

Giải thích, Áp dụng Điều Khoản Thiệt Hại Do Chậm Trễ
trong hợp đồng mẫu FIDIC Quyển Đỏ
theo Luật Việt Nam

TS. LS. Lưu Tiến Dũng, LS. Đặng Khải Minh, LS. Đỗ Khôi Nguyên¹

¹ TS. LS. Lưu Tiến Dũng hiện là Phó Chủ tịch Liên đoàn Luật sư Việt Nam, LS. Đặng Khải Minh hiện là Thành viên cấp cao Công ty Luật YKVN Singapore, LS. Đỗ Khôi Nguyên hiện là Thành viên Công ty Luật YKVN Singapore. Các ý kiến nêu trong bài viết thể hiện ý kiến cá nhân của các tác giả.

Nội dung

I.	Giới thiệu	3
II.	Việc sử dụng phổ biến các hợp đồng mẫu FIDIC tại Việt Nam	4
III.	Giới thiệu khái quát về hợp đồng mẫu FIDIC Quyền đỏ	4
IV.	Điều khoản THDCT theo hợp đồng mẫu FIDIC Quyền đỏ phiên bản 1999 (RB/99) và phiên bản 2017 (RB/17)	5
	A. Điều khoản THDCT theo RB/99	5
	B. Điều khoản THDCT theo RB/17	7
	C. Kết luận về điều khoản THDCT theo RB/99 và RB/17	9
V.	Giải thích, áp dụng điều khoản THDCT theo pháp luật Việt Nam	10
	A. Bồi thường thiệt hại theo Luật Xây dựng và Bộ luật Dân sự	10
	B. Điều khoản THDCT trong RB/99 và RB/17 có phù hợp với Luật Xây dựng và Bộ luật Dân sự về bồi thường thiệt hại hay không?	13
	a. Nguyên tắc thứ nhất: Thiệt hại phải thuộc một loại thiệt hại vật chất được liệt kê trong Điều 361 và Điều 419 của Bộ luật Dân sự	13
	b. Nguyên tắc thứ hai: Thiệt hại phải được chứng minh	13
	c. Nguyên tắc thứ ba: Mức thiệt hại phải tương đương với mức tổn thất và bên vi phạm phải bồi thường toàn bộ thiệt hại, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật có quy định khác	14
VI.	Đề xuất chuyển các điều khoản THDCT thành điều khoản phạt vi phạm	15
	A. Cách tiếp cận, áp dụng các điều khoản THDCT trong hệ thống thông luật và hệ thống dân luật	15
	B. Phạt vi phạm theo Luật Xây dựng và Bộ luật Dân sự	18
	C. Đề xuất chuyển các điều khoản THDCT thành điều khoản phạt vi phạm	19

I. Giới thiệu

FIDIC (tên gốc tiếng Pháp là “Fédération Internationale des Ingénieurs – Conseils”) là Hiệp hội Quốc tế các Kỹ sư Tư vấn, một tổ chức xã hội nghề nghiệp của các kỹ sư tư vấn trên toàn thế giới, được thành lập vào năm 1913.² FIDIC được biết đến nhiều nhất từ các hợp đồng mẫu tiêu chuẩn trong xây dựng. Trong các hợp đồng mẫu FIDIC, ba quyền sách được sử dụng phổ biến và rộng rãi nhất cho các công trình, dự án xây dựng là Quyền đỏ (Điều kiện hợp đồng xây dựng cho công trình xây dựng và kỹ thuật do chủ đầu tư thiết kế), Quyền vàng (Điều kiện hợp đồng cho thiết bị công trình và thiết kế - xây dựng), và Quyền bạc (Điều kiện hợp đồng cho dự án EPC/chìa khóa trao tay), thường được gọi chung là Bộ mẫu Cầu vồng (Rainbow Suite).

Bộ mẫu Cầu vồng tiêu chuẩn được xuất bản lần thứ nhất vào năm 1999 trên cơ sở cập nhật, điều chỉnh các hợp đồng mẫu FIDIC trước đây. Năm 2017, FIDIC xuất bản phiên bản lần hai cho Bộ mẫu Cầu vồng với nhiều thay đổi, bổ sung so với phiên bản đầu tiên 1999. Năm 2022, FIDIC tái bản Bộ mẫu Cầu vồng 2017 với một số cập nhật nhưng vẫn giữ tên gọi là phiên bản lần hai. Trong bài viết này, các tác giả sẽ chủ yếu đề cập đến Quyền đỏ phiên bản 1999 (“**RB/99**”) và Quyền đỏ phiên bản 2017 (“**RB/17**”).

Các hợp đồng mẫu FIDIC được sử dụng phổ biến trong các công trình, dự án xây dựng tại Việt Nam nói chung và bắt buộc phải sử dụng trong các dự án sử dụng nguồn hỗ trợ phát triển chính thức (ODA) nói riêng. Do đó, các hợp đồng mẫu FIDIC có vai trò cực kỳ quan trọng trong các dự án đầu tư xây dựng ở Việt Nam và như vậy việc giải thích, áp dụng đúng đắn các điều khoản của các hợp đồng mẫu FIDIC theo luật Việt Nam, thường là luật điều chỉnh của hợp đồng, là hết sức cần thiết.

Trong bài này, các tác giả phân tích, giới thiệu khái niệm thiệt hại do chậm trễ (“**THDCT**”) dùng trong các quy định của RB/99 và RB/17 để kết luận rằng khái niệm THDCT của hợp đồng mẫu FIDIC có thể chưa phù hợp với cơ chế bồi thường thiệt hại theo luật Việt Nam và do vậy, việc giải thích, áp dụng các khái niệm đó trong các hợp đồng do luật Việt Nam điều chỉnh sẽ khó khăn, phức tạp. Dựa trên kinh nghiệm các nước theo hệ thống dân luật, các tác giả cho rằng việc chỉnh sửa các hợp đồng theo mẫu FIDIC do luật Việt Nam điều chỉnh theo hướng tiếp cận của hệ thống dân luật là cần thiết, phù hợp và đúng đắn vì cấu trúc và các quy định của pháp luật Việt Nam hiện nay đã phù hợp và tương thích với hệ thống dân luật đang được áp dụng để giải quyết vấn đề THDCT. Trên cơ sở đó, nếu các bên trong hợp đồng muốn điều chỉnh điều khoản THDCT để phù hợp hơn với luật Việt Nam thì nên cân nhắc sửa đổi điều khoản này thành một điều khoản phạt vi phạm do chậm trễ bằng cách thay thế cụm từ, khái niệm “thiệt hại do chậm trễ” bằng cụm từ, khái niệm “phạt vi phạm do chậm trễ”.

Bài viết sẽ gồm những phần tiếp theo sau đây: (ii) Việc sử dụng phổ biến các hợp đồng mẫu FIDIC tại Việt Nam; (iii) Giới thiệu khái quát về hợp đồng mẫu FIDIC Quyền đỏ; (iv) Điều khoản THDCT theo hợp đồng mẫu FIDIC Quyền đỏ phiên bản 1999 (RB/99) và phiên bản 2017 (RB/17); (v) Giải thích, áp dụng điều khoản THDCT theo pháp luật Việt Nam; và (vi) Đề xuất chuyển các điều khoản THDCT thành điều khoản phạt vi phạm.

² FIDIC hiện có khoảng 100 hội viên là hiệp hội kỹ sư tư vấn từ khoảng 100 quốc gia trong đó có Hiệp hội Tư vấn Xây dựng Việt Nam (VECAS).

II. Việc sử dụng phổ biến các hợp đồng mẫu FIDIC tại Việt Nam

Các hợp đồng mẫu FIDIC được sử dụng phổ biến trong các công trình, dự án xây dựng tại Việt Nam vì hai lý do chính. Thứ nhất, các dự án xây dựng cơ sở hạ tầng ở Việt Nam được tài trợ từ những nguồn hỗ trợ phát triển chính thức (ODA) phải sử dụng hợp đồng mẫu FIDIC theo thỏa thuận giữa những nhà tài trợ cung cấp ODA (ví dụ như Ngân hàng Thế giới (World Bank), Ngân hàng Phát triển Châu Á (ADB), Cơ quan hợp tác Quốc tế Nhật Bản (JICA), v.v...) và Chính phủ Việt Nam.³ Điều này đã được quy định tại Điều 1.3 của Nghị định 37/2015/NĐ-CP, được sửa đổi bổ sung bởi Nghị định 50/2021/NĐ-CP (gọi chung là “**Nghị định 37**”), như sau:

Điều 1. Phạm vi điều chỉnh và đối tượng áp dụng

[...] 3. Đối với hợp đồng xây dựng thuộc các dự án sử dụng nguồn vốn hỗ trợ phát triển chính thức (gọi tắt là ODA), nếu điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên có những quy định khác với các quy định tại Nghị định này thì thực hiện theo các quy định của điều ước quốc tế đó.

Ngoài ra, Điều 54.3 của Nghị định 37 cũng quy định:

Điều 54. Tổ chức thực hiện

[...] 3. Khuyến khích các tổ chức, cá nhân vận dụng bộ mẫu điều kiện hợp đồng của Hiệp hội Quốc tế các kỹ sư tư vấn (FIDIC), hợp đồng xây dựng mẫu vào việc xác lập và thực hiện hợp đồng xây dựng. Khi vận dụng các hợp đồng xây dựng mẫu các bên phải xem xét hiệu chỉnh nội dung hợp đồng cho phù hợp với các quy định của pháp luật Việt Nam.

[Nhấn mạnh được các tác giả thêm vào]

Nói cách khác, việc sử dụng các hợp đồng mẫu FIDIC cho dự án sử dụng nguồn vốn ODA là bắt buộc và đối với các dự án khác thuộc phạm vi điều chỉnh của Nghị định 37 là được khuyến khích. Các dự án thuộc phạm vi điều chỉnh của Nghị định 37 bao gồm: các dự án đầu tư xây dựng sử dụng vốn đầu tư công, vốn nhà nước ngoài đầu tư công và hợp đồng xây dựng giữa doanh nghiệp dự án PPP với các nhà thầu xây dựng thực hiện các gói thầu thuộc dự án đầu tư theo phương thức đối tác công tư (dự án PPP).

