

# ÁP DỤNG ĐIỀU KHOẢN BỒI THƯỜNG ÁN ĐỊNH TRƯỚC TRONG HỢP ĐỒNG MẪU FIDIC - KINH NGHIỆM CỦA MALAYSIA VÀ HONG KONG CHO VIỆT NAM

NGUYỄN THỊ HOA

Khoa Luật Quốc tế, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh  
Faculty of International Law, Ho Chi Minh City University of Law  
Email: nthoa@hcmulaw.edu.vn

## Tóm tắt

Chế định bồi thường ấn định trước bắt nguồn từ thông luật (*common law*) và hợp đồng mẫu của Hiệp hội Kỹ sư tư vấn quốc tế (*International Federation of Consulting Engineers, FIDIC*) cũng được xây dựng trên cơ sở học hỏi các mẫu hợp đồng của thông luật. Do đó, khi chế định này du nhập vào Việt Nam, một nước được xem là theo truyền thống dân luật (*civil law*), sẽ có những khó khăn đặt ra trong việc áp dụng chế định này. Bài viết này sẽ nghiên cứu thực tiễn của Việt Nam trong việc áp dụng điều khoản bồi thường ấn định trước nêu trên để minh chứng luận điểm này, và lựa chọn pháp luật của Hong Kong và Malaysia làm cơ sở phân tích vì các hệ thống này đều chịu ảnh hưởng của thông luật nhưng họ lại có đặc điểm kinh tế xã hội khá gần gũi với Việt Nam.

**Từ khóa:** bồi thường ấn định trước, phạt vi phạm, bồi thường thiệt hại, hợp đồng mẫu FIDIC

## Abstract

The regime of liquidated damages (LD) originates from the common law tradition, and the contract forms issued by the International Federation of Consulting Engineers (FIDIC) are also developed based on principles derived from common law models. Consequently, challenges may arise when applying this regime in Vietnam, which is characterized as a civil law jurisdiction. This article, therefore, examines the practical application of the LD clause in Vietnam to substantiate this observation. Furthermore, in order to provide a sound basis for assessing the reasonableness or unreasonableness of Vietnam's legal framework and practices, a comparative analysis with foreign legal systems will be employed as a scientific method. Accordingly, the author selects the legal systems of Hong Kong and Malaysia for this comparative analysis, given that both are influenced by the common law tradition and share socio-economic characteristics that are comparable to those of Vietnam.

**Keywords:** liquidated damages clause, penalty clause, compensation clause, FIDIC forms of contract

**DOI:** <https://doi.org/10.70236/tckhplvn.255>

**Ngày nhận bài:** 15/01/2025

**Ngày duyệt đăng:** 16/3/2025

Hiệp hội kỹ sư tư vấn quốc tế (*International Federation of Consulting Engineers, FIDIC*) được thành lập từ năm 1913<sup>1</sup> và là một tổ chức nghề nghiệp có uy tín trong lĩnh vực xây dựng quốc tế. Điều này thể hiện ở việc đến nay, FIDIC đã có các hiệp hội các kỹ sư tư vấn của khoảng 93 quốc gia và vùng lãnh thổ tham gia là thành viên trong đó có Việt Nam.<sup>2</sup> Kể từ khi hành thành và phát triển đến

1 International Federation of Consulting Engineers, "History", <https://fidic.org/history>, truy cập ngày 01/03/2025.

2 International Federation of Consulting Engineers, "Membership associations", [https://fidic.org/membership/membership\\_associations](https://fidic.org/membership/membership_associations), truy cập ngày 01/3/2025.

nay, FIDIC đã ban hành rất nhiều hợp đồng mẫu FIDIC ví dụ như Sách đỏ (*Red Book*), Sách bạc (*Silver Book*), Sách vàng (*Golden Book*)... Mỗi mẫu hợp đồng FIDIC đều có nhiều phiên bản do được sửa đổi bổ sung qua nhiều năm để phục vụ cho nhu cầu phát triển của thực tế. Ví dụ như mẫu Sách Đỏ ra đời sớm nhất vào năm 1957 và sau đó được sửa đổi bổ sung vào các năm 1969, 1977, 1987, 1999 và năm 2017.<sup>3</sup> Việc các hợp đồng mẫu quốc tế ra đời là vì pháp luật nội dung của các quốc gia rất hiếm khi cung cấp đầy đủ các quy định cho hợp đồng và đặc biệt là cho các dự án lớn nên các mẫu hợp đồng xây dựng ra đời giúp các chủ thể tham gia có kênh tham chiếu để lấp đi khoảng trống trong pháp luật quốc gia.<sup>4</sup> Chính vì lẽ đó mà ngay tại Việt Nam, Nghị định số 37/2015/NĐ-CP ngày 22/04/2015 quy định chi tiết về hợp đồng xây dựng tại Điều 54 khoản 3 quy định rằng “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.” Như vậy, hợp đồng mẫu FIDIC cũng được khuyến khích áp dụng tại Việt Nam, tuy nhiên, trong quá trình thực hiện thì Nghị định nói trên khuyến cáo các bên phải xem xét hiệu chỉnh nội dung hợp đồng cho phù hợp với các quy định của pháp luật Việt Nam.

