

PHƯƠNG THỨC GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP THÔNG QUA BAN PHÒNG NGỪA/BAN XỬ LÝ TRANH CHẤP TRONG HỢP ĐỒNG FIDIC 2017 VÀ KHUYẾN NGHỊ ĐỐI VỚI VIỆT NAM

Nguyễn Mai Linh*
Lê Thị Hà My**

Tóm tắt: Bên cạnh các phương thức giải quyết tranh chấp điển hình trong thương mại quốc tế nói chung như trọng tài, hoà giải, toà án thì trong lĩnh vực xây dựng quốc tế tồn tại một phương thức giải quyết tranh chấp khác đó là thông qua Ban xử lý tranh chấp. Bài viết sẽ tập trung làm rõ các vấn đề pháp lý liên quan đến thẩm quyền, thủ tục giải quyết tranh chấp của ban xử lý tranh chấp, qua đó rút ra các khuyến nghị đối với Việt Nam.

Abstract: Beside the typical methods of dispute resolution in international trade such as arbitration, conciliation, and courts, in the field of international construction, there is another means of dispute settlement, that is Dispute Avoidance/Adjudication Board (DAAB). The article focuses on clarifying legal aspects related to DAAB's jurisdiction and dispute resolution procedure, it thereby makes certain proposals for Viet Nam.

Đặt vấn đề

Bộ mẫu hợp đồng xây dựng quốc tế FIDIC được Hiệp hội quốc tế các kỹ sư tư vấn (FIDIC) thành lập sơ khai năm 1913¹. Hiệp hội đã xây dựng phiên bản đầu tiên

của Bộ mẫu hợp đồng FIDIC là Sách Đỏ năm 1953², Sách Vàng năm 1963³, Sách

* ThS., Trường Đại học Luật Hà Nội.

** Chuyên viên pháp lý Công ty Honda Việt Nam.

¹ Hiệp hội FIDIC được thành lập từ Chiến tranh thế giới lần thứ nhất, khi 59 người gặp nhau tại một cuộc triển lãm thế giới ở Bỉ để thông qua hiến chương của Hiệp hội vào ngày 22/7/1913. Tuy nhiên, FIDIC thực sự trở thành một tổ chức quốc tế vào cuối những năm 1950, khi Úc, Canada, Nam Phi và Hoa Kỳ tham gia. Tiếp theo đến những năm 1960, các nước đang phát triển như Colombia, Malawi, Zambia và Zimbabwe tham gia vào Hiệp hội FIDIC tạo một bước phát triển hơn nữa. Từ một tổ chức độc quyền đến một tổ chức toàn diện hơn và đến ngày nay có 102 quốc gia tham gia. Xem Ellis Baker, Ben Mellors, Scott Chalmers, Anthony Lavers, *FIDIC Contracts: Law and Practice*, 1st Edition, 2009, London, Informa Law from Routledge, tr. 1, <https://fr.scribd.com/document/406989946/FIDIC-Contracts-Law-and-Practice-2009-pdf>, truy cập ngày 3/2/2020.

² Sách Đỏ (Red Book - Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer) được hình thành vào tháng 8/1957 áp dụng cho các công trình xây dựng dân dụng như đường, cầu, đập, đường hầm, các công trình nước và nước thải, phù hợp cho nhà thầu (contractor) và kỹ sư (engineer) thiết kế công trình, dự án. Sau đó Sách Đỏ tiếp tục được sửa đổi, bổ sung năm 1987. Xem: The FIDIC Suite of Contracts, http://fidic.org/sites/default/files/FIDIC_Suite_of_Contracts_0.pdf, truy cập ngày 3/2/2020.

³ Phiên bản Sách Vàng (Yellow Book - Conditions of Contract for Plant and Design-Build for Electrical and Mechanical Plant, and for Building and Engineering Works, Designed by the Contractor) đầu tiên vào năm 1963 cho các công trình cơ khí và điện. Mẫu hợp đồng này đã được thử nghiệm và vận hành cho phù hợp với các công trình xây dựng nhà máy sản xuất và lắp đặt, sau đó sửa đổi thành các phiên bản thứ 2 năm 1980 và phiên bản thứ 3 năm 1987

Cam năm 1995⁴. Đặc biệt, năm 1999 sự ra đời của Bộ mẫu hợp đồng xây dựng cầu vồng (Rainbow) gồm 04 cuốn, thay thế cho tất cả các phiên bản trước đó⁵ và tạo ra bước ngoặt lớn trong lĩnh vực hợp đồng xây dựng quốc tế. Sau 18 năm ra mắt và áp dụng, Hiệp hội đã sửa đổi phiên bản Bộ mẫu hợp đồng FIDIC 1999 để cho ra đời phiên bản 2017 với nhiều sự thay đổi vượt trội và toàn diện hơn⁶. Ngoài ra, năm 2019, Hiệp hội còn cho ra mắt Điều kiện hợp đồng cho công trình ngầm⁷. Việc ra đời các phiên bản mới đã chứng tỏ sự công nhận của cộng đồng kỹ sư quốc tế, nhà thầu, nhà đầu tư trong việc lựa chọn mẫu điều kiện hợp đồng FIDIC trong các dự án xây dựng có yếu tố nước ngoài của mình.

Trong mẫu điều kiện hợp đồng FIDIC 2017, bên cạnh những phương thức giải quyết tranh chấp bằng hoà giải, trọng tài

quên thuộc trong các hợp đồng thương mại quốc tế, Hiệp hội đã cung cấp một phương thức giải quyết tranh chấp đặc thù của Hợp đồng xây dựng quốc tế đó là giải quyết tranh chấp thông qua Ban phòng ngừa/Ban xử lý tranh chấp (Dispute Avoidance/Adjudication Board - DAAB). Đây là một phương thức giải quyết tranh chấp đặc thù chỉ có trong mẫu Hợp đồng FIDIC bởi các nước theo hệ thống Common law chấp nhận vai trò của kỹ sư, kiến trúc sư. những người có chuyên môn trong lĩnh vực xây dựng, đồng thời đóng vai trò giải quyết tranh chấp giữa nhà thầu và chủ đầu tư trong các dự án xây dựng có yếu tố nước ngoài. Tuy nhiên, quan điểm này có thể không phù hợp với một số quốc gia theo hệ thống Civil law⁸. Như tại Việt Nam, thực tiễn sử dụng phương thức này còn hạn chế bởi có nhiều khó khăn và thực chất vai trò của kỹ sư/kiến trúc sư chưa được đề cao trong mối quan hệ hợp đồng giữa nhà thầu và chủ đầu tư tại Việt Nam. Và, khi các bên ký kết hợp đồng cũng chưa hiểu rõ được vai trò, ý nghĩa của phương thức giải quyết tranh chấp thông qua DAAB, nên cũng chưa tận dụng được hết những ưu việt của phương thức này mang lại. Do đó, bài viết sẽ tập trung phân tích các vấn đề pháp lý của DAAB và thực tiễn áp dụng, từ đó rút ra một số khuyến nghị đối với Việt Nam.

