

# PHẠT VI PHẠM TRONG HỢP ĐỒNG XÂY DỰNG

Trương Nhật Quang\*  
Phạm Hoài Huân\*\*

\* LS. Công ty luật TNHH YKVN,

\*\* TS. Đại học Luật TP. HCM,

Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Phạt vi phạm hợp đồng, xung đột pháp luật, hợp đồng xây dựng.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 16/11/2019

Biên tập : 20/11/2019

Duyệt bài : 21/11/2019

Article Information:

*Keywords:* penalties for contract violations; legal conflicts; construction contracts.

*Article History:*

Received : 16 Nov. 2019

Edited : 20 Nov. 2019

Approved : 21 Nov. 2019

Tóm tắt:

Phạt vi phạm là một trong các biện pháp khắc phục quan trọng, phổ biến thường được quy định trong hợp đồng, bao gồm cả hợp đồng xây dựng. Tuy nhiên, hiện nay giữa các Luật Xây dựng, Luật Thương mại, Bộ luật Dân sự đang có các quy định khác nhau về vấn đề này, từ đó dẫn đến nhiều cách hiểu khác nhau khi áp dụng trên thực tế.

Abstract:

Penalties for violation is one of the important, common remedies often prescribed in contracts, including construction contracts. However, there are different provisions on the penalties in the Law on Construction, the Law on Commerce, the Civil Code, which leads to different interpretations when they are applied in practices.

Mức phạt vi phạm hợp đồng tối đa hiện được quy định có sự khác biệt trong các văn bản luật có liên quan điều chỉnh hợp đồng xây dựng, bao gồm Bộ luật Dân sự năm 2015 (BLDS 2015), Luật Thương mại năm 2005 (Luật Thương mại 2005) và Luật Xây dựng năm 2014 (Luật Xây dựng 2014). Liên quan đến vấn đề này, Bộ Xây dựng đã có Công văn số 48/BXD-KTXD ngày 3 tháng 9 năm 2019 (Công văn 48) giải đáp vướng mắc của doanh nghiệp xoay quanh mức phạt vi phạm tối đa được

áp dụng trong hợp đồng xây dựng đối với các công trình xây dựng không sử dụng vốn nhà nước. Trong bối cảnh đó, chúng tôi tập trung trình bày, phân tích về hai vấn đề pháp lý: i) nguyên tắc giải quyết xung đột pháp luật điều chỉnh hợp đồng xây dựng giữa BLDS 2015, Luật Thương mại 2005 và Luật Xây dựng 2014 và ii) mức phạt vi phạm tối đa được áp dụng trong hợp đồng xây dựng (bao gồm cả hợp đồng xây dựng của công trình sử dụng vốn nhà nước và công trình không sử dụng vốn nhà nước).

## 1. Bản chất của hợp đồng xây dựng và pháp luật điều chỉnh đối với hợp đồng xây dựng

Một cách khái quát, hợp đồng xây dựng có thể là một loại hợp đồng đặc thù trong lĩnh vực đầu tư xây dựng chịu sự điều chỉnh của Luật Xây dựng 2014, hợp đồng dân sự chịu sự điều chỉnh của BLDS 2015, và/hoặc hợp đồng thương mại chịu sự điều chỉnh của Luật Thương mại 2005.

Trước hết, bản thân hợp đồng xây dựng là một loại hợp đồng đặc thù thuộc lĩnh vực chuyên ngành về đầu tư xây dựng và được quy định tại Luật Xây dựng 2014. Do đó, hợp đồng xây dựng thuộc đối tượng điều chỉnh của Luật Xây dựng 2014.

Luật Xây dựng 2014 cũng định nghĩa hợp đồng xây dựng là một loại hợp đồng dân sự. Do vậy, hợp đồng xây dựng có thể thuộc phạm vi điều chỉnh của BLDS 2015. Cụ thể, khoản 1 Điều 138 của Luật Xây dựng 2014 quy định như sau:

“Hợp đồng xây dựng là hợp đồng dân sự được thỏa thuận bằng văn bản giữa bên giao thầu và bên nhận thầu để thực hiện một phần hay toàn bộ công việc trong hoạt động đầu tư xây dựng”.