Trong các hợp đồng mẫu FIDIC, ví dụ như Sách Đỏ, có quy định về điều khoản bồi thường ấn định trước. Từ đó, câu hỏi đặt ra là các bên phải hiểu và áp dụng điều khoản này như thế nào nếu như luật áp dụng cho hợp đồng là luật Việt Nam? Để tìm kiếm câu trả lời cho câu hỏi này thì việc nghiên cứu pháp luật nước ngoài để rút ra bài học kinh nghiệm là cần thiết. Trong bài nghiên cứu này, tác giả sẽ nghiên cứu hai hệ thống pháp lý của Malaysia và Hong Kong để tìm ra giải pháp phù hợp. Hai vùng lãnh thổ này được chọn để so sánh là bởi vì họ cũng có cùng vị trí địa lý với Việt Nam là khu vực Châu Á và có trình độ phát triển không quá xa so với Việt Nam. Thêm vào đó, cả Malaysia và Hong Kong lại là những chủ thể mà pháp luật của họ bị ảnh hưởng nhiều bởi hệ thống pháp luật Thông luật – Common Law nên chịu ảnh hưởng nhiều bởi pháp luật của Anh và mẫu hợp đồng FIDIC ban đầu cũng

3 Ellis Backer, Anthony Lavers, and Rebecca Major, “Introduction to FIDIC suite of contract”, *Global Arbitration Review*, 2023, <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-construction-arbitration/fifth-edition/article/introduction-the-fidic-suite-of-contracts#foot-note-141>, truy cập ngày 01/03/2025.

4 Lukas Klee, *International construction contract law* (2<sup>nd</sup> Ed.), Wiley Blackwell, 2018, tr. 92.

được xây dựng trên nền tảng của hợp đồng xây dựng mẫu của Anh.<sup>5</sup> Tuy nhiên, trước khi đi vào tìm hiểu các hệ thống pháp luật nêu trên thì cần tìm hiểu điều khoản bồi thường ấn định trước là gì?

### 1. Khái niệm về thỏa thuận bồi thường ấn định trước

Liên quan đến thuật ngữ “bồi thường ấn định trước”, có nghiên cứu chỉ ra rằng: “Chúng ta thường thấy trong các hợp đồng thương mại, xây dựng có yếu tố nước ngoài có các điều khoản thiệt hại ấn định chậm trễ (*delay damages*) hay thiệt hại ấn định hiệu suất (*performance liquidated damages*). Thông thường các khoản thiệt hại ấn định trước nói trên được thỏa thuận trong hợp đồng là một khoản cụ thể mà các bên thỏa thuận trước để bồi thường trong trường hợp một bên vi phạm hợp đồng. Khoản tiền này thường được tính toán dựa trên ước lượng tổn thất có thể xảy ra do vi phạm hợp đồng, và được ghi nhận rõ ràng trong hợp đồng. Mục đích của thiệt hại được ấn định trước là để đảm bảo rằng, bên bị vi phạm sẽ nhận được khoản bồi thường mà không cần phải chứng minh thiệt hại thực tế, đồng thời giúp tránh các tranh chấp phức tạp liên quan đến việc tính toán thiệt hại”.<sup>6</sup> Nghiên cứu trên cũng trùng với nghiên cứu của Marquard theo đó bồi thường ấn định trước – “*liquidated damages provision (LD)*” – là một thỏa thuận hợp đồng xác định trước một khoản tiền thiệt hại trong trường hợp một bên vi phạm thỏa thuận.<sup>7</sup> Ngoài ra, có nghiên cứu chỉ ra rằng điều khoản bồi thường ấn định trước và hợp đồng xây dựng đi đôi với nhau.<sup>8</sup> Chính vì vậy mà điều khoản này cũng tồn tại trong mẫu hợp đồng FIDIC điển hình như quy định tại Điều 8.8 về Khoản tiền thanh toán trễ hạn của Sách Đồ năm 1999 như sau:

“Nếu nhà thầu không tuân thủ Điều 8.2 [thời gian cho việc hoàn thành], nhà thầu sẽ làm đối tượng của Điều 2.5 [khiếu nại của chủ đầu tư] để thanh toán khoản tiền thanh toán do trễ hạn cho chủ đầu tư vì thiếu sót nêu trên. Khoản tiền thanh toán trễ hạn này sẽ là khoản được ấn định trong phụ lục của hồ sơ thầu và được tính bằng mỗi ngày trễ hạn

5 Ellis Backer, Anthony Lavers, and Rebecca Major, “Introduction to FIDIC suite of contract”, <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-construction-arbitration/fifth-edition/article/introduction-the-fidic-suite-of-contracts#footnote-141>, truy cập ngày 01/02/2025.

