

THÔNG RA MỘT KỶ

10(354)

2017

NUM TH 46

TỔNG BIÊN TẬP

TRẦN MAI THANH

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP

TRẦN VĂN BIÊN

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP

GS.TSKH. ĐÀO TRẦN C
PGS.TS. BÙI XUÂN C
PGS.TS. PHẠM HỒNG HAI
PGS.TS. TRẦN QUANG H
PGS.TS. HÀ THOẠI H
PGS.TS. PHẠM HỮU NGH
PGS.TS. NGUYỄN NHƯ PH
PGS.TS. LÊ MINH TH
PGS.TS. NGUYỄN TRUNG T
GS.TS. VŨ KHUYNH VINH
PGS.TS. QUANG NGOC V

*Trụ sở Tòa soạn:
27 Trần Xuân Soạn
Hà Nội*

Tel: 024.39713333

Fax: 024.39764534

*Email:
tcnnpl@isl.gov.vn*

Giấy phép ho
bố ch số 121/GP-
BTTTT, ngày 22/4/2013

In tại Công ty in Thủy lợi

Giá 20.000

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

MỤC LỤC

LUẬT HIẾN PHÁP

❖ VƯƠNG TOÀN THẮNG: Một số vấn đề về quyền tham gia xây dựng pháp luật của công dân 3

LUẬT TỔ TỤNG DÂN SỰ

❖ PHAN HOÀI NAM: Về một số quy định liên quan đến thỏa thuận lựa chọn tòa án trong Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 11

LUẬT KINH TẾ

❖ NGUYỄN HUY CƯỜNG: Góp vốn vào công ty theo Luật Doanh nghiệp năm 2014 20

❖ VÕ THỊ THANH LINH: Bảo đảm quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp – Nhìn từ góc độ pháp luật quảng cáo thương mại 24

❖ LÊ NHẬT BẢO: Xác định mục tiêu hoạt động của doanh nghiệp xã hội trong pháp luật Vương quốc Anh, Hàn Quốc và một số gợi mở cho Việt Nam 33

❖ NGÔ QUỐC CHIẾN: Hiện tượng trục lợi các quy định về bảo hộ đầu tư thông qua kỹ thuật Treaty Shopping 43

❖ HỒ THUY NGỌC TRÂM – TRẦN VIỆT DŨNG: Quyền khắc phục vi phạm của bên bán khi xảy ra khiếm khuyết hàng hóa theo quy định của Công ước Viên 1980 56

LUẬT ĐẤT ĐAI, LUẬT NGÂN HÀNG

❖ CHÂU HOÀNG THÂN: Đề xuất hoàn thiện Luật Đất đai năm 2013 64

❖ PHẠM THỊ GIANG THU: Pháp luật về hoạt động nhận tiền gửi của ngân hàng thương mại ở Việt Nam 72

LUẬT QUỐC TẾ

❖ NGUYỄN THỊ THUẬN: Các điều kiện đảm bảo tính hợp pháp của bảo lưu điều ước quốc tế 79

MONTHLY ISSUE

10(354)

2017

46TH YEAR

EDITOR IN CHIEF

LE MAI THANH

DEPUTY EDITOR IN CHIEF

TRAN VAN BIEN

EDITORIAL BOARD

DAO TRI UC

BUI XUAN DUC

PHAM HONG HAI

TRAN DINH HAO

HA THI MAI HIEN

PHAM HUU NGHI

NGUYEN NHU PHAT

LE MINH THONG

NGUYEN TRUNG TIN

VO KHANH VINH

DINH NGOC VUONG

Office of the Editorial Board:

**27 Tran Xuan Soan
Ha Noi**

Tel: 024.39713333

Fax: 024.39764534

Email:

tcnnpl@isl.gov.vn

**Licence for
Press Activities No.
121/GP-BTTTT dated 22
April 2013**

Printed by Water Resources
Printing Company

Price: 20.000 VND

STATE AND LAW

CONTENTS

CONSTITUTIONAL LAW

- ❖ VUONG TOAN THANG: Citizens' Rights to Participate in Building up Laws and Regulations 3

CIVIL PROCEDURE LAW

- ❖ PHAN HOAI NAM: Choice of Court Provisions under the Civil Procedure Code of 2015 11

ECONOMIC LAW

- ❖ NGUYEN HUY CUONG: Capital Contribution to a Company under the Law on Enterprises of 2014 20

- ❖ VO THI THANH LINH: Assuring Freedom to Do Business from the Perspective of Laws and Regulations on Commercial Advertisement 24

- ❖ LE NHAT BAO: Determining the Objectives of Social Enterprises under the Laws of the Great Britain, South Korea and Implications for Vietnam 33

- ❖ NGO QUOC CHIEN: Investment Protection Provisions and Treaty Shopping 43

- ❖ HO THUY NGOC TRAM – TRAN VIET DUNG: Seller's Right to Remedy any Lack of Conformity in the Goods Delivered under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods of 1980 56

LAND LAW, BANKING LAW

- ❖ CHAU HOANG THAN: Proposals to Improve the Law on Land of 2013 64

- ❖ PHAM THI GIANG THU: Laws and Regulations on Deposit Taking by Commercial Banks in Vietnam 72

INTERNATIONAL LAW

- ❖ NGUYEN THI THUAN: Requirements for the Legality of Treaty Reservation 79

THƯ CẢM ƠN

Viện Nhà nước và Pháp luật đã long trọng tổ chức Lễ Kỷ niệm 50 năm thành lập (1967-2017) và đón nhận Huân chương Lao động hạng Nhất vào ngày 14/10/2017, tại Hà Nội, với sự tham gia của các thể hệ lãnh đạo, cán bộ đã và đang công tác tại Viện Nhà nước và Pháp luật.

Viện Nhà nước và Pháp luật rất vinh dự được đón GS.TS. Nguyễn Quang Thuấn, Bí thư Đảng ủy, Chủ tịch Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam, các đồng chí lãnh đạo, nguyên lãnh đạo Viện Hàn lâm, đại diện lãnh đạo các đơn vị thuộc và trực thuộc, đại diện các đoàn thể của Viện Hàn lâm đến dự buổi lễ.

Viện Nhà nước và Pháp luật rất vinh dự đón nhận lẵng hoa chúc mừng của đồng chí Trần Quốc Vượng, Ủy viên Bộ Chính trị, thành viên Thường trực Ban Bí thư, Chủ nhiệm Ủy ban Kiểm tra Trung ương.

Viện Nhà nước và Pháp luật cũng rất vinh dự được đón tiếp lãnh đạo, đại diện các cơ quan, đơn vị, tổ chức ở trung ương và địa phương, các trường đại học, viện nghiên cứu, các thể hệ nghiên cứu sinh, học viên cao học được Viện Nhà nước và Pháp luật đào tạo...

Thay mặt tập thể Viện Nhà nước và Pháp luật, tôi trân trọng cảm ơn tất cả Quý vị đã đến chia vui cùng Viện. Tôi cũng chân thành cảm ơn các tổ chức, cá nhân đã gửi thiệp, hoa chúc mừng Viện. Sự có mặt và những lời chúc mừng tốt đẹp đó cho thấy tình cảm, sự quan tâm, tín nhiệm, sự ủng hộ và động viên của Quý vị đối với Viện Nhà nước và Pháp luật. Đây là tài sản vô giá, chúng tôi luôn trân trọng, nâng niu và giữ gìn.

Trong quá trình phát triển sắp tới, Viện Nhà nước và Pháp luật mong muốn thắt chặt hơn nữa quan hệ hợp tác giữa chúng ta, tin tưởng vào sự tiếp tục đồng hành, quan tâm, giúp đỡ của Quý vị đối với chúng tôi.

Trong quá trình tổ chức Lễ Kỷ niệm chắc chắn không tránh khỏi những sơ suất, chúng tôi rất mong quý vị thông cảm.

Kính chúc các đồng chí lãnh đạo, đại diện các cơ quan, tổ chức đối tác, Quý vị đại biểu, cùng toàn thể các thể hệ cán bộ của Viện luôn luôn dồi dào sức khỏe, hạnh phúc và nhiều thành công.

Trân trọng!

Viện trưởng
PGS.TS. Nguyễn Đức Minh

MỘT SỐ VẤN ĐỀ VỀ QUYỀN THAM GIA XÂY DỰNG PHÁP LUẬT CỦA CÔNG DÂN

*Wương Toàn Thắng**

Tóm tắt: Bài viết nhận diện về quyền tham gia xây dựng pháp luật của công dân ở Việt Nam hiện nay và hướng nghiên cứu, hoàn thiện để bảo đảm hiệu quả thực thi.

Abstract: This paper identifies citizens' rights to participate in building up laws and regulations in Vietnam nowadays. It also points out the direction for the study and improvement of these issues to assure the enforcement efficiency.

1. Khái quát về quyền tham gia xây dựng pháp luật của công dân

Tuyên ngôn thế giới về quyền con người năm 1948 (UDHR - Universal Declaration of Human Right) đã ghi nhận mọi người "... Ai cũng có quyền tham gia chính quyền của quốc gia mình, hoặc trực tiếp hoặc qua các đại biểu do mình tự do lựa chọn..." (khoản 1 Điều 21). Tiếp đến, Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966 (ICCPR- International Covenant on Civil and Political Right) tái khẳng định và cụ thể hóa thêm một bước UDHR, nêu rõ nguyên tắc mọi công dân, không có bất kỳ sự phân biệt nào, không có bất kỳ sự hạn chế bất hợp lý nào, đều có quyền và cơ hội để "tham gia điều hành các công việc xã hội một cách trực tiếp hoặc thông qua những đại diện do họ tự do lựa chọn..." (Điều 25). Điều này khẳng định nền tảng của việc quản lý nhà nước phải trên cơ sở đồng thuận của nhân dân, và dù theo thể chế chính trị nào thì các quốc gia thành viên cũng phải thông qua những biện pháp pháp lý và biện pháp cần thiết khác để bảo đảm cho mọi công dân đều có cơ hội được hưởng các quyền này.

Tham gia xây dựng pháp luật của người dân là biểu hiện cụ thể, phái sinh từ nhóm quyền được tham gia vào đời sống chính trị (the right participation in political life). Ban đầu, sự tham gia của người dân vào đời sống chính trị chỉ đơn thuần là đóng góp vào việc thực hiện các hoạt động cụ thể. Theo đó, hình thức tham gia chỉ giới hạn trong việc thực thi các quyết định, kế hoạch, mục tiêu, và hoạt động đã được chuẩn bị, xây dựng trước. Tuy nhiên, nội hàm của quyền tham gia theo nghĩa rộng bao gồm các cơ chế khác giúp công chúng có thể bày tỏ ý kiến và lý tưởng về các vấn đề chính trị, văn hóa, xã hội, quản lý hoặc quyết định xã hội... Sự tham gia ở đây có nghĩa góp phần thực hiện một hoạt động hay đảm nhiệm vị trí, vai trò nào đó trong một quy trình hoạt động nhằm đạt được hiệu quả chung. Do đó, cần phải nhìn nhận sự tham gia với tính chất là một quá trình bàn bạc cởi mở, bình đẳng giữa các chủ thể có liên quan, trong đó quan điểm, ý kiến của tất cả mọi người được thể hiện và tôn trọng. Kết luận cuối cùng của việc thảo luận phải được thông qua căn cứ vào sự đồng thuận. Nếu không được đưa ra ý kiến hoặc chỉ đơn thuần đóng vai trò là đối tác để được tham khảo ý kiến thì sự tham gia chỉ mang tính hình thức.