1. Lịch sử hình thành Ban phòng ngừa/Ban xử lý tranh chấp

Với mục đích tiết kiệm thời gian và chi phí cho việc giải quyết tranh chấp, các phiên bản Hợp đồng FIDIC từ năm 1957 đến năm 1987 đều quy định, bất kỳ tranh chấp nào phát sinh giữa chủ đầu tư và nhà

⁴ Sách Cam (Orange Book - FIDIC Design-Build and Turnkey Contract) mẫu Hợp đồng áp dụng công trình thiết kế thi công và chia khóa trao tay.

⁵ Bốn cuốn bao gồm Sách Đỏ mới, Sách Vàng mới, Sách Bạc và Sách Xanh. Xem thêm Nguyễn Mai Linh, *Hợp đồng xây dựng quốc tế Fidic và sự hài hoà hoá của pháp luật Việt Nam*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật điện tử, Bộ Tư pháp, ngày 5/10/2019, <http://tcdclp.moj.gov.vn/qr/tintuc/Pages/phap-luat-kinh-te.aspx?ItemID=299>, truy cập ngày 3/2/2020.

⁶ Bộ hợp đồng Fidic 2017 sửa đổi Sách Đỏ, Sách Vàng và Sách Bạc một cách đáng kể, toàn diện hơn nhiều, trải rộng hơn 200 trang và chứa 21 điều khoản với sự rõ ràng, minh bạch với mục tiêu chính là tăng sự rõ ràng, chắc chắn và nhằm hạn chế tranh chấp hơn để đạt được các dự án thành công hơn. Xem thêm Nguyễn Mai Linh, *Hợp đồng xây dựng quốc tế Fidic và sự hài hoà hoá của pháp luật Việt Nam*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật điện tử, Bộ Tư pháp, ngày 5/10/2019, <http://tcdclp.moj.gov.vn/qr/tintuc/Pages/phap-luat-kinh-te.aspx?ItemID=299>, truy cập ngày 3/2/2020.

⁷ Sách Xanh ngọc (Emerald Book - Conditions of Contract for Underground Works), <https://fidic.org/books/conditions-contract-underground-works-2019-emerald-book>, truy cập ngày 3/2/2020.

⁸ Axel-Volkmar Jaeger, Goetz-Sebastian Hoek, *FIDIC-A Guide for Practitioners*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2010, tr. 400.

thầu đều được giao cho các kỹ sư⁹ trước khi giải quyết bằng trọng tài hoặc tòa án. Tuy nhiên, phương thức giải quyết tranh chấp thông qua các kỹ sư không thực sự hiệu quả do họ khó có thể đưa ra những quyết định mang tính công bằng, độc lập và khách quan cho nhà thầu. Dần dần, các kỹ sư đánh mất sự tin nhiệm của các nhà thầu trong quá trình giải quyết tranh chấp¹⁰

Trước yêu cầu cấp thiết đặt ra với một phương thức giải quyết tranh chấp với tiêu chí hiệu quả, nhanh chóng mà không đánh mất đi sự khách quan khi giải quyết những xung đột, mâu thuẫn giữa chủ đầu tư và nhà thầu khi thực hiện các hợp đồng xây dựng có yếu tố nước ngoài, dự án Đường hầm eo biển Manche "*Anglo-French Channel Tunnel Project*" từ năm 1987 đến năm 1993 đã thiết kế một Ban giải quyết tranh chấp (*Dispute Resolution Board – DRB*)¹¹. DRB có chức năng đưa ra các lời khuyên, kiến nghị cho các bên, giúp các bên giải quyết tranh chấp nội bộ. Thành viên của DRB là những kỹ sư giàu kinh nghiệm thực tế, họ được trao quyền tiếp cận công trình, hồ sơ tài liệu liên quan, được tham gia các buổi

họp của nhà thầu và chủ đầu tư¹². Mô hình này đã được sử dụng hiệu quả trong dự án Đường hầm eo biển Manche.

Với sự áp dụng thành công và hiệu quả của DRB trong dự án Đường hầm eo biển Manche, vào năm 1995, phương thức giải quyết tranh chấp thay thế mới thông qua Ban tranh chấp (*Dispute Board-DB*) lần đầu được FIDIC quy định tại Hợp đồng FIDIC Sách Cam (Thiết kế xây dựng và trao tay)¹³. Tiếp đó, sau một năm, FIDIC đã bổ sung phương thức giải quyết tranh chấp này vào Hợp đồng FIDIC bản sửa đổi lần thứ 4 của Sách Đỏ và Sách Vàng như một phương thức giải quyết tranh chấp được chấp nhận¹⁴. Năm 1999, FIDIC đã ghi nhận phương thức giải quyết tranh chấp thông qua DB hay còn được gọi là Ban xử lý tranh

¹² Alan Muir Wood, *Tunnelling: Management by Design*. London, E & FN Spon, 2002. tr. 266. https://books.google.com.vn/books?id=NU2uDwAAQBAJ&pg=PA263&lpg=PA263&dq=Anglo-French+Channel+Tunnel+project+fidic&source=bl&ots=jAf18znzNp&sig=ACfU3U0KsvkNnvTiOWBc0B-gD_F5yxztEA&hl=vi&sa=X&ved=2ahUKEwiYiKa-mvTmAhVnzjGHe0SAJcQ6AEwD3oECAgQAQ#v=onepage&q=Anglo-French%20Channel%20Tunnel%20project%20fidic&f=false, truy cập ngày 3/2/2020.