6 Vũ Thị Thịnh, “Yêu cầu bồi thường thiệt hại ước tính, thiệt hại thực tế trong hợp đồng xây dựng tại Việt Nam”, *Tạp chí Xây dựng*, 2024, <https://tapchixaydung.vn/yeu-cau-boi-thuong-thiet-hai-uoc-tinh-thiet-hai-thuc-te-trong-hop-dong-xay-dung-tai-viet-nam-20201224000025369.html>, truy cập ngày 28/03/2025.

7 Luca S. Marquard, “An empirical study of the enforcement of liquidated damages clauses in California and New York”, *Southern California Law Review*, Vol. 94(637), 2020.

8 Doug Jones Ao, “Navigating penalties and liquidated damages across common law and civil law jurisdictions”, *The International Construction Law Review*, 2018, <https://dougjones.info/content/uploads/2023/03/Doug-Jones-Navigating-Penalties-and-Liquidated-Damages-Across-Common-Law-and-Civil-Law-Jurisdictions.pdf>, truy cập ngày 19/02/2025.

tính từ thời điểm phải hoàn thành phần công việc có liên quan được quy định trong hợp đồng so với ngày hoàn thành được ghi trong chứng chỉ nghiệm thu. Tuy nhiên, tổng khoản tiền sẽ là chính đáng theo Điều này sẽ không vượt quá một khoản tối đa về khoản tiền phải trả do trễ hạn (nếu có) được quy định trọng phụ lục của hồ sơ thầu”.

Từ đó, câu hỏi đặt ra là quy định này nên được hiểu như thế nào theo pháp luật Việt Nam? Câu hỏi này đặt ra là bởi vì trong tiêu đề của Điều 8.8 nêu trên các bên sử dụng từ “*damages*” – khoản tiền phải thanh toán khi gây thiệt hại chứ không phải “*penalty*” – phạt vi phạm. Trong pháp luật Việt Nam, Điều 302 Luật Thương mại năm 2005 quy định: “1. Bồi thường thiệt hại là việc bên vi phạm bồi thường những tổn thất do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra cho bên bị vi phạm; 2. Giá trị bồi thường thiệt hại bao gồm giá trị tổn thất thực tế, trực tiếp mà bên bị vi phạm phải chịu do bên vi phạm gây ra và khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm.” Như vậy, chế định bồi thường của Việt Nam đòi hỏi thiệt hại được bồi thường là “tổn thất thực tế, trực tiếp”. Hay nói cách khác, bên yêu cầu bồi thường phải chứng minh được có thiệt hại thực tế để được bồi thường và theo quy định tại Điều 360 Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 thì các bên có thể thỏa thuận không phải bồi thường toàn bộ như sau: “Trường hợp có thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ gây ra thì bên có nghĩa vụ phải bồi thường toàn bộ thiệt hại, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật có quy định khác”.

Tuy nhiên, khi nhìn vào Điều 8.8 của Sách Đỏ 1999 nêu trên thì có vẻ như nghĩa vụ “chứng minh thiệt hại” không đặt ra. Nếu các bên thỏa thuận một khoản tiền mà bên vi phạm phải thanh toán cho bên bị vi phạm mà không đòi hỏi bên bị vi phạm chứng minh thiệt hại thì trong pháp luật Việt Nam có chế tài về phạt vi phạm như được quy định tại Điều 418 BLDS năm 2015 rằng “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.” Từ đó, câu hỏi đặt ra là phải chăng quy định tại Điều 8.8 Sách Đỏ 1999 nên được coi là một thỏa thuận phạt vi phạm? Tuy nhiên, nếu câu trả lời cho câu hỏi trên là có thì các bên sẽ có thể bị giới hạn mức phạt ví dụ như trong Luật Xây dựng tại Điều 146 khoản 2 là 12% đối với dự án sử dụng vốn ngân sách nhà nước và theo Luật Thương mại tại Điều 301 là 8%. Như vậy, nếu nhìn nhận Điều 8.8 Sách Đỏ 1999 như chế tài phạt vi phạm với mức giới hạn phạt như trên thì có vẻ lại không phải là mục đích của chế tài “bồi thường ấn định trước” vì ở chế tài này các bên ấn định mức bồi thường trước đó và nó có thể cao hơn mức giới hạn phạt vi phạm. Vậy thực tế tại Việt Nam đã có giải pháp như thế nào?