Mặc dù không được định nghĩa cụ thể tại Luật Xây dựng 2014, hợp đồng xây dựng về lý thuyết cũng có thể là hợp đồng thương mại chịu sự điều chỉnh của Luật Thương mại 2005. Về cơ bản, hợp đồng thương mại cũng là một loại hợp đồng dân sự. Tuy nhiên, khác với những loại hợp đồng dân sự khác, hợp đồng thương mại có đặc trưng về chủ thể xác lập (được xác lập giữa các bên là thương nhân hoặc một trong các bên là thương nhân) và mục đích của hợp đồng (nhằm mục đích sinh lợi). Do đó, nếu một hợp đồng xây dựng cụ thể đáp ứng điều kiện về chủ thể xác lập và mục đích của hợp đồng thương mại (như đã đề cập), hợp đồng

xây dựng đó có thể đồng thời là hợp đồng thương mại và chịu sự điều chỉnh của Luật Thương mại 2005.

Trên thực tế, phần lớn các hợp đồng xây dựng đáp ứng các điều kiện của hợp đồng thương mại (như đã đề cập). Trong trường hợp như vậy, các hợp đồng xây dựng này có thể đồng thời là đối tượng điều chỉnh của cả BLDS 2015, Luật Thương mại 2005 và Luật Xây dựng 2014. Ngoài ra, BLDS 2015, Luật Thương mại 2005 và Luật Xây dựng 2014 đều có quy định về mức phạt vi phạm tối đa được áp dụng trong hợp đồng. Tuy nhiên, các quy định này có sự khác biệt nhất định và có thể tạo ra xung đột pháp luật khi xác định mức phạt vi phạm tối đa được áp dụng đối với hợp đồng xây dựng (đặc biệt là hợp đồng xây dựng của công trình không sử dụng vốn nhà nước). Cụ thể, BLDS 2015 cho phép các bên thỏa thuận về mức phạt vi phạm mà không chịu bất kỳ giới hạn nào, trừ khi luật chuyên ngành có quy định khác<sup>1</sup>. Luật Thương mại 2005 quy định mức phạt vi phạm không vượt quá 8% giá trị phần hợp đồng bị vi phạm<sup>2</sup>. Luật Xây dựng 2014 quy định mức phạt vi phạm không vượt quá 12% giá trị phần hợp đồng bị vi phạm đối với công trình xây dựng sử dụng vốn nhà nước<sup>3</sup>. Luật Xây dựng 2014 không quy định về mức phạt vi phạm áp dụng đối với hợp đồng xây dựng của công trình xây dựng không sử dụng vốn nhà nước.

Liên quan đến vấn đề này, một doanh nghiệp đã hỏi ý kiến Bộ Xây dựng về một trường hợp cụ thể liên quan đến công trình xây dựng không sử dụng vốn nhà nước mà các bên đã thỏa thuận mức phạt là 20% giá trị hợp đồng. Tại Công văn 48, Bộ Xây dựng cho rằng, các bên được quyền áp dụng mức phạt vi phạm đã được thỏa thuận theo hợp đồng xây dựng đối với công trình không sử dụng vốn nhà nước<sup>4</sup>. Với cách giải thích này của Bộ Xây dựng, có thể hiểu rằng trong

1 Khoản 2 Điều 418 BLDS 2015.

2 Điều 301 Luật Thương mại 2005

3 Khoản 2 Điều 146 Luật Xây dựng 2014.

4 Đoạn 3 Công văn số 48.

trường hợp của công trình xây dựng không sử dụng vốn nhà nước, mức phạt vi phạm tối đa 8% theo Luật Thương mại 2005 không được áp dụng và các bên có quyền tự do thỏa thuận mức phạt vi phạm theo BLDS 2015.

Do BLDS 2015, Luật Thương mại 2005 và Luật Xây dựng 2014 có quy định khác nhau về mức phạt vi phạm tối đa, vấn đề pháp lý cơ bản đầu tiên được đặt ra là quy định nào sẽ được ưu tiên áp dụng đối với hợp đồng xây dựng trên cơ sở nguyên tắc giải quyết xung đột pháp luật. Khi nguyên tắc giải quyết xung đột được xác định, các bên có cơ sở pháp lý rõ ràng hơn khi thỏa thuận mức phạt vi phạm tối đa trong hợp đồng xây dựng, bao gồm cả hợp đồng xây dựng của công trình không sử dụng vốn nhà nước.

