

Thiệt hại ước tính - Liquidated Damages

LS. Nguyễn Mạnh Dũng & Đặng Vũ Minh Hà¹

1. Thỏa thuận về thiệt hại ước tính là gì?

Thỏa thuận về thiệt hại ước tính (liquidated damage) là một chế tài đòi bồi thường thiệt hại bằng tiền được ghi nhận trong cả hệ thống thông luật và dân luật. Thỏa thuận về thiệt hại ước tính thường là một điều khoản trong hợp đồng mà trong đó các bên thỏa thuận một số tiền bồi thường thỏa đáng đối với những thiệt hại mà một bên có thể nhận được nếu bên kia vi phạm hợp đồng². Thông thường, điều khoản về thiệt hại ước tính sẽ có thể thi hành nếu tòa án thấy rằng:

- (i) Khó có thể tính toán được cụ thể thiệt hại gây ra bởi sự vi phạm hợp đồng; và
- (ii) Khoản thiệt hại ước tính đây phải là một sự bồi thường hợp lý và tương xứng với thiệt hại thực tế hoặc thiệt hại có thể dự đoán được³.

Cách tiếp cận về khái niệm thiệt hại ước tính của hệ thống thông luật và hệ thống dân luật lại có nhiều điểm khác biệt.

2. So sánh cách tiếp cận về thiệt hại ước tính trong hệ thống thông luật và hệ thống dân luật

a. Hệ thống thông luật

¹ Luật sư Nguyễn Mạnh Dũng là Thạc Sĩ Luật Giải quyết tranh chấp quốc tế của Trường Luật Queen Mary, ĐHTH Luân Đôn, Thành viên Viện Trọng tài Luân Đôn, Ủy ban Trọng tài của Liên đoàn Luật sư quốc tế IBA và Hội đồng nghiên cứu khoa học của Trung tâm trọng tài quốc tế Việt nam –VIAC: www.dzungsr.com. Đặng Vũ Minh Hà, trợ lý nghiên cứu, là Thạc Sĩ Luật Thương mại quốc tế của Trường Luật, Đại học Tổng hợp Leicester, Anh quốc.

² Từ điển Black Law Dictionary (8th Edition) trang 1175

³ J. Frank McKenna, “Liquidated Damages and Penalty Clauses: A Civil Law versus Common Law Comparison”, The Critical Path (Spring 2008), trang 1

Về cơ bản, luật hợp đồng của các nước thông luật phân biệt rất rõ ràng sự khác nhau giữa thiệt hại ước tính và phạt vi phạm hợp đồng (penalty). Sự khác nhau giữa hai hình thức này xuất phát từ bản chất của chúng: điều khoản thiệt hại ước tính được sử dụng như một hình thức bồi thường cho những thiệt hại mà người vi phạm hợp đồng đã gây ra trong khi điều khoản phạt hợp đồng thường dùng với mục đích răn đe nhằm ngăn chặn sự vi phạm⁴.

Trong hệ thống thông luật, chế tài về bồi thường thiệt hại bằng tiền chỉ có thể thi hành được khi nó là một điều khoản về thiệt hại ước tính chứ không phải là một điều khoản phạt. Để xác định xem một điều khoản là ước tính thiệt hại hay phạt vi phạm, các thẩm phán thường so sánh mức độ bồi thường trong điều khoản với mức thiệt hại thông thường nếu hành vi vi phạm hợp đồng diễn ra. Trong trường hợp mức bồi thường không tương xứng (thường là lớn hơn hẳn mức độ thiệt hại thông thường) thì điều khoản sẽ được coi là phạt vi phạm hợp đồng và do đó sẽ không thể thi hành được⁵.