* Vụ Các vấn đề chung về xây dựng pháp luật, Bộ Tư pháp.

Ở Việt Nam, Nhà nước luôn tạo điều kiện để công dân tham gia quản lý nhà nước và xã hội; công khai, minh bạch trong việc tiếp nhận, phản hồi ý kiến, kiến nghị của công dân. Đó là quyền tham gia thảo luận các vấn đề chung của trung ương và địa phương, quyền kiến nghị với cơ quan nhà nước, thể chế hóa trong pháp luật thực định, nhằm xác lập nguyên tắc, quy định cụ thể về các điều kiện, hình thức, phương thức để nhân dân tham gia vào hoạt động quản lý của Nhà nước. Trên thực tế, tùy theo nội dung, tính chất của từng chính sách pháp luật, việc tổ chức lấy ý kiến nhân dân hoặc đối tượng chịu sự tác động của văn bản có thể được thực hiện nhiều lần trước khi các cơ quan nhà nước đưa ra quyết định cuối cùng. Ví dụ như, khi xem xét Dự thảo sửa đổi Hiến pháp hoặc một số dự thảo quan trọng như Dự thảo Bộ luật Dân sự, Bộ luật Hình sự, Quốc hội đã chỉ đạo các cơ quan, tổ chức liên quan tiếp tục tổ chức việc lấy ý kiến nhân dân sau khi đã được cơ quan chủ trì soạn thảo lấy ý kiến theo đúng quy trình luật định. Trong quá trình đó, nhiều vấn đề quan trọng đã được cơ quan chủ trì soạn thảo nghiên cứu, tiếp thu.

Như vậy, có thể thấy, vai trò của nhân dân là yếu tố quyết định trong việc lựa chọn ban hành những quyết sách lớn của Nhà nước. Điều này càng được thể hiện rõ hơn khi chúng ta đang xây dựng Nhà nước Việt Nam là Nhà nước của nhân dân, do nhân dân và vì nhân dân.

Quyền tham gia xây dựng pháp luật có những đặc trưng sau:

- *Quyền tham gia xây dựng pháp luật thể hiện rõ nét bản chất của Nhà nước dân chủ - pháp quyền.* Có thể nói, quyền tham gia xây dựng pháp luật khẳng định nền tảng của việc quản lý nhà nước phải trên cơ sở

đồng thuận của nhân dân. Trong điều kiện mở rộng dân chủ và xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa (XHCHN) của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân, sự tham gia của cá nhân, tổ chức vào quá trình xây dựng pháp luật là một trong những điều kiện cần thiết để đảm bảo cho pháp luật phản ánh được ý chí, nguyện vọng của nhân dân; là cơ hội để tuyên truyền, phổ biến chính sách, pháp luật; là sự giám sát khách quan, hữu hiệu đối với các công đoạn trong quy trình lập pháp; là xu hướng tất yếu của xã hội dân chủ hiện đại dù ở bất kỳ thể chế nào.

- *Quyền tham gia xây dựng pháp luật gắn với nhiều phương thức, hình thức thực hiện khác nhau.* Các phương thức, hình thức để người dân tham gia vào quá trình xây dựng chính sách, pháp luật, công việc quản lý của Nhà nước khá đa dạng, phong phú, nó cho phép người dân có thể chủ động hoặc bị động (được hỏi) biểu đạt được ý chí, nguyện vọng của mình với các cơ quan nhà nước trong việc hình thành nên các chính sách, pháp luật cũng như việc quyết định và thi hành pháp luật, bằng hình thức trực tiếp (tự mình thực hiện) hoặc gián tiếp (thông qua các cá nhân, tổ chức đại diện thực hiện).

- *Quyền tham gia xây dựng pháp luật thể hiện sự tương tác giữa chủ thể có quyền và chủ thể có nghĩa vụ trong việc bảo đảm thực hiện quyền.* Nhà nước luôn có trách nhiệm bảo đảm sự tham gia của người dân vào quá trình xây dựng pháp luật cũng như công việc quản lý của Nhà nước nói chung bằng nhiều hình thức khác nhau (tham vấn ý kiến, trưng cầu dân ý...). Đồng thời, Nhà nước cũng có trách nhiệm nghiên cứu, tiếp thu, giải trình các ý kiến tham gia, phản biện từ phía người dân, qua đó góp phần nâng cao chất lượng, hoàn thiện chính sách,

văn bản pháp luật do nhà nước ban hành. Ý chí biểu đạt của người dân được tôn trọng và bảo vệ cũng giúp họ tự ý thức, đề cao vai trò, trách nhiệm của mình trong việc tham gia vào quá trình quản lý nhà nước.

Sự khác biệt cơ bản giữa quyền tham gia xây dựng pháp luật với các quyền dân sự, chính trị khác chính là ở chỗ: Xây dựng pháp luật là những vấn đề thuộc về thượng tầng kiến trúc, không phải ai cũng có khả năng nhận diện được nếu như không có một nền tảng kiến thức nhất định. Do vậy, việc bảo đảm quyền tham gia xây dựng pháp luật có những đặc thù nhất định so với việc bảo đảm các quyền dân sự, chính trị khác. Theo đó, Nhà nước phải tạo cơ chế để người dân hay đối tượng chịu sự tác động của pháp luật có thể hiểu được những chính sách pháp luật do mình soạn thảo, ban hành, từ đó họ mới có thể đóng góp được ý kiến đối với các chính sách, pháp luật mà Nhà nước đưa ra. Nhà nước cần có cơ chế chia sẻ trách nhiệm của mình đối với các thiết chế xã hội mang tính đại diện để nắm bắt tâm tư, nguyện vọng, khơi dậy ý thức trách nhiệm của người dân trong việc thực hiện quyền của mình.

2. Một số vấn đề đặt ra

Mặc dù đã có những ghi nhận khá đầy đủ về mặt chính trị - pháp lý quyền tham gia của người dân trong xây dựng pháp luật cùng với các điều kiện bảo đảm, song việc thực hiện quyền này ở Việt Nam vẫn còn đặt ra nhiều vấn đề cần tiếp tục được nghiên cứu:

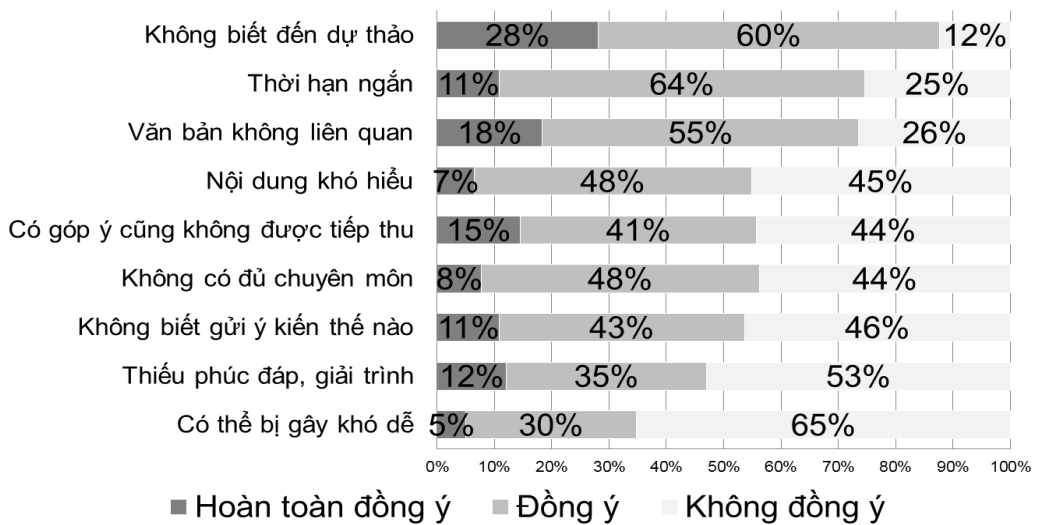
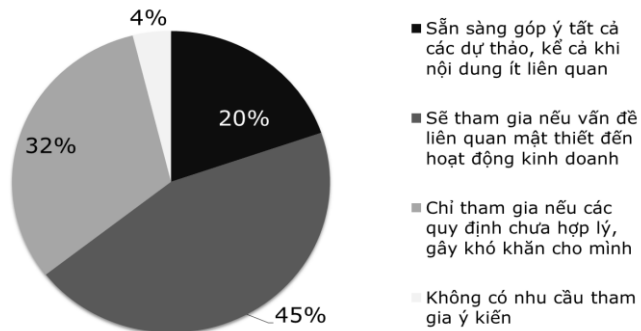
Thứ nhất, trong các văn bản pháp luật liên quan. Mặc dù quyền tham gia quản lý nhà nước và xã hội, tham gia thảo luận và kiến nghị với cơ quan nhà nước về các vấn đề của địa phương và trung ương đã được ghi nhận tại Hiến pháp, song việc cụ thể hóa

quyền này vào các bộ luật, luật cụ thể lại chưa được thực hiện một cách triệt để. Vẫn còn những khoảng trống của pháp luật hoặc Nhà nước chưa tạo điều kiện để người dân có cơ hội bày tỏ ý kiến của mình bằng nhiều hình thức khác nhau, như biểu tình, lập hội, trưng cầu ý dân, tiếp cận thông tin; thiếu các quy định mang tính động viên, khích lệ người dân tham gia vào quá trình hoạch định xây dựng pháp luật, hoạch định chính sách của Nhà nước... Hệ thống văn bản quy định chi tiết về thủ tục thực hiện quyền tham gia còn thiếu đồng bộ, thống nhất, gây khó khăn cho việc áp dụng.

Việc ghi nhận quyền này trong pháp luật hiện hành chủ yếu vẫn mang tính hình thức, chưa coi trọng hiệu quả thực thi, bởi chỉ có các quy định ghi nhận quyền mà chưa có các chế tài phù hợp đối với các hành vi hạn chế quyền tham gia của người dân. Ví dụ: Khoản 1 Điều 4 Pháp lệnh thực hành dân chủ ở xã, phường, thị trấn năm 2007 quy định cấm hành vi không thực hiện hoặc làm trái các quy định về thực hiện dân chủ ở cấp xã, nhưng lại không quy định bất cứ chế tài trực tiếp nào; hoặc Điều 57 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật (QPPL) năm 2015 quy định về lấy ý kiến của các đối tượng liên quan đến dự án luật, pháp lệnh của Quốc hội, cũng không có chế tài đối với trường hợp không tuân thủ, hoặc thực hiện không đúng quy định này... Đây là thiếu sót cần bổ sung nhằm nâng cao trách nhiệm của cơ quan, cá nhân có nghĩa vụ bảo đảm thực thi quyền của công dân. Bên cạnh đó, cơ chế bảo đảm sự trao đổi, đối thoại thông tin hai chiều giữa việc thực hiện quyền của người dân với trách nhiệm tiếp thu, giải trình của cơ quan nhà nước trong quá trình xây dựng pháp luật chưa được quy định rõ ràng khi còn nhiều khác biệt.

