóa hoặc hủy bỏ hợp đồng là không phù hợp.

Để xác định khiếm khuyết của hàng hóa có ở mức độ nghiêm trọng hay không, các bên phải đặt các yếu tố cần xem xét trong các điều kiện cụ thể của giao dịch. Theo đó, nếu dựa vào các điều kiện cụ thể của giao dịch cho thấy rằng bên mua có thể bán lại hàng hóa khiếm khuyết (tuy với mức giá giảm trong điều kiện thương mại thông thường) mà không phải chịu các chi phí bất hợp lý thì hàng hóa được hiểu là có khiếm khuyết, nhưng không nghiêm trọng²³⁶. Nếu thuộc trường hợp

²³⁵ Tham khảo Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer (ed) (2010), (tłđđ), tr.713.

²³⁶ Tham khảo Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer (ed) (2010), (tłđđ), tr.713 – 714.

này thì yêu cầu giao hàng thay thế của bên mua là không cần thiết và việc bồi thường cho bên mua là hợp lý.

Phân tích sâu hơn từ khía cạnh yếu tố mức độ nghiêm trọng của khiếm khuyết làm cho hàng hóa không phù hợp với hợp đồng, để xác định điều này cần xét đến nhiều yếu tố, nhưng thông thường tập trung vào các yếu tố quan trọng sau: mục đích của hàng hóa, mức độ của khiếm khuyết xét về mặt chất lượng, đặc tính của hàng hóa theo thỏa thuận trong hợp đồng, hoặc thông báo của bên mua về mục đích sử dụng cụ thể vào thời điểm giao kết hợp đồng. Theo đó, nếu chỉ cần có yếu tố cho thấy hàng hóa được giao không phù hợp với hợp đồng, dẫn đến việc bên mua không thể sử dụng hoặc bán lại, dù đã nỗ lực để thực hiện điều này, thì vi phạm của bên bán trong trường hợp này là nghiêm trọng²³⁷.

Trong một vụ tranh chấp liên quan đến hàng hóa là giày da, bên mua (Đức) đã từ chối thanh toán tiền hàng cho bên bán (Ý) do hàng hóa không phù hợp với hợp đồng. Tòa án nhận định rằng cần phải phân biệt rõ hai trường hợp (i) giày được giao có chất lượng thấp hơn mức tiêu chuẩn thỏa thuận trong hợp đồng (trong trường hợp này bên mua có quyền giảm giá hoặc yêu cầu bồi thường thiệt hại); hoặc (ii) giày được giao hoàn toàn không phù hợp để bán lại (trong trường hợp này bên mua có quyền hủy hợp đồng). Tuy nhiên, bên mua đã không cung cấp chứng cứ để xác định rõ vấn đề này nên Tòa án không chấp nhận lập luận của bên mua về việc vi phạm của bên bán cấu thành vi phạm cơ bản hợp đồng; và do vậy, không chấp nhận việc bên mua từ chối thanh toán). Về vấn đề này, khác với quan điểm của Tòa án, một số quan điểm cho rằng việc bên mua chứng minh giày có vết rạn ở da thay vì lẽ ra phải là một bề mặt phẳng đã đủ để cấu thành vi phạm cơ bản, vì đối với hàng hóa có khiếm khuyết như vậy, việc bán lại là không phù hợp, nhất là trong giao dịch với các khách hàng đặt yêu cầu cao về chất lượng²³⁸.

Tuy nhiên, phụ thuộc vào các điều kiện trong từng trường hợp cụ thể, nếu hàng hóa vẫn có thể bán ngoài thị trường với một mức giá hợp lý mà bên mua ước tính thì việc bán lại hàng hóa của bên mua được xem là hợp lý²³⁹. Điều tương tự

²³⁷ Tham khảo France 23 January 1996 Supreme Court (*Sacovini/M Marrazza v. Les fils de Henri Ramel*) tại <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960123f1.html> (việc bên bán hiệu chỉnh lượng đường trong rượu vang làm cho hàng hóa không phù hợp để tiêu thụ cấu thành một vi phạm cơ bản).

²³⁸ Tham khảo Germany 18 January 1994 Appellate Court Frankfurt (*Shoes case*) tại <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940118g1.html>; tham khảo Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer (2010), (tldd), tr.714.

²³⁹ Tham khảo Switzerland 28 October 1998 Supreme Court (*Meat case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981028s1.html> (Tòa án đã nhận định rằng tuy bên bán giao thịt đông lạnh chứa nhiều mỡ và nước, làm chất lượng giảm 25.5% so với chất lượng thịt theo thỏa thuận trong hợp đồng nhưng vi phạm của bên bán về giao hàng không phù hợp với hợp đồng không cấu thành một vi phạm cơ bản, bởi lẽ bên mua có thể bán lại hàng hóa với giá giảm hoặc xử lý theo cách khác).

cũng được áp dụng nếu hàng hóa có khiếm khuyết và bên mua không gặp khó khăn trong việc khắc phục khiếm khuyết đó. Ngược lại, trong một số trường hợp, do đặc tính của hàng hóa theo thỏa thuận trong hợp đồng mà một khiếm khuyết nhỏ cũng có thể là nghiêm trọng, dù xét về tổng thể, tính năng sử dụng của hàng hóa không bị suy giảm.

Điều kiện về mức độ nghiêm trọng của khiếm khuyết như đã phân tích ở phần trên chỉ là điều kiện cần, nhưng điều kiện đủ để cấu thành vi phạm cơ bản của bên bán là việc bên bán đã không khắc phục vi phạm sau khi giao hàng (khắc phục sau vi phạm)²⁴⁰. Trong nhiều trường hợp, Tòa án đã cho rằng nếu khiếm khuyết có thể được khắc phục bằng việc sửa chữa thì vi phạm về giao hàng không phù hợp với hợp đồng không cấu thành một vi phạm cơ bản²⁴¹. Trong trường hợp bên bán đề nghị khắc phục khiếm khuyết trong một thời hạn hợp lý mà không gây trở ngại bất hợp lý cho bên mua thì vi phạm của bên bán cũng không cấu thành một vi phạm cơ bản.

Cách tiếp cận này được thể hiện rõ trong việc giải quyết tranh chấp của Tòa án liên quan đến vụ kiện giữa bên bán (Hà Lan) và bên mua (Đức) về hợp đồng mua bán thảm acrylic²⁴². Theo đó, bên mua đã thông báo về việc hàng hóa không đảm bảo chất lượng như đã thỏa thuận trong hợp đồng phân phối độc quyền giữa các bên. Tòa án nhận định rằng bên bán đã đề nghị giao hàng mới thay thế cho bên mua nhưng bên mua từ chối thì vi phạm của bên bán không cấu thành vi phạm cơ bản hợp đồng. Bởi lẽ, để xác định vi phạm cơ bản, không chỉ xem xét tính chất nghiêm trọng của khiếm khuyết mà còn phải xét đến sự sẵn sàng của bên bán trong việc giao hàng thay thế mà không gây trở ngại bất hợp lý cho bên mua (Điều 48(1) CISG).

Như vậy, việc khắc phục vi phạm của bên bán có thể được xem xét tương ứng với hai trường hợp: (a) khiếm khuyết có thể khắc phục được bằng việc sửa chữa hàng hóa và (b) khiếm khuyết không thể khắc phục được bằng việc sửa chữa hàng hóa.

Đối với trường hợp thứ nhất (khiếm khuyết có thể khắc phục được bằng việc sửa chữa hàng hóa), việc sửa chữa hàng hóa phải được hiểu là có thể khắc phục hoàn toàn khiếm khuyết của hàng hóa gây ảnh hưởng nghiêm trọng đến tính năng sử dụng của hàng hóa. Cụ thể, trong trường hợp hàng hóa mua bán là máy móc, đây

²⁴⁰ Tham khảo Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer (2010), (tlđd), tr.714.

²⁴¹ Tham khảo Switzerland 26 April 1995 Commercial Court Zürich (*Saltwater isolation tank case*) tại <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950426s1.html> (Tòa án nhận định rằng đối với hàng hóa mua bán là thùng chứa nước muối để thả nổi không trọng lượng, khiếm khuyết do rò rỉ trong trường hợp này có thể dễ dàng sửa chữa nên vi phạm của bên bán không cấu thành vi phạm cơ bản).

²⁴² Tham khảo Germany 31 January 1997 Appellate Court Koblenz (*Acrylic blankets case*) tại <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970131g1.html>.

chuyên, thiết bị kỹ thuật thì việc sửa chữa hàng hóa (ví dụ, thay thế phần linh kiện hoặc động cơ bị hỏng) có thể đạt được kết quả là khiếm khuyết được khắc phục hoàn toàn, đảm bảo tính năng sử dụng của hàng hóa. Tuy nhiên, nếu khiếm khuyết không được khắc phục trong một thời hạn hợp lý hoặc nếu bên bán từ chối sửa chữa hàng hóa hoặc không sửa chữa được thì vi phạm liên quan đến giao hàng không phù hợp với hợp đồng cấu thành một vi phạm cơ bản. Khi đó, bên mua có quyền yêu cầu thay thế toàn bộ máy móc (giao hàng khác thay thế) theo Điều 46(2) CISG hoặc hủy hợp đồng theo Điều 49 CISG.

Về phía bên mua, cũng cần lưu ý rằng, nếu ban đầu bên bán đề nghị sửa chữa hàng hóa trong một khoảng thời hạn hợp lý nhưng bên mua từ chối đề nghị này mà không có lý do phù hợp thì bằng hành vi thực tế của mình, bên mua đã ngăn việc thực hiện đúng hợp đồng. Hệ quả là, do bên mua đã từ chối đề nghị của bên bán, bên mua không thể khiếu nại việc bên bán không khắc phục khiếm khuyết của hàng hóa (Điều 80 CISG). Mặt khác, bên bán nếu không muốn bên mua áp dụng biện pháp buộc giao hàng thay thế thì phải thực hiện việc sửa chữa trong một thời hạn hợp lý. Theo đó, bên bán được xem là khắc phục khiếm khuyết trong thời hạn hợp lý nếu bên bán có thể sửa chữa trong thời hạn không chậm trễ và không gây trở ngại bất hợp lý cho bên mua (điều có thể xảy ra trong trường hợp việc sửa chữa đòi hỏi phải nỗ lực nhiều lần). Nếu thời hạn được ấn định theo Điều 47 CISG đã kết thúc mà bên bán không sửa chữa được hàng hóa thì điều này cũng đồng thời cho thấy sự chậm trễ bất hợp lý và do đó, cấu thành một vi phạm cơ bản hợp đồng²⁴³.

Đối với trường hợp thứ hai (khiếm khuyết không thể khắc phục được bằng việc sửa chữa hàng hóa), sau khi bên mua thông báo về khiếm khuyết, bên bán vẫn còn quyền được khắc phục khiếm khuyết bằng cách tự mình giao hàng thay thế theo các điều kiện được quy định tại Điều 48 CISG. Cụ thể, nếu bên bán tận dụng cơ hội được tạo ra từ Điều 48 CISG và tự nguyện giao hàng thay thế mà không gây chậm trễ bất hợp lý thì bên mua không cần áp dụng Điều 46(2) CISG. Bên mua chỉ áp dụng Điều 46(2) CISG trong trường hợp việc giao hàng không phù hợp với hợp đồng cấu thành vi phạm cơ bản và bên bán không tự khắc phục khiếm khuyết bằng cách thay thế hàng khác (đối với trường hợp không thể sửa chữa) trong một khoảng thời hạn hợp lý hoặc trong khoảng thời hạn được ấn định bởi bên mua. Trong trường hợp này, quyền khắc phục vi phạm của bên bán sau khi giao hàng (quyền sửa chữa hoặc thay thế hàng hóa) theo Điều 48 CISG cần được phân biệt với nghĩa

²⁴³ Tham khảo Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer (2010), (tłđđ), tr.715.

vụ sửa chữa hàng hóa hoặc thay thế hàng hóa của bên bán theo yêu cầu của bên mua (Điều 46(3) CISG và Điều 46(2) CISG).

Bên mua có nghĩa vụ phải chứng minh các điều kiện để áp dụng biện pháp buộc giao hàng thay thế theo Điều 46(2) CISG, trong đó phải chứng minh vi phạm cơ bản của bên bán (mức độ nghiêm trọng của khiếm khuyết, việc không thể bán lại hàng hóa hoặc bất hợp lý khi bán lại hàng hóa, việc bên bán không khắc phục vi phạm trong một thời hạn hợp lý). Nói cách khác, bên mua phải cho bên bán một khoảng thời hạn hợp lý để sửa chữa khiếm khuyết theo Điều 46(3) CISG hoặc để bên bán thực hiện quyền khắc phục vi phạm sau khi giao hàng (sửa chữa hoặc giao hàng thay thế) theo Điều 48 CISG. Chỉ khi thời hạn này kết thúc mà không đạt được kết quả hoặc bên bán từ chối thực hiện quyền khắc phục vi phạm sau khi giao hàng thì bên mua mới có quyền chọn áp dụng biện pháp buộc giao hàng thay thế theo Điều 46(2) CISG hoặc hủy hợp đồng theo Điều 49 CISG. Trong các trường hợp ngoại lệ, bên mua có quyền ngay lập tức áp dụng quyền buộc thay thế hàng khác hoặc hủy hợp đồng nếu khiếm khuyết là nghiêm trọng và việc chậm trễ liên quan đến khắc phục khiếm khuyết là không phù hợp với bên mua (ví dụ: trường hợp hợp đồng có thời hạn cố định về giao hàng).

Thứ ba, về yếu tố bất lợi gây ra cho các bên, biện pháp được áp dụng sẽ không phù hợp nếu tạo ra yêu cầu bất hợp lý cho các bên. Từ góc độ của bên bị vi phạm, cho dù các yếu tố về giá trị hàng hóa hay mức độ nghiêm trọng của khiếm khuyết đã được cân nhắc thì việc đánh giá về yếu tố gây bất lợi cho bên này nếu áp dụng một biện pháp khắc phục cụ thể được xem như một yếu tố đối trọng để bảo vệ lợi ích của bên bị vi phạm.

Yếu tố này thường được cân nhắc trong trường hợp bên bị vi phạm quyết định việc BTHĐHĐ theo cách thức khác với mong muốn của bên vi phạm. Chẳng hạn như, bên bán giao hàng không phù hợp với hợp đồng cho bên mua và nếu xét các yếu tố về giá trị hàng hóa và yếu tố mức độ nghiêm trọng của khiếm khuyết thì biện pháp sửa chữa là phù hợp. Tuy nhiên, việc sửa chữa nếu gây gián đoạn bất hợp lý hoạt động kinh doanh của bên mua thì việc giao hàng thay thế là biện pháp phù hợp, trừ khi bên bán đã cung cấp cho bên mua hàng hóa để sử dụng tạm thời trong thời gian chờ sửa chữa.

Ngược lại, bên cạnh việc đảm bảo cho bên mua không phải gánh chịu các hệ quả bất lợi do việc bên bán không thực hiện đúng hợp đồng trước, biện pháp khắc phục được áp dụng cũng không được đặt bên mua vào vị trí tốt hơn như khi hợp đồng được thực hiện đúng. Chẳng hạn như, quyền chọn áp dụng biện pháp khắc phục của bên mua bị giới hạn nếu bên này đã sử dụng hàng hóa khiếm khuyết trong

một thời hạn đáng kể. Cụ thể, nếu bên mua đã khai thác, sử dụng hàng hóa khiếm khuyết trong một thời hạn dài thì yêu cầu buộc giao hàng thay thế không còn phù hợp. Trong trường hợp này, yếu tố bất lợi gây ra cho bên mua là yếu tố quan trọng để cân nhắc sự cân xứng về lợi ích khi áp dụng biện pháp khắc phục phù hợp²⁴⁴.

Nếu nhìn từ góc độ của bên vi phạm, yếu tố bất lợi gây ra cho bên này cũng được xét đến khi xác định biện pháp khắc phục phù hợp. Chẳng hạn như, khi cân nhắc áp dụng biện pháp sửa chữa theo yêu cầu của bên bị vi phạm, biện pháp này được áp dụng với điều kiện bên bán có thể thực hiện được một cách hợp lý. Cách tiếp cận này cũng được phản ánh vào quy định của CISG, theo đó, dựa vào quy định tại Điều 46(3) CISG, nếu hàng hóa không phù hợp với hợp đồng, bên mua có quyền yêu cầu bên bán khắc phục sự không phù hợp đó bằng cách sửa chữa, trừ trường hợp hoàn cảnh chỉ ra rằng yêu cầu sửa chữa đó là bất hợp lý.

Quy định trên một lần nữa thể hiện triết lý cơ bản của CISG về việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ: hướng đến việc thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng, nhưng đồng thời có tính đến yếu tố cân bằng lợi ích của các bên. Cụ thể, việc áp dụng Điều 46(3) CISG đã tính đến sự cân bằng giữa lợi ích đạt được của bên mua và chi phí của bên bán để sửa chữa hàng hóa. Theo đó, việc sửa chữa là bất hợp lý nếu như chi phí sửa chữa cao hơn chi phí giao hàng thay thế hoặc chi phí sửa chữa mà bên bán phải chịu (chỉ để loại trừ một khiếm khuyết nhỏ) không tương ứng với lợi ích mà bên mua sẽ nhận được khi loại trừ khiếm khuyết đó.

Tuy nhiên, việc đánh giá yêu cầu sửa chữa là bất hợp lý hay không phải tùy thuộc và điều kiện cụ thể của giao dịch, trong đó cần tính đến yếu tố so sánh giữa chi phí sửa chữa và chi phí thay thế hàng hóa; chứ không đặt ra yếu tố so sánh giữa chi phí sửa chữa và giá mua theo hợp đồng. Chẳng hạn như, trong trường hợp do yếu tố khoảng cách địa lý giữa các bên mà việc loại bỏ khiếm khuyết được bên mua thực hiện thuận lợi hơn so với bên bán thì việc buộc bên bán sửa chữa là bất hợp lý. Tuy nhiên, nếu hàng hóa mua bán là máy móc, thiết bị kỹ thuật phức tạp, công nghệ cao mà chỉ có bên bán am hiểu và có khả năng sửa chữa, cũng như việc sửa chữa đem lại lợi ích đáng kể cho bên mua thì bên bán buộc phải sửa dù tốn nhiều chi phí và nỗ lực. Bên bán phải có nghĩa vụ chứng minh việc sửa chữa là bất hợp lý nếu muốn phản đối yêu cầu của bên mua.

Thực tế, chỉ cần việc sửa chữa là bất hợp lý đối với một bên trong quan hệ hợp đồng thì việc sửa chữa không thể được thực hiện, cho dù bên kia mong muốn. Đặt trường hợp việc sửa chữa là hợp lý với bên bán nhưng bất hợp lý với bên mua

²⁴⁴ Tham khảo Vanessa Mak (2009), (tłđđ), tr.141 – 142.

thì bên mua chỉ cần đơn giản không thực hiện quyền yêu cầu sửa chữa theo Điều 46(3) CISG; đồng thời bên bán cũng không có quyền buộc bên mua phải chấp nhận việc sửa chữa theo Điều 48(1) CISG. Bởi lẽ, một trong những điều kiện để bên bán thực hiện quyền khắc phục khiếm khuyết (sửa chữa hàng hóa) sau khi giao hàng theo Điều 48(1) CISG là việc sửa chữa không được gây trở ngại bất hợp lý cho bên mua.

Ngược lại, bên mua cũng không thể buộc bên bán sửa chữa hàng hóa theo Điều 46(3) CISG nếu yêu cầu sửa chữa là bất hợp lý đối với bên bán. Trong trường hợp đó, bên mua có quyền yêu cầu giao hàng thay thế (theo Điều 46(2) CISG) hoặc hủy hợp đồng (theo Điều 49(1)(a) CISG) với điều kiện khiếm khuyết là nghiêm trọng. Bên bán không muốn bị hủy hợp đồng thì phải đề nghị giao hàng thay thế kịp thời. Tuy nhiên, nếu khiếm khuyết không nghiêm trọng thì bên mua chỉ có thể yêu cầu bồi thường thiệt hại (Điều 45(1)(b) CISG) hoặc giảm giá (Điều 50 CISG). Trường hợp bên mua tự khắc phục hoặc yêu cầu bên thứ ba khắc phục khiếm khuyết khi bên bán không sửa chữa được hàng hóa trong thời hạn hợp lý hoặc việc sửa chữa gây bất lợi cho bên bán (theo Điều 46(3) CISG hoặc Điều 48 CISG) thì có quyền yêu cầu bên bán bồi thường chi phí cho việc khắc phục này theo Điều 45(1)(b) CISG²⁴⁵.