¹³ Thành viên của Ban tranh chấp là các kỹ sư có trình độ và nhiều kinh nghiệm trong lĩnh vực xây dựng, họ được lựa chọn bởi chủ đầu tư và nhà thầu và quyết định được đưa ra bởi DB còn có tính ràng buộc đối với các bên tranh chấp. *Xem thêm Điều 20.4, Hợp đồng FIDIC 1995 Sách Cam: "Trong vòng 56 ngày kể từ sau ngày nhận được yêu cầu, Ban Giải quyết tranh chấp, hoạt động với tư cách là một nhóm chuyên gia chủ không phải với tư cách là trọng tài viên, sẽ thông báo về quyết định của mình cho mỗi bên"*.

¹⁴ Eugenio Zoppis, *DAAB and Dispute Resolution Under the 2017 FIDIC Forms of Contract*, Centre for Construction Law and Dispute Resolution King's College, London, https://www.researchgate.net/publication/329238426_DAAB_and_Dispute_Resolution_under_the_2017_FIDIC_Forms_of_Contract/link/5bfe4c7d92851c78dfaff882/download, truy cập ngày 4/2/2020.

⁹ Các kỹ sư là người được các chủ đầu tư thuê và trả thù lao, bên cạnh nhiệm vụ thiết kế, giám sát công trình xây dựng, họ còn đảm nhận thêm nhiệm vụ khác là giải quyết tranh chấp giữa chủ đầu tư và nhà thầu thông qua việc đưa ra các kiến nghị trên tinh thần độc lập và khách quan.

¹⁰ Christopher R. Seppälä, *Fidic and Dispute Adjudication Boards (DAB(s))*, 2015, tr.5, <https://fidic.org/sites/default/files/webinar/PresentationCSepppFIDICandDisputeAdjudicationBoards.pdf>, truy cập ngày 4/2/2020.

¹¹ London: *Dispute boards – modern approaches to dispute resolution in international projects*, First published in Global Arbitration Review Volume 8, Issue 4. <https://www.whitecase.com/sites/default/files/files/download/publications/article-GAR-8-4-LON-DON-Dispute-boards.pdf>, truy cập ngày 4/2/2020.

chấp DAB - "Dispute Adjudication Board" là phương thức giải quyết tranh chấp đặc thù, bắt buộc phải có trong các mẫu Hợp đồng cho công trình xây dựng chính của mình. Năm 2008, FIDIC đã mở rộng chức năng của DAB trong Hợp đồng Sách Vàng đồng (Thiết kế, xây dựng và vận hành). DAB trong phiên bản hợp đồng này là một cơ quan thường trực, không chỉ đóng vai trò giải quyết tranh chấp, mà còn giúp ngăn ngừa các tranh chấp phát sinh thông qua việc đưa ra các kiến nghị, lời khuyên cho các bên khi họ được yêu cầu¹⁵. Kế thừa tinh thần và vai trò của DAB trong Hợp đồng FIDIC 2008 Sách Vàng đồng, tại Phiên bản sửa đổi Hợp đồng FIDIC Bộ Cầu vồng năm 2017, Ban giải quyết tranh chấp xuất hiện với một tên mới - Ban phòng ngừa và xử lý tranh chấp (Dispute Adjudication and Avoidance Board - DAAB). Phiên bản Hợp đồng FIDIC 2017 ghi nhận những nỗ lực của các nhà soạn thảo để sửa đổi và bổ sung thêm những điểm nhằm làm rõ ràng hơn các quy định còn gây nhiều tranh cãi trong việc áp dụng và giải thích điều khoản hợp đồng, lấp đầy những lỗ hổng còn tồn tại trong phiên bản Hợp đồng FIDIC năm 1999.

¹⁵ Điều 20.5 Phòng ngừa tranh chấp quy định: "Vào bất cứ thời điểm nào do các bên thỏa thuận, họ có thể cùng nhau đưa một vấn đề lên DAB bằng văn bản với yêu cầu được cung cấp sự hỗ trợ và/hoặc thảo luận thông thường và nỗ lực để giải quyết bất kỳ sự bất đồng nào có thể phát sinh giữa các bên trong quá trình thực hiện hợp đồng. Sự hỗ trợ thông thường đó có thể diễn ra tại bất kỳ cuộc họp nào, bất kỳ cuộc kiểm tra địa điểm xây dựng nào hoặc không. Tuy nhiên, trừ khi các bên thỏa thuận khác, tất cả các bên phải có mặt trong các cuộc thảo luận đó. Các bên không bị ràng buộc phải thực hiện theo những khuyến nghị được đưa ra tại các cuộc họp đó và DAB không bị ràng buộc bởi bất kỳ quan điểm nào được đưa ra trong quá trình hỗ trợ thông thường, dù quan điểm đó được thể hiện bằng văn bản hay lời nói, tại bất cứ quá trình giải quyết tranh chấp hay quyết định trong tương lai".

2. Những điểm mới về Ban phòng ngừa/Ban xử lý tranh chấp trong Hợp đồng FIDIC 2017

Điểm mới về DAAB trong Hợp đồng FIDIC 2017 được thể hiện qua ba nội dung: (i) Chức năng của DAAB, (ii) Thành viên của DAAB và vai trò của kỹ sư, (iii) Thủ tục giải quyết tranh chấp và tính ràng buộc quyết định của DAAB.

