

THIỆT HẠI ĐỊNH TRƯỚC: MỘT CƠ CHẾ BỒI THƯỜNG MỚI NÊN ĐƯỢC BỔ SUNG VÀO PHÁP LUẬT DÂN SỰ VÀ THƯƠNG MẠI

KHÁI NIỆM THIỆT HẠI ĐỊNH TRƯỚC

“Thiệt hại định trước” (hay còn gọi “thiệt hại ước định”) được định nghĩa tại các hệ thống pháp luật lớn trên thế giới một cách đơn giản. Từ điển Black’s Law định nghĩa thiệt hại định trước có nghĩa là “[m]ột khoản tiền được quy định trong hợp đồng như một ước tính hợp lý về thiệt hại thực tế mà một bên sẽ được bồi thường nếu bên kia vi phạm.”¹ Nói cách khác, thiệt hại định trước có nghĩa là khoản thiệt hại được các bên ước tính tại thời điểm soạn thảo hợp đồng, rằng trong trường hợp một bên vi phạm thì bên vi phạm sẽ phải bồi thường cho bên kia khoản thiệt hại là bao nhiêu.

Thuật ngữ “thiệt hại định trước” trong pháp luật hợp đồng của các nước nói tiếng Anh là “liquidated damages”, trong pháp luật hợp đồng Pháp là “dommages-intérêts liquidés”, Đức là “pauschalierter Schadenersatz” và Nhật Bản là “損害賠償額の予定” (bồi thường thiệt hại ước định). Về mặt từ nguyên, “liquidated” theo tiếng Anh hay “liquidés” theo tiếng Pháp bắt nguồn từ chữ La-tinh cổ “liquidus”/“liquidare”/“liquidat” có nghĩa là “làm cho rõ ràng.”² Tại Việt Nam, chế định thiệt hại bồi thường định trước chưa được thừa nhận trong hệ thống khoa học pháp lý nên không có tên cụ thể. Một số tác giả trong nước sử dụng thuật ngữ “thiệt hại ước tính”. Tuy nhiên, theo chúng tôi thuật ngữ “thiệt hại định trước” hay “ước định” có lẽ sẽ phản ánh tốt hơn bản chất của loại thiệt hại này. Đó là thiệt hại được tính toán và quyết định trước bởi các bên tại thời điểm kết lập hợp đồng.

BẢN CHẤT

Trước tiên phải làm rõ “thiệt hại định trước” (hay “ước định”) là khoản thiệt hại mà các bên ước tính một bên sẽ được nhận khi bên kia vi phạm hợp đồng. Như vậy, về bản chất nó khác với một khoản phạt vi phạm hợp đồng.³ Việc phân biệt giữa “thiệt hại định trước” và “phạt vi phạm” giúp cho nhà làm luật phân biệt giữa tính chất mỗi loại chế tài. “Thiệt hại định trước”, như đề cập rõ hơn dưới đây, nhằm mục đích bồi thường thiệt hại cho bên bị vi phạm hợp đồng. Bồi thường ở mức bù đắp cho bên này ở mức sao cho hợp đồng ở vị trí như hợp đồng không bị vi phạm.⁴ Còn “phạt vi phạm” không mang bản chất bồi thường thiệt hại mà nó mang tính răn đe, ngăn ngừa việc một bên vi phạm hợp đồng.⁵ Ngoài ra, “thiệt hại định trước” cũng khác với thiệt hại “thực tế” như được phân

¹ Nguyên văn: “An amount contractually stipulated as a reasonable estimation of actual damages to be recovered by one party if the other party breaches.” Black’s Law Dictionary (8th ed. 2004).

² Xem từ nguyên của từ “liquidate” tại https://www.oed.com/dictionary/liquidate_v?tab=factsheet#39276252 (truy cập lần cuối ngày 21/7/2024).

³ Khoản phạt là “penalty” trong pháp luật hợp đồng các nước nói tiếng Anh, “pénale” trong pháp luật hợp đồng Pháp, “Vertragsstrafe” trong pháp luật hợp đồng Đức hay “違約金” (sai ước kim) trong pháp luật hợp đồng Nhật Bản.

⁴ Xem, ví dụ, Allan Farnsworth trong bài viết “You Lost My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract” (Bạn Đã Lấy Đi Lợi Ích Của Tôi? Nan Đề Của Nguyên Tắc Phân Bỏ Trong Vi Phạm Hợp Đồng) đăng tại Tạp chí luật ĐHTH Yale (Yale Law Journal) số 94 năm 1985 tại các trang từ 1351 – 1353.