Như vậy, đúc kết từ các quy định trên của CISG, có thể thấy quyền áp dụng biện pháp BTHĐHĐ của bên mua theo Điều 46 CISG và quyền được khắc phục khiếm khuyết sau vi phạm của bên bán theo Điều 48 CISG vừa có yếu tố đối trọng, mà vừa bổ sung cho nhau, để đảm bảo cân bằng lợi ích của các bên trong hợp đồng. Bởi lẽ, các quy định về biện pháp BTHĐHĐ theo CISG được xây dựng dựa trên nền tảng (a) khắc phục được vi phạm, hướng các bên đến việc thực hiện nghĩa vụ hợp đồng, nhằm đảm bảo cho các bên đạt được mục đích của việc giao kết hợp đồng, đồng thời (b) đảm bảo cân bằng lợi ích của các bên trong hợp đồng và hạn chế đến mức thấp nhất các hệ quả bất hợp lý do việc áp dụng biện pháp này gây ra.

CISG đã có sự gắn kết yếu tố cân bằng lợi ích và cân nhắc yếu tố hiệu quả trong các quy định cụ thể về BTHĐHĐ, nhằm mục đích bảo vệ bên vi phạm ở một mức độ nhất định. Tuy CISG không quy định một cách trực tiếp về việc giới hạn áp dụng biện pháp BTHĐHĐ nếu việc buộc thực hiện này gây ra chi phí bất hợp lý cho bên có nghĩa vụ, nhưng thông qua các phân tích như trên, cách thức tiếp cận của CISG cũng đã dựa trên nguyên tắc yếu tố cân xứng về lợi ích khi xác định giới hạn phạm vi áp dụng biện pháp này. Điều này cho phép giải thích một trong những khía cạnh của nguyên tắc thiện chí theo hướng gắn liền với yêu cầu về sự cân bằng hợp

²⁴⁵ Tham khảo Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer (2010), (tłđđ), tr.722.

lý lợi ích của các bên trong hợp đồng và không lạm dụng việc thực hiện quyền để đẩy một bên vào tình trạng xấu hơn khi thực hiện hợp đồng.

Việc có tính đến lợi ích của bên vi phạm khi áp dụng biện pháp BTHĐHĐ có ý nghĩa pháp lý rất quan trọng trong việc hình thành một tư duy pháp lý mang tính chất tiến bộ về việc áp dụng biện pháp khắc phục. Theo đó, biện pháp khắc phục theo nghĩa thông thường sẽ gắn với hậu quả vật chất bất lợi đối với bên vi phạm, nhưng mục đích và cách áp dụng biện pháp này là hướng đến lợi ích tốt nhất cho các bên, mang tính khắc phục, trên cơ sở công bằng và hợp lý, hơn là mang tính chất bắt buộc một chiều (mà có thể dẫn đến hệ quả bất lợi quá mức cho bên vi phạm).

3.2.2 Yếu tố cân bằng lợi ích trong các quy định của CISG về buộc thực hiện đúng hợp đồng từ góc độ bảo vệ bên bị vi phạm

Phần 3.2.1 phân tích các quy định của CISG đặt trong điều kiện có tính đến yếu tố cân bằng lợi ích và yếu tố hiệu quả từ góc độ bảo vệ bên vi phạm. Phần này nghiên cứu các quy định này của CISG về yêu cầu cân bằng lợi ích được đặt ra nhằm mục đích bảo vệ bên bị vi phạm.

Trong các quy định của CISG về BTHĐHĐ, yếu tố cân bằng lợi ích là cầu nối để hài hòa lợi ích của các bên trên cơ sở công bằng và hợp lý. CISG tạo cơ chế khuyến khích hợp đồng được thực hiện đúng, thông qua quyền yêu cầu BTHĐHĐ (từ phía bên bị vi phạm) và quyền được khắc phục sau vi phạm (từ phía bên vi phạm). Do vậy, nếu quyền yêu cầu BTHĐHĐ của bên bị vi phạm được bảo vệ ở mức cao nhất thì tương ứng với đó là các quy định nhằm giới hạn phạm vi áp dụng quyền này (để bảo vệ bên vi phạm) ở mức độ hợp lý. Tương tự, nếu quyền được khắc phục sau vi phạm được bảo đảm cho bên vi phạm thì tương ứng với đó là các quy định nhằm xác lập các điều kiện nghiêm ngặt để quyền này được thực hiện một cách phù hợp (để bảo vệ bên bị vi phạm). Nếu so sánh, quyền được khắc phục sau vi phạm phải được đặt trong các giới hạn nghiêm ngặt hơn so với các giới hạn áp dụng đối với quyền yêu cầu BTHĐHĐ của bên bị vi phạm, bởi lẽ bên thực hiện quyền khắc phục sau vi phạm là bên đã vi phạm hợp đồng trước tiên.

Nhằm bảo vệ bên bị vi phạm, quy định của CISG ràng buộc các điều kiện nghiêm ngặt để áp dụng quyền được khắc phục sau vi phạm. Theo Điều 48 CISG, điều kiện để bên bán khắc phục sau vi phạm là bên bán hành động trong thời hạn không chậm trễ, không gây trở ngại bất hợp lý cho bên mua và không gây ra điều gì cho thấy bên bán không chắc sẽ bồi hoàn các chi phí do bên mua đã ứng trước.

Tính chất nghiêm ngặt hơn trong các điều kiện áp dụng quyền được khắc phục sau vi phạm được thể hiện rõ nét nếu đặt trong tương quan so sánh với điều

kiện áp dụng BTHĐHĐ trên cơ sở yêu cầu của bên bị vi phạm. Giới hạn mang tính chất nghiêm ngặt hơn được thể hiện ở các khía cạnh sau:

Thứ nhất, xét về chi phí, yêu cầu BTHĐHĐ của bên bị vi phạm không được chấp nhận nếu chi phí để thực hiện biện pháp này đối với bên vi phạm là bất hợp lý (khi so với các biện pháp khắc phục có thể sử dụng để thay thế được và khi so với sự cân xứng về lợi ích mà bên bị vi phạm nhận được). Yếu tố bất hợp lý trong chi phí là yếu tố quan trọng để giới hạn quyền này. Trong khi đó, việc giới hạn quyền được khắc phục sau vi phạm không đặt ra yêu cầu về chi phí/tổn thất bất hợp lý gây ra cho bên bị vi phạm, mà chỉ cần có phát sinh chi phí và có dấu hiệu cho thấy bên vi phạm không chắc sẽ bồi hoàn các chi phí do bên bị vi phạm đã ứng trước.

Do vậy, dựa theo Điều 48 CISG, câu hỏi đặt ra khi giới hạn quyền được khắc phục sau vi phạm chỉ còn là: liệu rằng bên bị vi phạm (bên mua) có phải chịu bất kỳ chi phí hay tổn thất nào khác gây ra do việc thực hiện quyền khắc phục của bên vi phạm (bên bán) hay không? Đồng thời liệu rằng có dấu hiệu nào cho thấy bên vi phạm không chắc sẽ bồi hoàn các chi phí do bên bị vi phạm đã ứng trước hay không?

Xuất phát từ việc bên bán là bên đã vi phạm hợp đồng và thời hạn thực hiện hợp đồng như thỏa thuận ban đầu đã kết thúc, nên bất kỳ chi phí khắc phục nào phát sinh cũng thuộc về bên bán. Thực tế, bên bán có thể không trực tiếp chi trả tất cả chi phí phát sinh từ việc khắc phục khiếm khuyết, mà có thể bên mua phần nào ứng trước và yêu cầu hoàn lại. Vậy nên, bên mua không cần phải chứng minh việc khắc phục làm phát sinh chi phí bất hợp lý cho mình, mà chỉ cần chứng minh việc có phát sinh chi phí và không chắc được hoàn lại từ bên bán.

Thứ hai, xét đến yếu tố “gây trở ngại bất hợp lý”, nếu yêu cầu BTHĐHĐ đến từ phía bên mua (bên bị vi phạm) thì yếu tố “gây trở ngại bất hợp lý” cho bên bán (bên vi phạm) thường có bản chất kinh tế và suy cho cùng, cũng quy về chi phí phải gánh chịu của bên vi phạm, nên có cơ sở để xác định rõ ràng. Tuy nhiên, trong trường hợp yêu cầu khắc phục khiếm khuyết (để hợp đồng được thực hiện đúng) đến từ bên bán thì yếu tố “gây trở ngại bất hợp lý” còn bao gồm cả các yếu tố phi kinh tế, gắn với các lợi ích có thể không tính được thành tiền của bên mua (moral rights reasoning)²⁴⁶. Điều này có thể bất lợi cho bên bán, bởi lẽ yếu tố “gây trở ngại bất hợp lý” được giải thích với phạm vi rộng, theo hướng có lợi cho bên mua. Chẳng hạn như trường hợp bên bán khắc phục khiếm khuyết bằng biện pháp sửa chữa hàng hóa (dây chuyền sản xuất hoặc máy móc), trừ khi bên bán cùng lúc cung cấp cho bên mua hàng thay thế tạm thời, việc bị gián đoạn việc khai thác, sử dụng

²⁴⁶ Tham khảo Vanessa Mak (2009), (tłđđ), tr.195 – 200.

hàng hóa trong thời gian chờ sửa chữa cũng có thể xem là gây trở ngại bất hợp lý cho bên mua.

Về vấn đề này, có thể phân tích một trường hợp khác để minh họa cho luận điểm trên²⁴⁷: việc khắc phục sau khiếm khuyết làm phát sinh thêm chi phí vận chuyển, giao và tiếp nhận hàng hóa và bên mua đã thực tế từ chối việc giao hàng. Việc bên mua từ chối nhận hàng có thể được giải thích gắn với yếu tố “gây trở ngại” (gây ra cho bên mua do việc phải gánh chịu chi phí tiếp nhận hàng hóa phát sinh); còn yếu tố “bất hợp lý” không phải đến từ chi phí cao hay thấp, mà đến từ lập luận rằng: chi phí này không phải là một phần trong thỏa thuận ban đầu của các bên, do vậy không phải là nghĩa vụ của bên mua. Trừ khi bên bán chuyển trước cho bên mua tất cả chi phí có khả năng phát sinh, hệ quả bất lợi vẫn có khả năng xảy ra cho bên bán, bắt nguồn từ việc giải thích yếu tố “gây trở ngại bất hợp lý” khi bên bán thực hiện quyền khắc phục sau vi phạm.

Mặt khác, yếu tố “gây trở ngại bất hợp lý” cũng có thể được viện dẫn nếu bên bán thất bại trong nỗ lực đầu tiên khi thực hiện quyền khắc phục sau vi phạm (ví dụ: sửa chữa hoặc giao hàng thay thế nhưng vẫn không khắc phục được khiếm khuyết). Dù bên bán có thể mong muốn được tiếp tục khắc phục, nhưng bên mua không có nghĩa vụ tạo thêm một cơ hội khác cho bên bán, bởi lẽ việc tiếp tục khắc phục trong trường hợp này được xem là “gây trở ngại bất hợp lý” cho bên mua²⁴⁸.

Từ các phân tích trên có thể nhận thấy quy định về điều kiện áp dụng quyền được khắc phục sau vi phạm của bên bán theo Điều 48 CISG phù hợp với luận điểm: việc áp dụng quyền được khắc phục sau vi phạm của bên bán (bên vi phạm) phải tính đến yếu tố cân bằng với lợi ích của bên mua (bên bị vi phạm). Ở một góc độ nhất định, cách thức quy định của Điều 48 CISG thể hiện sự kết hợp hài hòa của hai yếu tố (a) khuyến khích việc thực hiện hợp đồng đến cùng; đồng thời (b) cân nhắc đến lợi ích hợp pháp của bên bị vi phạm.

Việc thực hiện quyền được khắc phục sau vi phạm của bên bán được đặt trong một giới hạn nghiêm ngặt hơn so với quyền yêu cầu BTHĐHĐ của bên mua. Bởi lẽ, cơ sở cho việc giới hạn này không chỉ dựa trên yếu tố hiệu quả, mà còn dựa trên các yếu tố phi kinh tế, gắn với các lợi ích có thể không tính được thành tiền của bên mua. Theo đó, các yếu tố chủ yếu xác định giới hạn này thường bắt nguồn từ yếu tố chi phí và yếu tố gây trở ngại bất hợp lý cho bên mua. Tuy nhiên mức độ nghiêm ngặt hơn (so với quyền yêu cầu BTHĐHĐ của bên mua) được thể hiện ở các khía cạnh sau: (i) quyền được khắc phục sau vi phạm của bên bán không được

²⁴⁷ Tham khảo Schlechtriem and Schwenger (eds) (2005), (tłđđ), tr.444.

²⁴⁸ Tham khảo Vanessa Mak (2009), (tłđđ), tr.199.

chấp nhận nếu việc khắc phục làm phát sinh bất kỳ chi phí cho bên mua và bên mua không chắc được hoàn lại từ bên bán; (ii) quyền được khắc phục sau vi phạm của bên bán không được chấp nhận nếu gây trở ngại bất hợp lý cho bên mua. Điều này cũng phù hợp nếu xuất phát từ góc độ bên bán là bên đã vi phạm hợp đồng và thời hạn thực hiện hợp đồng như thỏa thuận ban đầu đã kết thúc.

Tóm lại, các phân tích ở phần 3.2 cho phép kết luận rằng:

(i) Để đạt được sự cân bằng lợi ích của các bên trên cơ sở có tính đến yếu tố hiệu quả, các quy định của CISG cũng đồng thời chứa đựng yếu tố đánh giá sự cân xứng về lợi ích. Sự cân xứng này được tiếp cận từ cả hai góc độ - từ bên vi phạm và từ bên bị vi phạm.

(ii) Từ phía bên vi phạm, biện pháp BTHĐHĐ không được áp dụng nếu việc thực hiện hợp đồng gây ra chi phí bất hợp lý cho bên này, trong khi đó cũng không làm cho bên bị vi phạm đạt được lợi ích có giá trị cân xứng được đổi lại từ chi phí BTHĐHĐ của bên vi phạm. Việc phân tích quy định của CISG cho phép hiểu được cách tiếp cận của CISG khi gắn kết việc hạn chế áp dụng BTHĐHĐ do yếu tố bất cân xứng về lợi ích với nguyên tắc thiện chí được quy định ở Điều 7(1) CISG. Sự gắn kết này phần nào được thể hiện thông qua các quy định cụ thể về các điều kiện ràng buộc để áp dụng BTHĐHĐ xuất phát trên cơ sở xem xét yếu tố mức độ nghiêm trọng của khiếm khuyết. Điều này giải thích vì sao và dựa trên cơ sở nào mà một số quy định của CISG (như Điều 46(2), Điều 46(3) CISG) đã đặt ra các điều kiện gắn với việc áp dụng BTHĐHĐ theo một cách thức cụ thể, theo đó không thể buộc bên vi phạm khắc phục theo đúng cách thức mà bên bị vi phạm yêu cầu nếu việc xem xét tổng hòa các yếu tố (như mức độ nghiêm trọng của khiếm khuyết, hoàn cảnh thực hiện việc khắc phục hoặc các yếu tố khác gắn với yêu cầu khắc phục) chỉ ra rằng yêu cầu như vậy là bất hợp lý.

(iii) Việc hiểu rõ điều này cũng cho phép nhận biết rằng: xuất phát từ một triết lý nền tảng về sự cân bằng lợi ích và yếu tố hiệu quả, quy định như cách của CISG chỉ là một trong những cách cụ thể để phản ánh triết lý này vào các quy định thực định. Do vậy, việc tiếp nhận và học hỏi các giá trị pháp lý tiên bộ từ các quy định của CISG sẽ bắt nguồn từ việc hiểu rõ triết lý nào định hình, ảnh hưởng và từ đó dẫn đến các quy định này. Để trên cơ sở đó, tùy thuộc vào truyền thống pháp lý của quốc gia tiếp nhận, tính chất của đối tượng điều chỉnh, cũng như mức độ tiếp nhận các giá trị này mà chọn cách cụ thể hóa thành các quy định, miễn sao phản ánh được các giá trị cốt lõi này theo cách phù hợp nhất.

(iv) Từ phía bên bị vi phạm, để bảo vệ lợi ích của bên này, quyền được tự khắc phục sau vi phạm của bên vi phạm cũng phải đi cùng với các điều kiện nghiêm ngặt,

bởi lẽ suy cho cùng bên thực hiện quyền khắc phục sau vi phạm chính là bên đã vi phạm hợp đồng trước tiên. Về vấn đề này, ưu điểm trong các quy định của CISG là hài hòa được giữa mong muốn tiếp tục thực hiện hợp đồng từ phía bên vi phạm mặc dù đã có hành vi vi phạm trước đó và việc bảo vệ hợp lý để bên bị vi phạm có được những bảo đảm cần thiết, nhằm tránh việc khắc phục của bên vi phạm gây ra các trở ngại bất hợp lý, bao gồm cả các trở ngại có yếu tố phi kinh tế. Đây cũng là một điểm tiến bộ mà CISG đem lại trong nỗ lực hài hòa và cân bằng lợi ích của các bên. Quan trọng hơn, nỗ lực này là một phần trong việc hướng đến mục đích cuối cùng – khuyến khích các bên thực hiện hợp đồng khi vẫn còn có thể. Bởi lẽ, việc thực hiện này không chỉ tác động đến lợi ích của các bên, mà còn tác động đến tổng hòa các lợi ích khác của xã hội, đặc biệt khi mà việc thực hiện một hợp đồng này có thể tác động dây chuyền đến việc thực hiện một hợp đồng khác và mối quan hệ tương tác này đóng vai trò quan trọng tạo nên một chuỗi cung ứng bền vững.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 3

Chương 3 của luận án nghiên cứu cách thức và mức độ mà các quy định cụ thể của CISG về BTHĐHĐ hướng đến (a) bảo vệ lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện; và (b) bảo vệ yếu tố hiệu quả trong thực hiện hợp đồng. Hai yếu tố này gắn với các nhóm lợi ích đối ứng, nhưng luôn được gắn kết bởi một cầu nối – sự cân bằng lợi ích của các bên trên cơ sở công bằng và hợp lý. Thông qua việc nghiên cứu các quy định cụ thể của CISG về BTHĐHĐ, có thể kết luận như sau:

1. Đối với mục đích (a) bảo vệ lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện, CISG tạo cơ chế khuyến khích hợp đồng được thực hiện đúng, thông qua quyền yêu cầu BTHĐHĐ (từ phía bên bị vi phạm) và quyền được khắc phục sau vi phạm (từ phía bên vi phạm). Do CISG đặt trọng tâm vào việc hướng các bên đến việc thực hiện hợp đồng nên các quy định cụ thể của CISG về điều kiện để thực hiện các nhóm quyền này thể hiện việc tiếp cận ở phạm vi rộng nhất việc bảo vệ lợi ích có được khi chính nghĩa vụ hợp đồng được thực hiện.

2. CISG đã tạo ra sự đối ứng và cân bằng về quyền được thực hiện hợp đồng thông qua cơ chế bảo vệ quyền được khắc phục sau vi phạm của bên bán. Cụ thể, quyền khắc phục sau vi phạm của bên bán được xác định dựa trên cơ chế đánh giá khả năng có thể khắc phục được khiếm khuyết hay không (curability regime) và phụ thuộc nhất định vào yếu tố thời hạn thực hiện hợp đồng. Nếu so với cơ chế khắc phục vi phạm (default regime) thì cách thức tiếp cận của CISG vẫn có hạn chế nhất định nếu tính đến mức độ chắc chắn của bên vi phạm về quyền được khắc phục khiếm khuyết sau vi phạm. Tuy vậy, cách thức của CISG cũng đã đặt nền tảng cho việc mở rộng phạm vi quyền được thực hiện hợp đồng, phù hợp với mục đích hướng các bên đến việc thực hiện hợp đồng.