(i) Chức năng của DAAB

Một điểm mới trong Hợp đồng FIDIC 2017 là bổ sung quy định về chức năng "Phòng ngừa tranh chấp" của DAAB. Theo đó, các bên có thể cùng nhau yêu cầu DAAB giúp thỏa thuận hoặc đưa ra sự hỗ trợ cho các bên khi bất kỳ vấn đề hay mâu thuẫn nào phát sinh. Giả sử khi các bên không thống nhất được cách giải thích một điều khoản trong hợp đồng, họ có thể cùng nhau đưa vấn đề này ra để xin ý kiến của DAAB¹⁶ và ý kiến hay lời khuyên được đưa ra bởi DAAB sẽ không mang tính ràng buộc đối với họ¹⁷. Quy định này lần đầu được đưa vào Hợp đồng FIDIC 2008 Sách Vàng đồng nhằm đáp ứng nỗ lực thúc đẩy phòng ngừa tranh chấp của FIDIC¹⁸, và quan trọng hơn là thúc đẩy chức năng chính của DAAB

¹⁶ Mr. I.A.F. Hendriksen & ir.P.G.A de Bruijn, *Fidic 2017: the revised dispute resolution procedure*, 2018, [truy cập ngày 5/2/2020.](https://www.my.stibbe.com/mystibbe/attachment_dw.action?attkey=FRbANEucS95NMLRN47z%2BecOgEFC18EGQJswJiCh2WAWBW0h13oTM YkKxWKInbXIZ&nav=FRbANEucS95NMLRN47z%2BecOgEFC18EGQbuwypnpZjc4%3D&attdocparam=pB7HEsg%2FZ312Bk80luOIH1c%2BY4beLEAEaX%2FWLjvY8k%3D&fromContentView=)

¹⁷ Điều 21.3, Hợp đồng FIDIC 2017 Sách Vàng, Sách Hồng.

¹⁸ Trong hướng dẫn thực hiện Hợp đồng FIDIC Sách Vàng đồng ghi nhận rằng: "Phòng ngừa còn hơn chữa bệnh, do đó DAB được ủy nhiệm vai trò nỗ lực hỗ trợ các bên tìm kiếm tiếng nói chung tại bất kỳ thời điểm nào".

là đưa ra các quyết định nhanh chóng, hiệu quả. Năm 2015, Phòng Thương mại quốc tế (ICC) chính thức ghi nhận chức năng phòng ngừa tranh chấp trong Quy tắc Ban tranh chấp (*Dispute Board Rules*), quy định rằng Ban xử lý tranh chấp là: “*Một cơ quan thường trực bao gồm một hoặc ba thành viên, thường được thành lập sau khi các bên trong hợp đồng kí kết hoặc bắt đầu thực hiện hợp đồng. Ban xử lý tranh chấp được sử dụng để giúp các bên có thể ngăn ngừa hoặc giải quyết những mâu thuẫn, tranh chấp phát sinh trong quá trình thực hiện hợp đồng*”¹⁹.

Ngoài ra, DAAB cũng có thể mời các bên hỗ trợ trong việc tránh tranh chấp xảy ra trong quá trình thực hiện dự án. Những lời khuyên và ý kiến của DAAB trong trường hợp này không ràng buộc đối với các bên và DAAB không bị ràng buộc bởi bất kỳ quan điểm nào khi đưa ra quyết định. Vì vậy, trong Hợp đồng FIDIC 2017, mục đích chính của DAAB là ngăn chặn các khiếu nại trở thành tranh chấp. Nếu nỗ lực ngăn chặn khiếu nại trở thành tranh chấp thất bại, DAAB sẽ tiếp tục thực hiện với tư cách là cơ quan giải quyết tranh chấp theo Hợp đồng FIDIC 2017.

Liên quan đến chức năng phòng ngừa tranh chấp của DAAB, có nhiều quan điểm khác nhau khi DAAB cùng một lúc thực hiện hai chức năng không tương thích với

nhau khi vừa giải quyết tranh chấp, vừa là trung gian thực hiện chức năng phòng ngừa tranh chấp²⁰. Với vai trò của một trung gian, phòng ngừa tranh chấp, thành viên của DAAB sẽ đưa ra các kiến nghị mang tính tương đối, nhằm cân bằng lợi ích và giúp các bên giữ mối quan hệ hữu hảo. Tuy nhiên, khi đóng vai trò là người xử lý tranh chấp, họ phải đưa ra các quyết định mang tính tuyệt đối, tuân thủ theo đúng hợp đồng và pháp luật nước sở tại. Dựa trên quan điểm này, có thể thấy hai chức năng của DAAB được quy định tại Hợp đồng FIDIC 2017 không tương xứng với nhau trong thực tiễn, người xử lý tranh chấp sẽ đánh mất sự vô tư và khách quan của mình khi trước đó họ đã đóng vai trò là một trung gian²¹.

Trên thực tế, hiệu quả của chức năng phòng ngừa tranh chấp mang lại vẫn là một dấu hỏi lớn khi tại phiên bản Hợp đồng FIDIC 2017, các bên tham gia hợp đồng có quyền bỏ qua bước giải quyết tranh chấp

²⁰ Theo quan điểm của tác giả Robbie McCrea - một luật sư cao cấp đang hành nghề tại Anh: “*Trung gian “mediator” sẽ là bên được tiết lộ các thông tin bảo mật và các lợi ích thương mại của các bên, vai trò của họ là giúp cho việc giải quyết tranh chấp được diễn ra một cách thuận lợi nhất. Tuy nhiên, người xử lý tranh chấp - “adjudicator” lại có nghĩa vụ phải đưa ra các quyết định dựa theo các quyền và nghĩa vụ pháp lý của các bên*” Xem thêm: Robbie McCrea, Senior Associate, Fenwick Elliott, *The 2017 FIDIC dispute resolution procedure: Part 1 - the new dispute resolution mechanism*, <https://www.fenwickelliott.com/research-insight/articles-papers/contract-issues/2017-fidic-dispute-resolution-procedure-part-1>, truy cập ngày 04/02/2020.

²¹ Phân quyết trong vụ tranh chấp *Glencol Development and Design Co. Ltd v. Ben Barrett & Son (Contractors) Ltd 1, 2001* chỉ ra rằng, sự vô tư khách quan của DAB khi đóng vai trò thực hiện 2 chức năng được quy định trong mẫu hợp đồng FIDIC. Xem thêm: https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2001/02/glencol-development-and-design-co-ltd-v-ben-barrett-son-contractors-ltd-1?cc_lang=en, truy cập ngày 5/2/2020.