⁵ Nhìn chung, các nước theo hệ thống luật lục địa (civil law) như Pháp, Đức, Nhật chấp nhận cả thỏa thuận về thiệt hại định trước và thỏa thuận phạt vi phạm trong chừng mực khoản thiệt hại định trước và khoản phạt không thái quá và/hoặc bất công. Việc chấp nhận cả hai loại chế tài này dựa trên nguyên tắc tự do hợp đồng

tích dưới đây.

CÁC TRƯỜNG HỢP ÁP DỤNG CHẾ TÀI THIẾT HẠI ĐỊNH TRƯỚC

Nguyên tắc bồi thường thiệt hại do vi phạm theo pháp luật hợp đồng hiện đại là bồi thường sao cho bên bị vi phạm được bù đắp ở mức tương tự như khi hợp đồng không bị vi phạm, không hơn và cũng không kém.⁶ Về mặt nguyên tắc và dù có những sự khác biệt tinh tế, các hệ thống pháp luật lớn trên thế giới đều thừa nhận thiệt hại ít nhất phải là “thực tế” và “trực tiếp”. Ví dụ như hành vi không giao hàng hóa là cà-phê hạt trong hợp đồng mua bán thì thiệt hại “thực tế” và “trực tiếp” ít nhất sẽ là số cà phê không nhận được và sự chênh lệch giữa giá mua hợp đồng và giá thị trường vào ngày mà cà-phê lẽ ra phải được giao (nếu vào ngày giao, giá cà-phê trên thị trường cao hơn giá tại thời điểm thỏa thuận của các bên). Trong trường hợp này, bên vi phạm thường sẽ phải bồi thường cho khoản chênh lệch giá (bên cạnh các thiệt hại trực tiếp và thực tế khác mà bên mua có thể chứng minh). Việc xác định thiệt hại tương đối dễ dàng vì các bên có thể tham chiếu giá mua bán cà-phê tại một sàn giao dịch lớn trên thế giới.

Tuy nhiên, thực tiễn cho thấy có nhiều trường hợp việc xác định thiệt hại thế nào là “thực tế” không dễ dàng chút nào vì trong rất nhiều tranh chấp, việc định lượng tổn thất “thực tế” là khó khăn hoặc không khả thi. Cụ thể trong các trường hợp sau:

1. Việc định lượng tổn thất tổn kém hoặc không khả thi. Ví dụ như một bên chậm thi công công trình khiến chủ đầu tư và các bên thi công khác không thể tiến hành thi công hay hoàn thiện công trình. Vậy chủ đầu tư làm thế nào có thể tập hợp được toàn bộ các thiệt hại của mình và các bên thi công khác vốn gồm có rất nhiều hợp phần như nguyên vật liệu, nhân công, thuê máy móc, lãi vay ngân hàng, chi phí cơ hội v.v. để chứng minh đó là thiệt hại thực tế? Ví dụ khác là trong hợp đồng thuê quản lý khách sạn (hotel management agreement) mà chủ đầu tư/chủ khách sạn (owner) chậm thực hiện việc hoàn thiện khiến cho việc khai trương khách sạn bị chậm trễ thì trong trường hợp này, để chuẩn bị cho việc khai trương, bên quản lý (“operator” hay “manager”) đã phải thực hiện nhiều công việc mà khó có thể liệt kê đủ và định lượng chính xác chi phí. Ví dụ như thuê mướn dịch vụ của các bên thứ ba, điều chuyển nhân lực, đào tạo, mua hay thuê phần mềm quản lý, triển khai chiến dịch quảng bá v.v.
2. Khó khăn trong việc định lượng tổn thất lợi nhuận trong tương lai. Khi một hợp đồng viết một cấu phần phần mềm bị giao hàng chậm hoặc có lỗi mà phần mềm có thể được công ty phần mềm triển khai hay bán trên toàn thế giới. Làm thế nào để công ty đặt hàng viết phần mềm có thể tính toán một cách chính xác về thiệt hại trên toàn cầu mà mình phải chịu?

của các bên. Các nước theo hệ thống thông luật (common law) như Anh, Mỹ không chấp nhận thỏa thuận phạt vi phạm là một chế tài cho vi phạm hợp đồng. Tuy nhiên, các nước này lại cho phép bên bị vi phạm có thể khởi kiện bằng cơ chế bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng (tort). Trong trường hợp hành vi vi phạm thỏa mãn các yêu cầu của một vụ kiện bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, bên bị vi phạm có thể yêu cầu tòa án áp một khoản phạt (punitive hay exemplary damages) khi hành vi vi phạm là cố tình hay ác ý. Xem, ví dụ, TREITEL, THE LAW OF CONTRACT § 20-019, 20-129 (14th ed. 2015).