Ngoài ra, Điều 1.2 của Nghị định 37 cũng khuyến khích các tổ chức, cá nhân tham khảo các quy định tại Nghị định này để xác lập và quản lý hợp đồng xây dựng đối với các dự án sử dụng vốn khác không thuộc phạm vi điều chỉnh của Nghị định 37. Đương nhiên, một trong những điều khoản có thể tham khảo để xác lập hợp đồng xây dựng là điều khoản khuyến khích sử dụng các hợp đồng mẫu FIDIC.

Tóm lại, các hợp đồng mẫu FIDIC có vai trò cực kỳ quan trọng trong các dự án đầu tư xây dựng ở Việt Nam. Do vậy, việc giải thích, áp dụng đúng đắn các điều khoản của các hợp đồng mẫu FIDIC theo luật Việt Nam, thường là luật điều chỉnh của hợp đồng, là hết sức cần thiết.

III. Giới thiệu khái quát về hợp đồng mẫu FIDIC Quyền đỏ

Trong quyển sách “Hợp đồng FIDIC Quyền đỏ: Bình luận từng điều khoản theo góc nhìn quốc tế” (4/2023), luật sư Christopher Seppala, thành viên cố vấn của công ty luật quốc tế White & Case và là tư

³ Xem blogs.worldbank.org/governance/contract-management-more-effective-development-vietnam.

vấn pháp lý của FIDIC trong 30 năm qua, đã tóm tắt xuất xứ và quá trình phát triển của Quyển đỏ FIDIC, như sau:⁴

Quyển đỏ có xuất xứ từ Anh Quốc. Những phiên bản đầu tiên của Quyển đỏ bám sát khuôn thước các điều khoản hợp đồng tiêu chuẩn của Anh. FIDIC cho rằng bản chính thức và bản gốc của các hợp đồng mẫu của mình là bản tiếng Anh. Các kỹ sư nói tiếng Anh vẫn tiếp tục, vì lý do rất dễ hiểu này, là các nhà soạn thảo chính của các hợp đồng mẫu FIDIC và các quyển giáo khoa pháp lý có nhiều thông tin và bổ ích nhất đối với các hợp đồng mẫu này đã được soạn bằng tiếng Anh bởi các luật sư, kỹ sư của Anh hoặc khối thịnh vượng chung Anh.

Tuy nhiên, các hợp đồng mẫu FIDIC không được soạn ra để sử dụng chủ yếu tại Anh Quốc hoặc các nước khối thịnh vượng chung Anh. Vì lý do này, FIDIC đã nỗ lực qua từng phiên bản để tập trung xóa bỏ các từ ngữ pháp lý của Anh và thay vào đó là ngôn từ thông dụng hơn, không gắn liền với bất kỳ một hệ thống pháp lý nào. Do vậy, quyển sách này, tuy vẫn tham khảo các tài liệu pháp lý quan trọng của Anh và khối thịnh vượng chung Anh, nhưng cũng sẽ dẫn chiếu đến các tài liệu pháp lý thuộc hệ thống dân luật và luật quốc tế.

Đây là cách tiếp cận cần thiết để hiểu và giải thích khái niệm THDCT trong RB/99 và RB/17.

IV. Điều khoản THDCT theo hợp đồng mẫu FIDIC Quyển đỏ phiên bản 1999 (RB/99) và phiên bản 2017 (RB/17)

A. Điều khoản THDCT theo RB/99

RB/99 không có định nghĩa về THDCT, nhưng có quy định tại Khoản 8.7 về nội dung này, có thể dịch sang tiếng Việt như sau:

8.7. Thiệt hại do chậm trễ

Nếu Nhà thầu không tuân thủ Khoản 8.2 [*Thời hạn hoàn thành*], thì Nhà thầu phải, phụ thuộc vào thông báo theo Khoản 2.5 [*Khiếu nại của Chủ đầu tư*], thanh toán cho Chủ đầu tư các thiệt hại do chậm trễ cho lỗi này. Những thiệt hại do chậm trễ này là số tiền được nêu trong Phụ lục Hồ sơ dự thầu, được trả cho mỗi ngày trong khoảng thời gian giữa Thời hạn Hoàn thành và ngày đã nêu trong Chứng chỉ Nghiệm thu công trình. Tuy nhiên, tổng số tiền phải thanh toán theo Khoản này không được vượt quá tổng số tiền thiệt hại do chậm trễ tối đa (nếu có) được nêu trong Phụ lục Hồ sơ dự thầu.

Những thiệt hại do chậm trễ là những thiệt hại duy nhất Nhà thầu phải thanh toán cho lỗi này, khác với trường hợp chấm dứt theo Khoản 15.2 [*Chấm dứt Hợp đồng bởi Chủ đầu tư*] trước khi hoàn thành Công trình. Những thiệt hại này không miễn trừ Nhà thầu khỏi nghĩa vụ hoàn thành Công trình, hoặc bất cứ nhiệm vụ, nghĩa vụ hoặc trách nhiệm nào khác mà họ có thể có theo hợp đồng.⁵

⁴ C. Seppala, *The FIDIC Red Book Contract: An International Clause-by-Clause Commentary* (4/2023), tr. 3-4.

⁵ Nguyên văn tiếng Anh:

8.7. Delay Damages

[Nhấn mạnh được các tác giả thêm vào]

Nói ngắn gọn, trong trường hợp dự án đã hoàn thành (tức là đã có Chứng chỉ Nghiệm thu công trình) nhưng có sự chậm trễ, Chủ đầu tư có quyền yêu cầu và Nhà thầu có nghĩa vụ thanh toán THDCT theo Khoản 8.7. THDCT là số tiền “được trả cho mỗi ngày trong khoảng thời gian giữa Thời hạn Hoàn thành và ngày đã nêu trong Chứng chỉ Nghiệm thu công trình”. Tuy nhiên, tổng số tiền THDCT sẽ bị hạn chế bởi một mức trần do các bên quy định trong Dữ liệu Hợp đồng (thông thường là trong Phụ lục hồ sơ dự thầu hoặc trong các điều kiện riêng).⁶

Hơn nữa, cũng theo Khoản 8.7 thì đối với vi phạm chậm trễ tiến độ, Nhà thầu chỉ có nghĩa vụ thanh toán THDCT mà không phải bồi thường các thiệt hại khác phát sinh từ vi phạm chậm trễ tiến độ đó. Ngược lại, nếu hợp đồng bị chấm dứt bởi Chủ đầu tư trước khi Nhà thầu hoàn thành Công trình thì Khoản 8.7 lại không áp dụng để tính và thanh toán THDCT. Điều này là logic vì khi đó không thể tính được số ngày chậm trễ do không có Chứng chỉ Nghiệm thu công trình.

Trong trường hợp hợp đồng bị chấm dứt bởi Chủ đầu tư trước khi Nhà thầu hoàn thành Công trình, trách nhiệm bồi thường thiệt hại của Nhà thầu được quy định tại Khoản 15.4, có thể dịch sang tiếng Việt như sau:

15.4 Thanh toán sau khi chấm dứt hợp đồng

Sau khi thông báo chấm dứt hợp đồng theo Khoản 15.2 [*Chấm dứt hợp đồng bởi Chủ đầu tư*] có hiệu lực, Chủ đầu tư có thể:

- (a) Tiến hành theo Khoản 2.5 [*Khiếu nại của Chủ đầu tư*],
- (b) Không thanh toán thêm cho Nhà thầu cho đến khi chi phí thiết kế, thi công, hoàn thành và sửa chữa các sai sót, hư hỏng do chậm trễ hoàn thành (nếu có) và các chi phí khác mà Chủ đầu tư đã chịu, đã được lập, và/hoặc
- (c) Thu hồi từ Nhà thầu các tổn thất và thiệt hại mà Chủ đầu tư phải chịu và các chi phí thêm khác của việc hoàn thành Công trình, sau khi tính đến các khoản phải trả cho Nhà thầu theo Khoản 15.3 [*Xác định giá tại Ngày Chấm dứt hợp đồng*]. Sau khi thu hồi các tổn thất, thiệt hại và các chi phí thêm, Chủ đầu tư sẽ thanh toán phần tiền còn lại cho Nhà thầu.⁷

If the Contractor fails to comply with Sub-Clause 8.2 [*Time for Completion*], the Contractor shall subject to notice under Sub-Clause 2.5 [*Employer's Claims*] pay delay damages to the Employer for this default. These delay damages shall be the sum stated in the Appendix to Tender, which shall be paid for every day which shall elapse between the relevant Time for Completion and the date stated in the Taking-Over Certificate. However, the total amount due under this Sub-Clause shall not exceed the maximum amount of delay damages (if any) stated in the Appendix to Tender.

These delay damages shall be the only damages due from the Contractor for such default, other than in the event of termination under Sub-Clause 15.2 [*Termination by Employer*] prior to completion of the Works. These damages shall not relieve the Contractor from his obligation to complete the Works, or from any other duties, obligations or responsibilities which he may have under the Contract.

⁶ Theo luật sư Seppala và kinh nghiệm của các tác giả đối với hợp đồng xây dựng theo mẫu FIDIC tại Việt Nam thì mức trần này thường dao động trong khoảng 5% đến 15% giá trị hợp đồng.