¹⁹ Thủ tục giải quyết tranh chấp bởi Ban tranh chấp do ICC thiết lập có hiệu lực từ ngày 1/10/2015. Xem thêm: ICC, *Dispute Board Rules*, Điều 2, Điều 5, <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/disput-e-boards/>, khoản 5 Điều 2 ICC Dispute Board Rules: “(v) “Dispute Board” (“DB”) means a Dispute Review Board (“DRB”), a Dispute Adjudication Board (“DAB”) or a Combined Dispute Board (“CDB”), composed of one, three or more DB Members”.

thông qua DAAB nếu DAAB không tồn tại khi tranh chấp phát sinh; và trong thực tiễn, nhà thầu cũng thường loại bỏ điều khoản liên quan tới giải quyết tranh chấp thông qua DAAB hay DAB ra khỏi hợp đồng của mình. Khi tranh chấp phát sinh và các bên không thể giải quyết được thì trọng tài hay tòa án sẽ là phương thức giải quyết tranh chấp được các bên lựa chọn. Ngoài ra, nếu không có một DAAB thương trực được các bên thỏa thuận lựa chọn trước khi tranh chấp phát sinh thì vai trò phòng ngừa tranh chấp của DAAB rất khó thực hiện. Chỉ khi nào trong hợp đồng tồn tại một DAAB đã được bổ nhiệm, thì tục giải quyết tranh chấp thông qua DAAB mới được thực hiện và mang tính bắt buộc²².

(ii) Thành viên của DAAB và vai trò của kỹ sư

Xét về tiêu chuẩn để trở thành thành viên của DAAB, dựa theo điều khoản chung về thỏa thuận xử lý tranh chấp nằm trong mỗi cuốn Hợp đồng FIDIC, có thể hiểu thành viên của DAAB phải là những kỹ sư, chuyên gia hay luật sư trong lĩnh vực xây dựng, có kinh nghiệm làm những công việc liên quan đến việc giải thích hợp đồng xây dựng. Bên cạnh đó, những người này còn phải thành thạo ngôn ngữ quy định trong hợp đồng²³. Ngoài điều kiện về chuyên môn, thành viên của DAAB phải đảm bảo

sự độc lập, vô tư, khách quan với chủ đầu tư, nhà thầu và kỹ sư được định nghĩa trong hợp đồng²⁴.

Trong trường hợp các bên muốn thành lập DAAB với duy nhất một thành viên, thành viên đó phải được lựa chọn dựa trên sự đồng thuận của cả hai bên. Trường hợp DAAB gồm ba thành viên, mỗi bên sẽ đưa ra đề cử một thành viên và sẽ phải chờ bên còn lại đồng ý. Thành viên thứ ba, với tư cách là Chủ tịch của DAAB, sẽ được lựa chọn dựa trên sự đồng thuận của cả hai bên. Mục đích chính của việc này là để thành lập một cơ quan giải quyết tranh chấp trung lập và không chịu ảnh hưởng bởi bất kì bên nào trong tranh chấp. Các Hợp đồng FIDIC còn cho phép các bên có thể thỏa thuận lựa chọn trước một danh sách các ứng cử viên cho vị trí thành viên của DAAB để đưa vào dữ liệu hợp đồng - "Contract Data". Tuy nhiên, các bên sẽ chỉ được phép lựa chọn thành viên cho DAAB dựa trên danh sách này và mọi sự thay đổi thành viên của DAAB phải được sự nhất trí của cả hai bên tranh chấp²⁵.

Từ điều khoản thành viên của DAAB, có thể nhận thấy vai trò của kỹ sư được đề cao hơn trong phiên bản Hợp đồng FIDIC 2017. Trong hợp đồng xây dựng, kỹ sư là

²² Điều 21.8: No DAAB In Place, Hợp đồng FIDIC 2017, Sách Vàng.

²³ Điều kiện chung về thỏa thuận xử lý tranh chấp, các Hợp đồng FIDIC. Điều 3 Sự đảm bảo có quy định: "Khi chỉ định thành viên, chủ đầu tư và nhà thầu dựa vào những khả năng tiêu biểu của thành viên là người: (a) Có kinh nghiệm trong công việc mà nhà thầu thực hiện theo hợp đồng, (b) Có kinh nghiệm trong diễn giải tài liệu hợp đồng, xây dựng và kiến trúc và (c) Thành thạo về ngôn ngữ giao tiếp được xác định trong hợp đồng (hoặc ngôn ngữ do các bên và DAAB thỏa thuận)".

²⁴ Điều kiện chung về thỏa thuận xử lý tranh chấp, các Hợp đồng FIDIC, Điều 3 Sự đảm bảo quy định: "Thành viên bảo đảm và thỏa thuận rằng ông/bà ta phải và sẽ phải vô tư và độc lập với chủ đầu tư, nhà thầu và nhà tư vấn. Thành viên sẽ thông báo ngay cho mỗi người trong số họ và cho các thành viên khác (nếu có), mọi sự việc hay tình huống có thể xuất hiện mâu thuẫn với sự bảo đảm và thỏa thuận của ông/bà ta là vô tư và độc lập".

²⁵ Điều 21.1, 21.2 Hợp đồng FIDIC 2017 Sách Vàng quy định trong trường hợp các bên không thỏa thuận được về thành viên của DAAB thì một cá nhân hoặc một tổ chức mà các bên đã thỏa thuận trong dữ liệu hợp đồng, theo sự yêu cầu của của một hay cả hai bên, sau khi trao đổi thỏa đáng với hai bên sẽ chỉ định thành viên của DAAB.

người làm việc theo hợp đồng của chủ đầu tư, chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn được làm rõ trong hợp đồng lao động, là người liên quan đến các vấn đề chuyên môn xây dựng²⁶. Tuy nhiên, vai trò của kỹ sư không đơn thuần làm việc cho chủ đầu tư mà các quyết định kỹ sư đưa ra phải đảm bảo sự công bằng, vô tư, khách quan giữa chủ đầu tư và nhà thầu²⁷. Sự vô tư, độc lập, khách quan của kỹ sư khi đưa ra các quyết định mang tính chuyên môn được thể hiện rõ trong mẫu hợp đồng FIDIC 2017 khi cho phép kỹ sư được bổ nhiệm vào thành viên của DAAB. Khi đó, kỹ sư có quyền đưa ra đánh giá các mâu thuẫn, tranh chấp về bồi thường thiệt hại, khiếu nại về thanh toán... giữa nhà thầu và chủ đầu tư, hành động này thể hiện vai trò trung lập của kỹ sư. Khi kỹ sư được bổ nhiệm vào thành viên của DAAB, họ sẽ được nhận thù lao của cả nhà thầu và chủ đầu tư, vì thế, đòi hỏi kỹ sư phải đóng vai trò trung lập khi đưa ra các quyết định.