## **2. Nguyên tắc giải quyết xung đột pháp luật trong quan hệ hợp đồng xây dựng giữa BLDS 2015, Luật Thương mại 2005 và Luật Xây dựng 2014**

Do BLDS 2015, Luật Thương mại 2005 và Luật Xây dựng 2014 đều là các văn bản luật có hiệu lực pháp lý ngang nhau do Quốc hội ban hành, có hai nguyên tắc giải quyết xung đột pháp luật có liên quan sau sẽ được xem xét áp dụng, bao gồm: i) nguyên tắc văn bản ban hành sau và ii) nguyên tắc luật chung – luật riêng. Theo nguyên tắc thứ nhất, đối với các văn bản pháp luật do cùng một cơ quan ban hành về cùng một vấn đề, văn bản pháp luật được ban hành sau được ưu tiên áp dụng so với văn bản pháp luật được ban hành trước. Theo nguyên tắc thứ hai, luật riêng (hay luật chuyên ngành) được ưu tiên áp dụng so với luật chung.

Nếu nhìn vào quan hệ giữa BLDS 2015, Luật Thương mại 2005 và Luật Xây dựng 2014, việc áp dụng riêng lẻ hai nguyên tắc này dường như tạo ra sự mâu thuẫn. Theo đó, nếu chỉ áp dụng nguyên tắc thứ nhất, trình tự ưu tiên áp dụng để giải quyết xung đột pháp luật trong trường hợp này sẽ là BLDS 2015, Luật Xây dựng 2014 và Luật Thương mại 2005. Trong khi đó, nếu chỉ áp dụng nguyên tắc thứ hai, trình tự này sẽ là Luật Xây dựng 2014, Luật Thương mại 2005 và BLDS 2015. Đây là vấn đề không

phát sinh tại thời điểm BLDS 2005 có hiệu lực vì Luật Thương mại 2005 và Luật Xây dựng 2014 được ban hành sau BLDS 2005. Do đó, hai nguyên tắc này cần được giải thích cùng nhau để có thể rút ra các nguyên tắc pháp lý phù hợp nhằm xử lý xung đột pháp luật về vấn đề này.

### *Nguyên tắc văn bản ban hành sau*

Khoản 3 Điều 156 của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 quy định nguyên tắc văn bản ban hành sau và nguyên tắc này xử lý xung đột giữa các văn bản pháp luật do cùng một cơ quan ban hành. Cụ thể như sau:

“Trong trường hợp các văn bản quy phạm pháp luật do cùng một cơ quan ban hành có quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì áp dụng quy định của văn bản quy phạm pháp luật ban hành sau”.

Nguyên tắc này về cơ bản áp dụng giữa các văn bản pháp luật do cùng một cơ quan ban hành (ví dụ, các luật do Quốc hội ban hành). Nếu không có một nguyên tắc xung đột nào khác áp dụng (ví dụ luật chuyên ngành được ưu tiên áp dụng so với BLDS 2015 theo nguyên tắc luật chung – luật riêng) thì BLDS 2015 sẽ được ưu tiên áp dụng so với các luật ban hành trước thời điểm ban hành BLDS 2015 và không được ưu tiên áp dụng so với các luật ban hành sau thời điểm ban hành BLDS 2015 trong trường hợp có xung đột pháp luật. Cụ thể, BLDS 2015 sẽ được ưu tiên áp dụng so với Luật Xây dựng 2014 và Luật Thương mại 2005, và Luật Xây dựng 2014 sẽ được ưu tiên áp dụng so với Luật Thương mại 2005.