⁷ Nguyễn Văn Tiếng Anh:

Theo Khoản 15.4, nếu hợp đồng bị chấm dứt bởi Chủ đầu tư trước khi Nhà thầu hoàn thành Công trình thì, sau khi thông báo chấm dứt có hiệu lực, Chủ đầu tư có thể thu hồi từ Nhà thầu các tổn thất và thiệt hại mà Chủ đầu tư phải chịu và các chi phí thêm khác của việc hoàn thành Công trình. Nói cách khác, Khoản 15.4 cho phép Chủ đầu tư được bồi thường mọi tổn thất, thiệt hại phải chịu do vi phạm của Nhà thầu cộng thêm các chi phí khác phát sinh từ việc hoàn thành Công trình. Tuy nhiên, Chủ đầu tư sẽ không được áp dụng Khoản 8.7 để yêu cầu Nhà thầu thanh toán THDCT theo công thức quy định tại Khoản 8.7.

B. Điều khoản THDCT theo RB/17

Một điều hoàn toàn mới trong RB/17 là khái niệm THDCT lần đầu tiên được định nghĩa trong Khoản 1.1.28, dịch sang tiếng Việt như sau:

1.1.28 “Thiệt hại do Chậm trễ” là những thiệt hại mà Nhà thầu phải chịu trách nhiệm theo Khoản 8.8 [*Thiệt hại do Chậm trễ*] cho việc không tuân thủ Khoản 8.2 [*Thời hạn Hoàn thành*].⁸

RB/17 cũng sửa đổi, bổ sung điều khoản THDCT trong Khoản 8.8 của RB/17, đã được dịch sang tiếng Việt như sau (với những thay đổi được gạch chân):⁹

8.8. Thiệt hại do Chậm trễ

Nếu Nhà thầu không tuân thủ Khoản 8.2 [*Thời hạn Hoàn thành*], thì Chủ đầu tư có quyền theo Khoản 20.2 [*Khiếu nại về Thanh toán và/hoặc EOT*]¹⁰ được thanh toán các Thiệt hại do Chậm trễ bởi Nhà thầu cho lỗi này. Những Thiệt hại do Chậm trễ này là số tiền được nêu trong Dữ liệu Hợp đồng, được trả cho mỗi ngày trong khoảng thời gian giữa Thời hạn Hoàn thành và Ngày Hoàn thành Công trình hoặc Hang mục liên quan. Tổng số tiền đến hạn thanh toán theo Khoản này không được vượt quá tổng số tiền Thiệt hại do Chậm trễ tối đa (nếu có) được nêu trong Dữ liệu Hợp đồng.

Những Thiệt hại do Chậm trễ là những thiệt hại duy nhất Nhà thầu phải thanh toán vì lỗi của Nhà thầu không tuân thủ theo Khoản 8.2 [*Thời hạn Hoàn thành*], khác với trường hợp chấm dứt theo Khoản 15.2 [*Chấm dứt hợp đồng do Lỗi của Nhà thầu*] trước khi hoàn thành Công trình. Những Thiệt hại do Chậm trễ này không miễn trừ Nhà thầu khỏi nghĩa vụ hoàn thành Công trình, hoặc

15.4. Payment after Termination

After a notice of termination under Sub-Clause 15.2 [*Termination by Employer*] has taken effect, the Employer may:

- proceed in accordance with Sub-Clause 2.5 [*Employers Claims*],
- withhold further payments to the Contractor until the costs of execution, completion and remedying of any defects, damages for delay in completion (if any), and all other costs incurred by the Employer, have been established, and/or
- recover from the Contractor any losses and damages incurred by the Employer and any extra costs of completing the Works, after allowing for any sum due to the Contractor under Sub-Clause 15.3 [*Valuation at Date of Termination*]. After recovering any such losses, damages and extra costs, the Employer shall pay any balance to the Contractor.

⁸ Nguyễn Văn Tiếng Anh:

1.1.28 “Delay Damages” means the damages for which the Contractor shall be liable under Sub-Clause 8.8 [*Delay Damages*] for failure to comply with Sub-Clause 8.2 [*Time for Completion*].

⁹ Hiệp hội Tư vấn Xây dựng Việt Nam (VECAS), *Điều kiện Hợp đồng Xây dựng cho Công trình xây dựng và kỹ thuật do Chủ đầu tư thiết kế*, ấn bản song ngữ tiếng Việt – tiếng Anh, do LS. Đỗ Khôi Nguyên hiệu chỉnh chính, Nhà xuất bản xây dựng (2020), tr. 50.

¹⁰ EOT là viết tắt của Extension of Time – Gia hạn thời hạn.

bất cứ nhiệm vụ, nghĩa vụ hoặc trách nhiệm nào khác mà Nhà thầu có thể có theo hoặc liên quan đến Hợp đồng.

Khoản này không giới hạn trách nhiệm của Nhà thầu đối với các Thiệt hại do Chậm trễ trong bất kỳ trường hợp gian lận, bất cẩn nghiêm trọng, lỗi cố ý hoặc sai sót do lơ là của Nhà thầu.¹¹

[Nhấn mạnh được các tác giả thêm vào]

Ngoài ra, RB/17 cũng bổ sung một điều khoản mới trong Khoản 15.4, đã được dịch sang tiếng Việt như sau (với những thay đổi được gạch chân):

15.4. Thanh toán sau khi Chấm dứt Hợp đồng do lỗi của Nhà thầu

Chủ đầu tư có thể giữ lại chưa trả tiền cho Nhà thầu các khoản tiền đã thỏa thuận hoặc xác định theo Khoản 15.3 [*Xác định giá trị sau khi Chấm dứt hợp đồng do Lỗi của Nhà thầu*] cho đến khi tất cả các chi phí, tổn thất và thiệt hại (nếu có) được mô tả trong các quy định sau của Khoản này đã được xác định.

Sau khi chấm dứt Hợp đồng theo Khoản 15.2 [*Chấm dứt hợp đồng do Lỗi của Nhà thầu*], Chủ đầu tư phải có quyền theo Khoản 20.2 [*Khiếu nại về Thanh toán và/hoặc EOT*], được thanh toán bởi Nhà thầu cho:

(a) Các chi phí bổ sung cho việc thực hiện Công trình, và tất cả các chi phí phát sinh hợp lý khác của Chủ đầu tư (bao gồm các chi phí phát sinh từ việc thu dọn, dọn dẹp và khôi phục lại Công trường như mô tả theo Khoản 11.11 [*Thu dọn Công trường*]), sau khi đã tính đến bất kỳ khoản tiền đến hạn thanh toán nào cho Nhà thầu theo Khoản 15.3 [*Xác định giá trị sau khi Chấm dứt hợp đồng do Lỗi của Nhà thầu*];

(b) Bất kỳ tổn thất nào và thiệt hại nào mà Chủ đầu tư phải chịu khi hoàn thành Công trình; và

(c) Thiệt hại do Chậm trễ, nếu Công trình hoặc một Hạng mục nào không được nghiệm thu theo Khoản 10.1 [*Nghiệm thu Công trình và Hạng mục*] và nếu ngày chấm dứt hợp đồng theo Khoản 15.2 [*Chấm dứt hợp đồng do Lỗi của Nhà thầu*] xảy ra sau ngày tương ứng với Thời hạn Hoàn

¹¹ Nguyên văn tiếng Anh:

8.8. Delay damages

If the Contractor fails to comply with Sub-Clause 8.2 [*Time for Completion*], the Employer shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [*Claims For Payment and/or EOT*] to payment of Delay Damages by the Contractor for this default. Delay Damages shall be the amount stated in the Contract Data, which shall be paid for every day which shall elapse between the relevant Time for Completion and the relevant Date of Completion of the Works or Section. The total amount due under this Sub-Clause shall not exceed the maximum amount of Delay Damages (if any) stated in the Contract Data.

These Delay Damages shall be the only damages due from the Contractor for the Contractor's failure to comply with Sub-Clause 8.2 [*Time for Completion*], other than in the event of termination under Sub-Clause 15.2 [*Termination for Contractor's Default*] before completion of the Works. These Delay Damages shall not relieve the Contractor from the obligation to complete the Works, or from any other duties, obligations or responsibilities which the Contractor may have under or in connection with the Contract.

This Sub-Clause shall not limit the Contractor's liability for Delay Damages in any case of fraud, gross negligence, deliberate default or reckless misconduct by the Contractor.

thành Công trình hoặc Hạng mục (tùy từng trường hợp). Thiệt hại do Chậm trễ như vậy phải được trả cho mỗi ngày đã trôi qua giữa hai ngày này.¹²

[Nhấn mạnh được các tác giả thêm vào]

Theo bình luận của luật sư Seppala thì:

Điểm (c), quy định việc thu hồi THDCT nếu Công trình hoặc Hạng mục đã không được nghiệm thu trước hoặc vào ngày chấm dứt theo Khoản 15.2 và nếu ngày chấm dứt này xảy ra sau ngày tương ứng với Thời hạn Hoàn thành Công trình hoặc Hạng mục, là điều khoản mới.¹³

Hơn nữa, luật sư Seppala cũng đã cho các tác giả biết là lý do duy nhất để đưa điểm (c) Khoản 15.4 vào RB/17 là để có quy định về trường hợp trên.¹⁴

C. Kết luận về điều khoản THDCT theo RB/99 và RB/17

Theo RB/99 thì:

- THDCT chỉ áp dụng trong trường hợp đã có nghiệm thu và THDCT sẽ là một số tiền ấn định trước tính theo ngày và tính từ ngày quy định tại Thời hạn Hoàn thành đến ngày nghiệm thu. THDCT sẽ là khoản bồi thường thiệt hại duy nhất cho vi phạm về chậm trễ và được ấn định trước tính theo ngày chậm trễ nhưng không thể cao hơn mức trần được quy định trong hợp đồng, nếu có.
- Trong trường hợp Chủ đầu tư chấm dứt hợp đồng do lỗi của Nhà thầu thì được yêu cầu bồi thường thiệt hại nhưng không bao gồm THDCT.

Theo RB/17 thì:

¹² Nguyễn văn tiếng Anh:

15.4. Payment after Termination for Contractor's Default

The Employer may withhold payment to the Contractor of the amounts agreed or determined under Sub-Clause 15.3 [*Valuation after Termination for Contractor's Default*] until all the costs, losses and damages (if any) described in the following provisions of this Sub-Clause have been established.