(iii) Quy trình giải quyết tranh chấp và tình ràng buộc quyết định của DAAB

Quy trình giải quyết tranh chấp thông qua DAAB tại Hợp đồng FIDIC 2017 về cơ bản vẫn hàm chứa những quy định cốt lõi của phiên bản Hợp đồng FIDIC năm 1999.

²⁶ Điều 3.1 Hợp đồng FIDIC 2017 Sách Vàng: "The Employer shall appoint the Engineer, who shall carry out the duties assigned to the Engineer in the Contract".

²⁷ Mr. I.A.F. Hendriksen & ir.P.G.A de Bruijin, *Fidic 2017: The revised dispute resolution procedure, 2018*. https://www.my.stibbe.com/mystibbe/attachment_dw.action?attkey=FRbANEucS95NMLRN47z%2BecOgEFC18EGQJsWjICH2WAWBW0h13oTM YkKxWKInbXtZ&nav=FRbANEucS95NMLRN47z%2BecOgEFC18EGQbuwyppnZjc4%3D&attdocparam=pB7HESg%2FZ312Bk8OlUOH1c%2BY4beLEAcAx%2FWLjVY8k%3D&fromContentView=1, truy cập ngày 5/2/2020.

Cụ thể, khi tranh chấp phát sinh, các bên sẽ thực hiện thủ tục khiếu nại²⁸. Khi một trong hai bên không đồng ý với quyết định của kỹ sư thì sẽ phải ra một thông báo không hài lòng (Notice of Dissatisfaction NOD) trong thời hạn 28 ngày²⁹; sau đó dựa trên NOD, các bên có thời hạn 42 ngày³⁰ để đệ trình tranh chấp ra DAAB. Các bên DAAB phải đưa ra quyết định trong vòng 84 ngày kể từ ngày tranh chấp được đệ trình tới DAAB hoặc khoảng thời gian do DAAB đề xuất và được các bên đồng ý, quyết định này sẽ ngay lập tức có giá trị ràng buộc và có hiệu lực với các bên³¹. Tổng thời gian để có quyết định cuối cùng của DAAB có thể kéo dài tối đa 322 ngày, trong khi đó tổng thời gian trong mẫu hợp đồng FIDIC 1999 là 126 ngày³². Việc kéo dài khoảng thời

²⁸ Điều 20 Hợp đồng FIDIC 2017, Sách Vàng, Sách Đỏ.

²⁹ Điều 3.7.5.(c) Hợp đồng FIDIC 2017, Sách Vàng: "This NOD shall be given within 28 days after receiving the Engineer's Notice of the determination under Sub-Clause 3.7.2 [Engineer's Determination]".

³⁰ Điều 21.4.1 (a) Hợp đồng FIDIC 2017, Sách Vàng: "The reference of a Dispute to the DAAB (the "reference" in this Sub-Clause 21.4) shall: (a) If Sub-Clause 3.7 [Agreement or Determination] applied to the subject matter of the Dispute, be made within 42 days of giving or receiving (as the case may be) a NOD under Sub-Clause 3.7.5 [Dissatisfaction with Engineer's determination]. If the Dispute is not referred to the DAAB within this period of 42 days, such NOD shall be deemed to have lapsed and no longer be valid".

³¹ Điều 21.4.3 Hợp đồng FIDIC 2017, Sách Vàng: "The DAAB's decision: The DAAB shall complete and give its decision within: (a) 84 days after receiving the reference; or (b) Such period as may be proposed by the DAAB and agreed by both Parties".

³² Mr. I.A.F. Hendriksen & ir.P.G.A de Bruijin, *Fidic 2017: the revised dispute resolution procedure, 2018*. https://www.my.stibbe.com/mystibbe/attachment_dw.action?attkey=FRbANEucS95NMLRN47z%2BecOgEFC18EGQJsWjICH2WAWBW0h13oTM

gian với nhiều thủ tục hơn của DAAB trong phiên bản Hợp đồng FIDIC 2017 đã không đáp ứng được yêu cầu giải quyết tranh chấp nhanh chóng, linh hoạt như ý định ban đầu của DAAB.

Tinh ràng buộc quyết định của DAAB trong Hợp đồng FIDIC 2017 cũng được quy định rõ hơn. Cho dù DAAB ban hành quyết định mang tính tạm thời hoặc quyết định cuối cùng trong việc giải quyết tranh chấp, các quyết định của DAAB đều ràng buộc với các bên và họ phải tuân thủ theo quyết định này ngay lập tức, bất kể các bên có đưa ra một NOD với quyết định mang tính tạm thời. Điều khoản quy định rằng, các bên buộc phải tuân thủ quyết định tạm thời của DAB đã được đề cập trong Hợp đồng FIDIC năm 1999³³. Tuy nhiên, quy định không rõ ràng đã dẫn đến thực trạng là sau khi quyết định ràng buộc tạm thời được đưa ra và có hiệu lực, các bên phải thực hiện nghĩa vụ đã không thực hiện nghĩa vụ do không có một cơ chế ép buộc hay giám sát họ phải thực hiện nghĩa vụ của mình. Các phiên bản cũ của Hợp đồng FIDIC chỉ ghi nhận sự hỗ trợ của trọng tài trong việc yêu cầu thực thi quyết định của DAB khi đó là quyết định cuối cùng³⁴. Sự thiếu sót trong

quy định này dẫn tới hậu quả nhiều cơ quan giải quyết tranh chấp phải mất rất nhiều năm để tìm ra đáp án cho câu hỏi: “*Liệu trọng tài có hỗ trợ và giúp cho quyết định ràng buộc tạm thời của DAB có thể được thực thi ngay lập tức giống với quyết định ràng buộc cuối cùng hay không?*”³⁵. Đến tận năm 2013, FIDIC mới đưa ra hướng dẫn của mình trong việc giải thích điều khoản không rõ ràng này. Tại văn bản hướng dẫn, FIDIC quy định trong trường hợp một bên không tuân thủ quyết định ràng buộc tạm thời của DAB, bên còn lại có thể yêu cầu trọng tài hỗ trợ để quyết định này được thực thi³⁶. Hướng dẫn này đã được bổ sung trực tiếp vào Hợp đồng FIDIC 2017 tại Điều 21.7 về không thực hiện quyết định của DAAB³⁷, xóa bỏ lỗ hổng từ các phiên bản Hợp đồng trước đó.