Tuy nhiên, cách tiếp cận mới trong luật hợp đồng của Anh cho phép việc thẩm phán có thể giảm mức bồi thường trong điều khoản phạt hợp đồng bằng với mức thiệt hại thực tế để cho điều khoản có thể thi hành được⁶. Đây có thể được coi là điểm giao thoa giữa hệ thống thông luật và dân luật.

b. Hệ thống dân luật

Khác biệt cơ bản với hệ thống thông luật, pháp luật về hợp đồng của các nước thuộc hệ thống dân luật không có sự phân biệt rõ ràng giữa điều khoản thiệt hại ước tính và điều khoản phạt vi phạm hợp đồng⁷ và thường cho phép hợp đồng quy định điều khoản phạt vi phạm hợp đồng với mục đích răn đe, trừng phạt bên vi phạm hợp đồng. Pháp luật của một số nước thừa nhận cả điều

⁴ Miller, "Penalty Clauses in England and France: a Comparative Study", *International and Comparative Law Quarterly* (2004), 53(1): 79-106.

⁵ McKendrick E., *Contract law* (London: Palgrave Macmillan)

⁶ *Jobson v. Johnson* [1989] 1 WLR 1026

⁷ Antonio Pinto Monteiro, "Clause Penale/Penalty Clause/ Verstragsstrafe," *European Review Private Law* 1:149-155, 2001 (Kluwer Law International.) trang 149

khoản thiệt hại ước tính và phạt vi phạm hợp đồng, ví dụ Điều 1226 đến 1233 của Bộ Luật Dân sự Pháp quy định về điều khoản phạt vi phạm hợp đồng⁸ và điều 1152⁹ quy định về thiệt hại ước tính. Điều 340 và 341 Bộ luật dân sự Đức thừa nhận cả thiệt hại ước tính và phạt vi phạm hợp đồng, điểm khác biệt giữa 2 chế tài này là điều khoản phạt vi phạm hợp đồng có thể bị hạn chế bởi quyết định của tòa án nếu như mức phạt đó là quá cao và không tương xứng¹⁰. Trong khi đó, một số nước khác chỉ có quy định về phạt vi phạm, chẳng hạn như luật Hợp đồng của Trung Quốc chỉ có quy định về phạt vi phạm và mức phạt này có thể được điều chỉnh (tăng lên hoặc giảm đi) theo quyết định của Tòa án hoặc Trọng tài¹¹.

⁸ Điều 1231 Bộ luật dân sự Pháp quy định rằng:

Where an undertaking has been performed in part, the agreed penalty may, "even of his own motion", be lessened by the judge in proportion to the interest which the part performance has procured for the creditor, without prejudice to the application of Article 1152. Any stipulation to the contrary shall be deemed not written.

(Trong trường hợp một bên đã thực hiện xong một phần nghĩa vụ của mình, "theo quan điểm của mình", thẩm phán sẽ giảm khoản phạt hợp đồng tương xứng với phần nghĩa vụ đã được thực hiện, không ảnh hưởng đến việc áp dụng Điều 1152. Bất kỳ quy định nào khác sẽ được coi là không có giá trị.)

⁹ Điều 1152 Bộ luật Dân sự Pháp quy định về Thiệt hại ước tính:

Where an agreement provides that he who fails to perform it will pay a certain sum as damages, the other party may not be awarded a greater or lesser sum. Nevertheless, the judge may "even of his own motion" moderate or increase the agreed penalty, where it is obviously excessive or ridiculously low. Any stipulation to the contrary shall be deemed unwritten.

(Trường hợp một thỏa thuận quy định rằng bên không thực hiện nó sẽ phải trả một khoản tiền nhất định để bồi thường thì bên kia không được nhận một khoản tiền lớn hơn hoặc nhỏ hơn. Tuy nhiên, thẩm phán có thể "theo quan điểm của mình" để giảm bớt hoặc tăng khoản phạt đã được thỏa thuận trong trường hợp nó rõ ràng vượt quá hoặc thấp một cách vô lý. Bất kỳ quy định nào khác sẽ được coi là không có giá trị.)

¹⁰ Điều 343 khoản 1 Bộ luật Dân sự Đức (BGB):

If a payable penalty is disproportionately high, it may on the application of the obligor be reduced to a reasonable amount by judicial decision.

(Nếu một khoản phạt vi phạm phải nộp quá cao, bên có nghĩa vụ có thể yêu cầu một quyết định tư pháp để giảm nó đến một mức hợp lý.)

¹¹ Điều 114 Luật Hợp đồng của Trung Quốc:

The parties may stipulate that in case of breach of contract by either party a certain amount of penalty shall be paid to the other party according to the seriousness of the breach, and may also stipulate the method for calculating the sum of compensation for losses caused by the breach of contract.