3. Các quy định cụ thể về BTHĐHĐ của CISG đã có sự gắn kết yếu tố cân bằng lợi ích và có cân nhắc đến yếu tố hiệu quả, nhằm mục đích bảo vệ bên vi phạm và bên bị vi phạm trên cơ sở công bằng và hợp lý. Do vậy, nếu quyền yêu cầu BTHĐHĐ của bên bị vi phạm được bảo vệ ở mức cao nhất thì tương ứng với đó là các quy định nhằm giới hạn phạm vi áp dụng quyền này (để bảo vệ bên vi phạm) ở mức độ hợp lý. Tương tự, nếu quyền được khắc phục sau vi phạm được bảo đảm cho bên vi phạm thì tương ứng với đó là các quy định nhằm xác lập các điều kiện nghiêm ngặt để quyền này được thực hiện một cách phù hợp (để bảo vệ bên bị vi phạm).

4. Xét từ góc độ bảo vệ bên vi phạm, các quy định cụ thể của CISG về việc giới hạn áp dụng biện pháp BTHĐHĐ đã dựa trên nguyên tắc đánh giá yếu tố cân xứng về lợi ích (proportionality test), theo đó các yếu tố cơ bản sau được xét đến: (i) giá trị của hàng hóa; (ii) mức độ nghiêm trọng của khiếm khuyết làm cho hàng hóa

không phù hợp với hợp đồng; và (iii) yếu tố bất lợi gây ra cho các bên. Các quy định cụ thể của CISG phản ánh nguyên tắc này, nhưng theo một cách thức diễn đạt riêng. Chẳng hạn như, quy định của CISG không đề cập trực tiếp đến yếu tố mức độ nghiêm trọng của khiếm khuyết làm cho hàng hóa không phù hợp với hợp đồng. Tuy nhiên, bằng quy định “bên mua có quyền yêu cầu bên bán giao hàng thay thế chỉ khi sự không phù hợp đó cấu thành vi phạm cơ bản” tại Điều 46(2) CISG, việc áp dụng biện pháp buộc thay thế hàng hóa theo CISG đã tính đến yếu tố cân xứng về lợi ích. Như vậy, quy định cụ thể tại Điều 46(2) CISG cần được hiểu là một cách thức diễn đạt nhằm cụ thể hóa nguyên tắc đánh giá yếu tố cân xứng về lợi ích – nền tảng để giới hạn phạm vi áp dụng BTHĐHĐ trên cơ sở yếu tố hiệu quả và hợp lý khi thực hiện hợp đồng. Việc tiếp thu kinh nghiệm từ CISG (nếu có) không nhất thiết phải sao chép cách thức diễn đạt trong các quy định cụ thể của CISG, mà quan trọng là triết lý cơ bản đằng sau các quy định này.

5. Xét từ góc độ bảo vệ bên bị vi phạm, quyền được khắc phục sau vi phạm phải được đặt trong các giới hạn nghiêm ngặt hơn so với các giới hạn áp dụng đối với quyền yêu cầu BTHĐHĐ của bên bị vi phạm, bởi lẽ bên thực hiện quyền khắc phục sau vi phạm là bên đã vi phạm hợp đồng trước tiên và thời hạn thực hiện hợp đồng như thỏa thuận ban đầu đã kết thúc. Về vấn đề này, quy định cụ thể tại Điều 48 CISG ràng buộc các điều kiện nghiêm ngặt để áp dụng quyền được khắc phục sau vi phạm, phù hợp với luận điểm: việc áp dụng quyền được khắc phục sau vi phạm của bên bán (bên vi phạm) phải tính đến yếu tố cân bằng với lợi ích của bên mua (bên bị vi phạm). Theo đó, cơ sở cho việc giới hạn quyền được khắc phục sau vi phạm của bên bán không chỉ dựa trên yếu tố hiệu quả, mà còn dựa trên các yếu tố phi kinh tế, gắn với các lợi ích có thể không tính được thành tiền của bên mua (moral rights reasoning).

CHƯƠNG 4: HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH VỀ BUỘC THỰC HIỆN ĐÚNG HỢP ĐỒNG TRONG LUẬT THƯƠNG MẠI 2005 TỪ KINH NGHIỆM CỦA CISG

BTHĐHĐ là biện pháp cơ bản để khắc phục vi phạm và bảo vệ tốt nhất lợi ích của các bên nếu việc tạo lập khung pháp lý về BTHĐHĐ phản ánh được triết lý nền tảng của biện pháp này – hướng các bên đến việc thực hiện hợp đồng theo cách thức hiệu quả nhất. Theo đó, BTHĐHĐ phải gắn với hai yếu tố: (a) bảo vệ lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện; đồng thời (b) bảo đảm yếu tố hiệu quả và cân bằng lợi ích của các bên. Trên cơ sở nghiên cứu các quy định về BTHĐHĐ theo CISG và nền tảng lý thuyết đằng sau các quy định này, Chương này đề xuất các khuyến nghị cụ thể để sàng lọc việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ, theo đó giúp làm rõ các câu hỏi đặt ra từ thực tiễn pháp lý của Việt Nam: (i) thứ nhất, trường hợp nào cần áp dụng BTHĐHĐ (hướng các bên đến việc thực hiện hợp đồng) và trường hợp nào cần giới hạn biện pháp này (tính hiệu quả và hợp lý khi áp dụng); và (ii) thứ hai, nếu biện pháp BTHĐHĐ được áp dụng thì cần quy định như thế nào để có thể gắn kết được cả hai yếu tố cơ bản như đã đề cập ở trên? Khi giải quyết các vấn đề này, Chương này cũng đồng thời liên hệ đến các vấn đề pháp lý phát sinh tương tự khi áp dụng biện pháp này theo Luật Thương mại 2005, đối chiếu với thực tiễn tài phán ở Việt Nam, nhằm đúc kết các kinh nghiệm pháp lý phù hợp cho việc hoàn thiện các quy định có liên quan của Luật Thương mại 2005, bởi vì Luật Thương mại 2005 tiếp nhận một phần đáng kể quy định liên quan của CISG.

Liên quan đến vấn đề này, cũng cần làm rõ vì sao quy định về BTHĐHĐ của CISG – một nguồn luật áp dụng cho quan hệ MBHH quốc tế - lại có giá trị tham khảo trong việc tiếp nhận và đúc kết những giải pháp pháp lý phù hợp cho các quy định của Luật Thương mại 2005 (áp dụng cho các giao dịch thương mại nói chung, mà không chỉ là giao dịch MBHH)? Sở dĩ như vậy vì việc tiếp thu các kinh nghiệm pháp lý từ CISG được cân nhắc từ các khía cạnh sau:

(i) Thứ nhất, tuy CISG có sự giới hạn về phạm vi điều chỉnh, nhưng đằng sau đó, các quy định của CISG về BTHĐHĐ lại dựa trên một nền tảng lý thuyết mà về bản chất không bị ảnh hưởng bởi sự giới hạn này. Hay nói một cách khác, nền tảng lý thuyết là cơ sở cho việc hình thành triết lý hướng đến việc thực hiện hợp đồng không bị giới hạn bởi sự phân loại hợp đồng mua bán hàng hóa hay hợp đồng cung ứng dịch vụ. Như đã phân tích ở các phần trên, lý thuyết Kantian hay lý thuyết của Fried liên quan đến bản chất của việc buộc phải thực hiện cam kết đều gắn với luật

hợp đồng nói chung, mà không phân tách các loại hợp đồng cụ thể²⁴⁹. Điều này cũng cho phép hiểu rằng tính chất của các loại hợp đồng có thể khác nhau nhưng bản chất của việc buộc phải thực hiện đúng cam kết như đã thỏa thuận trong hợp đồng đều có cùng một nền tảng lý thuyết dựa trên việc bảo vệ lợi ích do việc hợp đồng được thực hiện. Do vậy, xét về nguồn gốc, triết lý hướng các bên đến việc thực hiện hợp đồng không thay đổi về mặt bản chất khi được phản ánh bởi các quy định của CISG. Triết lý này hình thành nên một tư duy pháp lý tiên bộ, là cơ sở để cụ thể hóa thành các quy định điều chỉnh đối với biện pháp BTHĐHĐ.

(ii) Thứ hai, về mặt kỹ thuật lập pháp, việc xây dựng các quy định về BTHĐHĐ theo CISG là kết quả sự chọn lọc và thỏa hiệp dựa trên các đề xuất lập pháp đến từ các quốc gia có truyền thống pháp luật khác nhau. Các đề xuất lập pháp này về cơ bản có nguồn gốc từ pháp luật nội địa của chính các quốc gia tham gia vào quá trình thỏa hiệp đó²⁵⁰. Các nghiên cứu cũng đã cho thấy các quy định về BTHĐHĐ theo CISG chịu ảnh hưởng chủ yếu từ truyền thống pháp lý của châu Âu lục địa, mà trực tiếp là pháp luật của Đức²⁵¹. Điều này được thể hiện rõ thông qua việc CISG tiếp nhận chủ yếu các đề xuất lập pháp có nguồn gốc từ pháp luật nội địa của Đức và các quốc gia khác thuộc hệ thống pháp luật châu Âu lục địa²⁵². Trong khi đó, pháp luật nội địa của các quốc gia này quy định về BTHĐHĐ như một biện pháp khắc phục vi phạm áp dụng chung cho các loại hợp đồng, mà không phân biệt chỉ áp dụng đối với hợp đồng MBHH.

Theo pháp luật của Đức, các quy định về biện pháp khắc phục do vi phạm nói chung cũng như biện pháp BTHĐHĐ nói riêng được quy định cho các loại hợp đồng, theo đó bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bên vi phạm thực hiện đúng hợp đồng (eine Leistung von dem Schuldner zu fordern); đồng thời có quyền yêu cầu tòa án áp dụng biện pháp này (Leistungsklage). Quyền yêu cầu thực hiện đúng hợp đồng của bên bị vi phạm làm phát sinh trách nhiệm sửa chữa hàng hóa hoặc giao hàng khác thay thế phù hợp với hợp đồng (đối với hợp đồng MBHH) hoặc thực hiện

²⁴⁹ Về vấn đề này, tham khảo các phân tích về bản chất và phạm vi của các biện pháp khắc phục hướng đến việc thực hiện hợp đồng tại Vanessa Mak (2009), (tłdd), tr.45 – 47.

²⁵⁰ Về vấn đề này, xem thêm United Nations (1991), (tłdd), tr.333 – 334.

²⁵¹ Về vấn đề này tham khảo Peter Huber and Alastair Mullis (2007), (tłdd), tr.2 và F. J. A Van Der Velden (1983), (tłdd), tr.48.

²⁵² Cụ thể, pháp luật của Đức đại diện tiêu biểu cho các quốc gia chấp nhận nguyên tắc bên bị vi phạm có quyền áp dụng biện pháp BTHĐHĐ, có tính đến các yếu tố giới hạn phạm vi áp dụng của biện pháp này. Theo đó, pháp luật của Đức được phân loại thuộc nhóm chấp nhận biện pháp BTHĐHĐ nhưng có xem xét các trường hợp ngoại lệ (Enforced Performance Subject to Exceptions). Về vấn đề này, tham khảo G. H. Treitel (1988), (tłdd), tr.47. Đối với các trường hợp ngoại lệ không áp dụng biện pháp BTHĐHĐ theo pháp luật của Đức, tham khảo G. H. Treitel (1988), (tłdd), tr.52 – 53.

công việc phù hợp với thỏa thuận, khắc phục trong trường hợp không thực hiện đúng (đối với hợp đồng cung ứng dịch vụ)²⁵³.

Tương tự, pháp luật của Pháp cũng theo hướng quy định áp dụng biện pháp BTHĐHĐ cho các loại hợp đồng dựa trên cơ sở phân loại nghĩa vụ²⁵⁴. Các nguyên tắc cơ bản liên quan đến BTHĐHĐ được quy định trong Bộ luật Dân sự Pháp²⁵⁵, xuất phát từ nền tảng hiệu lực ràng buộc của hợp đồng²⁵⁶. Về cơ bản, pháp luật của Pháp đặt nền móng cho cơ sở tồn tại của biện pháp BTHĐHĐ (*exécution forcée en nature*)²⁵⁷, tuy nhiên việc áp dụng biện pháp này còn phụ thuộc vào các loại nghĩa vụ khác nhau, chủ yếu gồm nghĩa vụ chuyển giao tài sản (*obligation de donner*), nghĩa vụ thực hiện (*obligation de faire*) hoặc nghĩa vụ không thực hiện một hành vi cụ thể (*obligation de ne pas faire*)²⁵⁸. Loại nghĩa vụ thứ nhất - nghĩa vụ chuyển giao tài sản - đề cập đến loại nghĩa vụ được buộc thực hiện bởi chính thỏa thuận của các bên, do đó quyền yêu cầu thực hiện đúng hợp đồng tồn tại rõ nét nhất, bởi lẽ bên có quyền được chiếm hữu thực sự loại tài sản đã được thỏa thuận với bên có nghĩa vụ²⁵⁹. Trong khi đó, hai loại nghĩa vụ cuối - nghĩa vụ thực hiện hoặc không thực hiện một hành vi cụ thể - thường được xem là nghĩa vụ không thể buộc thực hiện, do đó thông thường sẽ làm phát sinh quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại²⁶⁰. Tuy nhiên, trong trường hợp bên bán có nghĩa vụ giao hàng hóa cùng loại thì nghĩa vụ này được phân loại thuộc nhóm nghĩa vụ thực hiện (*obligation de faire*) nhưng vẫn có khả năng BTHĐHĐ bằng cách dùng các biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện (mua hàng thay thế của một bên thứ ba bằng chi phí của bên vi

²⁵³ Về vấn đề này, tham khảo G. H. Treitel (1988), (tłđđ), tr.44 và tr.51; xem thêm trường hợp yêu cầu BTHĐHĐ được áp dụng tương tự cho hợp đồng dịch vụ, theo đó khách hàng có quyền yêu cầu thực hiện đúng hợp đồng, buộc bên cung ứng dịch vụ sửa lại những phần không đúng với thỏa thuận, dẫn theo G. H. Treitel (1988), (tłđđ), tr.44.

²⁵⁴ Tham khảo G.H.Treitel (1988), (tłđđ), tr.47. Theo tác giả Treitel, pháp luật của Pháp được phân loại thuộc nhóm áp dụng biện pháp buộc thực hiện đúng hợp đồng dựa trên cơ sở phân loại nghĩa vụ (*Enforced Performance Based on Content of Obligation*).

²⁵⁵ Bộ luật Dân sự Pháp (*Code civil des Français*) được ban hành ngày 21/3/1804; về lịch sử hình thành và phạm vi điều chỉnh của Bộ luật Dân sự Pháp, xem André Castaldo (2004), *Bộ luật Dân sự Pháp trong tiến trình lịch sử trong Nhà Pháp luật Việt - Pháp*, Tài liệu hội thảo “200 năm Bộ luật Dân sự Pháp”, Hà Nội, tháng 11/2004, tr.9 – 18; xem thêm G.H.Treitel (1988), (tłđđ), tr.55 – 56.

²⁵⁶ Xem Điều 1134 Bộ luật Dân sự Pháp, dẫn theo Yves-Marie Laithier, *Comparative Reflections on the French Law of Remedies for Breach of Contract* trong Nili Cohen and Ewan McKendrick (2005), *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Hart Publishing, tr.111 – 112.

²⁵⁷ Tham khảo Solène Rowan (2012), *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of The Protection of Performance*, Oxford University Press, tr. 37 và tr.40.

²⁵⁸ Tham khảo G.H.Treitel (1988), (tłđđ), tr.56.

²⁵⁹ Tham khảo G.H.Treitel (1988), (tłđđ), tr.56 – 57.

²⁶⁰ Xem Điều 1142 Bộ luật Dân sự Pháp, dẫn theo G.H.Treitel (1988), (tłđđ), tr.56.

phạm)²⁶¹. Do vậy, yêu cầu BTHĐHĐ được thực hiện một cách gián tiếp (indirect execution en nature)²⁶². Nguyên tắc này được áp dụng tương tự cho các nghĩa vụ khác, ví dụ như nghĩa vụ sửa chữa hàng hóa cho thuê hoặc nghĩa vụ thực hiện một công việc theo thỏa thuận, chỉ không thể áp dụng đối với những nghĩa vụ buộc phải do chính bên có nghĩa vụ thực hiện mà không bên thứ ba nào có thể thay thế được²⁶³. Như vậy, biện pháp BTHĐHĐ theo pháp luật của Pháp được mở rộng áp dụng cho nghĩa vụ phát sinh từ các loại hợp đồng khác nhau, không chỉ là hợp đồng MBHH.

Việc phân tích quy định về BTHĐHĐ theo pháp luật của Đức và pháp luật của Pháp – hai quốc gia tiêu biểu cho nhóm quốc gia có đóng góp quan trọng trong việc xây dựng quy định về BTHĐHĐ của CISG – đã cho thấy rằng các quy định này áp dụng đối với nghĩa vụ phát sinh từ các hợp đồng nói chung, không chỉ giới hạn đối với hợp đồng MBHH. Trên cơ sở biện pháp BTHĐHĐ theo CISG xuất phát từ nền tảng pháp luật nội địa của các quốc gia thuộc nhóm này, có thể nhận thấy rằng các quy định về BTHĐHĐ của CISG mang bản chất của một chế tài hợp đồng nói chung, và vì thế có thể mở rộng nghiên cứu để áp dụng đối với việc khắc phục vi phạm hợp đồng nói chung.

(iii) Thứ ba, thực tiễn cũng cho thấy hợp đồng MBHH giữ vị trí cốt yếu trong các giao dịch hình thành trên cơ sở thỏa thuận của các bên, và quan trọng hơn, các vấn đề pháp lý liên quan đến việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ là các vấn đề thuộc phần chung và về cơ bản không thay đổi do loại hợp đồng mà các bên xác lập.

4.1 Giới hạn phạm vi áp dụng biện pháp buộc thực hiện đúng hợp đồng

Dựa trên cơ sở lý luận về giới hạn phạm vi áp dụng biện pháp BTHĐHĐ, cùng với việc nghiên cứu cơ sở pháp lý và thực tiễn áp dụng các quy định có liên quan của Luật Thương mại 2005 về vấn đề này, phần này nghiên cứu và đề xuất việc giới hạn phạm vi áp dụng của biện pháp BTHĐHĐ theo Luật Thương mại 2005. Phần này tập trung xác định các trường hợp không áp dụng biện pháp BTHĐHĐ, dù xét về căn cứ áp dụng, một bên đã vi phạm hợp đồng và không thuộc các trường hợp miễn trách nhiệm đối với hành vi vi phạm.

Thông qua việc nghiên cứu về giới hạn phạm vi áp dụng biện pháp BTHĐHĐ dựa trên nguyên tắc giới hạn trách nhiệm và nguyên tắc thiện chí khi

²⁶¹ Xem Điều 1144 Bộ luật Dân sự Pháp, dẫn theo G.H.Treitel (1988), (tldd), tr.58.

²⁶² Tham khảo G.H.Treitel (1988), (tldd), tr.58.

²⁶³ Tham khảo G.H.Treitel (1988), (tldd), tr.58; về các vụ việc điển hình áp dụng biện pháp buộc thực hiện đúng hợp đồng đối với hợp đồng MBHH và hợp đồng xây dựng, xem thêm Solène Rowan (2012), (tldd), tr.42 – 43.

thực hiện hợp đồng, biện pháp BTHĐHĐ không được áp dụng nếu thuộc các trường hợp sau:

Thứ nhất, việc BTHĐHĐ gây ra chi phí bất hợp lý (hoặc gây thiệt hại quá mức) cho bên vi phạm²⁶⁴.

Thứ hai, bên bị vi phạm lạm dụng việc thực hiện quyền để đẩy bên vi phạm vào tình trạng xấu hơn khi thực hiện hợp đồng, thông qua hành vi trì hoãn để thăm dò thị trường và dồn rủi ro cho bên vi phạm²⁶⁵.

4.1.1 Giới hạn phạm vi áp dụng biện pháp buộc thực hiện đúng hợp đồng trong trường hợp gây ra chi phí bất hợp lý cho bên vi phạm

Như đã phân tích, việc áp dụng các quy định của CISG về BTHĐHĐ được gắn với yếu tố hiệu quả - cơ sở để xem xét giới hạn phạm vi áp dụng biện pháp BTHĐHĐ trong trường hợp gây ra chi phí bất hợp lý cho bên vi phạm. Theo đó, chi phí để thực hiện biện pháp khắc phục cần được tính đến, sao cho việc thực hiện không dẫn đến hậu quả gây thiệt hại quá mức cho bên vi phạm (trong khi trên thực tế cũng không cân xứng với lợi ích mà bên bị vi phạm đạt được).