After termination of the Contract under Sub-Clause 15.2 [*Termination for Contractor's Default*], the Employer shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [*Claims For Payment and/or EOT*] to payment by the Contractor of:

- (a) the additional costs of execution of the Works, and all other costs reasonably incurred by the Employer (including costs incurred in clearing, cleaning and reinstating the Site as described under Sub-Clause 11.11 [*Clearance of Site*]), after allowing for any sum due to the Contractor under Sub-Clause 15.3 [*Valuation after Termination for Contractor's Default*];
- (b) any losses and damages suffered by the Employer in completing the Works; and
- (c) Delay Damages, if the Works or a Section have not been taken over under Sub-Clause 10.1 [*Taking Over the Works and Sections*] and if the date of termination under Sub-Clause 15.2 [*Termination for Contractor's Default*] occurs after the date corresponding to the Time for Completion of the Works or Section (as the case may be). Such Delay Damages shall be paid for every day that has elapsed between these two dates.

¹³ C. Seppala, *The FIDIC Red Book Contract: An International Clause-by-Clause Commentary* (4/2023), tr. 1005.

¹⁴ Các tác giả xin ghi nhận và trân trọng cảm ơn ý kiến của luật sư Seppala nêu trong điện thư ngày 27/05/2023 gửi các tác giả.

- Trong trường hợp đã có nghiệm thu thì THDCT sẽ là một số tiền ấn định trước tính theo ngày chậm trễ từ ngày quy định tại Thời hạn Hoàn thành đến ngày nghiệm thu. THDCT sẽ là khoản bồi thường thiệt hại duy nhất cho vi phạm về chậm trễ và được ấn định trước tính theo ngày chậm trễ nhưng không thể cao hơn mức trần được quy định trong hợp đồng, nếu có.
- Trong trường hợp không có nghiệm thu và hợp đồng bị Chủ đầu tư chấm dứt (do lỗi của Nhà thầu) sau ngày tương ứng với Thời hạn Hoàn thành Công trình (hoặc Hạng mục) thì Chủ đầu tư, ngoài các khoản bồi thường thiệt hại, sẽ có quyền đòi THDCT là một số tiền ấn định trước tính theo ngày chậm trễ từ ngày quy định tại Thời hạn Hoàn thành Công trình (hoặc Hạng mục) đến ngày chấm dứt hợp đồng (hoặc Hạng mục). Số tiền THDCT này không thể cao hơn mức trần được quy định trong hợp đồng, nếu có.

Như vậy, cơ chế THDCT theo RB/99 và RB/17 tương đối rõ. Vấn đề đặt ra tiếp theo là việc giải thích và áp dụng những điều khoản THDCT có liên quan khi luật điều chỉnh hợp đồng là luật Việt Nam.

V. Giải thích, áp dụng điều khoản THDCT theo pháp luật Việt Nam

Hai cột mốc pháp lý của vấn đề này trong luật Việt Nam là các quy định liên quan đến bồi thường thiệt hại và phạt vi phạm, trong trường hợp có vi phạm hợp đồng theo luật áp dụng là Luật Xây dựng và Bộ luật Dân sự.¹⁵

A. Bồi thường thiệt hại theo Luật Xây dựng và Bộ luật Dân sự

Luật Xây dựng là luật “áp dụng đối với cơ quan, tổ chức, cá nhân trong nước; tổ chức, cá nhân nước ngoài hoạt động đầu tư xây dựng trên lãnh thổ Việt Nam”.¹⁶ Theo Điều 3.20 của Luật Xây dựng, “hoạt động đầu tư xây dựng là quá trình tiến hành các hoạt động xây dựng gồm xây dựng mới, sửa chữa, cải tạo công trình xây dựng”. Do vậy, Luật Xây dựng và các văn bản hướng dẫn dưới luật là pháp luật cơ bản áp dụng cho các hợp đồng mẫu FIDIC ký kết để thực hiện dự án xây dựng trên lãnh thổ Việt Nam.

Theo Điều 138.1 của Luật Xây dựng thì “Hợp đồng xây dựng là hợp đồng dân sự được thỏa thuận bằng văn bản giữa bên giao thầu và bên nhận thầu để thực hiện một phần hay toàn bộ công việc trong hoạt động đầu tư xây dựng”. Do vậy, các hợp đồng mẫu FIDIC ký kết để thực hiện một dự án xây dựng trên lãnh thổ Việt Nam là hợp đồng dân sự.

Đối với THDCT, Điều 146.3 của Luật Xây dựng quy định ba trường hợp Nhà thầu phải bồi thường thiệt hại cho Chủ đầu tư, trong đó có thiệt hại liên quan đến “thời hạn hoàn thành bị kéo dài do lỗi của Nhà thầu gây ra”.¹⁷ Hơn nữa, nguyên tắc chung của Điều 146.5 bổ nghĩa cho Điều 146.3 và quy định là:

¹⁵ Luật Xây dựng số 50/2014/QH13 ban hành ngày 18/6/2014, được sửa đổi, bổ sung bởi Luật số 62/2020/QH14 ban hành ngày 17/6/2020 (“**Luật Xây dựng**”).

Bộ luật dân sự 2015 số 91/2015/QH13 ban hành ngày 24/11/2015 (“**Bộ luật Dân sự**”).

¹⁶ Xem Điều 2 của Luật Xây dựng.

¹⁷ Các Điều 146.3 đến 146.7 Luật Xây dựng là các quy định liên quan đến bồi thường thiệt hại đối với hợp đồng xây dựng, như sau:

Điều 146. Thương, phạt hợp đồng xây dựng, bồi thường thiệt hại do vi phạm và giải quyết tranh chấp hợp đồng xây dựng

[...]

“Trường hợp một bên không thực hiện nghĩa vụ hợp đồng hoặc thực hiện nghĩa vụ hợp đồng không phù hợp với quy định thì sau khi thực hiện nghĩa vụ hoặc áp dụng biện pháp sửa chữa còn phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại nếu bên kia còn bị những thiệt hại khác, mức bồi thường thiệt hại phải tương đương với mức tổn thất của bên kia”. Điều này có thể được hiểu là mức bồi thường thiệt hại không được vượt quá mức tổn thất thực tế của bên kia.

Tuy nhiên, Luật Xây dựng không quy định chi tiết về các loại thiệt hại hoặc cách tính thiệt hại. Do vậy, cần tham khảo Bộ luật Dân sự về vấn đề này.¹⁸ Bộ luật Dân sự có bốn điều khoản quy định về bồi thường thiệt hại liên quan đến vi phạm hợp đồng là các điều 419, 361, 13 và 360.

3. Bên nhận thầu phải bồi thường thiệt hại cho bên giao thầu trong các trường hợp sau:

- Chất lượng công việc không bảo đảm với thỏa thuận trong hợp đồng hoặc kéo dài thời hạn hoàn thành do lỗi của bên nhận thầu gây ra;
- Do nguyên nhân của bên nhận thầu dẫn tới gây thiệt hại cho người và tài sản trong thời hạn bảo hành.

4. Bên giao thầu phải bồi thường cho bên nhận thầu trong các trường hợp sau:

a) Do nguyên nhân của bên giao thầu dẫn tới công việc theo hợp đồng bị gián đoạn, thực hiện chậm tiến độ, gặp rủi ro, điều phối máy, thiết bị, vật liệu và cấu kiện tồn kho cho bên nhận thầu;

b) Bên giao thầu cung cấp tài liệu, điều kiện cần thiết cho công việc không đúng với các thỏa thuận trong hợp đồng làm cho bên nhận thầu phải thi công lại, tạm dừng hoặc sửa đổi công việc;

c) Trường hợp trong hợp đồng xây dựng quy định bên giao thầu cung cấp nguyên vật liệu, thiết bị, các yêu cầu khác mà cung cấp không đúng thời gian và yêu cầu theo quy định;

d) Bên giao thầu chậm thanh toán theo thỏa thuận trong hợp đồng.

5. Trường hợp một bên không thực hiện nghĩa vụ hợp đồng hoặc thực hiện nghĩa vụ hợp đồng không phù hợp với quy định thì sau khi thực hiện nghĩa vụ hoặc áp dụng biện pháp sửa chữa còn phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại nếu bên kia còn bị những thiệt hại khác, mức bồi thường thiệt hại phải tương đương với mức tổn thất của bên kia.

6. Trường hợp một bên vi phạm hợp đồng do nguyên nhân của bên thứ ba, bên vi phạm phải chịu trách nhiệm vi phạm hợp đồng trước bên kia. Tranh chấp giữa bên vi phạm với bên thứ ba được giải quyết theo quy định của pháp luật.

7. Trường hợp hành vi vi phạm hợp đồng của một bên xâm hại tới thân thể, quyền lợi, tài sản của bên kia, bên bị tổn hại có quyền yêu cầu bên kia gánh chịu trách nhiệm vi phạm hợp đồng theo thỏa thuận trong hợp đồng và quy định của pháp luật có liên quan.

¹⁸ Điều 4 Bộ luật Dân sự quy định nguyên tắc áp dụng Bộ luật Dân sự so với “luật khác có liên quan điều chỉnh quan hệ dân sự trong các lĩnh vực cụ thể” như sau:

Điều 4. Áp dụng Bộ luật dân sự

- Bộ luật này là luật chung điều chỉnh các quan hệ dân sự.
- Luật khác có liên quan điều chỉnh quan hệ dân sự trong các lĩnh vực cụ thể không được trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự quy định tại Điều 3 của Bộ luật này.
- Trường hợp luật khác có liên quan không quy định hoặc có quy định nhưng vi phạm khoản 2 Điều này thì quy định của Bộ luật này được áp dụng.
- [...]