⁶ Phạm vi này có thể thấy rõ trong nhận định của thẩm phán Atkinson tại vụ Wertheim kiện Công ty giấy Chicoutimi năm 1911 (Wertheim v. Chicoutimi Pulp Company với số hiệu tắt là “[1911] A.C. 301 (P.C)”) rằng: “Khi bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng và trong chừng mực có thể thực hiện được bằng tiền, mục đích chung của pháp luật là bên yêu cầu phải được đặt vào vị trí như thể hợp đồng được thực hiện” (“it is the general intention of the law that, in giving damages for breach of contract, the party complaining should, so far as it can be done by money, be placed in the same position as he would have been in if the contract had been performed”).

3. Khó khăn trong việc định lượng thiệt hại vô hình như danh tiếng, thương hiệu hay thông tin bí mật. Trên thực tế, đối với các hành vi vi phạm sở hữu trí tuệ hoặc thông tin bí mật, bên bị vi phạm cũng sẽ rất khó khăn để có thể định lượng được tổn thất của mình.

Trong những trường hợp nêu trên, nghĩa vụ chứng minh tổn thất “thực tế” của bên bị vi phạm đơn giản là rất khó khăn hoặc không thể. Một thỏa thuận về “thiệt hại định trước” trong đó các bên ước định trước về thiệt hại vì vậy sẽ có lợi ích rõ rệt. Cụ thể, nó giúp: (i) các bên có thể quyết định trước được khoản bồi thường khi một bên vi phạm; (ii) các bên tránh được việc kéo dài vụ tranh chấp (vì không còn phải mất thời gian chứng minh thiệt hại “thực tế”); và (iii) tránh việc một bên lạm dụng yêu cầu phải chứng minh “thiệt hại thực tế”.

Vì những lợi ích trên mà tại toàn bộ các hệ thống pháp luật lớn, chế định bồi thường thiệt hại định trước đều được áp dụng. Có thể tham khảo tại Anh là vụ Công ty Dunlop Pneumatic Tyre kiện Công ty New Garage & Motor năm 1915.⁷ Tại Đức, thiệt hại ước định và phạt hợp đồng được dựa trên các nguyên tắc: (i) tự do hợp đồng; và (ii) tính hợp lý nêu tại Bộ Luật Dân sự.⁸ Tại Pháp là quy định tại Điều 1231-5 Bộ Luật dân sự.⁹ Tại Nhật là Điều 420 (và Điều 421) Bộ Luật dân sự (như được phân tích dưới đây).

Dưới đây liệt kê một số khác biệt về chế định “thiệt hại thực tế” và “thiệt hại định trước” tại các hệ thống pháp luật lớn trên thế giới. Mặc dù có những điểm khác biệt tinh tế giữa các hệ thống, sự

⁷ Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v. New Garage & Motor Co Ltd với số hiệu tắt là “[1915] A.C. 79”. Xem thêm Treitel tại cước chú số 5 trên § 20-129 – 20-146.

⁸ Xem các Điều 275, 280, 281, 307 và 308 Bộ Luật dân sự Đức (Bürgerliches Gesetzbuch hay viết tắt là “BGB”). Bản tiếng Anh có sẵn tại: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/ (truy cập lần cuối ngày 21/7/2024).

⁹ Điều 1231-5 Bộ Luật dân sự Pháp (Code civil) quy định:

“Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.

Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.

Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent.

Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite.

Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure.”

Dịch sang tiếng Việt là: “Trong trường hợp hợp đồng quy định rằng bên nào không thực hiện hợp đồng thì sẽ phải trả một khoản tiền bồi thường thiệt hại được xác định thì bên kia không thể được trả một khoản tiền cao hơn hoặc thấp hơn khoản tiền đó.

Tuy nhiên, tòa án có thể quyết định, kể cả mặc nhiên quyết định, giảm hoặc tăng khoản tiền bồi thường đã được các bên thỏa thuận nếu khoản tiền đó rõ ràng là quá cao hoặc quá thấp.