Tuy nhiên, CISG chỉ dừng lại ở việc quy định về nguyên tắc thiện chí khi thực hiện hợp đồng (Điều 7(1) CISG), buộc cơ quan giải quyết tranh chấp khi xem xét sự phù hợp của việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ phải giải thích được một trong những khía cạnh của nguyên tắc thiện chí theo hướng gắn liền với yêu cầu về sự cân bằng hợp lý lợi ích của các bên trong hợp đồng. Về điểm này, việc bảo vệ bên vi phạm ở một mức độ công bằng và hợp lý nhất định phụ thuộc vào việc giải thích pháp luật của cơ quan giải quyết tranh chấp. Vậy nên, cũng trên cơ sở triết lý về giới hạn phạm vi áp dụng biện pháp BTHĐHĐ như trên, PECL hay PICC cụ thể hóa thành quy định không buộc thực hiện hợp đồng khi việc thực hiện này đòi hỏi nỗ lực hoặc gây ra chi phí bất hợp lý cho bên có nghĩa vụ²⁶⁶. Việc cụ thể hóa thành một quy định như vậy tạo cơ sở pháp lý vững chắc cho việc giới hạn phạm vi áp dụng biện pháp BTHĐHĐ.

Về vấn đề này, Luật Thương mại 2005 không quy định một cách trực tiếp, mà cũng chỉ tiếp cận vấn đề thông qua việc áp dụng nguyên tắc thiện chí²⁶⁷. Theo quy định

²⁶⁴ Về việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ gây sự lãng phí không cần thiết (wasteful contract) và dồn gánh nặng chi phí cho bên vi phạm, xem các phân tích ở Phần 2.3.1 của luận án.

²⁶⁵ Về hệ quả từ việc bên bị vi phạm thực hiện hành vi thăm dò thị trường và dồn rủi ro và gánh nặng chi phí cho bên vi phạm (speculation), xem các phân tích ở Phần 2.3.2 của luận án.

²⁶⁶ Xem điểm b khoản 2 Điều 9:102 PECL và điểm b Điều 7.2.2 PICC.

²⁶⁷ Thậm chí nguyên tắc thiện chí cũng không được quy định trực tiếp trong Luật Thương mại 2005, nhưng quy định tại Điều 4(3) Luật này cho phép dẫn đến việc áp dụng nguyên tắc thiện chí theo Điều 3(3) Bộ luật Dân sự 2015. Theo đó, cá nhân, pháp nhân phải xác lập, thực hiện, chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự của mình một cách thiện chí, trung thực.

tại Điều 297 Luật Thương mại 2005, chế tài BTHĐHĐ được áp dụng đối với hành vi vi phạm hợp đồng của bên vi phạm, theo cách thức yêu cầu bên vi phạm thực hiện đúng hợp đồng hoặc dùng các biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện.

Việc áp dụng chế tài BTHĐHĐ như quy định hiện hành, nếu không được giải thích phù hợp với nguyên tắc thiện chí, trung thực khi thực hiện hợp đồng của các bên, có thể dẫn đến khả năng không phản ánh đúng mục đích của việc áp dụng chế tài. Theo đó, vấn đề này có thể được làm rõ từ các phân tích về tranh chấp phát sinh liên quan đến yêu cầu áp dụng chế tài BTHĐHĐ trong trường hợp sau²⁶⁸:

Công ty A (nguyên đơn) giao kết hợp đồng xây dựng với Công ty B (bị đơn) để tiến hành xây một tòa nhà cho bị đơn. Theo đó nguyên đơn chịu trách nhiệm cung cấp vật liệu cho công trình xây dựng. Một trong những điều khoản trong hợp đồng xây dựng quy định: “Tất cả các ống dẫn nước bằng sắt phải được mạ kẽm và được hàn với chất lượng đạt “ống dẫn tiêu chuẩn” của nhà sản xuất X (ống dẫn nước được lắp đặt phải là sản phẩm của nhà sản xuất X)”. Nguyên đơn đã lắp đặt ống dẫn nước chất lượng tương tự nhưng không phải của nhà sản xuất X. Khi bị đơn phát hiện ra sự khác biệt này đã yêu cầu nguyên đơn tháo gỡ toàn bộ các ống dẫn nước và thay thế bằng ống dẫn nước của nhà sản xuất X. Để làm được điều này yêu cầu phải dỡ bỏ toàn bộ phần tường đã xây cất bao bọc bên trên hệ thống ống dẫn nước – một công việc khó khăn và tốn rất nhiều chi phí. Nguyên đơn giải thích rằng hệ thống ống nước được lắp đặt có cùng chất lượng, quy cách, hình dạng và giá cả tương đương với ống dẫn nước của nhà sản xuất X và yêu cầu bị đơn nghiệm thu công trình và thanh toán. Khi bị đơn từ chối thanh toán cho nguyên đơn số tiền còn nợ, nguyên đơn khởi kiện yêu cầu thanh toán.

Trong trường hợp trên, có căn cứ cho thấy nguyên đơn đã vi phạm hợp đồng, cụ thể là ống dẫn nước được giao bởi nguyên đơn không phải là sản phẩm của nhà sản xuất X. Việc bị đơn yêu cầu nguyên đơn tháo gỡ toàn bộ các ống dẫn nước và thay thế bằng ống dẫn nước của nhà sản xuất X là việc áp dụng chế tài BTHĐHĐ theo quy định tại Điều 297 Luật Thương mại 2005. Nếu theo quy định của Luật Thương mại 2005, bị đơn hoàn toàn có căn cứ để áp dụng chế tài BTHĐHĐ đối với hành vi vi phạm hợp đồng của nguyên đơn, cho dù là vi phạm cơ bản hay vi phạm không cơ bản.

²⁶⁸ Về ví dụ này và các phân tích liên quan, tham khảo Nguyễn Thị Thanh Huyền (2014), Một số vấn đề pháp lý về áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng theo quy định của Luật Thương mại 2005, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 3(82)/2014, tr. 38-43.

Như đã đề cập ở trên, bị đơn có quyền áp dụng chế tài BTHĐHĐ theo các cách thức khác nhau: (a) yêu cầu nguyên đơn tháo gỡ toàn bộ các ống dẫn nước và thay thế bằng ống dẫn nước của nhà sản xuất X hoặc (b) bị đơn tự mình tháo gỡ và lắp đặt lại đúng ống dẫn nước theo hợp đồng (dùng các biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện).

Theo Điều 297(3) Luật Thương mại 2005, trong trường hợp bên vi phạm không khắc phục vi phạm, bên bị vi phạm có quyền tự sửa chữa khuyết tật của hàng hóa, thiếu sót của dịch vụ và bên vi phạm phải trả các chi phí thực tế hợp lý. Áp dụng quy định này, nếu bên bị vi phạm tiến hành việc tự tháo gỡ và lắp đặt lại đúng ống dẫn nước theo hợp đồng thì “chi phí thực tế hợp lý” hiểu trong ngữ cảnh này là chi phí thực tế hợp lý để thực hiện quyền đã nêu của bên bị vi phạm. Theo đó, chi phí thực tế hợp lý để tháo gỡ và lắp đặt lại đúng ống dẫn nước theo hợp đồng sẽ do bên vi phạm gánh chịu và khoản chi phí này rất lớn (có thể gấp nhiều lần giá trị của hàng hóa).

Điều 297 Luật Thương mại 2005 không đặt vấn đề về thiệt hại phát sinh cho bên vi phạm khi bị áp dụng chế tài BTHĐHĐ, vì theo logic của điều luật này, bên vi phạm có hành vi vi phạm hợp đồng, nên thiệt hại cho chính bên vi phạm phát sinh từ hành vi vi phạm hợp đồng không được xét đến. Nếu vậy, việc áp dụng chế tài BTHĐHĐ đã không cân nhắc đến chi phí quá mức mà bên vi phạm phải gánh chịu, và do vậy, không phù hợp với nguyên tắc thiện chí, trung thực khi thực hiện hợp đồng của các bên. Nguyên tắc này không cho phép bên bị vi phạm “trừng phạt” bên vi phạm bằng cách yêu cầu BTHĐHĐ khi việc thực hiện đúng hợp đồng khó có thể được thực hiện và nếu được thực hiện, sẽ làm phát sinh chi phí bất hợp lý cho bên vi phạm.

Việc áp dụng chế tài BTHĐHĐ không được đặt ra nếu việc thực hiện đúng hợp đồng đòi hỏi bên vi phạm phải chịu khoản chi phí bất hợp lý quá mức so với lợi ích mà bên bị vi phạm đạt được. Xét từ góc độ truyền thống pháp lý và thực tiễn tài phán ở Việt Nam, chúng ta nên theo hướng cụ thể hóa nguyên tắc trên bằng một quy định cụ thể trong Luật Thương mại 2005, theo đó biện pháp BTHĐHĐ không được áp dụng nếu việc thực hiện hợp đồng gây ra chi phí bất hợp lý cho bên vi phạm²⁶⁹.

Mặt khác, nếu đã tiếp cận theo hướng giới hạn phạm vi áp dụng biện pháp BTHĐHĐ bằng một quy định cụ thể như vậy, thì giới hạn này cũng đồng thời áp dụng đối với (i) yêu cầu buộc giao hàng thay thế, cung ứng dịch vụ theo đúng hợp

²⁶⁹ Cùng quan điểm về vấn đề trên, tham khảo Đỗ Văn Đại (2013), (tldd), tr.63.

đồng hoặc (ii) yêu cầu loại trừ khuyết tật của hàng hóa (sửa chữa) hoặc loại trừ thiếu sót của dịch vụ – các hình thức của biện pháp BTHĐHĐ (sub-form).

Như đã phân tích²⁷⁰, các giới hạn cụ thể liên quan đến việc áp dụng quyền buộc giao hàng thay thế (Điều 46(2) CISG) hoặc buộc sửa chữa khiếm khuyết (Điều 46(3) CISG) đều xuất phát từ mục đích bảo vệ bên vi phạm, trên cơ sở cân nhắc đến hiệu quả và hạn chế sự mất cân bằng một cách bất hợp lý nếu xét đến lợi ích hợp pháp của mỗi bên. Các quy định tại Điều 46(2) CISG và Điều 46(3) CISG vì vậy cũng đều xuất phát từ góc độ cân nhắc (i) chi phí để thực hiện hợp đồng đối với bên vi phạm và (ii) sự cân xứng về lợi ích mà bên bị vi phạm nhận được. Điều này phụ thuộc vào việc đánh giá yếu tố cân xứng về lợi ích (proportionality test).

Do vậy, các quy định cụ thể tại Điều 46(2) CISG (gắn với điều kiện hàng hóa không phù hợp với hợp đồng “cấu thành vi phạm cơ bản”) và Điều 46(3) CISG (gắn với điều kiện “trừ trường hợp hoàn cảnh chỉ ra rằng yêu cầu sửa chữa đó là bất hợp lý”) được hiểu là một cách thức diễn đạt của CISG để chỉ một triết lý đằng sau đó – việc giới hạn phạm vi áp dụng BTHĐHĐ trên cơ sở yếu tố hiệu quả và hợp lý khi thực hiện hợp đồng. Vì vậy, quy định tại Điều 46(2) CISG và Điều 46(3) CISG chỉ cần thiết trong phạm vi của CISG, khi mà CISG chỉ quy định về nguyên tắc thiện chí (Điều 7(1) CISG), mà không cụ thể hóa thành một quy định về giới hạn phạm vi áp dụng biện pháp BTHĐHĐ. Cho nên, nếu kiến nghị sửa đổi Luật Thương mại 2005 theo hướng bổ sung quy định “biện pháp BTHĐHĐ không được áp dụng nếu việc thực hiện hợp đồng gây ra chi phí bất hợp lý cho bên vi phạm” thì không cần thiết phải bổ sung các điều kiện riêng biệt để loại trừ việc áp dụng biện pháp thay thế (buộc giao hàng thay thế hoặc buộc cung ứng dịch vụ thay cho việc cung ứng dịch vụ không đúng ban đầu) và buộc sửa chữa (loại trừ khuyết tật của hàng hóa, thiếu sót của dịch vụ) như cách mà CISG đã sử dụng.

4.1.2 Giới hạn phạm vi áp dụng biện pháp buộc thực hiện đúng hợp đồng trong trường hợp trì hoãn để thăm dò thị trường và dồn rủi ro cho bên vi phạm

Các nghiên cứu đã cho thấy việc chậm thực hiện quyền yêu cầu BTHĐHĐ có thể có dấu hiệu của hành vi thăm dò thị trường và dồn rủi ro và gánh nặng chi phí cho bên vi phạm (speculation)²⁷¹. Trong một giao dịch thương mại mà các bên đều là thương nhân, bên bị vi phạm buộc phải nhận thức được sự biến động của giá thị trường. Vậy nên, quyền yêu cầu BTHĐHĐ của bên bị vi phạm bị hạn chế nếu có căn cứ cho thấy bên bị vi phạm không thực hiện quyền này trong một thời hạn hợp

²⁷⁰ Xem các phân tích tại Phần 3.1.2 của luận án.

²⁷¹ Tham khảo John Honnold (1999), (tłđđ), tr.100 – 101.

lý kể từ thời điểm bên này biết hoặc buộc phải biết về việc vi phạm nghĩa vụ. Như vậy, hệ quả pháp lý của việc không tuân thủ quy định về nghĩa vụ thông báo là việc không thể áp dụng biện pháp BTHĐHĐ.

Luật Thương mại 2005 không quy định nghĩa vụ thông báo của bên bị vi phạm cho bên vi phạm về việc BTHĐHĐ trong một thời hạn hợp lý kể từ thời điểm bên này biết hoặc buộc phải biết về việc vi phạm nghĩa vụ. Vậy hệ quả sẽ như thế nào trong trường hợp bên bị vi phạm không thông báo cho bên vi phạm về việc thực hiện quyền yêu cầu BTHĐHĐ trong thời hạn nói trên?

Trong trường hợp này, có thể phân tích việc bên bán giao hàng không phù hợp với hợp đồng như một ví dụ minh họa. Thông qua việc nghiên cứu chế định khiếu nại được quy định trong Luật Thương mại 2005, có thể nhận thấy nếu bên mua không khiếu nại trong thời hạn khiếu nại thì coi như chấp nhận vi phạm của bên bán và mất quyền viện dẫn các vi phạm này để làm căn cứ cho yêu cầu của mình²⁷².

Quy định tương tự cũng được tìm thấy trong CISG, theo đó bên mua mất quyền viện dẫn sự không phù hợp của hàng hóa nếu bên mua không thông báo và nêu chính xác vi phạm của bên bán trong một thời hạn hợp lý sau khi bên mua phát hiện hoặc lẽ ra phải phát hiện được sự không phù hợp đó²⁷³. Theo quy định của CISG, đối với việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ, bên mua chỉ có thể buộc bên bán giao hàng thay thế nếu vi phạm của bên bán cấu thành vi phạm cơ bản và yêu cầu của bên mua về việc buộc giao hàng thay thế phải được thực hiện cùng với khiếu nại theo Điều 39 CISG hoặc trong một thời hạn hợp lý sau khi đã khiếu nại²⁷⁴. Hoặc, yêu cầu của bên mua buộc bên bán khắc phục khiếm khuyết bằng cách sửa chữa hàng hóa cũng phải được thực hiện cùng với khiếu nại theo Điều 39 CISG hoặc trong một thời hạn hợp lý sau khi đã khiếu nại²⁷⁵. Như vậy, theo quy định của CISG, việc không khiếu nại trong “thời hạn hợp lý” dẫn đến hệ quả bên mua mất quyền viện dẫn vi phạm về giao hàng không phù hợp với hợp đồng của bên bán để làm căn cứ áp dụng biện pháp BTHĐHĐ.

Tuy nhiên, có thể nhận thấy sự khác biệt giữa các quy định của CISG so với Luật Thương mại 2005 ở một điểm cơ bản sau: theo CISG, trong trường hợp các bên không có thỏa thuận thì việc thông báo về vi phạm cũng phải được bên bị vi

²⁷² Xem thêm Điều 318 Luật Thương mại 2005; tham khảo Phan Huy Hồng (2009), Thời hạn khiếu nại trong hoạt động thương mại: Pháp luật, thực tiễn tài phán và các quan điểm, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 8(145) tháng 4/2009, tr. 50 – 51.

²⁷³ Xem Điều 39 CISG.

²⁷⁴ Xem Điều 46(2) CISG.

²⁷⁵ Xem Điều 46(3) CISG.

phạm thực hiện “trong một thời hạn hợp lý” tùy thuộc vào điều kiện cụ thể của giao dịch; trong khi đó, Luật Thương mại 2005 dựa vào thời hạn khiếu nại được ấn định đối với mỗi loại vi phạm (số lượng, chất lượng và các vi phạm nghĩa vụ khác) mà không tính đến các điều kiện cụ thể của giao dịch.

Liên quan đến ví dụ trên, nếu theo quy định của Luật Thương mại 2005, bên mua chỉ mất quyền viện dẫn sự không phù hợp của hàng hóa (và do vậy không được áp dụng chế tài) nếu bên mua không khiếu nại và nêu chính xác vi phạm của bên bán trong thời hạn sáu tháng, kể từ ngày giao hàng hoặc trong trường hợp hàng hóa có bảo hành thì thời hạn này là ba tháng, kể từ ngày hết thời hạn bảo hành²⁷⁶. Nếu đặt trong trường hợp cụ thể của các bên, thời hạn này có thể không còn là “thời hạn hợp lý” để bên bán khắc phục khiếm khuyết của hàng hóa với chi phí tối thiểu. Hoặc, trường hợp này có thể dẫn đến việc bên mua kéo dài một cách bất hợp lý thời hạn này để tùy thuộc vào sự thay đổi của thị trường mà chọn giải pháp có lợi nhất cho mình, trong khi gây bất lợi quá mức hoặc thiệt hại cho bên bán. Đây chính là vấn đề pháp lý phát sinh nếu nhìn từ góc độ giới hạn phạm vi áp dụng biện pháp BTHĐHĐ, bởi lẽ việc BTHĐHĐ suy cho cùng là hướng đến việc hợp đồng được thực hiện theo cách hiệu quả nhất cho các bên và hợp lẽ công bằng (có tính đến lợi ích hợp pháp của các bên trong giao dịch).

Trong một vụ án kinh doanh thương mại về tranh chấp hợp đồng mua bán lon thiếc giữa nguyên đơn (bên bán – bà H.L.H – chủ cơ sở Trường Phương) và bị đơn (bên mua – Công ty TNHH chế biến thực phẩm quốc tế Aroma American)²⁷⁷, tranh chấp của các bên liên quan đến việc áp dụng chế tài BTHĐHĐ. Nguyên đơn đã giao hàng hóa (nắp thiếc) không phù hợp với hợp đồng cho bị đơn. Tuy nhiên, Tòa án xét thấy “khi giao trả lại nắp thiếc cho bên bán, các bên không lập biên bản và không quy định về trách nhiệm giải quyết tiếp như thế nào”. Bên mua đã không yêu cầu bên bán giao hàng khác thay thế và sau đó tự mua hàng từ bên thứ ba để thay thế cho hàng hóa không phù hợp với hợp đồng mà không thông báo cho bên bán biết.

Trong trường hợp này, khi giải quyết tranh chấp, Tòa án vẫn công nhận việc mua hàng thay thế của bên mua, nhưng cho rằng bên mua không được yêu cầu bên bán phải trả tiền nắp thiếc theo giá mà bên mua đã mua từ bên thứ ba, bởi lẽ theo Tòa án “không có căn cứ nào cho thấy bên bán đồng ý giá nắp thiếc mà bên mua đi mua của nơi khác, đó là lỗi của bên mua”. Tuy nhiên, vào thời điểm xét xử, do nắp

²⁷⁶ Xem thêm Điều 318(3) Luật Thương mại 2005.

²⁷⁷ Tham khảo Bản án 21/2006/KDTM-PT ngày 15/3/2006 của Tòa phúc thẩm Tòa án nhân dân tối cao tại Thành phố Hồ Chí Minh về tranh chấp hợp đồng mua bán lon thiếc.

thiếu mà bên bán sản xuất không còn lưu giữ mẫu nên Tòa án đã xác định theo cách tính “bình quân giá do hai bên đưa ra” và “hai bên cùng có lỗi thì phải cùng chịu thiệt một phần”.