Ngoài ra, trong trường hợp DAAB đưa ra một quyết định liên quan tới nghĩa vụ

đưa việc không tuân thủ này lên trọng tài phân xử theo Điều 20.6 [Trọng tài]”.

³³ Christopher R. Seppälä, “*A welcome decision from Singapore: the Second Persero case*”, tại: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/cnstcrnl10&div=10&id=&page=>, truy cập ngày 06/02/2020.

³⁴ FIDIC, *FIDIC Guidance Memorandum to Users of the 1999 Condition of Contract dated 1st, April 2013*, tr. 2.

³⁵ Điều 21.7, Hợp đồng FIDIC 2017 Sách Hồng: “*Trong trường hợp một bên không thực hiện đúng với quyết định của DAB, dù đó là quyết định tạm thời hay quyết định ràng buộc và cuối cùng, thì bên còn lại có thể đưa việc không thực hiện lên giải quyết thực tiễn tại trọng tài theo Điều 21.6 về Trọng tài mà không ảnh hưởng tới các quyền khác của họ, trong trường hợp đó thì Điều 21.4 về Đạt được quyết định của DAAB và Điều 21.5 về Hòa giải sẽ không được áp dụng. Hội đồng trọng tài (được thành lập theo Điều 21.6) sẽ có thẩm quyền, bằng thủ tục giản lược hay rút gọn khác, yêu cầu việc thực hiện quyết định của DAB, dù là thông qua một biện pháp tạm thời hay một phán quyết (có thể phù hợp với quy định của luật áp dụng hay không)*”.

YkKxWKInbXtZ&nav=FRbANEucS95NMLRN47z%2BccOgEFCi8EGQbuwvypnpZjc4%3D&attdocparam=pB7HEsg%2FZ312Bk80luOIH1c%2BY4bcLEAeAxX%2FWLjvY8k%3D&fromContentView=1, truy cập ngày 5/2/2020.

³⁴ Điều 20.4, Hợp đồng FIDIC 1999 Sách Vàng: “*Quyết định sẽ ràng buộc cả hai bên, và sẽ có hiệu lực ngay lập tức trừ khi và cho đến khi nó được chính sửa theo sự hòa giải hoặc theo quyết định đưa ra của trọng tài*”.

³⁴ Điều 20.7, các phiên bản Hợp đồng FIDIC trước đó quy định rằng: “*Trong trường hợp một bên không tuân thủ quyết định cuối cùng và ràng buộc của Ban Tranh chấp, thì bên kia, trong khi không làm phương hại đến các quyền khác mà họ có thể có, có thể tự*

thanh toán của một bên, nghĩa vụ này sẽ ngay lập tức phải được thực hiện sau khi bên được yêu cầu thanh toán nhận được báo đơn lập bởi bên yêu cầu thanh toán. Bên yêu cầu thanh toán không có nghĩa vụ phải đưa ra bất kỳ giấy chứng nhận hay thông báo nào. Tại phiên bản Hợp đồng FIDIC 1999, vấn đề này không được quy định cụ thể và bị các bên có nghĩa vụ lợi dụng để trốn tránh trách nhiệm. Tuy nhiên, theo quan điểm và cách giải thích của một số cơ quan giải quyết tranh chấp các vụ việc thực tiễn, FIDIC đã đưa ra quy định rằng, quyết định ràng buộc tạm thời của DAB có hiệu lực với các bên kể từ khi nó được đưa ra, vì vậy nguyên tắc vận hành của quyết định tạm thời này là *"pay now, argue later"* (trả tiền trước, tranh luận sau)³⁸. Vấn đề xem xét lại quyết định này đã hợp tình, hợp pháp hay chưa sẽ được quyết định ở các bước giải quyết tranh chấp tiếp theo. Để phòng ngừa rủi ro cho bên phải thanh toán trong trường hợp thực hiện nghĩa vụ thanh toán theo quyết định tạm thời của DAAB, FIDIC đã bổ sung một quy định liên quan tới biện pháp bảo đảm của bên nhận thanh toán. Theo đó, trong trường hợp bên phải thực hiện nghĩa vụ thanh toán đưa ra được cơ sở hợp lý rằng bên nhận thanh toán không có khả năng hoàn lại số tiền đã được thanh toán khi quyết định cuối cùng đưa ra trái ngược với quyết định tạm thời của DAAB, DAAB sẽ yêu cầu bên nhận thanh toán phải đưa ra được một biện pháp bảo đảm tương ứng với số tiền được thanh toán³⁹.

3. Khuyến nghị đối với Việt Nam

Mặc dù tại Việt Nam đã có rất nhiều dự án xây dựng đã và đang sử dụng Mẫu Hợp đồng FIDIC, đặc biệt là các dự án xây dựng có yếu tố nước ngoài, các dự án mà Việt Nam vay vốn từ ngân sách của Cơ quan Hợp tác quốc tế Nhật Bản (JICA), Ngân hàng thế giới (WB) và các tổ chức quốc tế khác, nhưng kiến thức về Hợp đồng FIDIC dường như chưa được phổ biến đầy đủ tại Việt Nam, đặc biệt là các phiên bản mới 2017⁴⁰. Trong khi đó, các dự án xây dựng đầu tư có yếu tố nước ngoài tại Việt Nam ngày càng tăng với các công trình đồ sộ, phức tạp. Do đó, việc nghiên cứu và phổ cập các nội dung mới trong mẫu Hợp đồng FIDIC 2017 là thực sự cần thiết. Để có thể hiểu và sử dụng các điều khoản giải quyết tranh chấp trong Hợp đồng FIDIC 2017 tại Việt Nam, cần lưu ý một số vấn đề sau:

Thứ nhất, cần hiểu và nắm rõ các vấn đề pháp lý, thủ tục và nội dung giải quyết tranh chấp thông qua DAAB

Để có thể vận dụng được điều khoản giải quyết tranh chấp của DAAB, các cơ quan nhà nước liên quan đến hoạt động xây dựng và các tổ chức xã hội liên quan đến lĩnh vực giải quyết tranh chấp và đào tạo cần phải tổ chức nhiều hơn các hội thảo, tọa đàm, xuất bản các ấn phẩm liên quan đến phần giải quyết tranh chấp trong Hợp đồng FIDIC. Một trong các tổ chức xã hội nghề nghiệp có vai trò quan trọng trong hoạt động này là Hiệp hội Tư vấn xây dựng Việt Nam (VECAS) đã gia nhập FIDIC từ năm 1997. Hiệp hội thường xuyên tổ chức các khóa đào tạo, hội thảo, xuất bản các ấn

³⁸ PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v. CRW Joint Operation (Indonesia) [2014] SGHC.