Trường hợp nghĩa vụ đã được thực hiện một phần thì tòa án có thể quyết định, kể cả mặc nhiên quyết định, giảm khoản tiền bồi thường tỷ lệ với lợi ích mà việc thực hiện một phần nghĩa vụ đã mang lại cho bên có quyền, mà không ảnh hưởng đến việc áp dụng quy định tại đoạn trên.

Mọi điều khoản trái với hai đoạn trên bị coi là không tồn tại.

Trừ trường hợp việc không thực hiện nghĩa vụ là vĩnh viễn, khoản tiền bồi thường chỉ được áp dụng nếu trước đó bên có quyền đã gửi thư yêu cầu bên có nghĩa vụ thực hiện nghĩa vụ.” (Theo bản dịch Bộ Luật dân sự Pháp của Đại sứ quán Pháp tại Việt Nam năm 2018).

khác biệt cơ bản của hai chế định có thể tóm lược như sau:

TT	Nội Dung Khác Biệt	Thiệt Hại Thực Tế	Thiệt Hại Định Trước
1	Thời điểm xác định thiệt hại	Được xác định sau khi có vi phạm	Được thỏa thuận tại thời điểm kết lập hợp đồng
2	Mục đích	Tính toán chính xác thiệt hại	Đơn giản hóa gánh nặng tính toán, giúp cho việc giải quyết tranh chấp nhanh hơn
3	Nghĩa vụ chứng minh	Nguyên đơn/bên yêu cầu có nghĩa vụ chứng minh con số thiệt hại dựa trên bằng chứng	Nguyên đơn/bên yêu cầu không có nghĩa vụ phải chứng minh. Khi có vi phạm, công thức hay con số tính thiệt hại được thỏa thuận trước tại hợp đồng sẽ được áp dụng

CHẾ ĐỊNH THIẾT HẠI ĐỊNH TRƯỚC TRONG KHUÔN KHỔ PHÁP LUẬT VIỆT NAM

Khái niệm về “thiệt hại định trước” hay “thiệt hại ước định” hiện không tồn tại trong các học thuyết pháp lý cũng như được thể hiện tại các văn bản quy phạm pháp luật của Việt Nam. Các văn bản quy phạm pháp luật điều chỉnh các quan hệ dân sự và thương mại chính yếu hiện hành đều yêu cầu thiệt hại phải là “thực tế” và bên yêu cầu/bên bị thiệt hại có nghĩa vụ chứng minh. Cụ thể là các quy định tại khoản 2 Điều 361 và khoản 2 Điều 419 Bộ Luật dân sự 2015 (“**BLDSVN**”); khoản 2 Điều 302 và Điều 304 Luật Thương mại 2005 (“**LTMVN**”).¹⁰ Trên thực tiễn xét xử, cơ quan tòa án cũng thường không công nhận thỏa thuận về thiệt hại định trước của các bên trên cơ sở các thỏa thuận này đã không thỏa mãn được yêu cầu về thiệt hại phải là “thực tế”.¹¹

Như vậy, việc không áp dụng chế định về thiệt hại định trước đã khiến các cơ quan lập pháp và xét xử của Việt Nam có lẽ đã vô tình bỏ qua các lợi ích của chế định này. Nói cách khác, việc đưa vào và áp dụng chế định “thiệt hại định trước” sẽ giúp:

¹⁰ Khoản 2 Điều 361 BLDSVN quy định: “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”; Khoản 2 Điều 419 BLDSVN quy định: “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”; Khoản 2 Điều 302 Luật Thương mại 2005 quy định: “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”; Điều 304 Luật Thương mại 2005 quy định: “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.”

¹¹ Xem, ví dụ, một số bản án nêu tại bài viết “Hiệu Lực Của Thỏa Thuận Bồi Thường Thiệt Hại Ước Tính” của tác giả Trương Nhật Quang đăng tại Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số tháng 4 năm 2021, có sẵn tại: <http://lapphap.vn/Pages/tintuc/tinchitiet.aspx?tintucid=210741> (truy cập lần cuối ngày 20/7/2024). Trong bài viết của mình, tác giả Trương Nhật Quang cũng nêu các quan điểm về tính phù hợp của việc áp dụng cơ chế “bồi thường thiệt hại ước tính” trong thực tiễn xét xử của tòa án Việt Nam.