Vì Luật Xây dựng không trái với các nguyên tắc cơ bản của Bộ luật Dân sự quy định tại Điều 3 của Bộ luật Dân sự, cho nên Điều 4.3 sẽ áp dụng và theo đó, nếu Luật Xây dựng không có quy định thì áp dụng các quy định của Bộ luật Dân sự. Đây cũng là quan điểm của Tòa án nhân dân tối cao (“TANDTC”) trong quyết định giám đốc thẩm số 12/2019/KDTM-GDT ngày 24/09/2019

Điều 419 của Bộ luật Dân sự là quy định cơ bản về thiệt hại được bồi thường do vi phạm hợp đồng, như sau:

Điều 419. Thiệt hại được bồi thường do vi phạm hợp đồng

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

2. Người có quyền có thể yêu cầu bồi thường thiệt hại cho lợi ích mà lẽ ra mình sẽ được hưởng do hợp đồng mang lại. Người có quyền còn có thể yêu cầu người có nghĩa vụ chi trả chi phí phát sinh do không hoàn thành nghĩa vụ hợp đồng mà không trùng lặp với mức bồi thường thiệt hại cho lợi ích mà hợp đồng mang lại.

[Nhấn mạnh được các tác giả thêm vào]

Nội hàm của khái niệm thiệt hại dùng trong Điều 419 được quy định cụ thể tại Điều 361 của Bộ luật Dân sự, như sau:

Điều 361. Thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ

1. Thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ bao gồm thiệt hại về vật chất và thiệt hại về tinh thần.

2. Thiệt hại về vật chất là tổn thất vật chất thực tế xác định được, bao gồm tổn thất về tài sản, chi phí hợp lý để ngăn chặn, hạn chế, khắc phục thiệt hại, thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giảm sút.

3. Thiệt hại về tinh thần là tổn thất về tinh thần do bị xâm phạm đến tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, uy tín và các lợi ích nhân thân khác của một chủ thể.

[Nhấn mạnh được các tác giả thêm vào]

Như vậy, phải hiểu là khi nói đến thiệt hại được bồi thường do vi phạm hợp đồng, thì thiệt hại đó thường là “tổn thất vật chất thực tế xác định được, bao gồm tổn thất về tài sản, chi phí hợp lý để ngăn chặn, hạn chế, khắc phục thiệt hại, thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giảm sút” bao gồm (i) lợi ích lẽ ra được hưởng do hợp đồng mang lại và (ii) chi phí phát sinh do không hoàn thành nghĩa vụ hợp đồng mà không trùng lặp với mức bồi thường thiệt hại cho lợi ích mà hợp đồng mang lại. Hơn nữa, theo Điều 13 và Điều 360 của Bộ luật Dân sự thì bên vi phạm có nghĩa vụ “phải bồi thường toàn bộ thiệt hại, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật có quy định khác”.¹⁹

về tranh chấp bồi thường thiệt hại hợp đồng khoan phá đá (“**Quyết định 12/2019**”). Trong Quyết định 12/2019, TANDTC nhận xét trong phần “Nhận định” như sau:

[4]. Ngoài ra, Hợp đồng số 16/HĐTC/12 ngày 22/02/2012 giữa Công ty Quang Minh và Công ty Tây Nguyên **liên quan đến hoạt động xây dựng**, được xác lập trên cơ sở Hợp đồng thi công xây dựng số 01/HP-XD/HĐ ngày 18/8/2011 giữa Công ty cổ phần Điện Tam Long với Công ty Quang Minh, nhưng Tòa án cấp sơ thẩm lại áp dụng Luật thương mại để giải quyết vụ án là không đúng. **Trong trường hợp này, cần xác định quan hệ tranh chấp liên quan đến lĩnh vực xây dựng, nên cần áp dụng pháp luật xây dựng. Trường hợp pháp luật xây dựng không quy định thì áp dụng Bộ luật dân sự để giải quyết.**

[Nhấn mạnh được các tác giả thêm vào]

¹⁹ Điều 13. Bồi thường thiệt hại

Tóm lại, các quy định của Luật Xây dựng và Bộ luật Dân sự đối với việc bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng xây dựng đưa ra ba nguyên tắc chính là (a) thiệt hại phải thuộc một loại thiệt hại vật chất được liệt kê trong Điều 361 và Điều 419 của Bộ luật Dân sự; (b) thiệt hại phải được chứng minh; và (c) mức thiệt hại phải tương đương với mức tổn thất và bên vi phạm phải bồi thường toàn bộ thiệt hại, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật có quy định khác. Đây là các nguyên tắc chính cần phải áp dụng để giải thích, áp dụng điều khoản THDCT trong RB/99 và RB/17.

B. Điều khoản THDCT trong RB/99 và RB/17 có phù hợp với Luật Xây dựng và Bộ luật Dân sự về bồi thường thiệt hại hay không?

a. Nguyên tắc thứ nhất: Thiệt hại phải thuộc một loại thiệt hại vật chất được liệt kê trong Điều 361 và Điều 419 của Bộ luật Dân sự

Theo Điều 419 của Bộ luật Dân sự thì thiệt hại được bồi thường do vi phạm hợp đồng bao gồm (a) lợi ích mà lẽ ra bên bị vi phạm sẽ được hưởng do hợp đồng mang lại và (b) chi phí phát sinh do bên vi phạm không hoàn thành nghĩa vụ hợp đồng mà không trùng lặp với mức bồi thường thiệt hại cho lợi ích mà hợp đồng mang lại. Theo Điều 361 của Bộ luật Dân sự thì thiệt hại về vật chất bao gồm (a) tổn thất về tài sản, (b) chi phí hợp lý để ngăn chặn, hạn chế, khắc phục thiệt hại, và (c) thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giảm sút. Vì THDCT là một mức thiệt hại do các bên thỏa thuận áp dụng trong trường hợp Nhà thầu không hoàn thành Công trình đúng thời hạn cho nên không thể xác định được là THDCT thuộc loại thiệt hại nào được Điều 419 và Điều 361 của Bộ luật Dân sự công nhận.

b. Nguyên tắc thứ hai: Thiệt hại phải được chứng minh

Theo Điều 361 của Bộ luật Dân sự thì tổn thất thực tế phải xác định được, tức là phải chứng minh được. THDCT là một cấu trúc pháp lý mà nền tảng là các bên không cần chứng minh mức độ thiệt hại khi Nhà thầu không hoàn thành Công trình đúng hạn. Do vậy, THDCT cũng không đáp ứng được nguyên tắc thứ hai.

Một quyết định giám đốc thẩm của TANDTC, Quyết định số 10/2020/KDTM-GDT về tranh chấp hợp đồng phân phối độc quyền, yêu cầu thanh toán tiền mua hàng giữa Công ty TNHH Yên Sào Sài Gòn và Công ty cổ phần Yên Việt (“**Quyết định 10/2020**”), đã làm rõ trách nhiệm chứng minh thiệt hại ngay cả khi các bên đã có thỏa thuận về một mức bồi thường nhất định trong bối cảnh một hợp đồng thương mại. Các tác giả cho rằng cách tiếp cận vấn đề của TANDTC trong Quyết định 10/2020 hoàn toàn có thể áp dụng cho hợp đồng xây dựng và hợp đồng dân sự.

Quyết định 10/2020 phát sinh từ tranh chấp giữa hai công ty liên quan đến một hợp đồng phân phối độc quyền sản phẩm từ yến ở phía Bắc Việt Nam với thời hạn 10 năm. Nguyên đơn là nhà phân phối độc quyền khởi kiện bị đơn là bên cung ứng vì bị đơn đã thành lập một chi nhánh và một số cửa hàng riêng của mình phân phối cùng loại sản phẩm tại khu vực phía Bắc. Nguyên đơn yêu cầu bị đơn bồi thường

Cá nhân, pháp nhân có quyền dân sự bị xâm phạm được bồi thường toàn bộ thiệt hại, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác hoặc luật có quy định khác.

Điều 360. Trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ

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

[Nhấn mạnh được các tác giả thêm vào]

thiệt hại 10 tỉ đồng theo Điều 11 của hợp đồng. Sau một quá trình tố tụng gần mười năm, TANDTC xét xử giám đốc thẩm, tuyên hủy bản án phúc thẩm và giao vụ án cho Tòa án cấp sơ thẩm xét xử lại.

Tại đoạn 4 của Quyết định 10/2020, TANDTC nhận định như sau:

[4] Tại Điều 11 Hợp đồng Nguyên tắc số 02, hai bên thỏa thuận: "... Nếu trong quá trình thực hiện hợp đồng, bên nào vi phạm các điều đã cam kết trong hợp đồng thì bên vi phạm phải chịu trách nhiệm bồi thường cho bên kia số tiền 10 tỉ đồng".

[...] Nếu xác định các bên có thỏa thuận về bồi thường thiệt hại thì Tòa án phải làm rõ căn cứ phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại gồm đủ các yếu tố: có hành vi vi phạm hợp đồng, có thiệt hại thực tế, hành vi vi phạm hợp đồng là nguyên nhân trực tiếp gây ra thiệt hại và bên yêu cầu bồi thường thiệt hại phải chứng minh tổn thất, mức độ tổn thất do hành vi vi phạm gây ra và khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm. [...]

[Nhân mạnh được các tác giả thêm vào]

Để kết luận, cách tiếp cận của TANDTC trong Quyết định 10/2020 nếu áp dụng cho một hợp đồng xây dựng có điều khoản THDCT cho thấy rằng điều khoản THDCT có thể không đáp ứng được nguyên tắc thứ hai là phải chứng minh thiệt hại.

c. Nguyên tắc thứ ba: Mức thiệt hại phải tương đương với mức tổn thất và bên vi phạm phải bồi thường toàn bộ thiệt hại, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật có quy định khác

Điều khoản THDCT cũng không đáp ứng được nguyên tắc thứ ba vì hai lý do. Thứ nhất, THDCT là một cấu trúc pháp lý mà nền tảng là các bên không cần xác định mức độ thiệt hại khi Nhà thầu không hoàn thành công trình đúng hạn mà chỉ cần thanh toán số tiền đã thỏa thuận theo công thức quy định trong hợp đồng, miễn là số tiền đó bằng hoặc dưới mức trần quy định trong hợp đồng.