## 2. Thực tiễn Việt Nam trong việc áp dụng chế tài “bồi thường án định trước”

Vụ việc thứ nhất dưới đây dù không liên quan đến lĩnh vực xây dựng nhưng bản chất pháp lý là tương tự với vấn đề đang được nghiên cứu nên có ý nghĩa để được trình bày. Cụ thể, trong một quyết định giám đốc thẩm của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao đã từng giải quyết một thỏa thuận theo kiểu “bồi thường án định trước” như sau: “Các bên thỏa thuận bên vi phạm phải chịu trách nhiệm bồi thường cho bên bị vi phạm 10.000.000.000 đồng, tức là các bên thỏa thuận về phạt vi phạm hợp đồng. Tuy nhiên, thỏa thuận này vi phạm quy định tại Điều 301 Luật Thương mại năm 2005 về mức phạt tối đa. Tòa án cấp sơ thẩm và Ủy ban Thẩm phán Tòa án nhân dân cấp cao tại Thành phố Hồ Chí Minh nhận định Công ty S và Công ty V có thỏa thuận về bồi thường thiệt hại là không đúng. 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. Trong khi chưa làm rõ các nội dung trên, Tòa án cấp sơ thẩm buộc Công ty V bồi thường 4.000.000.000 đồng, còn Ủy ban Thẩm phán Tòa án nhân dân cấp cao tại Thành phố Hồ Chí Minh buộc Công ty V bồi thường 10.000.000.000 đồng là đều không có căn cứ, không đúng quy định tại các điều 302, 303, 304 Luật Thương mại năm 2005”.<sup>9</sup>

Như vậy, trong vụ việc này, các bên có thỏa thuận một bên phải “bồi thường cho bên kia” một khoản mà không yêu cầu nghĩa vụ chứng minh thiệt hại nhưng Chánh án Tòa án tối cao lại bảo đó là “phạt vi phạm” và phải bị giới hạn bởi quy định của Điều 301 Luật Thương mại năm 2005, từ đó, bác bỏ quyết định của Ủy ban Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao khi cho đó là thỏa thuận bồi thường để chấp nhận toàn bộ khoản tiền thỏa thuận khi chưa làm rõ nội dung về “mức độ thiệt hại trực tiếp”. Tuy nhiên, giải pháp này của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao chưa được xem là án lệ nên sau đó vẫn có một giải pháp khác.

Cụ thể, một Quyết định số 660/2022/KDTM-PT ngày 10/11/2022 của Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh dưới đây đã làm cho

9 Quyết định kháng nghị giám đốc thẩm số 11/2020/KN-KDTM ngày 09/6/2020 của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao.

thực tiễn của Việt Nam về chế tài “bồi thường ấn định trước” vô cùng phong phú. Cụ thể, bản án này giải quyết tranh chấp liên quan đến một hợp đồng mà các bên có thỏa thuận về chế tài cho vi phạm hợp đồng tại Mục 3 của Phụ lục hợp đồng số A02 như sau: “Theo quy định của hợp đồng, nếu nhà thầu phụ không hoàn thành toàn bộ dự án hoặc một phần dự án đúng hạn thì nhà thầu phụ phải thanh toán cho nhà thầu chính khoản phạt bằng 0.2% tổng giá trị hợp đồng (không tính VAT) cho một ngày trễ hạn và không vượt quá 10% tổng giá trị hợp đồng. Thêm vào đó, nếu bên B [Nhà thầu phụ] trễ hạn trong việc hoàn thành dự án theo tiến độ của hợp đồng được xác định là ngày 10/3/2017 thì bên B sẽ bị phạt 300.000.000 đồng cho mỗi ngày trễ hạn”.

Trong thỏa thuận nêu trên, các bên có hai chế tài mà các bên dùng từ “phạt”, nhưng Tòa án lại xác định bản chất của hai chế tài đó hoàn toàn khác nhau.

Đối với chế tài thứ nhất – tức câu thứ nhất của thỏa thuận nêu trên – Tòa án xác định đó là phạt vi phạm theo pháp luật Việt Nam với lập luận như sau: “Xét, tại Điều 10.1 Hợp đồng xây dựng 001, khoản 2 Điều 4 Phụ lục hợp đồng A01 và mục 3 Phụ lục hợp đồng A02, các bên thỏa thuận mức phạt tối đa không quá 10% giá trị hợp đồng, là không phù hợp với bản chất của chế tài phạt vi phạm trong giao dịch thương mại theo quy định của pháp luật, nên không được chấp nhận. Tòa án cấp sơ thẩm xác định mức phạt vi phạm tại Điều 10.1 Hợp đồng xây dựng 001, khoản 2 Điều 4 Phụ lục hợp đồng A01 và mục 3 Phụ lục hợp đồng A02 không quá 8% giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm, là có cơ sở, phù hợp với quy định tại Điều 301 Luật Thương mại năm 2005.”