Thứ hai, mặc dù các dự án, dự thảo văn bản QPPL đều được tổ chức lấy ý kiến rộng rãi từ các đối tượng có liên quan dưới nhiều hình thức khác nhau cũng như sự tham gia xây dựng, góp ý và phản biện của doanh nghiệp, người dân cũng đã được cải thiện

hơn (cả về hình thức, tần suất và hiệu quả), song nhìn chung vẫn mang tính hình thức, chất lượng chưa cao; còn không ít doanh nghiệp, người dân chưa thực sự quan tâm. Một số khảo sát gần đây về tính hiệu quả của hoạt động này¹:



Theo quy định của Hiến pháp, công dân có quyền quyết định các vấn đề hệ trọng của đất nước thông qua trung cầu ý dân và trực tiếp quyết định nhiều vấn đề liên quan đến đời sống ở cơ sở. Tuy nhiên đến nay, vấn đề trung cầu ý dân vẫn chưa được triển khai thực hiện. Riêng đối với việc quyết định trực tiếp các vấn đề liên quan đến đời sống dân chủ ở cơ sở, mặc dù đã có Chỉ thị số 30

của Đảng và Nghị định số 29/1998/NĐ-CP của Chính phủ nhưng việc thực hiện vẫn còn nhiều hạn chế. Ngoài việc quyết định xây dựng các hương ước, quy ước của cộng

¹ VCCI, Báo cáo kết quả khảo sát thực tiễn và nhu cầu tham vấn xây dựng chính sách của doanh nghiệp - Dự án "Tăng cường tiếng nói của doanh nghiệp nhỏ và siêu nhỏ trong xây dựng chính sách và pháp luật", tr.14, 20.

đồng dân cư, các hoạt động tham gia quyết định các vấn đề về quy hoạch sản xuất, về sử dụng đất đai, về cán bộ địa phương... vẫn đang vấp phải những trở ngại từ phía người dân cũng như cán bộ, chính quyền cơ sở. Nhiều địa phương, cán bộ chính quyền cơ sở tập trung vào hoạt động xây dựng các hương ước, quy ước, áp đặt nhiều quy định hơn là việc thực hiện công khai, xin ý kiến nhân dân về các việc làm của chính quyền. Về phía người dân, do trình độ, do mối quan hệ thân thiết, hoặc do việc xử lý vi phạm của cán bộ chưa nghiêm minh nên cũng ít bày tỏ chính kiến của mình, trừ khi các vấn đề đã trở nên quá bức xúc. Việc này không chỉ hạn chế quyền tham gia quản lý nhà nước của người dân, không huy động được sức mạnh của nhân dân trong việc quản lý, phát triển kinh tế - xã hội của địa phương, mà còn là căn nguyên của sự xuất hiện các vụ khiếu kiện kéo dài, những điểm nóng tại một số cơ sở.

Bên cạnh hình thức tham gia trực tiếp, người dân còn gián tiếp tham gia vào các hoạt động quản lý nhà nước. Hình thức này phụ thuộc rất nhiều vào phương thức lựa chọn người đại diện và phương thức hoạt động của các cơ quan đó. Theo quy định của pháp luật, mối quan hệ giữa người đại diện với nhân dân vẫn còn khoảng cách khá xa và lỏng lẻo. Những người đại diện cho nhân dân được bầu một cách chung chung, không đại diện cho những cộng đồng lợi ích cụ thể nên chưa có sự gắn bó với cử tri. Trong thời gian đảm nhiệm trọng trách đại biểu của dân, theo quy định, họ phải tiếp xúc cử tri trước và sau các kỳ họp để nắm bắt ý kiến của nhân dân, nhưng không có cơ chế bắt buộc họ phải tiếp nhận và trực tiếp xử lý những vấn đề cụ thể mà người dân yêu cầu. Cách tiếp xúc hiện nay chủ

yếu thực hiện theo phương thức "đại cử tri", nghĩa là tiếp xúc với các đại biểu của cử tri, nên nhiều ý kiến chưa được đề đạt. Vì vậy, trong kỳ họp, nhiều đại biểu của các cơ quan dân cử không có nội dung để phát biểu. Bên cạnh đó, do trình độ nhận thức, bản thân người dân cũng chưa thấy hết được quyền lợi và nghĩa vụ của mình đối với việc tham gia quản lý nhà nước thông qua bầu cử.

Sự tham gia gián tiếp của nhân dân đối với hoạt động quản lý nhà nước còn thông qua các tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức xã hội, tổ chức xã hội nghề nghiệp mà họ là thành viên. Những nguyện vọng, ý kiến của người dân được các tổ chức này tập hợp lại để chuyển tới các cơ quan có thẩm quyền của Nhà nước xem xét, giải quyết. Đã có một thời gian dài chỉ có các tổ chức chính trị - xã hội thực hiện quyền đại diện này. Tuy nhiên, do các tổ chức này tổ chức và hoạt động như những cơ quan hành chính nhà nước - xơ cứng cả về tổ chức và phương thức hoạt động, nên chức năng đại diện cho người dân bị hạn chế.

Ngoài những hình thức nêu trên, người dân có thể tham gia ý kiến vào các văn bản pháp luật khi được hỏi ý kiến qua các phương tiện thông tin đại chúng. Tuy nhiên, người dân cũng ít có những ý kiến đóng góp, trừ khi có những vấn đề bức xúc của bản thân².

Thứ ba, về phương pháp tham vấn ý kiến: Chưa thực sự khoa học, trong đó việc lựa

² Hà Quang Ngọc - Hà Quang Trường, *Tăng cường sự tham gia của nhân dân trong hoạt động quản lý nhà nước*, Mục "nghiên cứu, trao đổi" Tạp chí cộng sản online: <http://www.tapchicongsan.org.vn/Home/Nghiencuu-Traodoi/2007/1341/Tang-cuong-su-tham-gia-cua-nhan-dan-trong-hoat-dong-quan.aspx>, truy cập ngày 14/8/2007.

chọn nội dung, phương thức tham vấn chưa phù hợp với đối tượng, tập quán văn hóa vùng, miền, trình độ dân trí của người dân... do đó, chất lượng tham vấn ý kiến không cao, chủ yếu hình thức. Ví dụ, thực hiện quy định Luật Ban hành văn bản QPPL, nhiều dự án, dự thảo văn bản QPPL đã được đăng tải trên các phương tiện thông tin đại chúng hoặc trên trang thông tin điện tử của các cơ quan, tổ chức chủ trì soạn thảo để lấy ý kiến. Tuy nhiên, khi hết thời hạn theo quy định thì kết quả thu được gần như không có.

Thứ tư, về các thiết chế đảm bảo thực thi: Thực tế cho thấy, người dân còn bị hạn chế khi tiếp cận với thông tin từ các cơ quan nhà nước. Lý do cả từ phía các cơ quan nhà nước cũng như người dân. Về phía các cơ quan nhà nước, cải cách hành chính vẫn chưa đạt được kết quả đáng kể, thủ tục hành chính phiền hà, phức tạp là nguyên nhân khiến người dân không thấy hứng thú đối với các công việc mang tính xã hội. Thêm vào đó, hệ thống cơ sở vật chất của hầu hết các địa phương còn chưa đáp ứng được nhu cầu tuyên truyền, phổ biến các chính sách, pháp luật của nhà nước; hệ thống loa phát thanh, băng tin không được quan tâm, đầu tư thích đáng khiến người dân thiếu đi một kênh tiếp cận thông tin quan trọng; năng lực của cán bộ cơ sở hầu hết chưa đáp ứng được yêu cầu.

Do vậy, trong quá trình ban hành và thực hiện các chính sách pháp luật, đã có nhiều trường hợp chính sách chưa phù hợp, chưa phản ánh được lợi ích của nhân dân, gây nên những bức xúc trong dư luận và đẩy người dân vào nhiều tình thế vô cùng khó khăn. Ví dụ tiêu biểu là việc xảy ra ở làng cổ Đường Lâm (Sơn Tây, Hà Nội) sau khi có quyết định công nhận là Di tích lịch sử văn hóa quốc gia vào năm 2006. Nếu

chính quyền xã và các cấp liên quan thực hiện tốt quy trình, đặt vai trò tham gia xây dựng chính sách của người dân làm nền tảng thì khó xảy ra hệ lụy đáng tiếc người dân phải xin trả lại danh hiệu cao quý này.

Theo quy định của pháp luật, ở mỗi khâu, mỗi công đoạn của quy trình xây dựng pháp luật đều được kiểm soát bởi các thiết chế (chủ thể) khác nhau. Trong đó, các thiết chế thực hiện ở khâu thẩm định, kiểm tra, thẩm tra hồ sơ dự án, dự thảo văn bản QPPL là những chốt quan trọng. Ví dụ, theo điểm e khoản 3 Điều 35 Luật Ban hành văn bản QPPL năm 2015, việc thẩm định về “*tuân thủ trình tự, thủ tục lập đề nghị xây dựng luật, pháp lệnh*” là một yêu cầu bắt buộc; khoản 7 Điều 65 Luật Ban hành văn bản QPPL năm 2015 xác định trách nhiệm của cơ quan thẩm tra của Quốc hội trong việc xem xét “... *trình tự, thủ tục soạn thảo văn bản*”. Tuy nhiên, trên thực tế, việc triển khai quy định này chưa thực sự đem lại hiệu quả, và tồn tại lớn nhất là chất lượng các đề nghị xây dựng luật, pháp lệnh, dự kiến chương trình xây dựng luật, pháp lệnh chưa cao; các dự án, dự thảo văn bản sau khi đưa vào chương trình thường xuyên phải xin lùi; rút điều chỉnh. Một phần nguyên nhân là do chưa lấy ý kiến hoặc chưa nghiêm túc nghiên cứu tiếp thu ý kiến tham gia của người dân trong quá trình chỉnh lý, hoàn thiện dự án, dự thảo văn bản QPPL³.

Theo tác giả, nguyên nhân của hạn chế trên như sau:

³ Chính phủ (2015), *Tổng kết 10 năm thực hiện Nghị quyết số 48-NQ/TW ngày 24/5/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020*, Báo cáo số 895-BC/BCS ngày 28/18/2015, Hà Nội.

(i) Việc nhận thức xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN của dân, do dân và vì dân vẫn còn chưa đúng, coi việc quản lý nhà nước là công việc riêng vốn có của Nhà nước mà không phải là nhiệm vụ của chính nhân dân, do đó, đã hạn chế sự tham gia rộng rãi của nhân dân vào hoạt động quản lý nhà nước.

(ii) Chưa có cơ chế đảm bảo việc thực hiện nhiệm vụ của các cơ quan đại biểu; đảm bảo kiểm soát sự ủy quyền của công dân; cũng như đảm bảo việc công dân tham gia trực tiếp nhiều hơn vào công việc của nhà nước. Cơ chế đại biểu phải gắn với cử tri bầu ra mình, cơ chế buộc phải tiếp nhận và phản ánh các ý kiến, nguyện vọng của cử tri, hoặc cơ chế công khai, minh bạch... vẫn còn nhiều điểm chưa hợp lý.

(iii) Nhận thức, ý thức pháp luật của người dân chưa cao, nên khi tham gia các công việc quản lý nhà nước còn rất lúng túng.