Hơn nữa, điều khoản THDCT cũng không thể được xem là một thỏa thuận khác ngoại trừ trường hợp là mức thiệt hại cụ thể đã được chứng minh, phù hợp với nguyên tắc thứ hai nêu trên, và số tiền THDCT thấp hơn mức thiệt hại cụ thể đã được chứng minh. Nếu nguyên tắc chung quy định tại Luật Xây dựng và Bộ luật Dân sự đối với thiệt hại do vi phạm hợp đồng là bên vi phạm phải bồi thường toàn bộ thiệt hại thì việc các bên thỏa thuận bồi thường cao hơn số tiền toàn bộ thiệt hại là không có căn cứ, cơ sở theo các quy định có liên quan của Luật Xây dựng và Bộ luật Dân sự.

Như các tác giả đã trình bày ở trên, điều khoản THDCT của RB/17 chỉ khác điều khoản THDCT của RB/99 trong chừng mực là Khoản 15.4(c) của RB/17 là một điều khoản mới tạo cơ sở pháp lý cho một Chủ đầu tư yêu cầu Nhà thầu thanh toán THDCT trong trường hợp không có nghiệm thu và hợp đồng bị Chủ đầu tư chấm dứt (do lỗi của Nhà thầu) sau ngày tương ứng với Thời hạn Hoàn thành Công trình (hoặc một Hạng mục). Tuy nhiên, sự khác biệt này không làm thay đổi các kết luận của các tác giả là điều khoản THDCT trong cả hai phiên bản đều không phù hợp với ba nguyên tắc chung của Luật Xây dựng và Bộ luật Dân sự đối với thiệt hại do vi phạm hợp đồng.

Trong phần tiếp theo, các tác giả xin trình bày đề xuất chuyển các điều khoản THDCT thành điều khoản phạt vi phạm để tạo căn cứ, cơ sở pháp lý rõ rệt và vững vàng hơn cho việc thực hiện ý chí của các bên trong một hợp đồng sử dụng mẫu RB/99 hoặc RB/17 là có những khoản thanh toán mà Chủ đầu tư và Nhà thầu thỏa thuận sẽ phải thanh toán trong trường hợp Công trình gặp phải chậm trễ do lỗi của Nhà thầu. Xin nhắc lại nguyên tắc quy định tại Điều 54.3 của Nghị định 37 như sau:

[...] 3. Khuyến khích các tổ chức, cá nhân vận dụng bộ mẫu điều kiện hợp đồng của Hiệp hội Quốc tế các kỹ sư tư vấn (FIDIC), hợp đồng xây dựng mẫu vào việc xác lập và thực hiện hợp đồng xây dựng. Khi vận dụng các hợp đồng xây dựng mẫu các bên phải xem xét hiệu chỉnh nội dung hợp đồng cho phù hợp với các quy định của pháp luật Việt Nam.

[Nhấn mạnh được các tác giả thêm vào]

Để thực hiện tốt nguyên tắc quy định tại Điều 54.3 nêu trên, cần tham khảo kinh nghiệm các nước đã sử dụng, áp dụng RB/99 và RB/17.

VI. Đề xuất chuyển các điều khoản THDCT thành điều khoản phạt vi phạm

A. Cách tiếp cận, áp dụng các điều khoản THDCT trong hệ thống thông luật và hệ thống dân luật

Trong Chương so sánh giữa cách tiếp cận RB/17 của các nước theo hệ thống thông luật so với các nước theo hệ thống dân luật, luật sư Seppala đã đưa ra một số nhận định, phân tích mà các tác giả cho rằng nên vận dụng để điều chỉnh các điều khoản THDCT trong hợp đồng FIDIC áp dụng luật Việt Nam. Trong luật Anh, khái niệm tương ứng với khái niệm THDCT và cũng là nền tảng của khái niệm THDCT là khái niệm “liquidated damages”.²⁰ Cụ thể, luật sư Seppala nhận định, phân tích như sau:

²⁰ Trong bản án *Triple Point Technology, Inc (Respondent) v PTT Public Company Ltd (Appellant)* [2021] UKSC 29 của Tòa Tối cao Vương quốc Anh, Thẩm phán Leggatt, trong ý kiến đồng thuận với ý kiến đa số (là ý kiến quyết định vụ án) do Thẩm phán Arden đưa ra, có giải thích tương đối rõ về ý nghĩa của một điều khoản “liquidated damages” (khó có thể dịch loại thiệt hại này theo pháp luật Việt Nam vì không có khái niệm tương ứng và do vậy các tác giả quyết định giữ nguyên cụm từ “liquidated damages” khi đề cập đến khái niệm đó trong bài viết này) theo luật Anh, tại đoạn 74, như sau:

74. A liquidated damages clause is a clause in a contract which stipulates what amount of money will be payable as damages for loss caused by a breach of the contract irrespective of what loss may actually be suffered if a breach of the relevant kind (typically, delay in performance of the contract) occurs. Liquidated damages clauses are a standard feature of major construction and engineering contracts and commonly provide for damages to be payable at a specified rate for each week or day of delay in the completion of work by the contractor after the contractual completion date has passed. Such a clause serves two useful purposes. First, establishing what financial loss delay has caused the employer would often be an intractable task capable of giving rise to costly disputes. Fixing in advance the damages payable for such delay avoids such difficulty and cost. Second, such a clause limits the contractor’s exposure to liability of an otherwise unknown and open-ended kind, while at the same time giving the employer certainty about the amount that it will be entitled to recover as compensation. Each party is therefore better able to manage the risk of delay in the completion of the project.

Có thể dịch sang tiếng Việt như sau:

74. Một điều khoản “liquidated damages” là một điều khoản trong một hợp đồng quy định số tiền phải trả để bồi thường thiệt hại phát sinh từ một vi phạm hợp đồng mà không tính đến thiệt hại thực tế đã phải gánh chịu khi một loại vi phạm có liên quan (điển hình là chậm trễ trong việc thực hiện hợp đồng) xảy ra. Điều khoản “liquidated damages” là một điều khoản phổ thông trong các hợp đồng xây dựng và thiết kế lớn thường quy định là thiệt hại sẽ phải được thanh toán theo một mức cố định cho mỗi tuần hoặc mỗi ngày chậm trễ trong việc hoàn tất công việc của nhà thầu sau khi ngày hoàn tất công việc đã qua. Điều khoản đó có hai công dụng hữu ích. Thứ nhất, chứng minh thiệt hại tài chính mà việc chậm trễ đã gây ra cho chủ đầu tư thường là một công việc phức tạp dễ làm phát sinh tranh cãi tốn kém. Việc ấn định trước số tiền thiệt hại phải trả cho việc chậm trễ đó sẽ tránh những khó khăn và tốn kém đó. Thứ hai, một điều khoản như vậy sẽ giới hạn trách nhiệm của nhà thầu đối với một rủi ro không lường trước được, đồng thời tạo ra sự chắc chắn cho chủ đầu tư về số tiền đền bù mà mình có quyền nhận được. Mỗi bên do vậy có thể quản lý tốt hơn rủi ro chậm trễ trong việc hoàn tất dự án.

Sự khác biệt giữa “liquidated damages” trong các hệ thống thông luật và phạt vi phạm trong một số hệ thống dân luật có thể được diễn tả là các hệ thống thông luật có ý định nghĩa thiệt hại do một bên phải gánh chịu trong khi các hệ thống dân luật đưa ra quy định có tính “in terorem” (tiếng Latin: “để răn đe”) để khiến cho một bên phải thực hiện hợp đồng. Có những hệ thống dân luật sử dụng điều khoản này để phục vụ cho cả hai mục tiêu.²¹

Trong bình luận cụ thể liên quan đến Khoản 8.8 của RB/17, luật sư Seppala phân tích tiếp như sau:

Vấn đề đặt ra trong bản án *Triple Point Technology* là nghĩa vụ phải thanh toán “liquidated damages” của nhà thầu trong trường hợp dự án không hoàn tất và, sau ngày đáng lẽ phải hoàn tất, hợp đồng bị chủ đầu tư chấm dứt. Ý kiến đa số của các Thẩm phán Tòa Tối cao Vương quốc Anh xét xử vụ án này, do Thẩm phán Arden đưa ra, giải thích thêm về khái niệm “liquidated damages” và có nhận định, tại đoạn 35, như sau:

35. [...] Parties agree a liquidated damages clause so as to provide a remedy that is predictable and certain for a particular event (here, as often, that event is a delay in completion). The employer does not then have to quantify its loss, which may be difficult and time-consuming for it to do. Parties must be taken to know the general law, namely that the accrual of liquidated damages comes to an end on termination of the contract (see *Photo*

Production Ltd v Securicor Transport Ltd [1980] AC 827, 844 and 849). After that event, the parties’ contract is at an end and the parties must seek damages for breach of contract under the general law. That is well-understood: see per Recorder Michael Harvey QC in *Gibbs v Tomlinson* (1992) 35 Con LR 86, p 116. [...]

Có thể dịch sang tiếng Việt như sau:

35. [...] Các bên thỏa thuận về một điều khoản “liquidated damages” để quy định một biện pháp khắc phục có thể tính toán được chắc chắn đối với một sự kiện cụ thể (trong trường hợp này, cũng như trong nhiều trường hợp, sự kiện đó là sự chậm trễ trong việc hoàn tất). Chủ đầu tư không cần phải tính toán thiệt hại, vì việc đó có thể khó khăn và mất thời gian. Cần giả định là các bên phải hiểu pháp luật nói chung, tức là quyền được nhận “liquidated damages” ngưng khi hợp đồng chấm dứt (xem *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd* [1980] AC 827, 844 và 849). Sau khi sự kiện đó xảy ra, hợp đồng giữa các bên chấm dứt và các bên phải yêu cầu bồi thường thiệt hại do việc vi phạm hợp đồng gây ra theo pháp luật nói chung. Điều này ai cũng hiểu: xem lời phát biểu của Recorder Michael Harvey QC trong *Gibbs v Tomlinson* (1992) 35 Con LR 86, tr. 116. [...]