### *Nguyên tắc luật chung – luật riêng*

Nguyên tắc luật chung – luật riêng không được quy định cụ thể tại Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015, nhưng thường được quy định tại các văn bản quy phạm pháp luật cụ thể. Bản thân BLDS 2015 cũng quy định nguyên tắc này để giải quyết xung đột giữa BLDS 2015 và các luật chuyên ngành. Theo nguyên tắc luật chung – luật riêng của BLDS 2015; BLDS 2015 sẽ được xem là “luật chung” và các luật chuyên ngành sẽ được xem là “luật riêng”. Trong

quan hệ giữa “luật chung” và “luật riêng”, luật chuyên ngành với tư cách là “luật riêng” được ưu tiên áp dụng với điều kiện là không được trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự được quy định trong BLDS 2015; nếu trái thì các quy định của BLDS 2015 sẽ được áp dụng. Ngoài ra, nếu luật chuyên ngành không quy định về một vấn đề mà vấn đề đó được quy định trong BLDS 2015 thì BLDS 2015 sẽ áp dụng. Cụ thể, khoản 2 và 3 của Điều 4 BLDS 2015 quy định nguyên tắc pháp lý này như sau:

“2. Luật khác có liên quan điều chỉnh quan hệ dân sự trong các lĩnh vực cụ thể không được trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự quy định tại Điều 3 của Bộ luật này.

3. Trường hợp luật khác có liên quan không quy định hoặc có quy định nhưng vi phạm khoản 2 Điều này thì quy định của Bộ luật này được áp dụng”

Bên cạnh BLDS 2015, Luật Thương mại 2005 cũng có quy định nguyên tắc luật chung - luật riêng tại Điều 4. Cụ thể như sau:

“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”.

Khác với BLDS 2015 và Luật Thương mại 2005, Luật Xây dựng 2014 không quy định nguyên tắc luật chung – luật riêng.

Nếu đọc cả hai nguyên tắc văn bản ban hành sau và luật chung – luật riêng như đã nêu, bốn kết luận sau có thể được rút ra để giải quyết xung đột pháp luật trong bối cảnh quan hệ hợp đồng xây dựng:

1. Nếu quy định của Luật Thương mại 2005 và Luật Xây dựng 2014 trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự được quy định tại BLDS 2015, quy định của Luật Thương mại 2005 và Luật Xây dựng 2014 sẽ không được áp dụng và quy định của BLDS 2015 sẽ được áp dụng;

2. Nếu quy định của Luật Thương mại 2005 và Luật Xây dựng 2014 không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự được quy định tại BLDS 2015, quy định của Luật Thương mại 2005 và Luật Xây dựng 2014 sẽ được áp dụng và quy định của BLDS 2015 sẽ không được áp dụng;

3. Nếu Luật Thương mại 2005 và Luật Xây dựng 2014 đều không quy định về một vấn đề mà vấn đề đó lại được quy định trong BLDS 2015 thì BLDS 2015 sẽ được áp dụng; và

4. Nếu Luật Xây dựng 2014 có quy định về một vấn đề cụ thể thì ưu tiên áp dụng quy định đó. Nếu Luật Xây dựng 2014 không có quy định thì áp dụng Luật Thương mại 2005 nếu Luật Thương mại 2005 có quy định điều chỉnh vấn đề cụ thể đó. Nếu Luật Thương mại 2005 và Luật Xây dựng 2014 đều không có quy định thì áp dụng quy định của BLDS 2015 nếu BLDS 2015 có quy định điều chỉnh vấn đề cụ thể đó.

### 3. Mức phạt vi phạm tối đa được áp dụng trong hợp đồng xây dựng

Luật Xây dựng 2014 và Luật Thương mại 2005 đều có quy định về mức phạt vi phạm tối đa và các quy định này không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự được quy định tại BLDS 2015<sup>5</sup>. Do đó, trong trường hợp này, quy định của Luật Xây dựng 2014 và Luật Thương mại 2005 về mức phạt vi phạm tối đa đối với các hợp đồng chịu sự điều chỉnh tương ứng của Luật Xây dựng 2014 và Luật Thương mại 2005 sẽ được ưu tiên áp dụng so với BLDS 2015.

5 Theo Điều 3 BLDS 2015, năm nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự bao gồm (i) không phân biệt đối xử, (ii) tự do thỏa thuận, (iii) thiện chí trung thực, (iv) không xâm phạm lợi ích công cộng và (v) tự chịu trách nhiệm. Quy định về mức phạt vi phạm tối đa của Luật Xây dựng 2014 và Luật Thương mại 2005 không trái với bất kỳ nguyên tắc cơ bản nào của BLDS 2015.