Liên quan đến vấn đề này, có căn cứ cho thấy bên bán đã nhận được phản hồi của bên mua về khiếm khuyết của hàng hóa (thông qua hành vi giao trả lại nắp thiếu cho bên bán); tuy nhiên, nếu bên mua muốn áp dụng chế tài BTHĐHĐ thì yêu cầu BTHĐHĐ của bên mua phải được thông báo cho bên bán (cùng với khiếu nại về hàng hóa không phù hợp với hợp đồng hoặc trong một thời hạn hợp lý sau khi đã khiếu nại). Việc bên mua không thông báo cho bên bán dẫn đến hệ quả là không có căn cứ cho thấy bên mua áp dụng chế tài BTHĐHĐ với bên bán. Trong trường hợp này, Tòa án lẽ ra không chấp nhận yêu cầu của bên mua về việc buộc bên bán thanh toán lại cho bên mua giá mua nắp thiếu (mà bên mua đã mua từ bên thứ ba để thay thế cho hàng hóa không phù hợp với hợp đồng). Bởi lẽ, việc bên bị vi phạm không thông báo cho bên vi phạm về yêu cầu BTHĐHĐ (trong một thời hạn hợp lý kể từ thời điểm bên này biết hoặc buộc phải biết về việc vi phạm nghĩa vụ) đã giới hạn quyền áp dụng biện pháp này của bên bị vi phạm.

Trong một vụ việc khác, tranh chấp giữa nguyên đơn (bên mua – Công ty TNHH Dệt may Thương mại Tấn Minh) và bị đơn (bên bán – Công ty TNHH Một thành viên Đầu tư PGV) có một phần liên quan đến việc áp dụng chế tài BTHĐHĐ²⁷⁸. Theo đó, ngày 29/12/2015, các bên xác lập hợp đồng mua bán 5.800 tấn thép cuộn JIUJIANG phi 6.5 mm (dung sai +/- 10%), tiêu chuẩn Sea 1008B, đơn giá 7.600.000 đồng/tấn. Các bên thỏa thuận bên mua thanh toán trước toàn bộ tiền mua hàng. Việc giao hàng chia thành ba đợt: ngày 30/01/2016 giao 2000 tấn; ngày 28/02/2016 giao 2000 tấn và ngày 25/3/2016 giao 1800 tấn.

Ngày 29/12/2015, bên bán, bên mua và Ngân hàng N ký thỏa thuận ba bên về việc Ngân hàng N cho bên mua vay tiền (2.000.000 USD) để mua số thép trên, số tiền cho vay được bảo đảm bằng toàn bộ lô thép hình thành từ hợp đồng mua bán giữa các bên. Căn cứ vào thỏa thuận, ngày 29/12/2015, Ngân hàng N đã giải ngân và bên mua đã thanh toán toàn bộ tiền hàng cho bên bán. Hợp đồng mua bán giữa các bên có thỏa thuận: “Trường hợp bên bán không giao đủ số lượng hàng hóa theo thỏa thuận thì bên bán bị phạt vi phạm nghĩa vụ hợp đồng với mức phạt là 5% giá trị của số lượng hàng không giao đủ. Ngoài ra, bên bán phải bồi thường lãi suất

²⁷⁸ Tham khảo Bản án 88/2019/KDTM-PT ngày 24/01/2019 của Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh về tranh chấp hợp đồng MBHH.

ngân hàng phát sinh cho bên mua tương ứng với giá trị lượng hàng giao không đủ (với mức lãi suất 2,53%/năm)”.

Ngày 30/01/2016, bên bán không giao hàng cho bên mua, dù bên mua đã nhiều lần gửi Công văn yêu cầu. Ngày 22/3/2016 đến ngày 04/4/2016, bên bán mới giao cho bên mua 4224,12 tấn thép cuộn phi 6.5 mm, tiêu chuẩn Sea 1008B nhưng không phải do nhà máy JIUJIANG sản xuất mà do nhà máy HEBEI ANFENG IEON STEEL sản xuất. Ngày 05/4/2016, bên mua thông báo cho bên bán biết đã giao hàng không đúng chủng loại và không đủ số lượng theo thỏa thuận; yêu cầu bên bán đổi hàng đúng chủng loại và giao tiếp phần hàng còn thiếu.

Cùng ngày 05/4/2016, bên bán gửi Công văn đề nghị được nhận lại lô hàng (nhưng không cam kết giao hàng thay thế) và chấp nhận chịu phạt vi phạm hợp đồng và bồi thường thiệt hại. Ngày 04/5/2016, bên bán thông báo chỉ có thể giao 79 tấn thép của nhà máy JIUJIANG, tiếp tục đề nghị được nhận lại lô hàng thép HEBEI đã giao và chấp nhận chịu phạt vi phạm hợp đồng và bồi thường thiệt hại.

Tuy nhiên, vào thời điểm này, bên mua quyết định giữ lại lô hàng thép HEBEI và yêu cầu bên bán xuất hóa đơn cho lô hàng này, đơn giá 7.600.000 đồng/tấn. Bên bán không đồng ý và cho rằng do giá thép tăng nên bên mua mới không chịu trả lại cho bên bán lô hàng thép HEBEI. Mặt khác, bên bán lập luận rằng thép mà hai bên thỏa thuận mua bán là thép JIUJIANG và các bên cũng không thỏa thuận thay thế thép do nhà máy JIUJIANG sản xuất bằng thép do nhà máy HEBEI sản xuất, cũng như không thỏa thuận giá của thép HEBEI. Vì vậy, bên bán vẫn giữ yêu cầu được nhận lại lô hàng thép HEBEI và chấp nhận chịu phạt vi phạm hợp đồng và bồi thường thiệt hại.

Ngày 10/5/2016, bên mua ký hợp đồng với Công ty T để mua 1420,125 tấn thép để bù vào số thép mà bên bán đã giao không đủ. Để có tiền thanh toán cho Công ty T, bên mua phải tiếp tục vay của Ngân hàng N và phải trả tiền lãi vay là 151.853.670 đồng.

Ngày 24/6/2016, bên mua đã khởi kiện yêu cầu bên bán: (i) phải xuất hóa đơn của 4.224,12 tấn thép HEBEI mà bên mua đã nhận, đơn giá 7.600.000 đồng/tấn; (ii) hoàn trả cho bên mua số tiền hàng đã trả trước tương ứng với 1.578,88 tấn thép mà bên bán đã không giao đủ cho bên mua; (iii) trả tiền phạt vi phạm hợp đồng bằng 5% giá trị của 1.578,88 tấn thép mà bên bán đã không giao đủ cho bên mua; (iv) trả tiền lãi cho số tiền của 1.578,88 tấn thép mà bên bán đã nhận trước nhưng chưa giao hàng (mức lãi suất 2,53%/năm); (v) trả tiền lãi mà bên mua đã vay để mua 1420,125 tấn thép bù vào số thép mà bên bán đã giao không đủ; và (vi) trả tiền chênh lệch giá giữa giá hàng hóa theo thỏa thuận trong hợp đồng mua bán giữa

các bên và giá hàng hóa mà bên mua đã mua của Công ty T để bù vào số thép giao không đủ.

Trong phần nhận định của Tòa án, nhiều vấn đề pháp lý được đề cập, tuy nhiên phần phân tích này chủ yếu tập trung đến yêu cầu BTHĐHĐ của bên mua đối với bên bán do giao thiếu hàng và giao hàng không phù hợp với hợp đồng.

Đối với hàng hóa mà các bên giao nhận, Tòa án xét thấy: “Đối chiếu với thỏa thuận tại hợp đồng mua bán thì 4.224,12 tấn thép mà bên bán đã giao không đúng chủng loại hàng hóa mà hai bên đã thỏa thuận”. Căn cứ quy định tại Điều 437(1) Bộ luật dân sự 2005²⁷⁹ và tham chiếu kết quả xác minh của Hiệp hội Thép Việt Nam, Tòa án nhận định rằng thép cuộn phi 6.5 mm, tiêu chuẩn Sea 1008B do nhà máy của HEBEI sản xuất và thép cuộn phi 6.5 mm, tiêu chuẩn Sea 1008B do nhà máy của JIUJIANG sản xuất đều là thép có xuất xứ Trung Quốc, có tiêu chuẩn và giá thành tương đương (giá trung bình tại thị trường TPHCM thời điểm tháng 01/2018 là từ 14.000.000 đồng – 14.200.000 đồng/tấn). Trên cơ sở đó, Tòa án xác định bên mua có quyền nhận lô thép HEBEI; đồng thời, việc giao hàng của bên bán đã quá thời hạn theo thỏa thuận, cho nên việc nhận lô hàng này là nhằm hạn chế các thiệt hại do bên bán gây ra, phù hợp với quy định tại Điều 305 Luật Thương mại 2005 về nghĩa vụ hạn chế tổn thất của bên bị vi phạm. Do vậy, yêu cầu của bên bán về việc buộc bên mua phải xuất hóa đơn của 4.224,12 tấn thép HEBEI mà bên mua đã nhận theo đơn giá 7.600.000 đồng/tấn được chấp nhận.

Mặt khác, do bên bán không giao đủ hàng theo thỏa thuận nên bên mua phải mua 1420,125 tấn thép của Công ty T để bù vào số thép mà bên bán đã giao không đủ, làm phát sinh số tiền chênh lệch giá giữa (a) giá hàng hóa theo thỏa thuận trong hợp đồng mua bán giữa các bên và (b) giá hàng hóa mà bên mua đã mua của Công ty T. Tòa án đã nêu các căn cứ để xét thấy hợp đồng mua bán ngày 10/5/2016 giữa bên mua với Công ty T là có thực, theo đó hàng hóa mua bán là thép cuộn JIUJIANG phi 6.5 mm, tiêu chuẩn Sea 1008B, số lượng thép đã mua không vượt quá số lượng thép mà bên bán trước đó đã giao thiếu, có hợp đồng mua bán, chứng từ giao hàng, chứng từ thanh toán và có kê khai thuế với cơ quan thuế nhà nước.

Tòa án cũng nhận định rằng: “Trường hợp bên bán giao đủ hàng hóa theo thỏa thuận thì bên mua không phải mua hàng hóa khác để bù đắp số hàng mà bên bán đã không giao đủ và không phải trả thêm số tiền chênh lệch giá và tiền lãi vay nêu trên nên số tiền chênh lệch giá và tiền lãi vay này là các thiệt hại thực tế do việc vi phạm hợp đồng của bên bán đã gây ra cho bên mua”. Trên cơ sở đó, Tòa án áp

²⁷⁹ Điều 437(1) Bộ luật Dân sự 2005 quy định: “Trong trường hợp vật được giao không đúng chủng loại thì bên mua có quyền nhận và thanh toán theo giá do các bên thỏa thuận”.

dụng Điều 297(2) Luật Thương mại 2005 (giao hàng khác thay thế) và Điều 297(3) Luật Thương mại 2005 (mua hàng của người khác để thay thế theo đúng loại hàng hóa ghi trong hợp đồng và bên vi phạm phải trả khoản tiền chênh lệch và các chi phí liên quan nếu có) để “buộc bên bán bồi thường cho bên mua số tiền chênh lệch giá và tiền lãi vay nêu trên”.

Như vậy, Tòa án xét thấy có cơ sở chấp nhận yêu cầu của bên mua căn cứ vào các quy định của pháp luật về chế tài BTHĐHĐ.

Từ vụ việc này, cần xem xét các vấn đề pháp lý phát sinh như sau:

Thứ nhất, việc bên bán liên tục đề nghị được nhận lại lô hàng thép HEBEI đã giao và chấp nhận chịu phạt vi phạm hợp đồng và bồi thường thiệt hại (mà không cam kết giao thay thế lô thép JIJIANG như đã thỏa thuận trong hợp đồng) cho thấy nhiều khả năng có dấu hiệu của VPHQ. Vậy, vấn đề là bên mua có được quyền giữ lại lô hàng thép HEBEI đã giao không (khi mà hàng hóa mua bán theo thỏa thuận trong hợp đồng là thép JIJIANG)?

Thứ hai, đối với số hàng hóa giao thiếu, bên mua đã mua hàng của bên thứ ba để bù vào số hàng này. Vậy, việc Tòa án áp dụng Điều 297(3) Luật Thương mại 2005 để “buộc bên bán bồi thường cho bên mua số tiền chênh lệch giá và tiền lãi vay nêu trên” có phù hợp không?

Đối với vấn đề thứ nhất, Tòa án đã áp dụng quy định tại Điều 437 (1) Bộ luật Dân sự 2005 để xác định bên mua có quyền nhận lô hàng thép cuộn HEBEI. Tuy nhiên, trong trường hợp này, Tòa án lẽ ra phải áp dụng các quy định của Luật Thương mại 2005 liên quan đến việc giao hàng không phù hợp với hợp đồng, thay vì áp dụng Điều 437 (1) Bộ luật Dân sự 2005, bởi lẽ hợp đồng mua bán giữa các bên chịu sự điều chỉnh của Luật Thương mại 2005²⁸⁰.

Theo Điều 39(2) Luật Thương mại 2005, bên mua có quyền từ chối nhận hàng nếu hàng hóa không phù hợp với hợp đồng. Việc từ chối hay tiếp nhận hàng hóa là quyền của bên mua, tuy nhiên việc quyết định từ chối hay tiếp nhận hàng hóa phải được bên mua thông báo cho bên bán trong thời hạn hợp lý và giá của hàng hóa được xác định trên cơ sở thỏa thuận của các bên, nếu không thỏa thuận được thì áp dụng nguyên tắc xác định giá theo quy định tại Điều 52 Luật Thương mại 2005. Cách thức tiếp cận này cho thấy sự phù hợp với quan điểm: bên vi phạm phải thực hiện hợp đồng và không thể tự chọn cách giải phóng khỏi nghĩa vụ hợp đồng bằng việc bồi thường thiệt hại.

²⁸⁰ Điều 1, Điều 2 và Điều 4 Luật Thương mại 2005

Đối với vấn đề thứ hai, Tòa án áp dụng Điều 297(3) Luật Thương mại 2005 để “buộc bên bán bồi thường cho bên mua số tiền chênh lệch giá và tiền lãi vay nêu trên”. Tuy Tòa án sử dụng thuật ngữ “bồi thường” nhưng khoản tiền chênh lệch và các chi phí liên quan không được giải thích là thiệt hại, mà được xem là “chi phí phát sinh” mà bên vi phạm phải chịu trong trường hợp bên bị vi phạm áp dụng chế tài BTHĐHĐ. Trong trường hợp này, bên mua có quyền mua hàng của bên thứ ba để thay thế theo đúng loại hàng hóa ghi trong hợp đồng theo quy định của Điều 297(3) Luật Thương mại 2005.

Tuy nhiên, lẽ ra bên mua phải thực hiện việc mua hàng từ bên thứ ba trong một thời hạn hợp lý sau khi bên mua biết rõ bên bán từ chối việc giao hàng khác thay thế theo đúng hợp đồng. Bởi lẽ, trên cơ sở thông báo của bên bán về việc vi phạm hợp đồng và chấp nhận chịu phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại, bên mua đã có căn cứ rõ ràng rằng bên bán sẽ không tự khắc phục vi phạm bằng việc giao hàng thay thế. Tuy nhiên, đến ngày 10/5/2016, bên mua mới thực hiện việc mua hàng của bên thứ ba để bù vào phần hàng còn thiếu.

Tòa án trong vụ việc này đã không xem xét đến yếu tố liệu rằng bên mua đã áp dụng chế tài BTHĐHĐ trong thời hạn hợp lý hay không (sau khi biết rõ hàng được giao không phù hợp với hợp đồng và bên bán không tự khắc phục vi phạm bằng việc giao hàng thay thế)? Bởi vì giá hàng hóa vào thời điểm mua hàng thay thế trên thực tế có thể đã tăng cao hơn nhiều so với giá của hàng hóa vào thời điểm hợp lý mà lẽ ra bên mua cần mua hàng thay thế từ bên thứ ba.

Từ đó, có thể nhận thấy rằng nếu (i) việc kéo dài thời hạn của bên mua về việc áp dụng chế tài BTHĐHĐ (bằng cách dùng các biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện) là không hợp lý và (ii) Tòa án cũng chỉ căn cứ vào giá hàng hóa mà các bên thỏa thuận trong hợp đồng và giá mua từ bên thứ ba vào thời điểm mua bán trên thực tế để tính phần chênh lệch giá, thì việc áp dụng chế tài BTHĐHĐ trong trường hợp này đã không tính đến yếu tố cân bằng lợi ích của các bên (mà cụ thể là việc giảm trừ chi phí cho bên bán do việc trì hoãn của bên mua).

Luật Thương mại 2005 không quy định buộc bên bị vi phạm phải thông báo việc áp dụng chế tài BTHĐHĐ trong thời hạn hợp lý từ thời điểm biết rõ hoặc buộc phải biết vi phạm của bên kia. Điều này cho thấy sự không phù hợp trong quy định của pháp luật về việc áp dụng chế tài BTHĐHĐ, và do vậy có thể dẫn đến hệ quả bất hợp lý khi áp dụng chế tài này trong thực tiễn giải quyết tranh chấp của các bên.

Trong tình huống trên, lẽ ra bên mua phải thực hiện việc mua hàng từ bên thứ ba trong một thời hạn hợp lý sau khi bên mua biết rõ bên bán từ chối việc giao hàng khác thay thế theo đúng hợp đồng. Việc này nhằm ngăn không để bên mua trì

hoãn một cách bất hợp lý việc đưa ra quyết định áp dụng biện pháp BTHĐHĐ khi đã biết về khiếm khuyết của hàng hóa, dẫn đến hậu quả phát sinh các chi phí bất lợi cho bên bán. Bên bán đã thông báo về việc vi phạm hợp đồng và chấp nhận chịu phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại và như vậy, bên mua cũng đã có căn cứ rõ ràng về việc bên bán sẽ không tự khắc phục vi phạm bằng việc giao hàng thay thế. Hệ quả của việc không thông báo và thực tế cũng không mua hàng từ bên thứ ba trong một thời hạn hợp lý sau khi bên mua biết rõ bên bán từ chối việc giao hàng khác thay thế theo đúng hợp đồng là cơ sở để giới hạn quyền áp dụng biện pháp BTHĐHĐ của bên mua.

Trong thực tiễn xét xử của Tòa án, vấn đề pháp lý tương tự cũng được đặt ra đối với tranh chấp về hợp đồng cung ứng dịch vụ. Theo đó, ngày 02/11/2009, nguyên đơn (bên nhận gia công - Công ty TNHH May Mi Đan) đã ký với bị đơn (bên đặt gia công - Công ty TNHH Sản xuất Thương mại Dịch vụ Âu Lạc Việt) hợp đồng gia công túi xách²⁸¹.

Theo hợp đồng, nguyên đơn nhận nguyên vật liệu từ bị đơn để tiến hành gia công túi xách và giao thành phẩm, đơn giá tiền gia công cho một túi xách là 15.000 đồng. Khi giao hàng, các bên không lập biên bản xác nhận chất lượng thành phẩm mà bị đơn chỉ ký vào phiếu xuất kho của nguyên đơn tại kho của bị đơn. Nguyên đơn đã giao hàng và bị đơn xác nhận đã nhận hàng thành phẩm, tuy nhiên không chấp nhận thanh toán tiền thù lao gia công như thỏa thuận (chỉ thanh toán với đơn giá 12.500 đồng). Vì theo bị đơn, túi xách thành phẩm do nguyên đơn giao chưa hoàn chỉnh, bị đơn phải thuê nhân công hoàn chỉnh với chi phí 2.500/túi. Tuy nhiên, khi thực hiện công đoạn này, bị đơn không lập biên bản và cũng không thông báo cho nguyên đơn biết. Việc giảm thù lao gia công có thể hiểu là hệ quả từ việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ bằng cách dùng biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện (thuê nhân công hoàn chỉnh với chi phí 2.500/túi).

Tòa án đã không chấp nhận yêu cầu của bị đơn, mà vẫn buộc bị đơn thanh toán cho nguyên đơn với mức giá 15.000 đồng/túi “do không có cơ sở để xác định hàng không đạt tiêu chuẩn chất lượng theo quy định của hợp đồng”. Xét từ một khía cạnh khác, câu hỏi đặt ra là nếu bị đơn có chứng cứ chứng minh hàng gia công không đạt chất lượng như thỏa thuận trong hợp đồng, thì Tòa án có buộc nguyên đơn phải trả tiền thuê nhân công để khắc phục thiếu sót của dịch vụ hay không?