Trên cơ sở nhận định này, Thẩm phán Arden kết luận là nhà thầu có nghĩa vụ thanh toán “liquidated damages” cho chủ đầu tư đến khi hợp đồng chấm dứt nếu hợp đồng chấm dứt sau ngày đáng lẽ phải hoàn tất dự án. Như vậy là luật Anh đã đi theo hướng giải quyết của điểm (c) Khoản 15.4 của RB/17.

Các tác giả cũng xin lưu ý là một số ý tưởng truyền thống giải thích khái niệm “liquidated damages” theo luật Anh và các hệ thống thông luật đã không được Tòa Tối cao Vương quốc Anh nhắc lại trong bản án *Triple Point Technology*. Các ý tưởng đó là:

- “Liquidated damages” là một mức thiệt hại ước tính hợp lý do các bên thỏa thuận vì mức thiệt hại thực tế khó chứng minh được. Thẩm phán Leggatt có nhắc đến điều này nhưng chỉ nêu rằng đây là một lý do để các bên ấn định số tiền “liquidated damages” phải thanh toán nhưng không cho rằng đây là một cơ sở, căn cứ hoặc điều kiện tiên quyết để tiến đến việc ấn định “liquidated damages”.
- “Liquidated damages” là một mức thiệt hại ước tính hợp lý và do vậy không phải là một khoản phạt vi phạm trái với nguyên tắc cơ bản của luật Anh và do vậy vô hiệu (void as against public policy). Tòa Tối cao Vương quốc Anh đã hạn chế phạm vi áp dụng của nguyên tắc này và tuyên rằng nguyên tắc này không áp dụng khi một nghĩa vụ chính trong hợp đồng bị vi phạm, ví dụ như nghĩa vụ hoàn tất dự án đúng hạn (xem bản án *Cavendish Square Holding BV v Makdessi* [2015] UKSC 67 và bản án *ParkingEye Ltd v Beavis (Consumers’ Association intervening)* [2015] 3 W.L.R. 1373).

Tóm lại, đối với luật Anh từ khi Tòa án tối cao Vương quốc Anh tuyên bản án *Triple Point Technology*, thì vấn đề cơ bản đối với hiệu lực của một điều khoản “liquidated damages” trong một hợp đồng là sự thỏa thuận của các bên đối với một nghĩa vụ chính trong hợp đồng bất chấp việc số tiền “liquidated damages” được thỏa thuận có phải là một ước tính hợp lý của thiệt hại có thể xảy ra khi có vi phạm hay không.

²¹ C. Seppala, *The FIDIC Red Book Contract: An International Clause-by-Clause Commentary* (4/2023), tr. 90.

(1) So sánh hệ thống thông luật và hệ thống dân luật

Như đã trình bày ở trên, THDCT được đề cập đến trong những hệ thống thông luật là “liquidated damages for delay”, trong khi một số hệ thống dân luật đề cập đến phạt vi phạm (tiếng Pháp: pénalités). Theo cả hai hệ thống, những khoản này đều phải có quy định pháp lý rõ ràng và, để đạt được tính cưỡng chế thi hành, số tiền thiệt hại ấn định trước này, trên thực tế, phải là một ước tính hợp lý đối với khoản tổn thất thực tế hoặc ước tính mà Chủ đầu tư sẽ phải gánh chịu do sự chậm trễ. Tuy nhiên, [...], các hệ thống thông luật và dân luật có những sự khác biệt đáng lưu ý như sau:

- (1) Trong hệ thống thông luật, tòa án không có quyền điều chỉnh mức thanh toán đã thỏa thuận trước; trong hệ thống dân luật, tòa án có thẩm quyền đó;
- (2) Trong hệ thống thông luật, nếu mức thanh toán đã thỏa thuận trước bị xem là một khoản phạt vi phạm, thì điều khoản có liên quan không còn hiệu lực thi hành và vô hiệu; trong hệ thống dân luật, nếu tòa án cho rằng mức thanh toán đó quá đáng, thì mức thanh toán đó có thể được điều chỉnh để phù hợp với mức thiệt hại thực tế;
- (3) Trong hệ thống thông luật, việc xem xét là mức thanh toán đã thỏa thuận trước có là một khoản phạt vi phạm, và do vậy cần phản đối hay không, được thực hiện tại thời điểm ký kết hợp đồng; trong hệ thống dân luật, việc xem xét điều khoản thanh toán đã thỏa thuận trước có chấp nhận được hay không được thực hiện tại ngày ban hành bản án hoặc phán quyết, căn cứ vào thiệt hại thực tế đã phải gánh chịu; và
- (4) Trong hệ thống dân luật, có thể có quy định buộc đưa ra yêu cầu thực hiện hợp đồng là điều kiện tiên quyết để nhận thanh toán.

(2) Các Nguyên tắc UNIDROIT

Các Nguyên tắc UNIDROIT cũng quy định là mức thanh toán được thỏa thuận trước phải đảm bảo tiêu chí hợp lý: Mặc dù có thỏa thuận trái ngược, số tiền được quy định có thể giảm xuống một mức hợp lý trong trường hợp số tiền đó thật sự quá đáng so với tổn thất phát sinh từ việc không thực hiện hợp đồng và những sự kiện liên quan khác.

Hơn nữa, các nguyên tắc trên quy định rằng một điều khoản hạn chế hoặc loại bỏ trách nhiệm của một bên đối với việc không thực hiện hợp đồng thì “không thể được viện dẫn nếu điều đó tạo ra sự bất công lớn khi xét đến mục đích của hợp đồng”. Như Điều 8.8 quy định rằng điều này không thể được viện dẫn đến trong một số trường hợp, có trường hợp lừa đảo, thì các Điều 3.1.4 (Tính bắt buộc của quy định) và 3.2.5 (Lừa đảo) của các nguyên tắc UNIDROIT cũng có quy định tương tự.²²

Trên cơ sở những nhận định, phân tích của luật sư Seppala, các tác giả cho rằng việc chỉnh sửa các hợp đồng theo mẫu FIDIC do luật Việt Nam điều chỉnh theo hướng tiếp cận của hệ thống dân luật là phù hợp và đúng đắn vì cấu trúc và cơ chế pháp luật Việt Nam sẵn đã phù hợp với các giải pháp do hệ thống dân luật áp dụng để giải quyết vấn đề THDCT, tức là một vấn đề đặt ra trong tất cả các công trình, hợp đồng xây dựng trên toàn cầu dù luật áp dụng là luật của một quốc gia theo hệ thống thông luật hoặc hệ thống

²² C. Seppala, *The FIDIC Red Book Contract: An International Clause-by-Clause Commentary* (4/2023), tr. 702-704.

dân luật.²³ Các tác giả cho rằng cơ chế sẵn có trong pháp luật Việt Nam có thể áp dụng được để thực hiện nội dung THDCT trong RB/99 hoặc RB/17 là cơ chế phạt vi phạm.

B. Phạt vi phạm theo Luật Xây dựng và Bộ luật Dân sự

Điều 146 của Luật Xây dựng quy định như sau:

- Thường, phạt hợp đồng xây dựng phải được các bên thỏa thuận và ghi trong hợp đồng.
- Đối với công trình xây dựng sử dụng vốn đầu tư công, vốn nhà nước ngoài đầu tư công, mức phạt hợp đồng không vượt quá 12% giá trị phần hợp đồng bị vi phạm. Ngoài mức phạt theo thỏa thuận, bên vi phạm hợp đồng còn phải bồi thường thiệt hại cho bên kia, bên thứ ba (nếu có) theo quy định của Luật này và pháp luật có liên quan khác.

[Nhấn mạnh được các tác giả thêm vào]

²³ Luật Pháp là một ví dụ điển hình minh họa điều này. Các tác giả xin ghi nhận và trân trọng cảm ơn ý kiến đóng góp, phân tích của luật sư Maude Lebois, thành viên công ty luật Gaillard Banifatemi Shelbaya Disputes (Paris), về vấn đề THDCT trong luật Pháp mà các tác giả xin tóm tắt như sau:

Một điều khoản “liquidated damages” về mặt kỹ thuật là một “điều khoản phạt vi phạm (clause penale)”. Điều 1231-5 của Bộ luật Dân sự Pháp xác nhận hiệu lực của điều khoản “liquidated damages”.

Một bản án do Tòa Phúc thẩm Paris tuyên vào năm 2019 đưa ra nhận định cụ thể về đặc tính của điều khoản phạt vi phạm là: sự kiện vi phạm hợp đồng xảy ra là điều kiện để áp dụng điều khoản phạt vi phạm và không có yêu cầu là phải chứng minh thiệt hại thực tế (Tòa Phúc thẩm Paris, ngày 23/10/2019, bản án số 18-00049). Trong bản án này, một bên được nhượng quyền thương mại đơn phương chấm dứt hợp đồng nhượng quyền thương mại nhưng vẫn tiếp tục trả các khoản phí nhượng quyền phải thanh toán cho đến ngày hợp đồng hết hạn. Trước Tòa, bên được nhượng quyền lập luận rằng không thể áp dụng điều khoản phạt vi phạm trong hợp đồng khi bên nhượng quyền không có thiệt hại thực tế vì đã nhận đủ phí nhượng quyền phải thanh toán theo hợp đồng.

Trong bản án, Tòa Phúc thẩm nhắc lại nguyên tắc là nếu phạt vi phạm thì không cần chứng minh thiệt hại. Tuy nhiên, Tòa cũng xem xét đến tổng số tiền phí nhượng quyền mà bên được nhượng quyền đã thanh toán (63,288 Euro) so với số tiền quy định trong điều khoản phạt vi phạm (80,000 Euro) và quyết định là số tiền quy định trong điều khoản phạt vi phạm trong trường hợp này là quá đáng và quyết định giảm số tiền phạt vi phạm xuống còn 20,000 Euro. Do vậy, Tòa Phúc thẩm yêu cầu bên được nhượng quyền trả 20,000 Euro.