Quy định của Luật Xây dựng 2014 được hiểu hợp đồng xây dựng bao gồm hợp đồng xây dựng đối với công trình sử dụng vốn nhà nước và công trình không sử dụng vốn nhà nước. Nếu áp dụng bốn nguyên tắc trên đây vào việc xác định quy định điều chỉnh mức phạt vi phạm tối đa áp dụng đối với hợp đồng xây dựng, các kết luận sau đây sẽ được rút ra:

1. Đối với hợp đồng xây dựng của công trình có sử dụng vốn nhà nước, do Luật Xây dựng 2014 (với tư cách là luật chuyên ngành điều chỉnh quan hệ hợp đồng xây dựng) đã có quy định cụ thể về mức phạt vi phạm tối đa (cụ thể là 12% giá trị phần hợp đồng bị vi phạm), nên quy định của Luật Xây dựng 2014 sẽ được ưu tiên áp dụng so với Luật Thương mại 2005 và BLDS 2015; và

2. Đối với hợp đồng xây dựng của công trình không sử dụng vốn nhà nước, do Luật

Xây dựng 2014 không có quy định cụ thể về mức phạt vi phạm tối đa, nên quy định của Luật Thương mại 2005 (với tư cách là luật chuyên ngành có quy định về vấn đề này không trái với nguyên tắc cơ bản của BLDS 2015) sẽ được ưu tiên áp dụng so với Luật Xây dựng 2014 và BLDS 2015. Theo Luật Thương mại 2005, mức phạt vi phạm tối đa 8% giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm áp dụng cho mọi hợp đồng thương mại sẽ được áp dụng cho hợp đồng xây dựng đáp ứng điều kiện là hợp đồng thương mại (bao gồm cả hợp đồng xây dựng của công trình không sử dụng vốn nhà nước). Với phân tích trên đây, chúng tôi cho rằng, cách giải thích của Bộ Xây dựng tại Công văn 48 chưa phù hợp với các nguyên tắc giải quyết xung đột pháp luật được quy định tại Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015, BLDS 2015 và Luật Thương mại 2005 ■

## HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH...

(Tiếp theo trang 2)

Đoàn Thanh tra thì phải có sự minh định với biện pháp “*trung tập cộng tác viên thanh tra*” thuộc thẩm quyền của Chánh Thanh tra huyện. Theo chúng tôi, nếu thừa nhận biện pháp này thì chỉ nên áp dụng đối với đối tượng là *cán bộ* mà không bao gồm đối tượng là *công chức, viên chức*<sup>13</sup> vì *công chức, viên chức* đã có thể áp dụng biện pháp “*trung tập cộng tác viên thanh tra*” Nếu quy định như vậy thì biện pháp này cần được điều chỉnh tên gọi cho phù hợp với chủ thể là “*yêu cầu cơ quan, đơn vị có liên quan cử cán bộ tham gia các Đoàn thanh tra*”. Nói cách khác, biện pháp “*trung tập cộng tác viên thanh tra*” thuộc thẩm quyền của Chánh thanh tra huyện và được áp dụng

nhằm huy động lực lượng là *công chức, viên chức* tham gia vào đoàn thanh tra. Trong khi đó, nhằm huy động nhân lực là *cán bộ* tham gia đoàn thanh tra thì Thanh tra huyện có thể “*yêu cầu cơ quan, đơn vị có liên quan cử cán bộ tham gia các Đoàn thanh tra*”. Trong trường hợp này, “*trung tập cộng tác viên thanh tra*” và “*yêu cầu cơ quan, đơn vị có liên quan cử cán bộ tham gia các Đoàn thanh tra*” có thể giống nhau về mục đích và thủ tục nhưng lại khác nhau về đối tượng được huy động tham gia đoàn thanh tra. Sự phân biệt này tạo cơ sở rõ ràng trong việc huy động lực lượng tham gia đoàn thanh tra thuộc thẩm quyền của Thanh tra huyện và Chánh thanh tra huyện ■

13 Cán bộ, công chức, viên chức là những chủ thể pháp luật có địa vị pháp lý và quy chế điều chỉnh hoàn toàn riêng biệt, khác nhau. Có thể xem thêm Luật Cán bộ, công chức năm 2008 và Luật Viên chức năm 2010.