Nếu dựa trên lý thuyết đã phân tích ở phần trên thì trong trường hợp này, theo quan điểm của NCS, vấn đề không chỉ là xem xét “hàng gia công có đạt tiêu

²⁸¹ Tham khảo Bản án số 1079/2012/KDTM-ST ngày 27/7/2012 của Tòa án nhân dân thành phố Hồ Chí Minh về tranh chấp hợp đồng gia công.

chuẩn chất lượng” hay không, mà là bên đặt gia công không có quyền áp dụng biện pháp BTHĐHĐ do vi phạm (nếu có) của bên gia công. Bởi lẽ bên đặt gia công đã không thông báo cho bên nhận gia công về việc áp dụng chế tài BTHĐHĐ trong một thời hạn hợp lý từ khi biết vi phạm của bên nhận gia công.

Từ các phân tích nêu trên, Luật Thương mại 2005 cần bổ sung quy định về thời hạn hợp lý để bên bị vi phạm thông báo cho bên vi phạm về việc áp dụng chế tài BTHĐHĐ. Theo đó, Điều 297 Luật Thương mại 2005 cần quy định cụ thể về việc bên bị vi phạm phải thông báo cho bên vi phạm về việc áp dụng chế tài BTHĐHĐ và thông báo phải được thực hiện trong một thời hạn hợp lý từ khi bên bị vi phạm biết hoặc buộc phải biết vi phạm của bên kia.

4.2 Áp dụng biện pháp buộc thực hiện đúng hợp đồng trên cơ sở cân bằng lợi ích của các bên

Các đề xuất ở Phần 4.1 tạo cơ sở để sàng lọc việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ, theo đó giới hạn các trường hợp không áp dụng biện pháp này. Tiếp theo đó, nếu có căn cứ áp dụng biện pháp BTHĐHĐ, Phần này đề xuất các khuyến nghị để áp dụng biện pháp này một cách hiệu quả, trên cơ sở cân bằng lợi ích của các bên.

4.2.1 Mở rộng quyền được thực hiện hợp đồng của bên vi phạm

Trên cơ sở cân bằng và đối ứng về lợi ích, quyền được thực hiện hợp đồng cần được tạo lập từ cả hai phía. Theo đó, biện pháp BTHĐHĐ được áp dụng theo yêu cầu của bên bị vi phạm hướng đến việc bảo vệ lợi ích có được khi chính nghĩa vụ hợp đồng được thực hiện ở mức cao nhất. Trong khi đó, với tính chất là một quyền đối ứng, quyền được khắc phục sau vi phạm của bên vi phạm cũng cần được ghi nhận, tạo cơ sở cho bên vi phạm được khắc phục vi phạm theo mong muốn của chính bên này (chứ không phải do yêu cầu của bên bị vi phạm).

Nếu như CISG quy định quyền khắc phục khiếm khuyết hàng hóa của bên bán sau vi phạm (Điều 48 CISG) và đặt trong tương quan với quy định về áp dụng biện pháp BTHĐHĐ (Điều 46 CISG) nhằm hướng đến cân bằng lợi ích của các bên, thì mối tương quan như vậy không được tìm thấy trong Luật Thương mại 2005. Nếu chỉ dựa vào Điều 297 Luật Thương mại 2005 thì bên bị vi phạm có thể áp dụng chế tài BTHĐHĐ theo các cách khác nhau và việc áp dụng theo cách nào là quyền của bên bị vi phạm.

Trong khi đó, như đã đề cập, theo CISG, bên vi phạm có thể chọn khắc phục theo cách phù hợp nhất, hạn chế thấp nhất các chi phí bất lợi, miễn sao hệ quả cuối cùng vẫn là hợp đồng được thực hiện đúng và thông qua đó, bên bị vi phạm đạt

được mục đích của việc giao kết hợp đồng²⁸². Bằng cách ràng buộc quyền yêu cầu BTHĐHĐ trong tương quan với quyền khắc phục sau vi phạm, mục đích của CISG là tạo cơ sở cho việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ theo hướng cân bằng lợi ích của các bên trong hợp đồng.

Trên cơ sở đó, Luật Thương mại 2005 có thể tiếp cận theo cách thức này – tạo lập quyền khắc phục sau vi phạm cho bên vi phạm. Vấn đề là quyền khắc phục sau vi phạm được tạo lập theo cơ chế nào, bởi lẽ việc thực hiện quyền này của bên vi phạm phụ thuộc vào quyền hủy bỏ hợp đồng của bên bị vi phạm.

Dựa trên các phân tích về cơ chế khắc phục vi phạm (default regime) và cơ chế đánh giá khả năng có thể khắc phục được khiếm khuyết (curability regime)²⁸³, việc tạo lập quyền khắc phục sau vi phạm của bên vi phạm nên theo cơ chế khắc phục vi phạm (default regime). Theo đó, bên bị vi phạm ấn định thời hạn để bên vi phạm khắc phục khiếm khuyết, nếu thời hạn ấn định kết thúc mà khiếm khuyết không được khắc phục thì bên bị vi phạm có quyền hủy bỏ hợp đồng. Việc ấn định thời hạn theo cơ chế khắc phục (default regime) phát sinh từ việc bên vi phạm thực hiện quyền khắc phục sau vi phạm, do vậy cần phải phân biệt với việc ấn định thời hạn để bên vi phạm khắc phục khiếm khuyết trong trường hợp bên bị vi phạm áp dụng biện pháp BTHĐHĐ (cơ chế Nachfrist theo Điều 47 CISG và Điều 298 Luật Thương mại 2005).

Đồng thời, để bảo vệ lợi ích của bên bị vi phạm, việc quy định về quyền khắc phục sau vi phạm phải gắn với các điều kiện nghiêm ngặt, bởi lẽ bên thực hiện quyền khắc phục sau vi phạm là bên đã vi phạm hợp đồng trước tiên. Về vấn đề này, cách thức quy định của CISG có thể được tiếp nhận, theo đó điều kiện để khắc phục sau vi phạm là “bên vi phạm phải hành động trong thời hạn không chậm trễ, không gây trở ngại bất hợp lý cho bên bị vi phạm và không gây ra bất cứ điều gì cho thấy bên vi phạm sẽ không bồi hoàn các chi phí do bên bị vi phạm đã ứng trước”.

4.2.2 Cách thức áp dụng biện pháp buộc thực hiện đúng hợp đồng trên cơ sở cân bằng lợi ích của các bên

Nếu có căn cứ áp dụng biện pháp BTHĐHĐ, vấn đề pháp lý được đặt ra là việc áp dụng theo cách thức nào thì phù hợp để bảo vệ lợi ích hợp pháp của các bên. Theo đó, BTHĐHĐ có thể được thực hiện theo hai cách thức cơ bản sau: (i)

²⁸² Như đã phân tích, quyền khắc phục sau vi phạm theo Điều 48 CISG cần được phân biệt với cơ chế Nachfrist theo Điều 47 CISG. Cơ chế Nachfrist không được khởi tạo từ quyền được khắc phục sau vi phạm của bên bán (bên vi phạm), mà được áp dụng theo ý chí của bên mua (bên bị vi phạm). Điều 298 Luật Thương mại 2005 có quy định tương tự như Điều 47 CISG, do vậy không phải là cơ sở tạo lập quyền khắc phục sau vi phạm cho bên vi phạm.

²⁸³ Xem các phân tích tại Phần 3.1.2 của luận án.

BTHĐHĐ bằng cách yêu cầu bên vi phạm thực hiện nghĩa vụ (và gia hạn thời hạn hợp lý để thực hiện); hoặc (ii) dùng các biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện (và bên vi phạm phải chịu chi phí phát sinh). Phần này đề xuất các sửa đổi theo hướng thứ tự áp dụng các cách thức BTHĐHĐ tùy thuộc vào các điều kiện cụ thể của giao dịch và bên bị vi phạm được tự quyết định cách thức nào là phù hợp (miễn là bên bị vi phạm thông báo cho bên vi phạm biết trong thời hạn hợp lý từ khi biết hoặc buộc phải biết hành vi vi phạm của bên kia).

Bên cạnh đó, trong trường hợp BTHĐHĐ theo cách thức dùng các biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện, thì yếu tố hợp lý khi xác định khoản tiền mà bên vi phạm phải trả cũng cần được giải thích phù hợp. Trong phần này, các nội dung được đề cập trên cơ sở phân tích thực tiễn thực hiện các quy định liên quan của Luật Thương mại 2005, từ đó góp phần giải thích các quy định này phù hợp với nền tảng lý thuyết về BTHĐHĐ.

4.2.2.1 Thứ tự áp dụng biện pháp buộc thực hiện đúng hợp đồng

Về cách thức áp dụng biện pháp BTHĐHĐ, Luật Thương mại 2005 đã quy định cụ thể thứ tự áp dụng như sau:

Điều 297(2) Luật Thương mại 2005 quy định cách thức thứ nhất, theo đó “trường hợp bên vi phạm giao thiếu hàng hoặc cung ứng dịch vụ không đúng hợp đồng thì phải giao đủ hàng hoặc cung ứng dịch vụ theo đúng thỏa thuận trong hợp đồng. Trường hợp bên vi phạm giao hàng hoá, cung ứng dịch vụ kém chất lượng thì phải loại trừ khuyết tật của hàng hoá, thiếu sót của dịch vụ hoặc giao hàng khác thay thế, cung ứng dịch vụ theo đúng hợp đồng. Bên vi phạm không được dùng tiền hoặc hàng khác chủng loại, loại dịch vụ khác để thay thế nếu không được sự chấp thuận của bên bị vi phạm”.

Nối tiếp với quy định trên, Điều 297(3) Luật Thương mại 2005 đã cụ thể cách thức thứ hai, theo đó trong trường hợp bên vi phạm không thực hiện theo quy định tại Điều 297(2) Luật Thương mại 2005 thì “bên bị vi phạm có quyền mua hàng, nhận cung ứng dịch vụ của người khác để thay thế theo đúng loại hàng hoá, dịch vụ ghi trong hợp đồng và bên vi phạm phải trả khoản tiền chênh lệch và các chi phí liên quan nếu có; có quyền tự sửa chữa khuyết tật của hàng hoá, thiếu sót của dịch vụ và bên vi phạm phải trả các chi phí thực tế hợp lý”.

Về thứ tự áp dụng giữa cách thức thứ nhất và cách thức thứ hai, theo quy định tại Điều 297(2) và Điều 297(3) Luật Thương mại 2005, đối với hợp đồng MBHH và hợp đồng cung ứng dịch vụ thì bên bị vi phạm khi áp dụng chế tài BTHĐHĐ phải theo thứ tự áp dụng như sau: trong trường hợp bên vi phạm không thực hiện đúng hợp đồng theo cách thức thứ nhất thì bên bị vi phạm có quyền áp dụng

cách thứ hai. Tuy nhiên, thứ tự áp dụng bắt buộc như vậy sẽ không phù hợp nếu hoàn cảnh cụ thể cho thấy rõ ràng bên vi phạm không có thiện chí hoặc không có khả năng thực hiện đúng hợp đồng²⁸⁴, hoặc tùy thuộc vào điều kiện cụ thể của giao dịch mà bên bị vi phạm quyết định cách thức áp dụng phù hợp.

Về vấn đề này, quy định tương ứng của CISG (Điều 46 CISG và Điều 62 CISG) không đặt ra yêu cầu về việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ theo thứ tự như vậy. Thay vào đó, việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ (bằng cách gia hạn thời hạn hợp lý để bên vi phạm thực hiện nghĩa vụ hay bằng cách dùng các biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện) tùy thuộc vào các điều kiện cụ thể của giao dịch.

Nếu hàng hóa là hàng cùng loại, có thể mua thay thế trên thị trường thì nếu xét thấy cần thiết và nhằm hạn chế tổn thất, bên bị vi phạm có thể mua hàng thay thế từ bên thứ ba và yêu cầu bên vi phạm trả khoản tiền chênh lệch (mà không nhất thiết phải gia hạn thời hạn để bên bán giao hàng).

Nếu đối tượng của hợp đồng cũng là hàng cùng loại, có thể mua thay thế trên thị trường, nhưng hợp đồng của các bên là hợp đồng phân phối – cung ứng (có thời hạn dài so với hợp đồng chỉ mua bán một lô hàng cụ thể trong một thời hạn xác định) thì việc buộc thực hiện hợp đồng theo cách thứ nhất lại phù hợp hơn. Bởi lẽ, đối tượng của hợp đồng cần được xét đến không chỉ được tách biệt là hàng hóa cùng loại, có thể mua thay thế trên thị trường, mà cần được xác định là hàng hóa gắn với các điều kiện mua bán được duy trì trong suốt một thời hạn kéo dài theo thỏa thuận của các bên. Do đó, nếu điều kiện thị trường thay đổi và nhiều khả năng bên mua không tìm được một đối tác giao kết một hợp đồng như hợp đồng mà bên mua đã giao kết với bên bán thì việc yêu cầu bên bán thực hiện đúng hợp đồng là phù hợp. Bên mua cũng có quyền yêu cầu bên bán thực hiện đúng hợp đồng nếu hàng hóa là hàng cùng loại, nhưng không có sẵn trên thị trường (do nguồn cung hạn chế).

Ngược lại, từ góc độ của bên bán, nếu bên mua vi phạm nghĩa vụ nhận hàng (hàng cùng loại) thì bên bán có thể bán lại hàng hóa cho bên thứ ba và yêu cầu bên mua hoàn trả phần tiền chênh lệch và chi phí liên quan (trong trường hợp giá bán lại hàng hóa thấp hơn giá do các bên thỏa thuận trong hợp đồng).

Nếu hàng hóa là hàng đặc định, có sự khác biệt, không phải là hàng hóa cùng loại thì việc buộc bên bán thực hiện đúng hợp đồng mới có thể bảo đảm quyền lợi chính đáng của bên mua, phù hợp với mục đích hợp đồng mà bên mua mong muốn. Tương tự, nếu bên mua vi phạm nghĩa vụ nhận hàng (hàng đặc định hoặc hàng được

²⁸⁴ Tham khảo Trường Đại học Luật TP.HCM (2017), Giáo trình Pháp luật về thương mại hàng hóa và dịch vụ, NXB Hồng Đức – Hội Luật gia Việt Nam, tr.456.

sản xuất theo mục đích sử dụng riêng của bên mua, mà không thể bán cho bên thứ ba) thì bên bán có quyền yêu cầu bên mua nhận hàng theo thỏa thuận.

Trong vụ án kinh doanh, thương mại về tranh chấp hợp đồng mua bán giữa nguyên đơn (bên bán) là Công ty TNHH Thương mại và Dịch vụ Kỹ Thuật Minh Giao và bị đơn (bên mua) là Công ty cổ phần Dịch vụ và Kỹ thuật cơ điện lạnh R.E.E²⁸⁵, Tòa án đã nhận định rằng: “Mặc dù trong hợp đồng không có điều khoản nào quy định về việc buộc bên mua phải nhận hàng trong các điều kiện cụ thể, nhưng hàng mà nguyên đơn sản xuất để cung cấp lắp đặt cho công trình theo hợp đồng là theo đơn đặt hàng của bị đơn, để lắp đặt cho công trình cụ thể là Dự án công trình cao ốc Sài Gòn M&C. Do đó, nó được sản xuất theo công suất vận hành của công trình đã được chỉ định. Vậy, cũng xem như hàng đặc chủng, không thể lắp ráp và vận hành cho công trình nào khác”.

Trên cơ sở đó, Tòa án ra phán quyết buộc bị đơn phải tiếp tục thực hiện hợp đồng (nhận hàng và thanh toán tiền hàng cho nguyên đơn). Việc buộc bên mua nhận hàng theo thỏa thuận trong trường hợp này là phù hợp; tuy nhiên, Tòa án chỉ lập luận như trên mà không viện dẫn căn cứ pháp lý trong phần quyết định áp dụng chế tài BTHĐHĐ. Trong trường hợp này, căn cứ pháp lý cần được đề cập là Điều 297(5) Luật Thương mại 2005, theo đó bên bán có quyền yêu cầu bên mua thực hiện nghĩa vụ trả tiền, nhận hàng được quy định trong hợp đồng.

Cách tiếp cận tương tự cũng được áp dụng đối với hợp đồng cung ứng dịch vụ. Theo đó, nếu đối tượng của hợp đồng là loại dịch vụ đặc thù và phải bắt buộc do chính bên cung ứng dịch vụ thực hiện thì việc buộc chính bên có nghĩa vụ thực hiện hợp đồng là phù hợp. Tuy nhiên, nếu đối tượng của hợp đồng là loại dịch vụ có thể được cung ứng bởi bên thứ ba, thì tùy vào điều kiện hoàn cảnh cụ thể của giao dịch, bên bị vi phạm có thể quyết định thuê bên thứ ba thực hiện.

Tóm lại, về thứ tự ưu tiên áp dụng các cách thức BTHĐHĐ, Luật Thương mại 2005 cần quy định theo hướng bên bị vi phạm có quyền tự quyết định cách thức áp dụng nào là phù hợp tùy thuộc vào các điều kiện cụ thể của giao dịch (bản chất của hàng hóa, bản chất của hợp đồng, điều kiện thị trường và tính chất của vi phạm), miễn là bên bị vi phạm thông báo cho bên vi phạm biết trong thời hạn hợp lý sau khi biết hoặc buộc phải biết hành vi vi phạm của bên kia.

Do vậy, cụm từ “trong trường hợp bên vi phạm không thực hiện theo quy định tại khoản 2 Điều này” tại Điều 297(3) Luật Thương mại 2005 cần được thay bằng cụm từ “tùy thuộc vào các điều kiện cụ thể của giao dịch”, theo đó “Tùy thuộc

²⁸⁵ Tham khảo Bản án 39/2015/KDTM-PT ngày 14/10/2015 của Tòa án nhân dân Cấp cao tại Thành phố Hồ Chí Minh về tranh chấp hợp đồng MBHH.

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

4.2.2.2 Tính hợp lý khi xác định khoản tiền phải trả cho bên bị vi phạm trong trường hợp dùng các biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện

Theo Điều 297(3) Luật Thương mại 2005, nếu bên bị vi phạm chọn áp dụng biện pháp BTHĐHĐ theo cách thức dùng các biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện thì bên vi phạm phải trả các chi phí thực tế hợp lý.

Để có thể buộc bên vi phạm hoàn lại các chi phí phát sinh, bên bị vi phạm phải chứng minh được chi phí này là hợp lý và việc thực hiện giao dịch thay thế trên cơ sở nguyên tắc thiện chí khi thực hiện hợp đồng.

Yêu cầu về yếu tố hợp lý được đặt ra, bởi lẽ bên vi phạm có thể lập luận rằng: (i) bên bị vi phạm đã mua hàng thay thế (hoặc thuê bên thứ ba thực hiện dịch vụ) với giá quá cao hoặc (ii) hàng hóa/dịch vụ trong giao dịch thay thế tốt hơn so với đối tượng được thỏa thuận trong hợp đồng ban đầu; trong khi đó nếu nghiên cứu và tìm kiếm một cách cẩn trọng hơn, bên bị vi phạm có thể mua được hàng cùng loại ((hoặc thuê bên thứ ba thực hiện dịch vụ tương tự) với giá thấp hơn hoặc có thể giao dịch được đúng loại đối tượng thỏa thuận trong hợp đồng.

Do vậy, việc đánh giá tính hợp lý không chỉ dựa trên kết quả cuối cùng (mức giá thực tế trong giao dịch thay thế hoặc tính chất “cùng loại” của hàng hóa/dịch vụ được thay thế); mà thực chất còn dựa trên tính hợp lý của việc tìm kiếm giao dịch thay thế. Điều này có nghĩa là, nếu thực tế bên vi phạm có thể chứng minh rằng việc nghiên cứu và tìm kiếm một cách cẩn trọng hơn có thể dẫn đến hệ quả mua được hàng cùng loại (hoặc thuê bên thứ ba thực hiện dịch vụ tương tự) với giá thấp hơn thì cũng không có nghĩa là chi phí phát sinh của bên bị vi phạm không hợp lý. Bởi lẽ, nếu như việc tìm kiếm giao dịch thay thế đã được bên bị vi phạm thực hiện một cách hợp lý thì kết quả (mức giá thực tế trong giao dịch thay thế) phải được chấp nhận, cho dù đó không hẳn là mức giá tốt nhất. Vì việc nghiên cứu, tìm kiếm làm phát sinh chi phí (việc mở rộng phạm vi và mức độ tìm kiếm tương ứng với việc gia tăng chi phí), nên về nguyên tắc, việc nghiên cứu, tìm kiếm giao dịch thay thế cũng chỉ giới hạn ở mức mà theo đó lợi ích đạt được (khi tìm được một giao dịch thay thế

có giá thấp hơn) không được thấp hơn chi phí ước tính cho việc nghiên cứu và tìm kiếm²⁸⁶.