(iv) Việc tổ chức các hình thức, phương thức tham gia của người dân chưa được các cơ quan nhà nước thực hiện một cách khoa học: *Thứ nhất*, từ phía cơ quan nhà nước, trong nhiều trường hợp chưa coi trọng đúng mức việc thăm dò, lấy ý kiến, tổng hợp, xử lý và giải trình đầy đủ ý kiến của nhân dân, đối tượng chịu sự tác động trực tiếp của chính sách pháp luật; trong quá trình tổ chức thi hành pháp luật cũng rất hiếm khi cơ quan nhà nước có trách nhiệm tổ chức lấy ý kiến của người dân về hiệu quả điều chỉnh của chính sách pháp luật, về giải pháp, cơ chế tổ chức thi hành pháp luật...; *Thứ hai*, từ phía xã hội, nhiều cá nhân, tổ chức cũng chưa nhận thức đầy đủ về trách nhiệm, cũng như còn hạn chế về năng lực tham gia xây dựng pháp luật, giám sát và

phản biện xã hội đối với việc thực thi các chính sách, pháp luật của nhà nước.

(v) Thể chế về thi hành pháp luật còn thiếu, dẫn đến không xác định rõ trách nhiệm, mục tiêu, phương pháp, quy trình và cơ chế thi hành pháp luật, các điều kiện bảo đảm thi hành pháp luật.

Công tác theo dõi, quản lý, kiểm tra, giám sát việc tổ chức thi hành pháp luật chưa được chú trọng, không có hệ thống chỉ tiêu thống kê quốc gia cũng như các tiêu chuẩn, tiêu chí đánh giá hiệu quả thi hành pháp luật. Chưa có cơ chế phối hợp liên ngành đầy đủ, và xác định trách nhiệm pháp lý trực tiếp đối với các cơ quan ngoài hệ thống hành pháp.

(vi) Lực lượng cán bộ làm công tác xây dựng pháp luật còn mỏng (mới chủ yếu tập trung ở các cơ quan nhà nước ở trung ương), thiếu tính chuyên nghiệp, năng lực trình độ nhận diện vấn đề và kỹ năng, nhất là kỹ năng phân tích, dự báo, xây dựng chính sách, kỹ năng soạn thảo văn bản QPPL hay xây dựng một thiết chế thi hành pháp luật còn nhiều bất cập. Bên cạnh đó, theo quy trình xây dựng pháp luật hiện nay, phổ biến tình trạng tất cả các bộ, ngành, cục, vụ, viện và mọi công chức chuyên môn đều có thể và phải tham gia vào quá trình soạn thảo văn bản QPPL, gây lãng phí nguồn lực, hệ quả là hoạt động xây dựng pháp luật chưa mang tính chuyên nghiệp, ảnh hưởng không nhỏ đến chất lượng văn bản. Công tác đào tạo cán bộ làm công tác xây dựng pháp luật chưa thực sự khoa học, gắn với thực tiễn nhu cầu của xã hội.

(vii) Nguồn lực tài chính dành cho công tác xây dựng và tổ chức thi hành pháp luật chưa được bảo đảm một cách đầy đủ, còn nhiều bất hợp lý; chưa phản ánh đúng tính phức tạp của hoạt động xây dựng, thi hành

pháp luật; chưa phù hợp với thực tiễn để đánh giá tác động, tham vấn, lấy ý kiến vào dự án, dự thảo văn bản quy phạm pháp luật...

3. Gợi mở một số giải pháp nhằm bảo đảm quyền tham gia xây dựng pháp luật của công dân

Bên cạnh việc nâng cao về mặt nhận thức của cơ quan nhà nước, của người dân và giải quyết những vấn đề từ thực tiễn thi hành pháp luật, tác giả cho rằng, giải pháp hoàn thiện khung pháp luật đang đặt ra nhiều vấn đề cần tiếp tục được nghiên cứu. Theo đó:

Thứ nhất, trên cơ sở Hiến pháp năm 2013, kịp thời sửa đổi, bổ sung, ban hành mới các văn bản QPPL để thể chế hóa các quy định của Hiến pháp liên quan đến quyền tham gia xây dựng pháp luật của công dân, cụ thể như: Sửa ban hành Luật về Hội, Luật Biểu tình, Luật Dân chủ ở cơ sở, Luật Xuất bản (sửa đổi), Luật Giám sát và phản biện xã hội. Đồng thời, nghiên cứu xây dựng, hoàn thiện các thiết chế bảo vệ quyền con người phù hợp với điều kiện kinh tế - xã hội của Việt Nam.

Thứ hai, pháp luật cần quy định rõ ràng về phương thức tiến hành tiếp thu ý kiến của công dân, đặt ra các tiêu chuẩn cụ thể đối với việc thực thi quyền tham gia của người dân và phương thức xử lý kết quả tiếp thu ý kiến của nhân dân. Bên cạnh đó, việc đặt ra các chế tài cụ thể đối với các hành vi hạn chế việc thực thi quyền cũng cần được nghiên cứu hoàn thiện.

Thứ ba, sửa đổi, bổ sung cơ chế bầu cử đại biểu Quốc hội và đại biểu Hội đồng nhân dân sao cho những người được bầu phải gắn bó với người dân, phản ánh được ý chí nguyện vọng của người dân, không

còn đại diện chung chung, hình thức, bằng việc chuyển các đại biểu được bầu của dân sang chế độ hoạt động chính trị chuyên nghiệp; tách bạch, không để đại biểu nhân dân đảm nhiệm cả chức vụ hành chính. Mở rộng hình thức quyết định trực tiếp - trung cầu ý dân, để toàn dân có quyền tham gia vào các công việc trọng đại của đất nước, của địa phương.

Thứ tư, thiết lập cơ chế kiểm soát chặt chẽ quy trình soạn thảo văn bản QPPL ở các giai đoạn như xem xét, thẩm định, thẩm tra, quyết định ban hành/thông qua của các cơ quan có thẩm quyền. Trong đó, chú trọng việc cơ quan chủ trì soạn thảo văn bản phải thực hiện nghiêm túc, đầy đủ việc tổ chức lấy ý kiến nhân dân hoặc đối tượng chịu sự tác động của chính sách, văn bản. Qua đó làm cơ sở cho việc truy cứu trách nhiệm/ thực hiện chế tài/hay quyết định việc cho phép hay không cơ quan chủ trì soạn thảo văn bản được tiếp tục trình dự án, dự thảo văn bản lên cấp có thẩm quyền quyết định cao hơn.

Thứ năm, phát huy vai trò của các tổ chức xã hội. Mở rộng sự hình thành và tham gia của các hội, tổ chức phi chính phủ trong việc giải quyết các nhu cầu của nhân dân và công tác quản lý nhà nước. Những tổ chức xã hội dân sự đóng góp to lớn trong việc huy động sự tham gia của nhân dân vào hoạt động xây dựng chính sách pháp luật. Đây chính là đơn vị đầu mối, có điều kiện tiếp xúc thường xuyên với thực tiễn và có nhiều khả năng đánh giá hiệu quả thực thi của chính sách pháp luật. Vì vậy, cần đánh giá lại vai trò của các tổ chức xã hội, các tổ chức phi chính phủ trong việc tham gia vào kiến tạo chính sách.

VỀ MỘT SỐ QUY ĐỊNH LIÊN QUAN ĐẾN THỎA THUẬN LỰA CHỌN TOÀ ÁN TRONG BỘ LUẬT TỔ TỤNG DÂN SỰ NĂM 2015

*Phan Hoài Nam**

Tóm tắt: Bộ luật Tố tụng Dân sự 2015 ra đời với nhiều kỳ vọng về việc giải quyết các vướng mắc trong tố tụng dân sự. Bài viết sẽ bình luận về quy định liên quan đến thoả thuận lựa chọn toà án trong Bộ luật Tố tụng Dân sự 2015.

Abstract: *The Civil Procedure Code of 2015 has been expected to solve many obstacles of civil proceedings. This paper makes comment on choice of court provisions under this Code.*

Pháp luật của hầu hết các nước đều trực tiếp hoặc gián tiếp thừa nhận quyền thoả thuận lựa chọn toà án cho việc giải quyết các tranh chấp trong lĩnh vực tư pháp quốc tế.

Pháp luật Việt Nam cũng tương tự khi lần đầu tiên Bộ luật Tố tụng Dân sự (BLTTDS) 2015 quy định về quyền thoả thuận lựa chọn toà án tại điểm c khoản 1 Điều 470, dù trước đó một số nguồn luật chuyên ngành cũng đã có đề cập¹. Theo đó, Toà án Việt Nam sẽ có thẩm quyền riêng biệt cho các “*vụ án dân sự khác mà các bên được lựa chọn Tòa án Việt Nam để giải quyết theo pháp luật Việt Nam hoặc điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên và các bên đồng ý lựa chọn Tòa án Việt Nam*”. Điều đó có nghĩa rằng, thoả thuận lựa chọn Toà án Việt Nam cho việc giải quyết tranh chấp sẽ là cơ sở làm phát sinh thẩm quyền riêng biệt cho toà án Việt Nam. Tuy nhiên, nội dung của điều khoản này chưa thực sự giải quyết

được những bất cập trong lý luận và thực tiễn áp dụng.

1. Xác định thẩm quyền của toà án dựa trên thoả thuận lựa chọn của các bên

Tại Việt Nam, trước khi BLTTDS 2015 ra đời, vấn đề thoả thuận lựa chọn toà án chỉ được quy định trong một số đạo luật điều chỉnh các lĩnh vực pháp luật chuyên ngành như Bộ luật Hàng hải 2005² và Luật Đầu tư 2005, sau này là Luật Đầu tư 2014³. Mặc

² Khoản 1 Điều 260 Bộ luật Hàng hải 2005 (Điều 339 Bộ luật Hàng hải 2015) quy định trực tiếp về việc thoả thuận lựa chọn toà án nước ngoài: “*Trường hợp hợp đồng có ít nhất một bên là tổ chức, cá nhân nước ngoài thì các bên tham gia hợp đồng có thể thoả thuận đưa tranh chấp ra giải quyết tại Trọng tài hoặc Tòa án ở nước ngoài*”.

³ Khoản 4 Điều 12 Luật Đầu tư 2005 (khoản 4 Điều 14 Luật Đầu tư 2014, sửa đổi bổ sung năm 2016) chỉ quy định mang tính gián tiếp về quyền thoả thuận lựa chọn toà án của các bên: “*Tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài với cơ quan quản lý nhà nước Việt Nam liên quan đến hoạt động đầu tư trên lãnh thổ Việt Nam được giải quyết thông qua Trọng tài hoặc Tòa án Việt Nam, trừ trường hợp có thỏa thuận khác trong hợp đồng được ký giữa đại diện cơ quan nhà nước có thẩm quyền với nhà đầu tư nước ngoài hoặc trong điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên*”. Như vậy, thoả thuận lựa chọn toà án có thể tồn tại và được chấp nhận

* ThS., Khoa Luật Quốc tế, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

¹ Ví dụ: Điều 260 Bộ luật Hàng hải 2005, Điều 14 Luật Đầu tư 2014.

dù, với tư cách là đạo luật quan trọng, BLTTDS 2004 (sửa đổi, bổ sung năm 2011) điều chỉnh vấn đề xác định thẩm quyền của Toà án Việt Nam đối với các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài, nhưng lại không có bất kỳ điều khoản nào quy định về vấn đề này. Điều đó đã dẫn đến không ít lúng túng cho Toà án Việt Nam trong thực tế giải quyết các tranh chấp và cũng chính là nguyên nhân dẫn đến những cách giải quyết khác nhau của từng Toà án cho các vụ việc khi có thoả thuận lựa chọn toà án.