If the stipulated penalty for breach of contract is lower than the loss caused by the breach, the party concerned may apply to a people's court or an arbitration institution for an increase. If the stipulated penalty for breach of contract is excessively higher than the loss caused by the breach, the party concerned may apply to a people's court or an arbitration institution for an appropriate reduction.

(Các bên có thể quy định rằng trong trường hợp một bên vi phạm hợp đồng thì một khoản tiền phạt nhất định sẽ được trả cho bên còn lại theo mức độ nghiêm trọng của vi phạm, và cũng quy định phương pháp tính khoản tiền bồi thường thiệt hại bị gây ra bởi vi phạm hợp đồng.)

Nhìn chung, pháp luật thuộc hệ thống thông luật cho phép tòa án hoặc trọng tài điều chỉnh mức phạt vi phạm hoặc mức thiệt hại ước tính nếu chứng minh được mức bồi thường “không tương xứng” so với thiệt hại thực tế.

3. Quy định về chế tài đòi bồi thường thiệt hại trong pháp luật Việt Nam

Pháp luật Việt Nam chỉ thừa nhận hai hình thức khắc phục thiệt hại bằng tiền do vi phạm hợp đồng đó là (i) *phạt vi phạm* và (ii) *bồi thường thiệt hại* được thừa nhận trong Bộ luật dân sự 2005, Luật thương mại 2005 và Luật xây dựng 2014. Trừ Luật xây dựng chỉ quy định mức vi phạm đối với công trình xây dựng bằng nguồn vốn nhà nước (không được quá 12% giá trị hợp đồng bị vi phạm¹²), hai văn bản luật còn lại có những quy định cụ thể khác nhau đối với hai loại chế tài trên.

a. Chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại trong Luật Dân sự và Luật thương mại

i. Phạt vi phạm:

Phạt vi phạm theo luật Việt Nam là việc bên vi phạm nghĩa vụ phải nộp một khoản tiền cho bên bị vi phạm bất kể mức độ thiệt hại như thế nào¹³. Bên bị vi phạm chỉ có quyền yêu cầu phạt vi phạm nếu trong hợp đồng có thỏa thuận điều khoản phạt¹⁴ Khoản 2 Điều 422 Bộ luật dân sự 2005 cho phép các bên được tự do thỏa thuận về mức độ phạt vi phạm mà không quy định mức trần.

Nếu khoản phạt vi phạm hợp đồng được quy định thấp hơn thiệt hại gây ra bởi vi phạm, bên liên quan có thể yêu cầu Tòa án nhân dân hoặc tổ chức tài trợ tăng lên. Nếu khoản phạt vi phạm hợp đồng quá cao so với thiệt hại gây ra bởi vi phạm, bên liên quan có thể yêu cầu Tòa án nhân dân hoặc tổ chức trọng tài giảm xuống một cách thích hợp.)

¹² Khoản 2 Điều 146 Luật xây dựng 2014:

2. Đối với công trình xây dựng sử dụng vốn nhà nước, 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.

¹³ Khoản 1 Điều 422 Bộ luật Dân sự 2005 và Điều 300 Luật thương mại 2005

¹⁴ Điều 300 Luật thương mại 2005

Trong khi đó, theo quy định tại Điều 301 của Luật thương mại, giới hạn mức phạt vi phạm không được quá 8% giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm.

Mục đích chủ yếu của chế tài phạt hợp đồng theo luật Việt Nam là trừng phạt, tác động vào ý thức của các chủ thể trong hợp đồng nhằm ngăn ngừa việc vi phạm hợp đồng¹⁵.