Đối với chế tài thứ hai – tức câu còn lại của Mục 3 của Phụ lục hợp đồng số A02 thì Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh cho rằng: “Ngoài ra, nếu bên B chậm hoàn thành thi công dự án theo tiến độ đã cam kết là ngày 10/3/2017, thì bên B sẽ bị phạt 300.000.000 đồng cho 1 ngày chậm tiến độ” được xem là một thỏa thuận về bồi thường thiệt hại. Nguyên đơn cho rằng, đây là thỏa thuận về phạt vi phạm, là không có cơ sở, không được chấp nhận.” Theo Tòa án thì “là vấn đề chưa được pháp luật quy định” nhưng Tòa vẫn cần phải xem xét để đảm bảo quyền lợi của các bên. Sau khi xem xét thì Tòa án cho rằng pháp luật có cho phép các bên được thỏa thuận áp dụng cùng lúc vừa bồi thường thiệt hại và vừa phạt vi phạm nên việc các bên thỏa thuận “bồi thường ấn định trước” được chấp nhận “tuy nhiên, mức bồi thường thiệt hại tính trước theo thỏa thuận của các bên sẽ được xem xét lại nếu nó quá lớn so với thiệt hại thực tế của bị đơn, là để

đảm bảo quyền lợi hợp pháp của nguyên đơn”. Sau đó Tòa đi vào kết luận như sau: “Xét, [...], nguyên đơn đã vi phạm hợp đồng là chậm hoàn thành toàn bộ công trình, nên phải bồi thường thiệt hại theo thỏa thuận của các bên, cụ thể như sau: 300.000.000 đồng x số ngày chậm tiến độ là 37 ngày (tính từ ngày 25/5/2017 đến ngày 01/7/2017) = 11.100.000.000 đồng. Tổng số tiền bồi thường thiệt hại tính trước 11.100.000.000 đồng là thấp hơn thiệt hại thực tế của bị đơn, nên được chấp nhận. Tại phiên tòa phúc thẩm, bị đơn thay đổi yêu cầu phản tố, chỉ yêu cầu nguyên đơn bồi thường thiệt hại tương ứng với số tiền bị chủ đầu tư phạt là 21.274.200.000 đồng, là không phù hợp, nên chỉ được chấp nhận một phần.”

Như vậy, mặc dù khẳng định thỏa thuận của các bên là thỏa thuận “bồi thường ấn định trước” nhưng Tòa án vẫn đối chiếu với thiệt hại thực tế để xác định mức thiệt hại phải bồi thường. Điểm đáng chú ý trong vụ việc này nữa là thiệt hại thực tế bên bị vi phạm phải chịu là “21.274.200.000” nhưng Tòa án chỉ cho bên bị hại nhận tiền bồi thường theo mức của “thỏa thuận bồi thường ấn định trước” là 11.100.000.000 – thấp hơn so với thiệt hại thực tế. Từ vụ việc trên thì câu hỏi đặt ra là nếu các bên trong hợp đồng trong tương lai rút kinh nghiệm từ vụ việc này và thỏa thuận trong hợp đồng rằng bên vi phạm vừa phải chịu phạt vi phạm, bồi thường ấn định trước và bồi thường thiệt hại thì khi có vi phạm, bên bị vi phạm có được áp dụng cùng lúc ba chế tài nêu trên hay không? Nếu nhìn vào quy định của pháp luật Việt Nam thì có vẻ như điều này không bị cấm nhưng việc áp dụng như vậy có thực sự công bằng và thỏa đáng cho tất cả các bên hay không? Để trả lời cho vấn đề này thì chúng ta có thể đi vào nghiên cứu pháp luật nước ngoài của Hong Kong và Malaysia như là một ví dụ để tham khảo.

### **3. Bài học kinh nghiệm từ pháp luật của Hong Kong và Malaysia về thỏa thuận “bồi thường ấn định trước”**

Đầu tiên, chúng ta sẽ đi tìm hiểu pháp luật của Hong Kong về chế tài này. Về vấn đề này thì Hong Kong không có văn bản pháp luật riêng mà chế tài bồi thường hay phạt vi phạm của Hong Kong xuất phát từ các nguyên tắc của thông luật, theo đó chế tài bồi thường ấn định trước của Hong Kong thường hay bị phản đối dựa trên cơ sở là đó là “thỏa thuận phạt vi phạm”<sup>10</sup> và sự phản đối đó là bởi vì theo pháp luật của Hong Kong thì thỏa thuận phạt vi phạm sẽ bị coi là vô hiệu.<sup>11</sup>

10 LexisNexis, *The Halsbury's Laws of Hong Kong*, 2024, đoạn 131, 209.

11 *Law Ting Pong Secondary School v Chen Wai Wah* [2021] 3 HKLRD 185, đoạn 65-71; Hugh Beale, *Chitty on Contract* (35<sup>th</sup> Ed.), Sweet & Maxwell, 2024, đoạn 30-205.