Một số trường hợp, các bên có thoả thuận lựa chọn toà án, nhưng vấn đề xác lập thẩm quyền cho Toà án Việt Nam lại không dựa trên cơ sở thoả thuận mà dựa trên các căn cứ pháp lý cụ thể trong BLTTDS. Ví dụ như trong tranh chấp hợp đồng bảo hiểm tại Bản án số 118/2008/KDTM-PT ngày 08/10/2008 của Toà Phúc thẩm Toà án nhân dân (TAND) tối cao tại Tp. Hồ Chí Minh. Tại Điều XI của hợp đồng, hai bên thoả thuận nếu không thương lượng được sẽ đưa ra TAND Tp. Hồ Chí Minh giải quyết. Trong quá trình giải quyết theo trình tự phúc thẩm, Toà Phúc thẩm cho rằng: “*Với các thoả thuận nêu trên của các bên đương sự cho thấy, các bên đã chọn nơi giải quyết tranh chấp hợp đồng bảo hiểm là Tòa án nhân dân Tp. Hồ Chí Minh và như vậy, căn cứ điểm b khoản 1 Điều 36 Bộ luật Tố tụng Dân sự⁴ thì vụ án này thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án nhân dân Tp. Hồ Chí*

trong hợp đồng được ký giữa đại diện cơ quan nhà nước có thẩm quyền với nhà đầu tư nước ngoài hoặc trong điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên.

⁴ Điểm b khoản 1 Điều 36 BLTTDS 2004 quy định thẩm quyền của toà án theo sự lựa chọn của nguyên đơn: “*Nếu tranh chấp phát sinh từ hoạt động của chi nhánh tổ chức thì nguyên đơn có thể yêu cầu Toà án nơi tổ chức có trụ sở hoặc nơi tổ chức có chi nhánh giải quyết*”.

Minh”. Có thể thấy, mặc dù Toà án xác định giữa các bên có thoả thuận lựa chọn TAND Tp. Hồ Chí Minh, nhưng căn cứ để Toà án Việt Nam có thẩm quyền đối với tranh chấp hợp đồng lại là dựa trên sự lựa chọn của nguyên đơn theo điểm b khoản 1 Điều 36 của BLTTDS 2004, mà không phải là của cả hai bên.

Hoặc trong tranh chấp hợp đồng hợp tác tại Bản án số 304/2012/KDTM-ST của TAND Tp. Hồ Chí Minh, nguyên đơn Việt Nam và hai bị đơn nước ngoài (British Virgin Islands) có thoả thuận mọi tranh chấp phát sinh từ hợp đồng sẽ do Toà án Việt Nam giải quyết. Tuy nhiên, trong bản án sơ thẩm, TAND Tp. Hồ Chí Minh lại nhận định: “*Theo quy định tại Điều 11 của Hợp đồng, các bên quy định nếu có tranh chấp xảy ra sẽ đề nghị Tòa án có thẩm quyền của Việt Nam để giải quyết, do đó căn cứ theo Điều 410, Điều 411 Bộ luật Tố tụng Dân sự vụ án tranh chấp kinh doanh thương mại trên đây thuộc thẩm quyền của Tòa án nhân dân Tp. Hồ Chí Minh*”. Như vậy, việc thụ lý của TAND Tp. Hồ Chí Minh đối với tranh chấp hợp đồng giữa các bên lại được dựa trên căn cứ quy định tại Điều 410 và Điều 411 BLTTDS; thẩm quyền này không phải phát sinh trên cơ sở thoả thuận lựa chọn của các bên.

Ngoài ra, nếu dựa vào pháp luật chuyên ngành thì chỉ có quy định về thoả thuận lựa chọn toà án nước ngoài cho hai lĩnh vực hàng hải và đầu tư, song trong một số tranh chấp ở các lĩnh vực khác, Toà án Việt Nam vẫn tôn trọng quyền thoả thuận lựa chọn toà án nước ngoài của các bên thông qua việc ra quyết định đình chỉ vụ án. Điển hình như Quyết định đình chỉ vụ án số 2065/2008/QĐĐC-KDTM-ST của TAND Tp. Hồ Chí Minh dựa trên cơ sở trong hợp

đồng li-xăng các bên có thoả thuận: “*nơi tài phán tư pháp và nơi xét xử (nơi thực thi pháp lý) là ở Karlsruhe/Germany (Cộng hòa Liên bang Đức)*”.

Từ các ví dụ trên cho thấy cần thiết phải quy định cụ thể về nội dung thoả thuận lựa chọn toà án trong pháp luật Việt Nam nhằm đảm bảo việc hiểu và áp dụng thống nhất trên thực tế. Sự ra đời của BLTTDS 2015 được kỳ vọng là cơ sở pháp lý quan trọng trong việc thống nhất đầu mỗi quy định về vấn đề thoả thuận lựa chọn toà án để giải quyết các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài và giải quyết những bất cập vừa nêu. Tuy nhiên, Bộ luật lại chỉ quy định vấn đề thoả thuận lựa chọn toà án một cách gián tiếp trong duy nhất một điều khoản điều chỉnh về thẩm quyền riêng biệt của Toà án Việt Nam (Điều 470). Cụ thể, theo điểm c khoản 1 của Điều này, Toà án Việt Nam có **thẩm quyền riêng biệt** đối với các tranh chấp, mà trong đó các bên đồng ý lựa chọn Toà án Việt Nam để giải quyết và tranh chấp đó phải được phép lựa chọn Toà án Việt Nam theo quy định của pháp luật Việt Nam hoặc điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên. Nói cách khác, thoả thuận lựa chọn toà án để giải quyết các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài được xem là căn cứ làm phát sinh thẩm quyền riêng biệt của Toà án Việt Nam, nếu các tranh chấp đó thuộc các trường hợp được phép thoả thuận lựa chọn toà án theo pháp luật Việt Nam hoặc điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên.

Có thể thấy, quy định trên chưa giải quyết được tình trạng không đồng nhất quan điểm của Toà án Việt Nam trong việc xác định thẩm quyền dựa trên cơ sở thoả thuận lựa chọn toà án của các bên tranh chấp. Bên cạnh đó, nếu chiếu theo quy định trên, vấn

đề xác định thẩm quyền của Toà án Việt Nam dựa trên thoả thuận lựa chọn toà án vẫn phải dựa vào quy định của pháp luật chuyên ngành và điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên. Hơn nữa, quy định cũng chưa giải quyết được vấn đề loại trừ thẩm quyền của Toà án Việt Nam dựa trên thoả thuận lựa chọn toà án nước ngoài mặc dù trên thực tế, rất nhiều Toà án Việt Nam đã từ chối thẩm quyền bằng việc ra quyết định đình chỉ vụ án dựa trên cơ sở các bên có thoả thuận lựa chọn toà án nước ngoài.

Việc chưa chính thức ghi nhận quyền thoả thuận lựa chọn toà án (bao gồm Toà án Việt Nam và Toà án nước ngoài) và nguyên tắc xác lập thẩm quyền của Toà án Việt Nam trên cơ sở thoả thuận lựa chọn toà án của các bên tranh chấp sẽ tiếp tục dẫn đến sự thiếu nhất quán trong áp dụng pháp luật của Toà án Việt Nam.

Nghiên cứu pháp luật của Liên minh châu Âu (EU) và các nước thành viên, cũng như các quốc gia theo Civil law về vấn đề này cho thấy, hầu hết đều quy định một cách chính thức căn cứ xác định thẩm quyền của toà án quốc gia dựa trên sự thoả thuận lựa chọn của các bên và được ghi nhận như một ngoại lệ so với nguyên tắc chung. Ví dụ như: Điều 25 Nghị định Brussels I Recast của EU⁵, Điều 7 Bộ luật Tư pháp quốc tế 2004 của Bỉ⁶, Điều 38 BLTTDS 2005 của Đức⁷, Điều 48 BLTTDS năm 1976 (sửa đổi,

⁵ Nguồn: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32012R1215>, truy cập ngày 24/8/2017.

⁶ Nguồn: <https://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/belgica-the-code-of-private-international-law-2004.pdf>, truy cập ngày 24/8/2017.

⁷ Nguồn: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html, truy cập ngày 24/8/2017.

bổ sung năm 2011) của Pháp⁸, Điều 34 Luật Tổ tụng Dân sự 2012 của Trung Quốc⁹...

Đối với các quốc gia theo Common law, mặc dù thừa nhận học thuyết *forum non conveniens*¹⁰ để loại trừ thẩm quyền của

⁸ Nguồn: https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1962/13735/version/3/file/Code_39.pdf, truy cập ngày 24/8/2017.

⁹ Nguồn: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn029en.pdf>, truy cập ngày 24/8/2017.

¹⁰ Nội dung của học thuyết *forum non conveniens* được thể hiện rõ nét nhất trong án lệ *Gulf Oil Corp. v. Gilbert* 330 U.S. 501 (1947). Nguồn: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/330/501/>, truy cập ngày 06/4/2017.

Vụ tranh chấp liên quan đến việc một công dân của Virginia đã khởi kiện một công ty Pennsylvania có hoạt động kinh doanh tại Virginia và New York (nơi có đại lý được chỉ định) tại toà án New York để yêu cầu bồi thường cho thiệt hại mà bị đơn gây ra do sơ suất khi tiêu huỷ nhà kho. Xác định toà án có thẩm quyền và việc thụ lý là đúng. Nhưng toàn bộ sự kiện liên quan đến vụ việc đều diễn ra ở Virginia, các nhân chứng đều cư trú ở đó và cả toà án liên bang lẫn tiểu bang ở Virginia đều có khả năng để tiến hành việc xét xử nếu nguyên đơn yêu cầu. Do đó, dựa trên học thuyết “forum non conveniens” toà án New York đã từ chối thụ lý vụ kiện.

Theo đó, Toà án Tối cao Hoa Kỳ cho rằng, Toà án sẽ có quyền từ chối giải quyết tranh chấp mà mình có thẩm quyền nếu như nó gây ra sự bất tiện hoặc khó khăn trong việc giải quyết dựa trên việc phân tích các yếu tố lợi ích cá nhân và lợi ích công. Trong đó:

- Yếu tố lợi ích cá nhân: Yếu tố này bao gồm sự dễ dàng cho các đương sự, đặc biệt là cho bị đơn khi tiếp cận các chứng cứ, chi phí cho sự thu thập đó, sự thuận tiện cho việc yêu cầu các nhân chứng ra toà, và tất cả những vấn đề khác cho việc hỗ trợ hoạt động xét xử được diễn ra một cách nhanh chóng, dễ dàng và ít tốn kém.