1. Khẳng định và tăng cường nguyên tắc tự do thỏa thuận của các bên nêu tại BLDSVN;¹²
2. Tận dụng các lợi thế của chế định “thiệt hại định trước” như được phân tích ở trên;
3. Nói rộng hơn, hệ thống pháp luật dân sự và thương mại của Việt Nam tiệm cận hơn với thông lệ thế giới. Không còn ở mức sơ khai và cứng nhắc; và
4. Giúp rút ngắn thời gian giải quyết tranh chấp và hạn chế việc lạm dụng nguyên tắc thiệt hại phải là “thực tế” của bên ác ý.

THAM KHẢO KINH NGHIỆM NHẬT BẢN

Qua nghiên cứu các hệ thống pháp luật hợp đồng nêu trên, chúng tôi nhận thấy có lẽ trường hợp của Nhật Bản sẽ là phù hợp nhất cho Việt Nam hiện tại. Cụ thể, Điều 420 Bộ Luật dân sự Nhật Bản (“BLDSNB”) quy định về thiệt hại định trước như sau:

- “1. Các bên có thể ước định về số tiền bồi thường thiệt hại khi một bên vi phạm nghĩa vụ hợp đồng. Trong trường hợp này tòa án có thể không được điều chỉnh tăng hoặc giảm số tiền ước định của các bên.
2. Yêu cầu bồi thường theo thiệt hại ước định không cản trở quyền yêu cầu thực hiện hợp đồng hoặc quyền hủy bỏ hợp đồng.
3. Bất kỳ khoản phạt [vi phạm hợp đồng nào] cũng được coi là thiệt hại ước định.”¹³

Chúng tôi có một số bình luận dưới đây về thực tiễn áp dụng Điều 420 tại Nhật Bản nhằm giúp làm rõ hơn các quy định trên:

- (a) Khoản 1 trên mang ý nghĩa rằng khi các bên đã có thỏa thuận về thiệt hại ước định (định trước), tòa án có nghĩa vụ công nhận thỏa thuận này. Tuy nhiên, tòa án có quyền điều chỉnh khoản ước định nếu nó vi phạm nguyên tắc thiện chí nêu tại khoản 2 Điều 1 BLDSNB;¹⁴ và
- (b) Thiệt hại ước định luôn phải được giả định là nó mang bản chất là một khoản phạt (mà không phải là thiệt hại) nên bên phải bồi thường có quyền yêu cầu tòa án điều chỉnh nếu bên này cho rằng số tiền bồi thường ước định là bất công, vi phạm nguyên tắc thiện chí, vốn là một nguyên tắc cơ bản của BLDSNB. Trong trường hợp có quan điểm như vậy, bên phải bồi thường có nghĩa vụ chứng minh.

¹² Khoản 2 Điều 3 BLDSVN quy định: “Cá nhân, pháp nhân xác lập, thực hiện, chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự của mình trên cơ sở tự do, tự nguyện cam kết, thỏa thuận. Mọi cam kết, thỏa thuận không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội có hiệu lực thực hiện đối với các bên và phải được chủ thể khác tôn trọng.”

¹³ Dịch từ nguyên văn dưới đây (với một số hiệu chỉnh nhỏ tại phần dịch tiếng Việt cho dễ hiểu):

- “1. 当事者は、債務の不履行について損害賠償の額を予定することができる。この場合において、裁判所は、その額を増減することができない。
2. 賠償額の予定は、履行の請求又は解除権の行使を妨げない。
3. 違約金は、賠償額の予定と推定する。”

¹⁴ Khoản 2 Điều 1 (Các nguyên tắc cơ bản) BLDSNB quy định: “Việc thực hiện các quyền và nghĩa vụ phải được thực hiện một cách thiện chí.”

Căn cứ vào những lợi ích của chế định “thỏa thuận bồi thường định trước” phân tích trên, trong quá trình sửa đổi Bộ Luật dân sự và/hoặc Luật Thương mại, các nhà làm luật Việt Nam nên cân nhắc bổ sung một điều luật về thỏa thuận bồi thường định trước/ước định. Căn cứ vào tinh thần của Điều 420 BLDSNB, nội dung điều luật bổ sung có thể dự kiến như sau:

“Tùy vào bản chất của giao dịch, các bên có thể thỏa thuận về mức bồi thường thiệt hại định trước. Trong trường hợp có bên phản đối về mức bồi thường định trước, bên này có nghĩa vụ chứng minh.”.

Chúng tôi hy vọng bài viết trên giúp ích ít nhiều cho bạn đọc. Xin vui lòng liên lạc với chúng tôi trong trường hợp bạn có câu hỏi cần làm rõ thêm!

Scientia