Điều này cũng tương đồng với Anh và Singapore.<sup>12</sup> Để đánh giá có hay không một thỏa thuận bồi thường ấn định trước có được xem là thỏa thuận phạm vi phạm hay không thì Tòa án Hong Kong thường áp dụng kiểm tra ba yếu tố sau:<sup>13</sup>

“(1) Trong việc xác định xem một điều khoản bị phản đối có bản chất là hình phạt hay không, phép thử thực sự là liệu điều khoản đó có phải là nghĩa vụ thứ cấp gây thiệt hại cho bên phá vỡ hợp đồng vượt quá mọi lợi ích hợp pháp của bên bị hại trong việc thực thi nghĩa vụ chính hay không;

(2) Khi áp dụng bài kiểm tra này, Tòa án trước tiên phải xác định lợi ích hợp pháp của bên bị hại được điều khoản bảo vệ, sau đó đánh giá xem biện pháp được áp dụng theo điều khoản đó có vượt quá tỷ lệ so với lợi ích hợp pháp hay không bằng cách xem xét các tình tiết trong đó hợp đồng được lập;

(3) Về mặt này, bên bị hại thường có lợi ích hợp pháp trong việc thực hiện hợp đồng hoặc một số giải pháp thay thế phù hợp cho việc thực hiện vượt ra ngoài việc bồi thường. Các khái niệm về việc liệu điều khoản liên quan có mục đích răn đe hay liệu đó có phải là ước tính trước thực sự về tổn thất theo cách mà Tòa án thường áp dụng để xác định liệu các biện pháp bị phản đối có phải là hình phạt hay không sẽ được bao hàm trong cuộc điều tra rộng hơn nêu trên”.

Như vậy, theo pháp luật Hong Kong thì thỏa thuận phạt vi phạm sẽ bị coi là vô hiệu và LD sẽ được chấp nhận trên cơ sở đối chiếu với tình tiết thực tế liên quan đến việc thực hiện hợp đồng xem nó có “vượt ra ngoài bồi thường” hay không. Trên thực tế thì có nghiên cứu chỉ ra rằng dù điều khoản LD hay bị một bên phản đối bằng cách cho rằng đó là điều khoản phạt vi phạm để thoát trách nhiệm nhưng những phản đối đó rất hiếm khi được chấp nhận.<sup>14</sup> Như vậy, có thể nói, tại Hong Kong chấp nhận chỉ chế tài bồi thường ấn định trước và không chấp nhận phạt vi phạm và cũng cần phải kiểm tra xem thỏa thuận bồi thường ấn định trước có bị coi là quá mức cần thiết hay không trên cơ sở xem xét đến các yếu tố thực tế.

Khác với Hong Kong, Malaysia cho phép các bên thỏa thuận phạt vi phạm như quy định tại Điều 75 Đạo Luật Hợp đồng (*Contract Act, CA*) năm 1950 như sau: “Khi hợp đồng bị vi phạm, nếu một khoản tiền

12 Joshua Teng & Kailash Kalaiaarasu, “Divergence and convergence in the law of contractual penalties and liquidated damages clauses in England, Singapore, and Malaysia”, *Liverpool Law Review*, Vol. 43(2), 2022, tr. 451–475.

13 *Li Chiu Wah Joseph v Hong Kong Society of Notaries* [2022] HKCA 1482, đoạn 32.

14 Gary Soo, *Construction Law and Practice in Hong Kong* (4<sup>th</sup> Ed.), Sweet & Maxwell, 2018, đoạn 5.029 và 5.043.

được nêu trong hợp đồng là số tiền phải trả trong trường hợp vi phạm đó, hoặc nếu hợp đồng có bất kỳ điều khoản nào khác dưới dạng phạt vi phạm, bên khiếu nại về vi phạm có quyền, bất kể thiệt hại hoặc mất mát thực tế có được chứng minh là do vi phạm hay không, được nhận từ bên đã vi phạm hợp đồng khoản bồi thường hợp lý không vượt quá số tiền được nêu như vậy hoặc, tùy từng trường hợp mà chế tài phạt vi phạm được quy định cho hành vi vi phạm đó.” Điều đáng chú ý ở Malaysia nữa là pháp luật nước này không có sự phân biệt giữa phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại nên do đó cũng không có phân biệt giữa LD và phạt vi phạm nên Tòa án đã từng xét xử như sau:<sup>15</sup> “[60] Bây giờ, quay trở lại vị trí địa phương, Điều 75 của Đạo luật đã xóa bỏ sự phân biệt giữa thiệt hại cố định và hình phạt [trích vụ việc] (*Linggi Plantations* tại trang 92) như trước đây được hiểu theo luật Anh (xem [(*Sinnadurai* 2011)] tại trang 1117 trích dẫn quyết định của Tòa án Tối cao Ấn Độ trong vụ *Fateh Chand v Balkishan Das* 1963 AIR 1405)... Gánh nặng ban đầu thuộc về bên tìm cách thực thi điều khoản thiệt hại theo Điều 75 của CA để đưa ra bằng chứng rằng thứ nhất, đã có hành vi vi phạm hợp đồng và thứ hai, hợp đồng có chứa một điều khoản chỉ định một khoản tiền phải trả khi vi phạm; khi hai yếu tố này đã được thiết lập, gánh nặng chứng minh sau đó chuyển sang bên vi phạm để chứng minh rằng điều khoản thiệt hại là không hợp lý (sử dụng các khái niệm về lợi ích hợp pháp và tính tương xứng)”. Trên cơ sở đó, Tòa án nước này tiếp tục khẳng định phạt vi phạm hay bồi thường thiệt hại hay LD đều có thể được chấp nhận và cũng chỉ coi đó là một. Hơn thế nữa, nghĩa vụ chứng minh rằng khoản tiền thỏa thuận là vô lý sẽ thuộc về bên phải thanh toán chứ không phải bên yêu cầu.