- Yếu tố lợi ích công: Yếu tố này tính đến khả năng gây nên tình trạng tồn đọng án cho các toà án ở trung tâm, gánh nặng cho cơ quan bồi thẩm đoàn đại diện cho một tập thể cộng đồng mà không có sự liên hệ chặt chẽ với vụ tranh chấp, lợi ích của địa phương đạt được từ phán quyết trong chức năng phòng ngừa, giáo dục, và sự không cần thiết đề cập đến vấn đề xung đột pháp luật giữa các tiểu bang... Từ đó, Toà án đã chứng minh được nguyên đơn đã lựa chọn khởi kiện ra một toà án mà hiếm khi được viện dẫn đến và vì thế đã từ chối thẩm quyền đối với vụ tranh chấp.

toà án dựa trên sự không hợp lý và thuận tiện, nhưng thẩm quyền của toà án dựa trên sự thoả thuận lựa chọn của các bên tranh chấp vẫn được toà án tôn trọng, điển hình là án lệ *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*¹¹, và sau này được tiếp tục tái khẳng định bởi Toà án Tối cao Hoa Kỳ trong vụ *Carnival Cruise Lines, Inc v. Shute*.¹². Thậm chí, một

¹¹ *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.* 407 U.S. 1 (1972). Nội dung của vụ tranh chấp này liên quan đến việc các bên trong hợp đồng đã thoả thuận lựa chọn Toà Tối thượng (High Court of Justice) ở London của Anh để giải quyết mọi tranh chấp phát sinh. Khi tranh chấp xảy ra, một bên đem vụ việc ra Toà án Quận Tampa của bang Florida. Trong khi chờ đợi phán quyết của Toà án tại Tampa, bên còn lại đem vụ việc ra Toà Tối thượng của Anh và bị phản đối bởi bên kia. Tuy nhiên, Toà án của Anh đã bác bỏ ý kiến đó và cho rằng mình có thẩm quyền trên cơ sở hai bên đã có “thoả thuận chọn toà án” theo hợp đồng trước đó. Song, Toà Phúc thẩm khu vực số 5 của Hoa Kỳ lại cho rằng, trong trường hợp này, việc phát sinh thẩm quyền của Toà án Anh sẽ không đảm bảo các yếu tố lợi ích cá nhân lẫn các yếu tố liên quan đến lợi ích công khi phán quyết được tuyên. Và do đó, thẩm quyền của Toà án Tampa là phù hợp nhất theo học thuyết Forum non conveniens, cho dù các bên có thoả thuận lựa chọn toà án. Bởi lẽ, trong trường hợp này nó trái với chính sách công của Hoa Kỳ và không mang tính hợp lý. Tuy nhiên, sau đó, Toà án Tối cao Hoa Kỳ đã phản bác một cách mạnh mẽ quan điểm của Toà Phúc thẩm khu vực số 5. Theo Toà án Tối cao, Hoa Kỳ sẽ không thể có được một hoạt động thương mại và một nền công nghiệp rộng mở nếu như mọi tranh chấp đều được phân xử bằng pháp luật và bởi toà án của Hoa Kỳ. Việc tham gia vào sân chơi chung của thị trường thế giới không cho phép sử dụng các điều khoản mang tính “độc quyền” cho việc sử dụng pháp luật và toà án của Hoa Kỳ. Từ quan điểm đó, Toà án Tối cao cho rằng “thoả thuận lựa chọn toà án” của các bên được quy định trong hợp đồng trước khi tranh chấp diễn ra cần phải được tôn trọng. Nguồn: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/407/1/>, truy cập ngày 06/4/2016.

¹² *Carnival Cruise Lines, Inc v. Shute*, 499 U.S 585 (1991). Vụ việc liên quan đến tranh chấp hợp đồng vận chuyển hành khách giữa nguyên đơn là cặp vợ, chồng đến từ bang Washington và công ty vận chuyên du lịch tại bang Florida. Trên vé tàu được gửi cho nguyên đơn có chỉ định Toà án Florida giải

số tiểu bang của Hoa Kỳ đã ghi nhận chính thức nguyên tắc này trong các Bộ pháp điển của mình như Điều 3 Bộ pháp điển Pháp luật New York 2016 về thủ tục tố tụng dân sự¹³ quy định về việc ưu tiên thẩm quyền của tòa án New York nếu tòa được các bên lựa chọn mà không cần xem xét đến học thuyết *forum non conveniens*, nếu thỏa thuận đó mang tính công bằng và hợp lý.

Tại khu vực Đông Nam Á, quốc gia theo Common law điển hình là Singapore vừa phê chuẩn việc gia nhập Công ước Hague 2005 về thỏa thuận lựa chọn tòa án¹⁴ và ban hành Đạo luật về Thỏa thuận lựa chọn tòa án vào ngày 01/10/2016¹⁵. Theo Điều 11 của Đạo luật này, Tòa án Singapore

sẽ có thẩm quyền tuyệt đối đối với tranh chấp có lựa chọn Tòa án Singapore, trừ khi thỏa thuận đó là vô lý và không hợp pháp dựa theo pháp luật Singapore.

Ngoài ra, cũng có một số quốc gia không thừa nhận thẩm quyền của tòa án trên cơ sở thỏa thuận lựa chọn của các bên, ví dụ như Thái Lan. Tuy nhiên, thực tiễn tòa án lại chứng minh điều ngược lại. Trước đây, pháp luật Thái Lan cho phép các bên được quyền thỏa thuận lựa chọn tòa án để giải quyết trước khi tranh chấp phát sinh¹⁶. Từ năm 1991, điều khoản điều chỉnh về quyền này không còn¹⁷. Do đó, hiện nay trong pháp luật Thái Lan không có điều khoản quy định về thỏa thuận lựa chọn tòa án. Tuy nhiên, thực tiễn pháp lý Thái Lan vẫn thừa nhận thẩm quyền này thông qua các vụ việc cụ thể của Tòa án Tối cao Thái Lan¹⁸.

quyết khi có tranh chấp phát sinh. Trong quá trình di chuyển, người vợ bị thương tại vùng biển quốc tế thuộc bờ biển Mexico. Nguyên đơn khởi kiện ra Tòa án Washington và Tòa phán quyết buộc bị đơn bồi thường. Sau đó, bị đơn kháng cáo vì cho rằng giữa các bên đã có thỏa thuận lựa chọn tòa án. Tuy nhiên, tòa phúc thẩm đã bác kháng cáo của bị đơn với lý do thỏa thuận lựa chọn tòa án không được thực thi vì nó không thuận lợi cho bị đơn tham gia vào quá trình tố tụng tại Tòa án Florida. Không đồng tình với lập luận này, Tòa án Tối cao Hoa Kỳ cho rằng, việc từ chối thẩm quyền của Tòa án Florida là sai lầm của Tòa Phúc thẩm, vì thẩm quyền của Tòa án Florida được cho là hợp lý và mang tính xác đáng nhất. Nguồn: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/585/case.html>, truy cập ngày 11/5/2017.

¹³ Nguồn: <http://law.justia.com/codes/new-york/2016/cvp/article-3/>, truy cập ngày 07/4/2017.

¹⁴ Xem thêm nội dung của Công ước Hague 2005 về thỏa thuận lựa chọn tòa án tại: Phan Hoài Nam, *Công ước Hague 2005 về thỏa thuận lựa chọn tòa án và khả năng gia nhập của Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 17, năm 2016, tr. 23 – 32.

¹⁵ Đạo luật này sau đó được tích hợp thành nội dung của Order 111 trong Quy tắc Tòa án Singapore (Rules of Court). Nguồn: <http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p;ident=7934e2f8-eaca-430f-a7fb-de9bbe6f8178;page=0;query=DocId%3A9c08961a-718d-4fe6-b2e0-df0963d62b05%20Depth%3A0%20Status%3Ainforce;rec=0#PO111->, truy cập ngày 5/4/2017.

¹⁶ Section 7 (4) BLTTDS Thái Lan 1934. Xem thêm: Vichai Ariyanuntaka, *Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments and Arbitral Awards: a Thai Perspective*, năm 1996, tr. 5, 6. Nguồn: <http://www.coj.go.th/en/pdf/AlternativeDisputeResolution04.pdf>, truy cập ngày 10/4/2017.

¹⁷ Một trong những lý do để triệt tiêu quy định này là sự lạm dụng quyền này của các công ty cho thuê tài chính cũng như các tổ chức tín dụng trong việc lựa chọn Tòa Dân sự Bangkok cho việc giải quyết tranh chấp. Điều đó tạo áp lực lớn cho tòa án này cũng như gây sự bất lợi cho người tiêu dùng ở các tỉnh. Xem thêm: Vichai Ariyanuntaka, *Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments and Arbitral Awards: a Thai Perspective*, năm 1996, tr. 5, 6. Nguồn: <http://www.coj.go.th/en/pdf/AlternativeDisputeResolution04.pdf>, truy cập ngày 10/4/2017.

¹⁸ Ví dụ như vụ SPC Case No. 951/2539 (1996 A.D), trong vận đơn đường biển Bill of Lading đã thể hiện rõ sự lựa chọn Tòa Tối thượng ở London để giải quyết các tranh chấp phát sinh. Tuy nhiên, Tòa án Tối cao Thái Lan đã phủ nhận thẩm quyền của Tòa án Tối thượng Anh và xác định tòa án Thái Lan sẽ có thẩm quyền dựa trên nơi cư trú của bị đơn. Hoặc tương tự trong vụ 3882/2549 (2006 A.D), Tòa án Tối cao Thái Lan đã từ chối thẩm quyền của tòa án Hongkong, được các bên thỏa thuận lựa chọn. Học

Tóm lại, cần phải ghi nhận quyền thoả thuận lựa chọn toà án trong BLTTDS để chính thức thừa nhận căn cứ xác định thẩm quyền của toà án dựa trên thoả thuận lựa chọn của các bên, và xem nó như nguyên tắc cơ bản trong pháp luật tố tụng của Việt Nam¹⁹.

2. Thoả thuận lựa chọn Toà án Việt Nam là căn cứ phát sinh thẩm quyền riêng biệt của toà án

Việc quy định thẩm quyền của Toà án Việt Nam phát sinh trên cơ sở lựa chọn của các bên sẽ làm phát sinh thẩm quyền riêng biệt cho Toà án Việt Nam tại Điều 470 có thể dẫn đến hai cách hiểu²⁰:

- *Cách hiểu thứ nhất*, khẳng định tính độc quyền cho quyền tài phán của Toà án Việt Nam đối với các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài có ảnh hưởng đến vấn đề an ninh, chủ quyền quốc gia, hoặc tạo sự thuận lợi cho việc xét xử một cách có hiệu quả và bảo đảm thi hành bản án, quyết định của toà

thuyết *forum non conveniens*, mặc dù Thái Lan được xem là quốc gia theo truyền thống Civil Law đã được sử dụng để xác định toà án được lựa chọn không có sự kết nối đối với tranh chấp, thoả thuận lựa chọn không đảm bảo được tính công bằng và hợp lý. Sự từ chối này được xem như sự thừa nhận gián tiếp quyền thoả thuận lựa chọn toà án của các bên trong tranh chấp mặc dù có thể được xem là không đúng pháp luật.