Mặt khác, nếu việc thực hiện giao dịch thay thế đem lại cho bên bị vi phạm lợi ích nhiều hơn so với trường hợp hợp đồng được thực hiện đúng thì phần lợi ích vượt quá được trừ vào chi phí mà bên vi phạm phải hoàn lại. Vậy nên, khi buộc bên vi phạm phải trả các chi phí phát sinh thì bên bị vi phạm cần chứng minh đó là chi phí thực tế hợp lý. Tính hợp lý được thể hiện qua việc nghiên cứu, tìm kiếm giao dịch thay thế của bên này; cũng như việc quyết định thực hiện giao dịch thay thế dựa trên nguyên tắc thiện chí (the test of proper cover)²⁸⁷. Như vậy, yêu cầu về tính hợp lý khi xác định khoản tiền phải trả cho bên bị vi phạm, từ một góc độ nhất định, thể hiện việc bảo vệ quyền của bên vi phạm, hướng đến một giao dịch công bằng và cân bằng lợi ích của các bên.

Trong một vụ án kinh doanh thương mại về tranh chấp hợp đồng MBHH giữa nguyên đơn (bên mua – Công ty TNHH Cao su T) và bị đơn (bên bán – Công ty cổ phần Cao su N)²⁸⁸, một trong những vấn đề pháp lý đặt ra là việc xác định chi phí thực tế hợp lý mà bên bán (bên vi phạm) phải trả cho bên mua (bên bị vi phạm). Theo đó, từ ngày 26/8/2016 đến ngày 20/10/2016, các bên ký kết 11 hợp đồng mua bán mủ cao su. Tổng số lượng hàng hóa mua bán của 11 hợp đồng là 1.150,8 tấn cao su, gồm: 420 tấn cao su tự nhiên SVR 10; 315 tấn cao su tự nhiên SVR 3L; 315 tấn cao su hỗn hợp SVR 3L; 100,8 tấn cao su SVR CV60. Tổng giá trị của 11 hợp đồng là 36.963.738.000 đồng (đã bao gồm thuế giá trị gia tăng). Hợp đồng còn quy định rõ địa điểm giao hàng, tiền ứng trước, thời gian giao hàng từ ngày 19/9/2016 đến ngày 31/12/2016 và các điều khoản khác.

Thực hiện hợp đồng, bên mua đã thanh toán tiền ứng trước cho bên bán theo từng hợp đồng, với mức 10% hoặc 30% giá trị của hợp đồng tùy thuộc vào thỏa thuận trong từng hợp đồng cụ thể. Tuy nhiên, bên bán chỉ giao cho bên mua 42 tấn/105 tấn hàng của hợp đồng số 158.2016/HĐKT ngày 28/9/2016 (tương đương với 1.314.180.000 đồng); tổng số lượng hàng hóa còn lại của 11 hợp đồng chưa giao là 1.108,8 tấn, gồm: 100,8 tấn SVR CV60; 588 tấn SVR 3L; 420 tấn SVR10.

Quá thời hạn giao hàng tương ứng với 11 hợp đồng nêu trên, bên bán không giao hàng cho bên mua như đã thỏa thuận mặc dù bên mua đã nhiều lần yêu cầu giao hàng và chứng minh được hàng hóa vẫn còn trong kho của bên bán. Khi bên

²⁸⁶ Tham khảo Melvin A. Eisenberg (2005), (tłđđ), tr. 1044 – 1045.

²⁸⁷ Tham khảo Melvin A. Eisenberg (2005), (tłđđ), tr. 1046.

²⁸⁸ Tham khảo Bản án 08/2017/KDTM-PT ngày 08/12/2017 của Tòa án nhân dân tỉnh Tây Ninh về tranh chấp hợp đồng MBHH.

bán không giao hàng, bên mua đã thương lượng với bên bán về việc hỗ trợ thêm về giá cho bên bán nhưng vẫn không được nhận hàng.

Để đảm bảo thực hiện các hợp đồng MBHH quốc tế mà bên mua ký kết với các bên thứ ba, bên mua đã phải (i) mua hàng thay thế từ các bên khác (phát sinh chênh lệch giá giữa giá mua hàng hóa thay thế và giá của hàng hóa theo 11 hợp đồng mua bán giữa các bên) và (ii) tự sản xuất hàng hóa (phát sinh chi phí sản xuất) để bù đắp số lượng hàng hóa bị thiếu hụt.

Trong số các yêu cầu khởi kiện của bên mua, bên mua buộc bên bán hoàn trả khoản tiền chênh lệch do phải (i) mua hàng thay thế từ các bên khác và (ii) tự sản xuất hàng hóa để bù đắp số lượng hàng hóa bị thiếu hụt, đảm bảo thực hiện các hợp đồng MBHH quốc tế mà bên mua ký kết với các bên thứ ba.

Liên quan đến khoản chênh lệch phải trả cho bên mua, bên bán cho rằng hợp đồng mua bán mà bên mua ký với các bên thứ ba sau thời điểm ký các hợp đồng với bên bán; bên mua bán cho các bên thứ ba không cùng loại cao su đã mua từ bên bán (không xác định rõ loại cao su tự nhiên hay hỗn hợp, chỉ ghi là cao su SVR 10, SCR 3L); tại thời điểm giao kết 11 hợp đồng, bên bán không biết bên mua mua hàng từ bên bán để bán cho chủ thể nào. Bên bán không có ý kiến phản đối về giá mua cao su mà bên mua đã mua của các doanh nghiệp trong nước khác nhưng không đồng ý với giá mua SVR CV 60 tự sản xuất vì cho rằng giá mà bên mua tự sản xuất cao hơn giá bán lại cho các bên thứ ba.

Trong phần nhận định của Tòa án, nhiều vấn đề pháp lý được đề cập, tuy nhiên trong phần phân tích này, chỉ tập trung đề cập đến các nhận định liên quan đến yêu cầu thanh toán phần chênh lệch của bên mua. Tòa án đã không chấp nhận lập luận của bên bán bởi các lý do sau:

- Về chủng loại hàng hóa mà bên mua mua của bên bán là cao su tự nhiên SVR10; CV60; SVR3L; SVR CV60; còn bán cho các bên thứ ba là cao su tự nhiên và có một phần cao su hỗn hợp SVR10, SBR1502. Thỏa thuận trong hợp đồng bán lại với các bên thứ ba xác định hàng hóa là “cao su tự nhiên SVR10/SVR3L không thông qua máy nghiền sơ bộ, chỉ thêm 1% cao su tổng hợp SBR1502 trên bề mặt của toàn bộ sản phẩm”, nên việc bên mua chỉ mua cao su tự nhiên từ các đối tác trong nước rồi gia công bán cho các bên thứ ba (đối tác nước ngoài) là phù hợp. Theo bên mua, để có cao su hỗn hợp, bên mua đã nhập cao su tổng hợp SBR1502 từ nước ngoài về để tự sản xuất cao su hỗn hợp hoặc mua cao su tự nhiên của các đơn vị trong nước về gia công pha trộn thêm cao su tổng hợp SBR1502 thành cao su hỗn hợp nhằm cung cấp hàng hóa cao su hỗn hợp cho kế hoạch xuất khẩu. Việc bên mua chứng minh sự tương ứng về chủng loại hàng mua của bên bán với hàng bán cho các đối tác nước ngoài đã được

thể hiện ngoài việc bên mua bán cao su tự nhiên thì bên mua còn gia công, sản xuất ra loại cao su hỗn hợp khác để xuất khẩu là có căn cứ. Đây là hoạt động bình thường và tất yếu của việc sản xuất và mua bán mặt hàng mủ cao su hiện nay của doanh nghiệp xuất khẩu mủ cao su.

- Về sự tương ứng thời gian giao hàng mà bên mua mua của bên bán và thời gian giao hàng mà bên mua bán cho các đối tác nước ngoài: Tòa án cho rằng bên mua đã cung cấp các hợp đồng xuất khẩu thể hiện thời gian xuất hàng tương ứng với thời gian nhận hàng từ bên bán.

- Về sự tương ứng (a) số lượng hàng mua của bên bán và (b) số lượng hàng hóa bán cho các đối tác nước ngoài: Tòa án đã xác định số lượng hàng hóa thực tế giao nhận thông các hợp đồng ký kết với Công ty N. Nếu so sánh với tổng số lượng hàng hóa mà bên mua xuất khẩu theo các hợp đồng xuất khẩu thì bên mua phải mua thêm và tự sản xuất thêm để bù đắp cho số lượng hàng hóa bị thiếu hụt nhằm đảm bảo số lượng hàng hóa xuất khẩu cho các đối tác nước ngoài. Hàng hóa mua bán giữa bên mua và bên bán là mua cao su tự nhiên; khi mua về có thể xuất khẩu ngay mà không cần gia công, chế biến lại hoặc phải gia công, chế biến lại để làm tăng giá trị sản phẩm hoặc bán theo đơn hàng đã đặt. Việc phải gia công lại nên sản phẩm đầu vào và đầu ra có thể khác nhau kể cả về chủng loại và thời gian. Các hàng hóa xuất khẩu đa dạng về chủng loại do đã gia công thành cao su tổng hợp; cho nên đòi hỏi sự chính xác tuyệt đối từng mặt hàng, từng thời điểm giữa hợp đồng xuất khẩu với hợp đồng ký với bên bán là không đúng với hoạt động kinh doanh và không thực tế.

- Về giá thành tự sản xuất mủ cao su SVR CV60 và thực tế xuất khẩu mặt hàng này: Do không mua được mủ cao su SVR CV60 từ các đơn vị khác trong nước để thay thế, nên bên mua đã phải tự mua nguyên liệu để sản xuất bù đắp cho số lượng 100,8 tấn mủ cao su SVR CV60 bị thiếu hụt, với giá thành sản xuất là 49.840.500 VNĐ/tấn. Về cách tính giá thành sản phẩm SVR CV60 do bên mua tự sản xuất, Tòa án nhận thấy: Theo Báo cáo của Tập đoàn công nghiệp cao su Việt Nam ngày 21/11/2016 thể hiện giá hàng rời không palet bán nội địa giao tại kho đối với SVR CV60, giá sàn lần thứ 18 (ngày 11/11/2016) là 37.500.000 đồng/tấn, trùng với ngày xuất hàng 60,48 tấn SVR CV60 cho hợp đồng xuất khẩu số 006/16/TLI-GUZ; giá sàn lần thứ 19 (ngày 16/11/2016) là 38.000.000 đồng/tấn, trùng với ngày xuất hàng 40,32 tấn SVR CV60 cho hợp đồng xuất khẩu số 67145. Nếu áp dụng theo giá sàn này thì giá sản xuất 100,8 tấn SVR CV 60 của bên mua sẽ là:

(a) 60,48 tấn x 37.500.000 đồng/tấn = 2.268.000.000 đồng;

(b) 40,32 tấn x 38.000.000 đồng/tấn = 1.532.160.000 đồng.

Tổng cộng (a) + (b) = 3.800.160.000 đồng.

So với giá sản xuất SVR CV60 do bên mua đưa ra là: $100,8 \text{ tấn} \times 49.840.500 \text{ đồng/tấn} = 5.023.922.400 \text{ đồng}$, thì giá do bên mua đưa ra cao hơn: $1.223.762.400 \text{ đồng}$. Do giá của cao su SVR CV60 mà bên mua tự sản xuất cao hơn giá sản nên nên lấy giá sản của Tập đoàn công nghiệp cao su Việt Nam cùng thời điểm làm căn cứ mới đảm bảo khách quan và công bằng cho các bên. Trên cơ sở đó, yêu cầu liên quan đến khoản tiền chênh lệch không được Tòa án chấp nhận tương ứng với số tiền là $1.223.762.400 \text{ đồng}$.

Như vậy, Tòa án đã nhận thấy giá tự sản xuất hàng hóa của bên mua cao quá mức so với giá thị trường của hàng hóa vào thời điểm tương ứng. Dù chi phí này là có thực nhưng Tòa án vẫn nhận thấy nếu áp dụng mức này thì không đảm bảo “khách quan và công bằng cho các bên”. Bằng việc xác định lại giá thành sản xuất của bên mua dựa trên mức giá tham khảo hợp lý (giá sản đối với hàng rời không palet bán nội địa giao tại kho đối với SVR CV60 của Tập đoàn công nghiệp cao su Việt Nam), Tòa án đã xem xét vấn đề dựa trên yếu tố hợp lý.

Trong trường hợp này, bên mua đã ký kết các hợp đồng bán lại với bên thứ ba và đồng thời cũng đã thực hiện các biện pháp khác để đảm bảo có được hàng hóa (mua thay thế hoặc tự sản xuất) thì bên mua có quyền yêu cầu bên bán hoàn trả phần chênh lệch giữa giá hàng hóa theo hợp đồng mua bán và giá mua hàng hóa thay thế hoặc chi phí tự sản xuất hàng hóa. Nếu áp dụng Điều 297(3) Luật Thương mại 2005 thì chi phí phát sinh mà bên vi phạm phải chịu là các chi phí thực tế hợp lý. Bằng việc quy định “chi phí thực tế hợp lý”, mà không phải chỉ là “chi phí thực tế”, pháp luật đã hướng đến giới hạn trách nhiệm ở mức hợp lý, có tính đến yếu tố cân bằng lợi ích của các bên trong hợp đồng.

Tóm lại, quy định về “chi phí thực tế hợp lý” là cơ sở để cơ quan giải quyết tranh chấp cân nhắc việc chấp nhận khoản tiền mà bên vi phạm phải trả cho bên bị vi phạm trong trường hợp dùng các biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện. Chi phí này chịu sự tác động của nhiều yếu tố, trong đó có tính đến việc nghiên cứu, tìm kiếm giao dịch thay thế, mức giá thị trường của đối tượng vào thời điểm thực hiện giao dịch thay thế và việc thực hiện giao dịch này trên nguyên tắc thiện chí. Do vậy, cơ quan giải quyết tranh chấp khi xác định “chi phí thực tế hợp lý” cần cân nhắc đến các yếu tố này.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 4

Chương 4 của luận án đề xuất các giải pháp cho hai vấn đề cơ bản đặt ra từ thực tiễn pháp lý của Việt Nam: (i) thứ nhất, xác định ranh giới đối với các trường hợp áp dụng và các trường hợp không áp dụng biện pháp BTHĐHĐ (giới hạn phạm vi áp dụng); và (ii) thứ hai, cách thức áp dụng biện pháp BTHĐHĐ theo hướng gắn kết với mục tiêu cân bằng lợi ích của các bên. Thông qua việc nghiên cứu các vấn đề pháp lý phát sinh tương tự khi áp dụng biện pháp BTHĐHĐ theo Luật Thương mại 2005, đối chiếu với thực tiễn tài phán ở Việt Nam, trên cơ sở các kinh nghiệm pháp lý tiếp nhận từ CISG, Chương này đồng thời đề xuất các giải pháp sửa đổi, bổ sung Luật Thương mại 2005 liên quan đến chế tài BTHĐHĐ. Cụ thể:

1. Biện pháp BTHĐHĐ không được áp dụng nếu (a) việc BTHĐHĐ gây ra chi phí bất hợp lý (hoặc gây thiệt hại quá mức) cho bên vi phạm; hoặc (b) bên bị vi phạm lạm dụng việc thực hiện quyền để đẩy bên vi phạm vào tình trạng xấu hơn khi thực hiện hợp đồng, thông qua hành vi trì hoãn để thăm dò thị trường và dòn rủi ro cho bên vi phạm. Trên cơ sở đó, cần bổ sung các quy định cụ thể trong Luật Thương mại 2005: một là, chế tài BTHĐHĐ không được áp dụng nếu việc thực hiện hợp đồng gây ra chi phí bất hợp lý cho bên vi phạm; và hai là, bên bị vi phạm phải thông báo cho bên vi phạm về việc áp dụng chế tài BTHĐHĐ trong một thời hạn hợp lý từ khi bên bị vi phạm biết hoặc buộc phải biết vi phạm của bên kia.

2. Luật Thương mại 2005 cần quy định theo hướng bổ sung quyền khắc phục sau vi phạm cho bên bị vi phạm, dựa trên cơ chế khắc phục vi phạm (default regime). Theo đó, việc khắc phục vi phạm là do mong muốn của bên bị vi phạm. Trên cơ sở đó, bên bị vi phạm ấn định thời hạn hợp lý để bên vi phạm khắc phục khiếm khuyết, nếu thời hạn ấn định kết thúc mà khiếm khuyết không được khắc phục thì bên bị vi phạm có quyền hủy bỏ hợp đồng.

3. Về thứ tự ưu tiên áp dụng các cách thức BTHĐHĐ, Luật Thương mại 2005 cũng cần quy định theo hướng bên bị vi phạm có quyền tự quyết định cách thức áp dụng nào là phù hợp, tùy thuộc vào các điều kiện cụ thể của giao dịch (bản chất của hàng hóa, dịch vụ, bản chất của hợp đồng, điều kiện thị trường và tính chất của vi phạm), miễn là bên bị vi phạm thông báo cho bên vi phạm biết trong thời hạn hợp lý sau khi biết hoặc buộc phải biết hành vi vi phạm của bên kia.

4. Về việc xác định chi phí thực tế hợp lý với tính chất là khoản tiền mà bên bị vi phạm phải trả cho bên bị vi phạm trong trường hợp dùng các biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện, cơ quan giải quyết tranh chấp cần cân nhắc đến nhiều yếu tố, trong đó có tính đến việc nghiên cứu, tìm kiếm giao dịch thay thế, mức giá thị trường của đối tượng vào thời điểm thực hiện giao dịch thay thế và việc thực hiện giao dịch này trên nguyên tắc thiện chí (the test of proper cover).

KẾT LUẬN

Việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ theo CISG đặt ra yêu cầu phải hiểu rõ bản chất pháp lý của biện pháp này cũng như nền tảng lý thuyết mà dựa trên đó, các quy định cụ thể của CISG về BTHĐHĐ được xây dựng.

Theo kết quả nghiên cứu từ luận án, BTHĐHĐ theo CISG là biện pháp khắc phục mà bên bị vi phạm có quyền áp dụng để có được đối tượng mà bên này hướng đến khi xác lập hợp đồng, bằng cách yêu cầu bên vi phạm thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng hoặc dùng biện pháp để hợp đồng được thực hiện.

Thông qua việc nghiên cứu cụ thể về biện pháp BTHĐHĐ theo CISG, cả về lý luận và thực tiễn, có thể kết luận rằng: BTHĐHĐ theo CISG là biện pháp khắc phục vi phạm mà có thể bảo vệ toàn vẹn lợi ích mà các bên mong đợi từ việc hợp đồng được thực hiện đúng. Theo đó, biện pháp này dựa trên triết lý hướng các bên đến việc thực hiện hợp đồng theo cách thức hiệu quả nhất. Do vậy, việc áp dụng biện pháp BTHĐHĐ phải gắn với hai yếu tố: (a) bảo vệ lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện; và (b) bảo đảm yếu tố hiệu quả và cân bằng lợi ích của các bên.

Trên cơ sở đặt trọng tâm vào yếu tố (a) bảo vệ lợi ích có được từ việc hợp đồng được thực hiện, biện pháp BTHĐHĐ theo CISG mang bản chất pháp lý của nhóm biện pháp hướng đến việc thực hiện hợp đồng. Tính chất “hướng đến việc thực hiện hợp đồng” được phản ánh ở mức độ cao nhất có thể trong các quy định của CISG về BTHĐHĐ, mà tiêu biểu là quy định về quyền khắc phục sau vi phạm của bên vi phạm – cơ sở để tạo lập sự đối ứng và cân bằng về quyền được thực hiện hợp đồng.

Cùng với đó, BTHĐHĐ theo CISG cũng phải gắn với yếu tố (b) bảo đảm tính hiệu quả trong thực hiện hợp đồng và cân bằng lợi ích của các bên. Điều này được thể hiện thông qua việc đặt ra một giới hạn phù hợp đối với việc áp dụng biện pháp này. Theo đó, việc BTHĐHĐ không được dẫn đến hậu quả gây thiệt hại quá mức cho bên vi phạm một cách bất hợp lý hoặc không lạm dụng việc thực hiện quyền BTHĐHĐ để đẩy một bên vào tình trạng xấu hơn khi thực hiện hợp đồng.