Từ phân tích hai hệ thống pháp luật có nguồn gốc của thông luật và cũng là nguồn gốc của mẫu hợp đồng FIDIC nêu trên cho thấy cả hai hệ thống đều chấp nhận hiệu lực của LD. Đối với Hong Kong, có sự phân biệt giữa LD và phạt vi phạm là để giữ lại LD và việc không phân biệt giữa phạt vi phạm và LD của Malaysia cũng dẫn đến cùng hệ quả là ủng hộ LD. Hơn thế nữa, khi có hành vi vi phạm thì các bên cũng chỉ được hưởng khoản tiền hợp lý trong LD trừ khi bên có nghĩa vụ thanh toán chứng minh được khoản tiền phải trả là bất hợp lý.

Điều này hoàn toàn khác với hệ thống pháp luật Việt Nam trong đó chúng ta chấp nhận cả bồi thường thiệt hại và phạt vi phạm và cho phép các bên thỏa thuận áp dụng cùng lúc hai chế tài. Mặc dù vậy thì khi áp dụng LD thì Tòa án nhân dân thành phố Hồ Chí Minh cũng

15 *Cubic Electronics Sdn Bhd (in liquidation) v Mars Telecommunications Sdn Bhd* [2019] 6 MLJ 15, đoạn 74, tr. 44-45.

có điểm tương đồng với hai hệ thống pháp luật thông luật nêu trên là chỉ chấp nhận khoản tiền các bên thỏa thuận ngay cả khi mà khoản tiền đó thấp hơn thiệt hại thực tế được chứng minh. Điều này phần nào chấp nhận được vì dù sao thì bên bị hại ngoài khoản bồi thường ấn định trước cũng đã được nhận một khoản “phạt vi phạm” cũng có thể xem là được bù đắp đáng kể. Chỉ có một vấn đề cần phải đặt ra đó là với giải pháp của Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh khẳng định rõ “LD chưa có trong hệ thống pháp luật Việt Nam” thì khả năng các bên có thể rút kinh nghiệm để xây dựng một hợp đồng có ba chế tài là phạt vi phạm, bồi thường thiệt hại và LD là có thể xảy ra. Khi đó cả ba chế tài đó có thể được áp dụng cùng lúc hay không?

Về vấn đề này thì về nguyên tắc trong quan hệ dân sự, công dân được làm những gì pháp luật không cấm nên việc các bên thỏa thuận như trên có thể nói là không bị trái pháp luật và không bị xem là vô hiệu. Nhưng nếu nhìn vào pháp luật của các khu vực lân cận như Hong Kong và Malaysia nêu trên thì họ chỉ chấp nhận một chế định về thanh toán tiền khi có hành vi vi phạm đó là LD hoặc bồi thường thiệt hại hoặc phạt theo thỏa thuận nhằm không tạo ra sự mất cân bằng quá lớn giữa các chủ thể. Do đó, nếu chúng ta chấp nhận cùng một lúc cả ba chế tài – phạt vi phạm, bồi thường thiệt hại và LD – thì không tránh khỏi việc tạo ra một sự mất cân bằng quá lớn giữa các bên trong hợp đồng. Hơn thế nữa, nếu điều đó xảy ra thì vô hình trung có thể hướng tới việc các bên trong hợp đồng để ý nhiều hơn đến khoản lợi được quy định từ hành vi vi phạm hơn là thiện chí tạo điều kiện cho đối phương thực hiện hợp đồng. Do đó, để khắc phục vấn đề này thì pháp luật Việt Nam nên có giải pháp cụ thể bằng cách xây dựng một án lệ hoặc có một quy định cụ thể trong văn bản pháp luật hiện hành theo hướng không nên chấp nhận cùng một lúc ba chế tài là phạt vi phạm, bồi thường thiệt hại và LD. Khi đó, giải pháp của Tòa án nhân dân thành phố Hồ Chí Minh theo hướng các bên chỉ được hưởng phạt vi phạm và khoản tiền được quy định trong LD nếu có thỏa thuận; hoặc phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại nếu có thỏa thuận, hay vừa LD và bồi thường thiệt hại nếu có thỏa thuận. Chúng ta có thể băn khoăn là nếu thỏa thuận LD là quá đáng thậm chí cao hơn cả mức thiệt hại thực tế mà chúng ta vẫn chấp nhận cho bên yêu cầu được nhận cả hai khoản tiền nêu trên sẽ gây bất lợi trầm trọng cho bên vi phạm. Để khắc phục tình huống này, có thể tham khảo kinh nghiệm của pháp luật của Pháp: nước này không đặt ra giới hạn nào cho thỏa thuận phạt vi phạm của các bên nhưng trao quyền cho thẩm phán điều tiết mức phạt trên thực tế theo quy định tại Điều 1231-5 Bộ Luật dân sự Pháp như sau: “Khi hợp đồng quy định