¹⁹ Cùng quan điểm này có thể xem thêm: Đỗ Văn Đại và Trần Việt Dũng, *Về thoả thuận chọn toà án nước ngoài*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 6, năm 2012; Đồng Thị Kim Thoa, *Cơ chế lựa chọn toà án trong giải quyết tranh chấp dân sự có yếu tố nước ngoài*, Tạp chí Nghề luật, số 6, năm 2012; Bành Quốc Tuấn, *Quyền thoả thuận lựa chọn toà án giải quyết tranh chấp dân sự có yếu tố nước ngoài*, Tạp chí Khoa học Đại học quốc gia Hà Nội, Luật học, số 28, năm 2012.

²⁰ Phan Hoài Nam, *Thẩm quyền của Toà án Trung Quốc đối với các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài – Kinh nghiệm tham khảo cho Việt Nam*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 07, năm 2016, tr. 70 – 71.

án, từ đó bảo vệ một cách có hiệu quả nhất lợi ích của quốc gia và lợi ích của các bên²¹.

- *Cách hiểu thứ hai*, nhằm mục đích loại trừ thẩm quyền của các toà án, các quốc gia khác, với lý do đây là thoả thuận lựa chọn toà án độc quyền²². Điều này có nghĩa, thẩm quyền của toà án được các bên lựa chọn một cách hợp pháp sẽ được ưu tiên.

Nếu hiểu quy định tại điểm c khoản 1 Điều 470 theo cách thứ nhất, có thể dẫn đến khó khăn cho quá trình công nhận và cho thi hành đối với phán quyết của toà án hoặc trọng tài nước ngoài tại Việt Nam, đặc biệt đối với các tranh chấp đã có thoả thuận chọn toà án nhưng không có hoặc có rất ít sự kết nối với lãnh thổ Việt Nam và toà án nước ngoài không thừa nhận tranh chấp thuộc thẩm quyền riêng biệt của Toà án Việt Nam.

Ví dụ, công ty A của Việt Nam ký hợp đồng bán quần áo cho công ty B của Hoa Kỳ, địa điểm ký kết hợp đồng là Hoa Kỳ. Hai bên thoả thuận mọi tranh chấp phát sinh sẽ thuộc thẩm quyền giải quyết của Toà án Việt Nam. Khi tranh chấp xảy ra, B tiến

²¹ Lê Thị Nam Giang, *Tư pháp quốc tế*, Nxb. Đại học quốc gia Tp. Hồ Chí Minh, năm 2010, tr.198.

²² Có hai loại thoả thuận lựa chọn toà án trong tư pháp quốc tế: *Thoả thuận lựa chọn toà án độc quyền* là lựa chọn sẽ làm phát sinh thẩm quyền độc quyền cho cơ quan toà án được lựa chọn, các toà án khác phải có nghĩa vụ từ chối thẩm quyền, trừ trường hợp thoả thuận không hợp pháp. *Thoả thuận lựa chọn toà án không độc quyền* là thoả thuận sẽ làm phát sinh thẩm quyền cho cơ quan toà án được lựa chọn, nhưng không cản trở các toà án khác thực hiện thẩm quyền. Nguồn: Phan Hoài Nam, *Công ước Hague 2005 về thoả thuận lựa chọn toà án và khả năng gia nhập của Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 17, năm 2016, tr. 26; Xem Điều 3 Công ước Hague 2005 về thoả thuận lựa chọn toà án; James Fawcett, *Non-Exclusive Jurisdiction Agreements in Private International Law*, Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, năm 2001, tr. 234.

hành khởi kiện A ra Toà án Hoa Kỳ. Nếu A phản đối vì cho rằng giữa hai bên đã có thoả thuận lựa chọn Toà án Việt Nam, thì Toà án Hoa Kỳ có thể dựa trên nguyên tắc *in personal jurisdiction*²³ và học thuyết *forum non conveniens* để bác yêu cầu và tiến hành thụ lý giải quyết vụ việc vì tranh chấp ít có sự kết nối với Việt Nam. Tuy nhiên, với quy định trên, khi B yêu cầu Toà án Việt Nam công nhận và cho thi hành phán quyết của Toà án Hoa Kỳ trên lãnh thổ Việt Nam thì phán quyết đó sẽ không được công nhận và cho thi hành, vì tranh chấp thuộc thẩm quyền riêng biệt của Toà án Việt Nam theo quy định của khoản 4 Điều 439 và khoản 1 Điều 440 BLTTDS 2015.

²³ Đây là nguyên tắc chung trong việc xác định thẩm quyền của Toà án Hoa Kỳ, được hiểu là thẩm quyền sẽ phát sinh dựa trên yếu tố lãnh thổ, với sự tồn tại của một mối liên hệ tối thiểu thông qua các tiêu chí như nơi cư trú, nơi có tài sản, nơi thực hiện hành vi, nơi thực hiện nghĩa vụ... Nội dung nguyên tắc này được thể hiện qua án lệ *Pennoyer v. Neff* 95 U.S. 714 (1878). Theo nội dung của án lệ, Mitchell khởi kiện Neff để đòi khoản nợ tại Toà án Oregon, nơi Neff có bất động sản, nhưng không phải là cư dân tại đó. Neff nhận được thông báo khởi kiện của Mitchell trên báo, nhưng ông ta đã chống lại, không tham gia phiên toà, hậu quả là ông ta nhận được phán quyết xử vắng mặt. Đất của Neff được tổ chức bán đấu giá và bán cho Pennoyer để đảm bảo thi hành án. Sau đó, Neff đã khởi kiện ra Toà án Oregon để lấy lại tài sản với lý do Toà án Oregon không có thẩm quyền xét xử dựa trên nguyên tắc “Personal Jurisdiction”. Cuối cùng, Toà án Tối cao tuyên bố khẳng định của Neff đúng, do tại thời điểm khởi kiện, Neff không cư trú tại Oregon và việc sở hữu tài sản tại Oregon diễn ra sau thời điểm khởi kiện của Mitchell.

Nguồn: website Toà án Tối cao Liên bang Hoa Kỳ, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/95/714/case.html>, truy cập ngày 01/4/2016.

Nội dung này sau đó tiếp tục được phát triển thông qua hai án lệ *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson* 444 U.S. 286 (1980) và *Asahi Metal Indus. v. Superior Court* 480 U.S. 102 (1987) nhằm xác định các yếu tố được cho là có mối liên hệ tối thiểu về yếu tố lãnh thổ giữa tranh chấp, các bên tranh chấp và toà án có thẩm quyền thụ lý.

Ngoài ra, với cách hiểu thứ nhất, thẩm quyền riêng biệt của Toà án Việt Nam chỉ phát sinh khi các bên có thoả thuận lựa chọn Toà án Việt Nam và pháp luật Việt Nam hoặc điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên²⁴. Nghiên cứu pháp luật các nước cho thấy, hầu như không quốc gia nào quy định theo hướng này. Đa số các nước chỉ quy định theo hướng, nếu các bên có thoả thuận lựa chọn toà án thì thoả thuận đó là thoả thuận độc quyền, mang tính riêng biệt nhằm xác định thẩm quyền ưu tiên cho toà án được lựa chọn. Về nguyên tắc, các toà án khác không được thụ lý giải quyết tranh chấp nếu toà án được lựa chọn chưa giải quyết xong vấn đề thuộc thẩm quyền của mình. Hướng quy định này được ghi nhận tại khoản 2 Điều 31 Nghị định Brussels I Recast; Điều 3 Công ước Hague 2005 về thoả thuận lựa chọn toà án; Điều 6, Điều 7 Bộ luật Tư pháp quốc tế 2004 của Bỉ; Điều 34 Luật Tố tụng Dân sự 1991 (sửa đổi, bổ sung 2012) của Trung Quốc²⁵...

²⁴ Hiện nay, trong việc giảng dạy về nội dung này, Tổ Bộ môn Tư pháp quốc tế và Luật So sánh của Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh xác định có hai cách hiểu về quy định này: *Cách hiểu thứ nhất*, thẩm quyền riêng biệt của Toà án Việt Nam phát sinh trên cơ sở thoả thuận lựa chọn toà án trong các vụ việc mà pháp luật Việt Nam hoặc điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên cho phép lựa chọn; *cách hiểu thứ hai*, thẩm quyền riêng biệt của Toà án Việt Nam chỉ phát sinh khi các bên có thoả thuận lựa chọn Toà án Việt Nam và pháp luật Việt Nam hoặc điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên.

²⁵ Luật Tố tụng Dân sự 1991 (sửa đổi, bổ sung 2012) không quy định cụ thể về việc Trung Quốc công nhận sự thoả thuận lựa chọn toà án của các bên là thoả thuận lựa chọn toà án độc quyền hay thoả thuận lựa chọn toà án không độc quyền. Tuy nhiên, theo đoạn 24 của Văn bản “Những ý kiến của TAND tối cao về việc thực hiện Luật Tố tụng Dân sự” (được ban hành năm 1992), nếu các bên trong hợp đồng có thoả thuận lựa chọn toà án nhưng lại chỉ định toà án không rõ ràng hoặc chỉ định hơn một toà án dựa theo Điều 25 của Luật Tố tụng Dân sự 1991 (từ năm 2012

Như vậy, cách hiểu thứ hai được xem là hợp lý hơn, vì thẩm quyền của tòa án phát sinh trên cơ sở thoả thuận giữa các bên không thể nằm trong nội hàm thẩm quyền riêng biệt (*exclusive jurisdiction*) pháp luật các nước²⁶ như EU và các quốc gia thành viên (ngoại trừ Pháp và Đức với quan điểm về thẩm quyền riêng biệt của tòa án có sự khác biệt so với các nước)²⁷, Trung Quốc²⁸... cũng đều ghi nhận các tranh chấp có thoả thuận lựa chọn tòa án được xem là một trường hợp đặc biệt, ngoại lệ từ thẩm quyền chung của tòa án quốc gia. Bởi lẽ, quy định về thẩm quyền riêng biệt được ra đời nhằm mục đích bảo vệ các lợi ích gắn liền với các vấn đề về an ninh, chủ quyền quốc gia hay những trường hợp đặc biệt liên quan đến vấn đề bảo hộ công dân hay pháp nhân.

3. Nghĩa vụ từ chối thụ lý của Tòa án Việt Nam khi được các bên lựa chọn

là Điều 34 với nội hàm tương tự) thì thoả thuận lựa chọn tòa án sẽ vô hiệu. Với cách giải thích này có thể thấy quan điểm của TAND tối cao Trung Quốc liên quan đến thoả thuận lựa chọn tòa án là thoả thuận mang tính độc quyền. Theo đó, các tòa án không được lựa chọn phải có nghĩa vụ từ chối thụ lý khi nhận được đơn khởi kiện của một trong các bên tranh chấp, nếu giữa họ đã có thoả thuận lựa chọn tòa án hợp pháp.

²⁶ Xem thêm Điều 23 Nghị định Brussels I 2012; Điều 44 BLTTDS Pháp; khoản 1 Điều 403 BLTTDS Nga; khoản 4bis BLTTDS Thái Lan; điểm a khoản 1 Điều 411 BLTTDS 2004 Việt Nam...

²⁷ Pierre Raoul, Duval & Marie Stoyanov, *Comparative study of "Residual Jurisdiction" in Civil and Commercial Disputes in the EU National Report for France*, năm 2015, tr.20, 21.

Nguồn:

http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_resid_jurisd_france_en.pdf, truy cập ngày 26/4/2017.