Việc kết hợp một cách hợp lý cả hai yếu tố trên trong các quy định của CISG đã thể hiện một tư duy pháp lý tiên bộ, phù hợp cho việc tham khảo nhằm mục đích hoàn thiện các quy định có liên quan của Luật Thương mại 2005.

Thực tiễn pháp lý của Việt Nam cũng đặt ra những vấn đề pháp lý tương tự. Việc nghiên cứu các quy định và thực tiễn áp dụng chế tài BTHĐHĐ theo Luật Thương mại 2005, đặt trong tương quan với các quy định tương ứng của CISG về BTHĐHĐ, đối chiếu với thực tiễn tài phán ở Việt Nam, đã cho thấy vẫn còn những

điểm hạn chế nhất định: (i) chưa tạo lập được sự đối ứng và cân bằng về quyền được thực hiện hợp đồng; cũng như (ii) chưa thực sự gắn với yếu tố cân bằng lợi ích của các bên và hạn chế đến mức thấp nhất các hệ quả bất hợp lý do việc áp dụng chế tài gây ra. Do vậy, việc nghiên cứu các kinh nghiệm pháp lý từ CISG nhằm hoàn thiện các quy định tương ứng của Luật Thương mại 2005 là rất cần thiết, bởi lẽ Luật Thương mại 2005 tiếp nhận một phần đáng kể quy định liên quan của CISG.

Tuy nhiên, việc tiếp nhận các kinh nghiệm pháp lý này không phải theo hướng sao chép các quy định của CISG về biện pháp BTHĐHĐ, mà chính việc hiểu rõ nền tảng pháp lý đằng sau các quy định này của CISG cho phép rút ra được các giải pháp phù hợp với truyền thống pháp lý và các điều kiện cụ thể của Việt Nam.

Những nội dung hoàn thiện các quy định của Luật Thương mại 2005 về chế tài BTHĐHĐ gồm:

Thứ nhất, hoàn thiện quy định về phạm vi giới hạn của chế tài BTHĐHĐ theo hướng không áp dụng chế tài này nếu: (i). Việc BTHĐHĐ gây ra chi phí bất hợp lý (hoặc gây thiệt hại quá mức) cho bên vi phạm; hoặc (ii). Bên bị vi phạm lạm dụng việc thực hiện quyền để đẩy bên vi phạm vào tình trạng xấu hơn khi thực hiện hợp đồng, thông qua hành vi trì hoãn để thăm dò thị trường và dồn rủi ro cho bên vi phạm.

Trên cơ sở đó, cần bổ sung các quy định cụ thể trong Luật Thương mại 2005: một là, chế tài BTHĐHĐ không được áp dụng nếu việc thực hiện hợp đồng gây ra chi phí bất hợp lý cho bên vi phạm; và hai là, bên bị vi phạm phải thông báo cho bên vi phạm về việc áp dụng chế tài BTHĐHĐ trong một thời hạn hợp lý từ khi bên bị vi phạm biết hoặc buộc phải biết vi phạm của bên kia.

Thứ hai, hoàn thiện quy định về phạm vi giới hạn của chế tài BTHĐHĐ theo hướng tạo lập được sự đối ứng và cân bằng về quyền được thực hiện hợp đồng, không chỉ từ bên bị vi phạm mà còn từ phía bên vi phạm.

Trên cơ sở đó, cần bổ sung quy định cụ thể trong Luật Thương mại 2005 về quyền khắc phục sau vi phạm cho bên bị vi phạm, dựa trên cơ chế khắc phục vi phạm (default regime).

Thứ ba, cần sửa đổi quy định của Luật Thương mại 2005 về thứ tự ưu tiên áp dụng các cách thức BTHĐHĐ, theo hướng bên bị vi phạm có quyền tự quyết định cách thức áp dụng nào là phù hợp, tùy thuộc vào các điều kiện cụ thể của giao dịch, miễn là bên bị vi phạm thông báo cho bên vi phạm biết trong thời hạn hợp lý sau khi biết hoặc buộc phải biết hành vi vi phạm của bên kia.

Trên cơ sở đó, Điều 297(3) Luật Thương mại 2005 cần được sửa đổi như sau: “Tùy thuộc vào điều kiện cụ thể của giao dịch, bên bị vi phạm có quyền mua

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

Thứ tư, về quy định tại Điều 297(3) Luật Thương mại 2005, liên quan đến việc xác định “chi phí thực tế hợp lý” (khoản tiền mà bên vi phạm phải trả cho bên bị vi phạm trong trường hợp dùng các biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện), việc áp dụng quy định này nên được cân nhắc dựa trên việc đánh giá nhiều yếu tố tác động (the test of proper cover), trong đó có tính đến việc nghiên cứu, tìm kiếm giao dịch thay thế, mức giá thị trường của đối tượng vào thời điểm thực hiện giao dịch thay thế và việc thực hiện giao dịch này trên nguyên tắc thiện chí.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

A. VĂN BẢN PHÁP LUẬT

1. Bộ nguyên tắc về Luật hợp đồng châu Âu (The Principles of European Contract Law)
2. Bộ nguyên tắc của UNIDROIT về Hợp đồng thương mại quốc tế (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts)
3. Công ước liên quan đến Luật thống nhất về mua bán hàng hóa quốc tế (Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods)
4. Công ước liên quan đến Luật thống nhất về xác lập hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế (Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods)
5. Công ước Viên 1980 về Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods)
6. Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam (2005), *Bộ luật Dân sự*, Luật số 33/2005/QH11 được ban hành ngày 14/6/2005.
7. Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam (2005), *Luật Thương mại*, Luật số 36/2005-QH11 được ban hành ngày 14/6/2005.
8. Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam (2015), *Bộ luật Dân sự*, Luật số 91/2015/QH11 được ban hành ngày 24/11/2015.

B. TÀI LIỆU TIẾNG VIỆT

9. Bản án 21/2006/KDTM-PT ngày 15/3/2006 của Tòa phúc thẩm Tòa án nhân dân tối cao tại Thành phố Hồ Chí Minh về tranh chấp hợp đồng mua bán lon thiếc
10. Bản án số 1079/2012/KDTM-ST ngày 27/7/2012 của Tòa án nhân dân thành phố Hồ Chí Minh về tranh chấp hợp đồng gia công
11. Bản án 39/2015/KDTM-PT ngày 14/10/2015 của Tòa án nhân dân Cấp cao tại Thành phố Hồ Chí Minh về tranh chấp hợp đồng MBHH
12. Bản án 08/2017/KDTM-PT ngày 08/12/2017 của Tòa án nhân dân tỉnh Tây Ninh về tranh chấp hợp đồng MBHH
13. Bản án 88/2019/KDTM-PT ngày 24/01/2019 của Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh về tranh chấp hợp đồng MBHH
14. Bộ Công thương (2020), *Báo cáo xuất nhập khẩu Việt Nam 2019*, NXB Bộ Công thương.
15. Nguyễn Bá Bình (Chủ biên) (2021), *Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế theo CISG: Quy định và Án lệ*, NXB Tư pháp.

16. Đỗ Văn Đại (2013), Các biện pháp xử lý việc không thực hiện đúng hợp đồng trong pháp luật Việt Nam, NXB Chính trị quốc gia.

17. Hồ Ngọc Hiền và Đỗ Giang Nam (2019), Một số vấn đề về biện pháp xử lý việc không thực hiện đúng hợp đồng theo pháp luật Việt Nam, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 09(385)/2019.

18. Phan Huy Hồng (2009), *Thời hạn khiếu nại trong hoạt động thương mại: Pháp luật, thực tiễn tài phán và các quan điểm*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 8(145) tháng 4/2009.

19. Nguyễn Thị Thanh Huyền (2014), *Một số vấn đề pháp lý về áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng theo quy định của Luật Thương mại 2005*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 3(82)/2014.

20. Nguyễn Thị Lan Hương và Ngô Nguyễn Thảo Vy (2017), *Quyền buộc thực hiện hợp đồng theo quy định của Công ước Liên hợp quốc về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế - Một số đề xuất cho Việt Nam*, Tạp chí Khoa học pháp lý, Số 7(110)/2017.

21. Võ Sỹ Mạnh (2015), *Vi phạm cơ bản hợp đồng theo quy định của Công ước Viên năm 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế và định hướng hoàn thiện các quy định có liên quan của pháp luật Việt Nam*, Luận án Tiến sĩ Luật học, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

22. Giản Thị Lê Na (2020), *Vi phạm hợp đồng hiệu quả: Từ thuyết vị lợi của Jeremy Bentham đến tư tưởng tự do của John Stuart Mill*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 11(391)/2020.

23. Phạm Duy Nghĩa (2014), *Phương pháp nghiên cứu luật học*, NXB Công an nhân dân.

24. Trường Đại học Luật TP.HCM (2017), *Giáo trình Pháp luật về thương mại hàng hóa và dịch vụ*, NXB Hồng Đức – Hội Luật gia Việt Nam.

C. TÀI LIỆU TIẾNG ANH

25. Herbert Bernstein and Joseph Lookofsky (1997), *Understanding the CISG in Europe*, Kluwer Law International.

26. Maria Bigoni, Stefania Bortolotti, Francesco Parisi and Ariel Porat (2014), *Unbundling Efficient Breach, Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics*, University of Chicago Law School.

27. Michael Bridge (1997), “*The Vienna Sales Convention and English Law: Curing Defective Performance by the Seller*” in LL Andersen, J Fejo and R Nielsen (eds) (1997), *Festschrift til Ole Lando*, Gadjura, Copenhagen.

28. Michael Bridge (2007), *The International Sale of Goods: Law and Practice*, 2nd edition, Oxford University Press.
29. B. Sharon Byrd (1998), *Kant's Theory of Contract*, 36 Southern Journal of Philosophy.
30. B. Sharon Byrd và Joachim Hruschka (2006), *Kant on "Why must I keep my promise"*, 81 Chicago-Kent Law Review 47.
31. B. Sharon Byrd và Joachim Hruschka (2010), *Kant 's Doctrine of Right: A Commentary*, Cambridge University Press.
32. Helge Dedek (2012), *A Particle of Freedom: Natural Law Thought and the Kantian Theory of Transfer by Contract*, 25 Canadian Journal of Law and Jurisprudence 313.
33. Melvin A. Eisenberg (2004), *Remedial Theory in Contract Law: Compensation; The Theory of Efficient Breach; Cover; Actual and Virtual Specific Performance; and Disgorgement*, UC Berkeley, Law and Economic Workshop, University of California.
34. Melvin A. Eisenberg (2005), *Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law*, 93 California Law Review 975.
35. Melvin A. Eisenberg (2018), *Foundational Principles of Contract Law*, Oxford University Press.
36. Edward Allan Farnsworth (1984), *The Vienna Convention: History and Scope*, 18 International Lawyer 17.
37. John Felemegas (edited) (2007), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, Cambridge University Press.
38. Charles Fried (1981), *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, Harvard University Press.
39. Charles Fried (2015), *Contracts as Promise – A Theory of Contractual Obligation*, 2nd edition, Oxford University Press
40. Daniel Friedmann (1995), *The Performance Interest in Contract Damages*, 111 Law Quarterly Review 628.
41. Daniel Friedmann (2008), *"Economic Aspects of Damages and Specific Performance"* in Djakhongir Saidov and Ralph Cunnington (2008), *Contract Damages – Domestic and International Perspectives*, Hart Publishing.

42. Claire M. Germain (1996), *The United Nations CISG on Contracts for the International Sale of Goods: Guide to Research and Literature*, 24 *International Journal of Legal Information* 48.
43. Roy Goode (2004), *Commercial Law*, 3rd edition, London, LexisNexis.
44. A. G. Guest (ed) (2006), *Benjamin's Sale of Goods*, 7th edition, Sweet & Maxwell.
45. John Honnold (1989), *Documentary History of the Uniform Law for International Sales: The Studies, Deliberations and Decisions That Led to the 1980 United Nations Convention with Introductions and Explanations*, Kluwer.
46. John Honnold (1991), *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 2nd edn, Kluwer Law and Taxation Publishers.
47. John Honnold (1999), *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd edn, The Hague: Kluwer Law International.
48. Peter Huber and Alastair Mullis (2007), *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners*, Sellier European Law Publishers.
49. Peter Jaffey (2008), "Damages and the Protection of Contractual Reliance" in Djakhongir Saidov and Ralph Cunnington (2008), *Contract Damages – Domestic and International Perspectives*, Hart Publishing.
50. Lookofsky Joseph (2008), *Understanding the CISG, A Compact Guide to the 1980 United Nations Convention on contract for the International Sale of Goods*, 3rd edn (Worldwide), Kluwer Law International.
51. Amy H. Kastely (1988), *The Right to Require Performance in International Sales: Towards an International Interpretation of the Vienna Convention*, 63 *Washington Law Review* 607.
52. Avery W. Katz (2005), *Remedies for Breach of Contract Under CISG*, 25 *International Review of Law and Economics* 378.
53. Dori Kimel (2002), *From Promise to Contract, Towards a Liberal Theory of Contract*, Oxford: Hart Publishing.
54. Jussi Koskinen (1999), *CISG, Specific Performance and Finnish Law*, Publication of the Faculty of Law of the University of Turku, Private Law Publication Series B:47.
55. Paul Mahoney (1995), *Contract Remedies and Option Pricing*, 24 *Journal of Legal Studies* 139.
56. Vanessa Mak (2009), *Performance Oriented Remedies in European Sale of Goods Law*, Hart Publishing.

57. Daniel Markovits, Alan Schwartz (2011), *The Myth of Efficiency Breach: New Defenses of the Expectation Interest*, 97 Virginia Law Review 1939.
58. Harvey MCGregor QC (2008), “*The Role of Mitigation in the Assessment of Damages*” in Djahongir Saidov and Ralph Cunnington (eds) (2008) *Contract Damages – Domestic and International Perspectives*, Hart Publishing.
59. Ewan McKendrick (2012), *Contract Law: Text, Cases and Materials*, 5th edition, Oxford University Press.
60. Anthony Ogus (2008), “*The Economic Basis of Damages for Breach of Contract: Inducement and Expectation*” in Djahongir Saidov and Ralph Cunnington (2008), *Contract Damages – Domestic and International Perspectives*, Hart Publishing.
61. Janwillem Oosterhuis (2011), *Specific Performance in German, French and Dutch Law in the Nineteenth Century – Remedies in an Age of Fundamental Rights and Industrialisation*, Martinus Nijhoff Publishers.
62. Vilfredo Pareto (2014), *Manual Political Economy: A Variorum Translation and Critical Edition*, Oxford University Press.
63. Edwin Peel (2015), *The Law of Contract*, Sweet & Maxwell.
64. Richard Posner (1972), *Economic Analysis of Law*, New York: Little, Brown and Co.
65. Richard Posner (2003), *Economic Analysis of Law*, 6th edn, Aspen Publishers.
66. Arthur Ripstein (2010), “*Kantian Legal Philosophy*” in Dennis Patterson (ed) (2010), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, 2nd edn, Wiley-Blackwell.
67. Vikki Rogers and Kaon Lai (2016), “*History of the CISG and Its Present Status*” in Larry A. DiMatteo (2016), *International Sales Law – A Global Challenge*, Cambridge University Press.
68. Ronald J. Jr. Scalise (2007), *Why No Efficient Breach in the Civil Law: A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract*, 55 *The American Journal of Comparative Law* 721.
69. Schlechtriem and Schwenzer (eds) (2005), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2nd edition, Oxford University Press.
70. Schlechtriem and Schwenzer (eds) (2010), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3rd edition, Oxford University Press

71. Alan Schwartz (1979), *The Case for Specific Performance*, 89 Yale Law Journal 271.
72. Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, Christopher Kee (2012), *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press.
73. Steven Shavell (1998), “*Contracts*” in Peter Newman (ed) (1998), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Volume 1 (A-D), Stockton Press, New York.
74. Steven Shavell (2009), *Why Breach of Contract May Not Be Immoral Given the Incompleteness of Contracts*, 107 Michigan Law Review 1569.
75. Seana Valentine Shiffrin (2007), *The Divergence of Contract and Promise*, 120 Harvard Law Review 708.
76. Peter Singer và Katarzyna De Lazari-Radek (2017), *Utilitarianism: A Very Short Introduction*, Oxford University Press.
77. Lionel Smith (2005), “*Understanding Specific Performance*” in Nili Cohen and Ewan McKendrick (2005), *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Hart Publishing.
78. Stephen A. Smith (2004), *Contract Theory*, Oxford University Press.
79. G. H. Treitel (1988), *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*, Oxford, Clarendon Press.
80. Steven Walt (1991), *For Specific Performance Under the United Nations Sales Convention*, 26 Texas International Law Journal 211.
81. Charlie Webb (2006), *Performance and Compensation: An Analysis of Contract Damages and Contractual Obligation*, 26 Oxford Journal of Legal Studies 41.
82. Peter Winship (1984), “*The Scope of the Vienna Convention on International Sales Contracts*” in M. Galston and H. Smit (ed) (1984), *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Matthew Bender.
83. David Winterton (2015), *Money Awards in Contract Law*, Hart Publishing.
84. The International Sales Convention Advisory Council (CISG – AC) Opinion No.17 (2015), *Limitation and Exclusion Clauses in CISG Contracts* at <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op17.pdf>
85. UNCITRAL (2016), *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, United Nations at

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cisg_digest_2016.pdf

86. United Nations (1991), *United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Official Records, Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees, Vienna, 10 March – 11 April 1980* tại <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/a-conf-97-19-ocred-e.pdf>

87. Case: France 23 January 1996 Supreme Court (*Sacovini/M Marrazza v. Les fils de Henri Ramel*) tại <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960123f1.html>

88. Case: Germany 18 January 1994 Appellate Court Frankfurt (*Shoes case*) tại <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940118g1.html>

89. Case: Germany 9 November 1994 District Court Oldenburg (*Lorry platforms case*) tại <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/941109g1.html>

90. Case: Germany 9 June 1995 Appellate Court Hamm (*Window elements case*) tại <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950609g1.html>

91. Case: Germany 31 January 1997 Appellate Court Koblenz (*Acrylic blankets case*) tại <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970131g1.html>

92. Case: Hungary 5 December 2008 Judicial Board of Szeged [Appellate Court] (*Wine case*) tại <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081205h1.html>

93. Case: Switzerland 26 April 1995 Commercial Court Zürich (*Saltwater isolation tank case*) tại <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950426s1.html>

94. Case: Switzerland 31 May 1996 Zürich Arbitration proceeding (*Soinco v. NKAP*) tại <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960531s1.html>

95. Case: Switzerland 28 October 1998 Supreme Court (*Meat case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981028s1.html>

96. Case: United States 7 December 1999 Federal District Court [Illinois] (*Magellan International v. Salzgitter Handel*) tại <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991207u1.html>

D. WEBSITE THAM KHẢO

97. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/casecit.html>

98. <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/koskinen1.html#136>

99. <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op17.pdf>

100. <https://www.gso.gov.vn/default.aspx?tabid=629&ItemID=19524>

101. <http://iicl.law.pace.edu/cisg/page/identification-contracting-states>

102. <http://www.morenoqabogados.com/datas/Scope and Limits of Performance Oriented Remedies under the CISG.pdf>

103. <https://plato.stanford.edu/entries/contracts-theories/>

104. <https://trungtamwto.vn/hiep-dinh-khac/12901-xuat-khau-viet-nam-chiem-thu-hang-cao-tren-ban-do-xuat-nhap-khau-the-gioi>
105. https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status
106. <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/a-conf-97-19-ocred-e.pdf>

**DANH MỤC CÔNG TRÌNH LIÊN QUAN ĐẾN LUẬN ÁN ĐÃ ĐƯỢC
CÔNG BỐ**

1. Nguyễn Thị Thanh Huyền (2021), *Bàn về cơ sở tồn tại và vấn đề giới hạn phạm vi áp dụng của chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 3(395)/2021
2. Nguyễn Thị Thanh Huyền (2022), *Bản chất pháp lý của biện pháp buộc thực hiện đúng hợp đồng theo Công ước Vienna về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế*, Tạp chí Khoa học pháp lý Việt Nam, số 04(152)/2022