rằng bên không thực hiện hợp đồng sẽ phải trả một khoản tiền thiệt hại thì bên kia chỉ có thể nhận được khoản tiền không lớn hơn cũng không nhỏ hơn khoản tiền đó. Mặc dù vậy, thẩm phán có thể chủ động điều tiết tăng hoặc giảm khoản tiền phạt nêu trên nếu như khoản tiền đó là rõ ràng quá mức hoặc quá đáng”.

## Kết luận

Trong thời kỳ toàn cầu hóa, việc các hoạt động kinh doanh thương mại quốc tế trong đó có hoạt động xây dựng quốc tế phát triển cũng kéo theo việc du nhập của nhiều chế định pháp luật nước ngoài, điển hình như chế định về bồi thường ấn định trước nêu trên. Khi đó, chúng ta cần phải nghiên cứu kỹ bản chất của chế định nước ngoài đó để có thể đưa ra giải pháp phù hợp khi áp dụng trong bối cảnh pháp luật hiện hành của Việt Nam. Điển hình như trong bối cảnh của lĩnh vực xây dựng thì chế định bồi thường ấn định trước được du nhập từ nước ngoài đang tạo ra sự xung đột trong xét xử giữa các cơ quan tiến hành tố tụng. Do đó, bài viết mang đến một cái nhìn tổng quan và một giải pháp hiệu quả để hoàn thiện pháp luật của Việt Nam về vấn đề này. ●

## Tài liệu tham khảo

- [1] Quyết định số 660/2022/KDTM-PT ngày 10/11/2022 của Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh [trans: Decision No. 660/2022/KDTM-PT of People's Court of Ho Chi Minh City of Viet Nam on November 10, 2022]
- [2] Quyết định kháng nghị giám đốc thẩm số 11/2020/KN-KDTM ngày 09/6/2020 của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao [trans: Decision No. 11/2020/KN-KDTM du President of People's Supreme Court of Viet Nam on Juin 09, 2020]
- [3] *Li Chiu Wah Joseph v Hong Kong Society of Notaries* [2022] HKCA 1482
- [4] *Law Ting Pong Secondary School v Chen Wai Wah* [2021] 3 HKLRD 185
- [5] *Cubic Electronics Sdn Bhd (in liquidation) v Mars Telecommunications Sdn Bhd* [2019] 6 MLJ 15
- [6] Doug Jones Ao, “Navigating penalties and liquidated damages across common law and civil law jurisdictions”, *The International Construction Law Review*, 2018
- [7] Ellis Backer, Anthony Lavers, and Rebecca Major, “Introduction to FIDIC suite of contract”, *Global Arbitration Review*, 2023
- [8] Hugh Beale, *Chitty on Contract* (35<sup>th</sup> ed.), Sweet & Maxwell, 2024
- [9] Lukas Klee, *International construction contract law* (2<sup>nd</sup> Ed.), Wiley Blackwell, 2018
- [10] LexisNexis, *The Halsbury's Laws of Hong Kong*, 2024
- [11] Luca S. Marquard, “An empirical study of the enforcement of liquidated damages clauses in California and New York”, *Southern California Law Review*, Vol. 94(637), 2020
- [12] Joshua Teng & Kailash Kalaiarasu, “Divergence and convergence in the law of contractual penalties and liquidated damages clauses in England, Singapore, and Malaysia”, *Liverpool Law Review*, Vol. 43(2), 2022
- [13] Vũ Thị Thịnh, “Yêu cầu bồi thường thiệt hại ước tính, thiệt hại thực tế trong hợp đồng xây dựng tại Việt Nam”, *Tạp chí Xây dựng*, 2024 [trans: Vu Thi Thinh, “Claims for estimated damages, actual damages in construction contracts in Vietnam”, *Construction Journal*, 2024]
- [14] Gary Soo, *Construction law and practice in Hong Kong* (4<sup>th</sup> Ed.), Sweet & Maxwell, 2018