³⁹ Điều 21.4.3, Hợp đồng FIDIC 2017 Sách Vàng, Sách Hồng.

⁴⁰ Nguyễn Mai Linh, *Phương thức giải quyết tranh chấp trong mẫu điều kiện hợp đồng FIDIC và thực tiễn áp dụng tại Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 22, kỳ 2, tháng 11/2019, tr. 63.

phẩm mẫu Hợp đồng FIDIC các phiên bản bằng tiếng Việt, cấp chứng chỉ cho các kỹ sư⁴¹. Từ những hoạt động đó, Hiệp hội cũng tham gia vào việc đề xuất các kiến nghị với cơ quan có thẩm quyền liên quan đến một số mẫu điều kiện Hợp đồng FIDIC thường hay áp dụng ở Việt Nam. Ngoài ra, Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam (VIAC) cũng phối hợp với ICC, VECAS tổ chức các hội thảo chuyên sâu về giải quyết tranh chấp trong Hợp đồng FIDIC⁴². Tuy nhiên, các hoạt động này chưa nhiều và các tranh chấp xây dựng có yếu tố nước ngoài tại Việt Nam vẫn sử dụng phương thức giải quyết tranh chấp bằng trọng tài là chủ yếu. Vì thế, để các bên tham gia vào hợp đồng, cũng như các luật sư, luật gia tư vấn trong hợp đồng xây dựng quốc tế hiểu và tư vấn cho các bên áp dụng điều khoản giải quyết tranh chấp bằng DAAB vào hợp đồng là rất thiết thực và hiệu quả.

Thứ hai, đào tạo nhân lực bao gồm đội ngũ kỹ sư, luật sư đủ tiêu chuẩn tham gia vào DAAB với tư cách thành viên

Một trong những lý do mà phương thức giải quyết tranh chấp bằng DAAB chưa được sử dụng nhiều ở Việt Nam là do chưa có một danh sách đội ngũ kỹ sư, hoặc luật sư có uy tín để tham gia vào DAAB. Để có đội ngũ kỹ sư giàu kinh nghiệm trong lĩnh vực xây dựng có yếu tố nước ngoài và có khả năng đóng vai trò trung lập, giải quyết

tranh chấp giữa nhà thầu và chủ đầu tư cùng cần rất nhiều thời gian. Ngoài ra, nếu luật sư muốn tham gia làm thành viên DAAB cần phải chuyên sâu về lĩnh vực xây dựng quốc tế. Để làm được điều này, VECAS phải tập hợp được đội ngũ kỹ sư, luật sư, chuyên gia có đủ chuyên môn và khả năng tham gia. Hiện nay, VECAS cũng có 87 thành viên là các Công ty xây dựng, Học viện Cán bộ quản lý xây dựng và đô thị⁴³... nhưng vẫn chưa thiết lập được danh sách kỹ sư đáp ứng yêu cầu là thành viên của DAAB.

Thứ ba, quy định phương thức giải quyết tranh chấp DAAB trong pháp luật về xây dựng

Hiện nay, phương thức giải quyết tranh chấp thông qua DAAB vẫn chưa được thừa nhận chính thức trong các văn bản pháp luật có liên quan như Luật Xây dựng năm 2014 và các văn bản hướng dẫn thi hành⁴⁴, Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015... Mặc dù đây là phương thức giải quyết tranh chấp đặc thù trong lĩnh vực xây dựng quốc tế, nhưng phương thức này có thể hạn chế các bên mang tranh chấp ra trọng tài, toà án – những phương thức giải quyết tranh chấp tốn nhiều chi phí và thời gian hơn. Các văn bản chuyên ngành xây dựng mới chỉ dừng ở mức khuyến khích các bên sử dụng mẫu Hợp đồng FIDIC. Vì thế, cần thiết quy định việc sử dụng phương thức giải quyết tranh chấp DAAB trong các văn bản hướng dẫn thi hành liên quan đến lĩnh vực xây dựng.

⁴¹ <http://vecas.org.vn/vi/gioi-thieu-hiep-hoi/>, truy cập ngày 7/2/2020.

⁴² VIAC, ICC, Hội thảo *Giải quyết hiệu quả các tranh chấp phát sinh từ hợp đồng tổng thầu EPC – Khơi thông tắc nghẽn tại các Dự án trọng điểm của Việt Nam*, Tp. Hồ Chí Minh, ngày 19/04/2019, [https://www.viac.vn/tin-tuc-su-kien/\[tp-hcm\]-hoi-tha-o-giai-quet-hieu-qua-tranh-chap-tu-cac-hop-dong-tong-thau-epc-khoi-thong-tac-nghe-n-tai-cac-du-an-trong-diem-cua-viet-nam-n597.html](https://www.viac.vn/tin-tuc-su-kien/[tp-hcm]-hoi-tha-o-giai-quet-hieu-qua-tranh-chap-tu-cac-hop-dong-tong-thau-epc-khoi-thong-tac-nghe-n-tai-cac-du-an-trong-diem-cua-viet-nam-n597.html), truy cập ngày 3/2/2020.

⁴³ <http://vecas.org.vn/vi/hoi-vien/>, truy cập ngày 7/2/2020.

⁴⁴ Nghị định số 37/2015/NĐ-CP quy định chi tiết về hợp đồng xây dựng, Thông tư số 09/2016/TT-BXD về hướng dẫn hợp đồng thi công công trình xây dựng, Thông tư số 30/2016/TT-BXD về hướng dẫn hợp đồng thiết kế - cung cấp thiết bị công nghệ và thi công xây dựng công trình.