ii. Bồi thường thiệt hại

Trách nhiệm bồi thường thiệt hại được quy định tại Điều 307 khoản 2 Bộ luật dân sự rằng: *“Trách nhiệm bồi thường thiệt hại về vật chất là trách nhiệm bù đắp tổn thất vật chất thực tế, tính được thành tiền do bên vi phạm gây ra, bao gồm tổn thất về tài sản, chi phí hợp lý để ngăn chặn, hạn chế, khắc phục thiệt hại, thu nhập thực tế bị mất hoặc giảm sút”*. Theo như điều này, trách nhiệm bồi thường thiệt hại chỉ được thực hiện đối với những ***tổn thất vật chất thực tế***. Điều này cũng được khẳng định trong Luật thương mại 2005. Theo Điều 303 và 304¹⁶ Luật thương mại, bên vi phạm phải bồi thường những tổn thất do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra cho bên bị phạm nếu bên bị vi phạm chứng minh được các căn cứ quy định tại Điều 303¹⁷. Mức bồi thường này được tính trên những ***thiệt hại thực tế*** của bên bị vi phạm do hành vi vi phạm của bên vi phạm gây ra¹⁸.

Tuy nhiên, việc áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại trong Bộ luật dân sự và Luật thương mại lại có điểm khác biệt. Điều 422 khoản 3 Bộ luật Dân sự có quy định rằng: *“[...] nếu không có thỏa thuận trước về mức bồi thường thiệt hại*

¹⁵ Đại học Luật Hà Nội, Giáo trình Luật thương mại (Tập 2), Nhà xuất bản công an nhân dân (2014), trang 55

¹⁶ **Điều 304. Nghĩa vụ chứng minh tổn thất**

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.

¹⁷ **Điều 303. Căn cứ phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại**

Trừ các trường hợp miễn trách nhiệm quy định tại Điều 294 của Luật này, trách nhiệm bồi thường thiệt hại phát sinh khi có đủ các yếu tố sau đây:

1. Có hành vi vi phạm hợp đồng;
2. Có thiệt hại thực tế;
3. Hành vi vi phạm hợp đồng là nguyên nhân trực tiếp gây ra thiệt hại.

¹⁸ Khoản 2 Điều 303 Luật thương mại 2005

thì phải bồi thường toàn bộ thiệt hại [...]”. Điều này có nghĩa là Bộ luật dân sự có thể cho phép các bên thỏa thuận về mức độ bồi thường thiệt hại trong hợp đồng. Nhưng Luật thương mại lại không hề có bất cứ quy định nào cho phép các bên thỏa thuận về mức độ bồi thường thiệt hại mà chỉ cho phép bên bị vi phạm đòi bồi thường những tổn thất thực tế nếu chứng minh được các tổn thất này.

b. Bản chất của thiệt hại ước tính

Thiệt hại ước tính không thể là phạt vi phạm hợp đồng bởi xét về mục đích áp dụng, chế tài này không thể được sử dụng với mục đích như là một hình thức răn đe để buộc thực hiện hợp đồng.

Về bản chất, thiệt hại ước tính thực chất là một loại bồi thường thiệt hại theo như quy định tại Bộ luật Dân sự và Luật thương mại. Mục đích áp dụng của chế tài bồi thường thiệt hại trong luật Việt Nam và thỏa thuận về thiệt hại ước tính trong thông luật là giống nhau. Nó đều là một loại chế tài được đặt ra nhằm bồi thường và khắc phục những tổn thất do bên vi phạm gây ra đối với bên bị vi phạm. Bản thân từ “damage” trong “liquidated damage” cũng mang ý nghĩa là bồi thường thiệt hại. Do đó, thỏa thuận về thiệt hại ước tính không thể được coi là một loại “chế tài khác” được điều chỉnh bởi Điều 292 khoản 7¹⁹ Luật thương mại.

Mặc dù giống nhau về bản chất nhưng thiệt hại ước tính là một trường hợp áp dụng đặc biệt của chế tài bồi thường thiệt hại. Theo pháp luật hợp đồng của hệ thống thông luật, thiệt hại ước tính được các bên thỏa thuận để bồi thường khi thiệt hại thực tế khó xác định. Để áp dụng được thiệt hại ước tính thì điều khoản này phải được quy định từ trước trong hợp đồng và thiệt hại ước tính cũng phải tương xứng với mức thiệt hại có thể xảy ra. Tuy nhiên, cần phải lưu ý

¹⁹ **Điều 292. Các loại chế tài trong thương mại**

7. Các biện pháp khác do các bên thỏa thuận không trái với nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam, điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên và tập quán thương mại quốc tế.