Khoản 2 và khoản 3 Điều 1231-5 của Bộ luật Dân sự Pháp nêu rõ là thẩm phán có thẩm quyền nâng hoặc giảm số tiền đã thỏa thuận trong điều khoản phạt vi phạm nếu thẩm phán cho rằng số tiền trong điều khoản phạt vi phạm rõ ràng là quá đáng (excessive) hoặc quá thấp. Khi nói đến tính cách “rõ ràng quá đáng” (manifestly excessive) hoặc quá thấp của số tiền quy định trong điều khoản phạt vi phạm thì phải hiểu rằng chỉ có thể đi đến kết luận này khi so sánh khách quan giữa thiệt hại mà nguyên đơn đã phải chịu và số tiền quy định trong điều khoản phạt vi phạm. Để thực hiện nguyên tắc này, các thẩm phán Pháp có thể chỉ định chuyên gia để giám định thiệt hại thực tế của nguyên đơn. Hơn nữa, các thẩm phán Pháp cũng có thẩm quyền rộng rãi để tăng hoặc giảm số tiền trong điều khoản phạt vi phạm; ví dụ, Tòa Pháp án Pháp đã đưa ra nhận định rằng các thẩm phán của Pháp không có nghĩa vụ phải giải thích cụ thể vì sao có quyết định không điều chỉnh số tiền được quy định trong điều khoản phạt vi phạm (Tòa Pháp án, Phòng Thương mại, ngày 5/11/2013, bản án số 12-20.263).

Như vậy, theo ý kiến của các tác giả, các điều khoản “liquidated damages” theo luật Pháp chính là những điều khoản phạt vi phạm (clause penale) theo đó bên yêu cầu thanh toán không cần phải chứng minh thiệt hại thực tế để được nhận khoản phạt vi phạm. Cách tiếp cận này hoàn toàn phù hợp với luật Việt Nam. Tuy nhiên, luật Pháp cũng cho phép Tòa án linh động điều chỉnh số tiền phạt vi phạm quy định trong điều khoản phạt vi phạm nếu Tòa cho rằng số tiền đó rõ ràng là quá đáng hoặc quá thấp. Từ góc độ này, luật Pháp đi xa hơn khái niệm “liquidated damages” theo thông luật vì nền tảng của khái niệm đó là một số tiền mà các bên đã thỏa thuận mà bên vi phạm phải thanh toán cho bên bị vi phạm khi có vi phạm. Các hệ thống thông luật không cho phép Tòa án điều chỉnh số tiền này. Luật Việt Nam không có cơ chế này và do vậy, khái niệm phạt vi phạm theo luật Việt Nam gần hơn với khái niệm “liquidated damages” của thông luật so với luật Pháp.

Điều 418 của Bộ luật Dân sự quy định về thỏa thuận phạt vi phạm như sau:

1. Phạt vi phạm là sự thỏa thuận giữa các bên trong hợp đồng, theo đó bên vi phạm nghĩa vụ phải nộp một khoản tiền cho bên bị vi phạm.

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

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

Trường hợp các bên có thỏa thuận về phạt vi phạm nhưng không thỏa thuận về việc vừa phải chịu phạt vi phạm và vừa phải bồi thường thiệt hại thì bên vi phạm nghĩa vụ chỉ phải chịu phạt vi phạm.

[Nhấn mạnh được các tác giả thêm vào]

Như vậy là nghĩa vụ phải nộp một khoản tiền cho bên bị vi phạm theo Điều 418 của Bộ luật Dân sự không đi kèm với nghĩa vụ phải chứng minh thiệt hại thực tế. Điểm này đã được TANDTC làm rõ trong Quyết định 10/2020.²⁴

C. Đề xuất chuyển các điều khoản THDCT thành điều khoản phạt vi phạm

Trong trường hợp các bên trong hợp đồng muốn điều chỉnh điều khoản THDCT để phù hợp hơn với luật Việt Nam thì các tác giả đề xuất sửa đổi điều khoản THDCT, thông qua việc thỏa thuận các điều kiện riêng, thành một điều khoản phạt vi phạm do chậm trễ bằng cách thay thế cụm từ “thiệt hại do chậm trễ” thành “phạt vi phạm do chậm trễ”. Như vậy, hợp đồng có quy định riêng về cả phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại.

Cụ thể, Khoản 8.7 của RB/99 hoặc Khoản 8.8 của RB/17 sẽ là điều khoản phạt vi phạm và trong trường hợp Chủ đầu tư nghiệm thu Công trình (dù bị chậm tiến độ) thì Nhà thầu chỉ phải chịu phạt vi phạm mà không phải bồi thường thiệt hại do việc chậm tiến độ gây ra. Trong trường hợp Chủ đầu tư không nghiệm thu và chấm dứt hợp đồng do lỗi của Nhà thầu thì Khoản 15.4 của RB/99 quy định trách nhiệm bồi thường thiệt hại nhưng không có quy định về phạt vi phạm. Ngược lại, cũng trong trường hợp này, RB/17 quy định là Chủ đầu tư sẽ có quyền yêu cầu Nhà thầu (i) bồi thường thiệt hại, và (ii) thanh toán khoản phạt vi phạm. Trong cả hai trường hợp, các quy định liên quan đến THDCT đều có thể dựa trên Điều 418.3 của Bộ luật Dân sự, cho phép “[c]ác bên thỏa thuận về việc bên vi phạm nghĩa vụ [...] vừa phải chịu phạt vi phạm và vừa phải bồi thường thiệt hại”.

Vấn đề kế tiếp, theo luật Việt Nam, là mức trần áp dụng cho khoản phạt vi phạm. Khoản 8.7 của RB/99 hoặc Khoản 8.8 của RB/17 đều có quy định về một mức trần áp dụng cho khoản phạt vi phạm quy định

²⁴ Tại đoạn 4 của Quyết định 10/2020, TANDTC nhận định như sau:

Theo các Điều 300, 301, 302, 303, 304 Luật Thương mại năm 2005 thì phạt vi phạm là việc các bên thỏa thuận bên vi phạm phải trả một khoản tiền phạt được xác định trước, nhưng không vượt quá 8% giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm; còn bồi thường thiệt hại là việc các bên thỏa thuận bên vi phạm bồi thường những tổn thất do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra cho bên bị vi phạm, nhưng những tổn thất này chưa xác định được tại thời điểm thỏa thuận.

Các tác giả đã kết luận bên trên rằng cách tiếp cận vấn đề của TANDTC trong Quyết định 10/2020 hoàn toàn có thể áp dụng cho hợp đồng xây dựng và hợp đồng dân sự. Do vậy, nguyên tắc được làm rõ trong đoạn văn này của Quyết định 10/2020 là việc trả một khoản tiền phạt được xác định trước không tùy thuộc vào việc chứng minh thiệt hại thực tế. Điều này cũng phù hợp với cách tiếp cận của luật Pháp (xem ghi chú 23).

trong hợp đồng. Điều này cũng phù hợp với thông lệ quốc tế phát sinh từ khái niệm cơ bản về “liquidated damages” trong luật Anh, là một số tiền thiệt hại được ước tính một cách hợp lý bởi các bên. Bộ luật Dân sự không có quy định hạn chế mức trần phạt vi phạm.²⁵ Nhưng Điều 146 của Luật Xây dựng hạn chế mức trần phạt hợp đồng không được vượt quá 12% giá trị phần hợp đồng bị vi phạm nếu công trình sử dụng vốn đầu tư công, vốn nhà nước ngoài đầu tư công. Đối với các công trình không thuộc hai nhóm nêu trên, Luật Xây dựng, cũng như Bộ luật Dân sự, không có quy định hạn chế mức trần phạt vi phạm. Như vậy, có thể lập luận rằng việc thỏa thuận mức trần phạt vi phạm đối với các công trình không sử dụng vốn đầu tư công hoặc không sử dụng vốn nhà nước ngoài đầu tư công là một thỏa thuận thương mại không bị hạn chế bởi một mức trần luật định. Tuy nhiên, cũng xin lưu ý rằng, Luật Xây dựng có hạn chế về mức trần phạt vi phạm cho công trình sử dụng vốn đầu tư công hoặc vốn nhà nước ngoài đầu tư công, tức là các công trình quan trọng, tầm cỡ quốc gia, và hơn nữa cả RB/99 và RB/17 đều có quy định về mức trần, phù hợp với thông lệ quốc tế. Trên cơ sở đó, các tác giả cho rằng nếu các bên trong một công trình không sử dụng vốn đầu tư công và không sử dụng vốn nhà nước ngoài đầu tư công, vẫn thỏa thuận về mức trần phạt vi phạm không cao hơn 12% thì đó là một thỏa thuận hợp lý sẽ làm giảm rủi ro tranh cãi về khoản phạt vi phạm.

Các tác giả hi vọng rằng đề xuất trên sẽ là bước đầu dẫn đến việc giải thích, áp dụng các điều khoản THDCT trong các hợp đồng xây dựng do luật Việt Nam điều chỉnh một cách rõ ràng, đồng bộ và đơn giản hơn để tránh những phức tạp và kết quả khó tiên lượng trong quá trình giải quyết tranh chấp.

²⁵ Mặc dù Điều 301 của Luật Thương mại quy định mức phạt vi phạm trong các hợp đồng thương mại không được quá 8% giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm (trừ hợp đồng dịch vụ giám định), quan điểm của TANDTC trong Quyết định 12/2019 là việc áp dụng Luật Thương mại để giải quyết một vụ án liên quan đến hợp đồng xây dựng là không đúng, mà phải áp dụng pháp luật xây dựng và Bộ luật Dân sự.