một điều là trong Luật thương mại không có quy định cho phép áp dụng việc thỏa thuận này.

c. Việc áp dụng Bộ luật dân sự và Luật thương mại

Như đã phân tích ở trên, quy định về bồi thường thiệt hại trong Bộ luật dân sự và Luật thương mại có những điểm khác biệt. Nếu như Bộ luật dân sự có quy định căn cứ cho phép các bên thỏa thuận về mức bồi thường thiệt hại (Điều 422 khoản 3) thì Luật thương mại lại không cho phép điều này. Như vậy, câu hỏi đặt ra là việc áp dụng 2 văn bản này tại trọng tài thương mại nói chung và VIAC nói riêng sẽ được thực hiện như thế nào?

Theo Điều 2 Luật Trọng tài thương mại 2010²⁰, trọng tài thương mại chỉ có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp có tính chất thương mại. Điều 4 Luật thương mại 2005 có quy định rằng:

Điều 4. Áp dụng Luật thương mại và pháp luật có liên quan

1. Hoạt động thương mại phải tuân theo Luật thương mại và pháp luật có liên quan.
2. Hoạt động thương mại đặc thù được quy định trong luật khác thì áp dụng quy định của luật đó.
3. Hoạt động thương mại không được quy định trong Luật thương mại và trong các luật khác thì áp dụng quy định của Bộ luật dân sự.

Quy định ở điều này cho thấy rằng những tranh chấp có tính chất thương mại được xét xử tại trọng tài phải tuân theo Luật thương mại. Hơn nữa, chỉ khi nào luật thương mại không có quy định thì mới áp dụng quy định của Bộ luật dân sự. Rõ ràng, trong Luật thương mại có quy định cụ thể về chế tài bồi thường thiệt hại (Điều 302 đến 307) nên không thể áp dụng các quy định về bồi thường thiệt hại trong Bộ luật dân sự được.

²⁰ Điều 2. Thẩm quyền giải quyết các tranh chấp của Trọng tài

1. Tranh chấp giữa các bên phát sinh từ hoạt động thương mại.
2. Tranh chấp phát sinh giữa các bên trong đó ít nhất một bên có hoạt động thương mại.
3. Tranh chấp khác giữa các bên mà pháp luật quy định được giải quyết bằng Trọng tài.

4. Kết luận

Thỏa thuận về thiệt hại ước tính là một chế tài nhằm đòi bồi thường thiệt hại trong thương mại. Tuy nhiên, pháp luật Việt Nam hiện nay vẫn chưa có quy định cụ thể về vấn đề này.

Tại VIAC, việc áp dụng hay không áp dụng thỏa thuận của các bên về thiệt hại ước tính là một vấn đề về mặt nội dung và phụ thuộc vào luật áp dụng để giải quyết tranh chấp là luật pháp của nước nào? Nếu như luật áp dụng cho phép thi hành thỏa thuận của các bên về thiệt hại ước tính thì áp dụng theo đúng nguyên tắc được quy định tại pháp luật đó.

Trong trường hợp luật áp dụng là luật Việt Nam, hợp đồng có quy định thỏa thuận về thiệt hại ước tính thì điều khoản này sẽ không thể áp dụng được vì như giải thích ở trên, Luật thương mại 2005 - luật điều chỉnh các tranh chấp mang tính thương mại - không có quy định về thiệt hại ước tính. Hội đồng trọng tài chỉ có thể ra phán quyết yêu cầu bên bị vi phạm chứng minh thiệt hại thực tế của mình và bên vi phạm chỉ phải bồi thường theo mức thiệt hại thực tế đó.

BẢO LƯU:

Nội dung của tài liệu này chỉ được coi là cập nhật cho đến ngày phát hành ghi trên đây và chỉ có giá trị tham khảo. Tài liệu này không phải và không nên được coi là tư vấn pháp lý. Tài liệu này cũng không thể hiện quan điểm chính thức của VIAC hay Hội đồng Nghiên cứu Khoa học của VIAC. Quý vị nên yêu cầu luật sư cung cấp ý kiến pháp lý chính thức cho trường hợp cụ thể của mình trước khi tiến hành bất cứ hành động nào dựa trên các thông tin tại đây