²⁸ Phan Hoài Nam, *Thẩm quyền của Tòa án Trung Quốc đối với các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài – Kinh nghiệm tham khảo cho Việt Nam*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 07, năm 2016, tr. 70 – 71.

nhưng vụ việc lại thuộc thẩm quyền riêng biệt của tòa án nước ngoài hoặc khi các bên thoả thuận lựa chọn tòa án nước ngoài

Đối với vấn đề thứ nhất, về nghĩa vụ từ chối thụ lý của Tòa án Việt Nam khi Tòa án Việt Nam được các bên lựa chọn nhưng vụ việc lại thuộc thẩm quyền riêng biệt của tòa án nước ngoài. Theo quy định tại điểm b khoản 1 Điều 472 BLTTDS 2015, nếu vụ việc thuộc thẩm quyền chung của Tòa án Việt Nam (không thuộc thẩm quyền riêng biệt của Tòa án Việt Nam quy định tại Điều 470), nhưng đồng thời lại thuộc thẩm quyền riêng biệt của tòa án nước ngoài có liên quan thì Tòa án Việt Nam sẽ có nghĩa vụ từ chối thụ lý.

Việc không từ chối thụ lý của Tòa án Việt Nam trong trường hợp vụ việc thuộc thẩm quyền riêng biệt của tòa án nước ngoài có thể dẫn đến việc phán quyết của Tòa án Việt Nam bị từ chối công nhận và cho thi hành tại nước ngoài đó.

Nghiên cứu pháp luật EU và các nước cho thấy, mặc dù có thể có các quy định mang tính trực tiếp hay gián tiếp về vấn đề này nhưng nhìn chung, hậu quả pháp lý đều là xác định điều kiện loại trừ thoả thuận lựa chọn tòa án trong nước nếu vụ việc thuộc thẩm quyền riêng biệt của tòa án nước ngoài. Ví dụ, Điều 25 Nghị định Brussels I Recast quy định về căn cứ xác định thẩm quyền của tòa án quốc gia dựa trên sự thoả thuận lựa chọn của các bên, nhưng phải giới hạn trong các tranh chấp không liên quan đến thẩm quyền riêng biệt (tuyệt đối) được quy định tại Điều 24 của Nghị định. Điều này có nghĩa rằng, các tranh chấp có thoả thuận lựa chọn tòa án hợp pháp không phải là các tranh chấp thuộc thẩm quyền riêng

biệt của toà án quốc gia được liệt kê tại Điều 24. Bộ luật Tư pháp quốc tế Bỉ cũng có quy định gián tiếp về nội dung này tại khoản 2 Điều 6, theo đó, Toà án Bỉ được lựa chọn có quyền từ chối thụ lý giải quyết vụ việc nếu Toà án phát hiện rằng vụ tranh chấp không có sự kết nối chắc chắn với lãnh thổ của Bỉ, tức là bao hàm cả trường hợp vụ việc thuộc thẩm quyền riêng biệt của Toà án nước ngoài... Nghĩa vụ này cũng xuất hiện trong thực tiễn pháp lý của các quốc gia theo Common law thông qua việc áp dụng học thuyết *forum non conveniens* để từ chối thụ lý vụ việc được cho là không thuận tiện và hợp lý.

Từ những phân tích trên, tác giả cho rằng, cần loại bỏ quy định tại điểm c khoản 1 Điều 470 khi xác định các tranh chấp có thoả thuận lựa chọn toà án là tranh chấp thuộc thẩm quyền riêng biệt của Toà án Việt Nam. Có nghĩa là, Toà án Việt Nam trong quá trình thụ lý tranh chấp dựa trên thoả thuận lựa chọn toà án mà không phải các trường hợp thuộc thẩm quyền riêng biệt, có nghĩa vụ từ chối thụ lý nếu vụ việc thuộc thẩm quyền riêng biệt của toà án nước ngoài có liên quan theo điểm b khoản 1 Điều 472 BLTTDS 2015.

Đối với vấn đề thứ hai, BLTTDS 2015 không quy định về nghĩa vụ từ chối thụ lý của Toà án Việt Nam khi các bên thoả thuận lựa chọn toà án nước ngoài.

Nghiên cứu pháp luật các nước cho thấy, có quy định về nghĩa vụ này. Ví dụ, theo khoản 2 Điều 31 Nghị định Brussels I Recast của EU, toà án được các bên lựa chọn trong “thoả thuận lựa chọn toà án độc quyền” hợp pháp sẽ có thẩm quyền xét xử, các toà án khác sẽ không có thẩm quyền và

phải từ chối xét xử đối với vụ việc đó (trừ một số trường hợp đặc biệt); Điều 7 Bộ luật Tư pháp quốc tế 2004 của Bỉ cũng quy định về nghĩa vụ từ chối thụ lý hoặc đình chỉ vụ việc khi có thoả thuận lựa chọn toà án nước ngoài; án lệ điển hình của Hoa Kỳ *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.* 407 U.S. 1 (1972) cũng đề cập đến nghĩa vụ từ chối thụ lý vụ việc khi toà án phát hiện có thoả thuận lựa chọn toà án giữa các bên...

Do đó, tác giả cho rằng, BLTTDS 2015 cần bổ sung quy định về nghĩa vụ của Toà án Việt Nam từ chối thụ lý giải quyết vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài khi phát hiện có thoả thuận lựa chọn toà án nước ngoài khi vụ việc không thuộc thẩm quyền riêng biệt của Toà án Việt Nam, nhằm tôn trọng quyền tự định đoạt của các bên, cũng như đảm bảo khả năng thực thi phán quyết khi cần công nhận và cho thi hành trên lãnh thổ nước ngoài đó.

Kết luận

Sự ra đời của BLTTDS 2015 được kỳ vọng sẽ giải quyết được những khó khăn, vướng mắc liên quan đến pháp luật điều chỉnh về thoả thuận lựa chọn toà án tại Việt Nam, song quy định tại điểm c khoản 1 Điều 470 lại chưa đáp ứng được kỳ vọng đó.

Tuy nhiên, trong thời điểm BLTTDS 2015 vừa được triển khai thực hiện, việc điều chỉnh là tương đối khó. Vì vậy, trước mắt, trong văn bản quy định chi tiết, hướng dẫn thi hành của TAND tối cao, Hội đồng thẩm phán cần có hướng dẫn cụ thể, chi tiết hơn về quy định này để đảm bảo việc hiểu thống nhất về vấn đề thoả thuận lựa chọn toà án.

GÓP VỐN VÀO CÔNG TY THEO LUẬT DOANH NGHIỆP NĂM 2014

*Nguyễn Huy Cường**

Tóm tắt: Bài viết làm rõ một số bất cập trong các quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014 về: i) Định giá tài sản góp vốn khi thành lập công ty; ii) Thời điểm góp vốn của thành viên hợp danh; iii) Nghĩa vụ tài sản của thành viên hợp danh được kết nạp mới; iv) Nghĩa vụ tài sản của người quản lý doanh nghiệp khi doanh nghiệp bị giải thể; đồng thời kiến nghị một số giải pháp hoàn thiện.

Abstract: This paper clarifies shortcomings of provisions of the Law on Enterprises of 2014 on: i) Evaluation of property as contributed capital to company establishment; ii) Time for capital contribution to a partnership; iii) Property obligation of a new partner; iv) Property obligation of directors of a dissolved company. It then makes proposals to improve those provisions.

Đặt vấn đề

Góp vốn là việc đưa tài sản của các thành viên, cổ đông vào công ty để tạo thành vốn điều lệ. Đây là quy định bắt buộc nhằm tạo ra tài sản độc lập giữa công ty và các thành viên, cổ đông công ty, đồng thời cũng là căn cứ để xác định tư cách pháp nhân của công ty được thành lập. Việc định giá tài sản góp vốn vào công ty của các thành viên, cổ đông công ty do các thành viên, cổ đông tự thực hiện trên cơ sở thống nhất thỏa thuận, nếu không đạt được sự thống nhất thì có thể yêu cầu tổ chức thẩm định giá chuyên nghiệp thực hiện. Tuy nhiên, những quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014 về góp vốn vào công ty lại bộc lộ những bất cập, mâu thuẫn trong quá trình thực thi.

1. Một số bất cập trong các quy định về góp vốn vào công ty của Luật Doanh nghiệp năm 2014

1.1. Định giá tài sản góp vốn khi thành lập công ty

Khi các thành viên, cổ đông sáng lập có ý tưởng kinh doanh và thống nhất cùng nhau thành lập công ty thì điều kiện tiên quyết là phải có tài sản để công ty đi vào hoạt động. Theo đó, các thành viên, cổ đông sáng lập khi góp vốn thành lập công ty phải chuyển quyền sở hữu các tài sản góp vốn vào công ty để hình thành khối tài sản chung gọi là vốn điều lệ.

Về nguyên tắc, tài sản góp vốn không phải là Đồng Việt Nam, ngoại tệ tự do chuyển đổi, vàng phải được các thành viên thành lập, cổ đông sáng lập công ty hoặc tổ chức thẩm định giá chuyên nghiệp định giá và được thể hiện thành Đồng Việt Nam¹. Như vậy, tài sản góp vốn của các thành viên, cổ đông sáng lập công ty được xác định bằng một trong hai hình thức: Các thành viên, cổ đông sáng lập công ty tự định giá theo sự nhất trí hoặc thuê tổ chức thẩm định giá chuyên nghiệp định giá². Trong quá trình công ty hoạt động, nếu kết nạp thành viên mới thì phần vốn góp của thành viên

* Đoàn luật sư tỉnh Trà Vinh.

¹ Khoản 1 Điều 37 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

² Khoản 2 Điều 37 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

mới này phải được công ty và thành viên kết nạp mới định giá theo quy tắc thống nhất hoặc thuê tổ chức thẩm định giá chuyên nghiệp định giá³.

Tuy nhiên, các quy định này lại mâu thuẫn với quy định của Luật Giá năm 2012. Cụ thể, khoản 5 Điều 4 Luật Giá năm 2012 quy định: “*Định giá là việc cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc tổ chức, cá nhân sản xuất, kinh doanh quy định giá cho hàng hóa, dịch vụ*”; và khoản 15 Điều 4 Luật Giá 2012 quy định: “*Thẩm định giá là việc cơ quan, tổ chức có chức năng thẩm định giá xác định giá trị bằng tiền của các loại tài sản theo quy định của Bộ luật Dân sự phù hợp với giá thị trường tại một địa điểm, thời điểm nhất định, phục vụ cho mục đích nhất định theo tiêu chuẩn thẩm định giá*”. Như vậy, tổ chức thẩm định giá chỉ tự “định giá” hàng hóa, dịch vụ mà mình kinh doanh. Đối với các tài sản khác, tổ chức thẩm định giá không có chức năng định giá mà chỉ có chức năng thẩm định giá. Việc phân biệt hai khái niệm này rất quan trọng và là cơ sở pháp lý để điều chỉnh các quan hệ xã hội.

1.2. Thời điểm góp vốn của thành viên hợp danh

Thành viên hợp danh là chủ sở hữu chung của công ty, cùng nhau kinh doanh dưới một tên chung. Các thành viên hợp danh thành lập công ty phải thực hiện nghĩa vụ góp vốn vào công ty để hình thành vốn điều lệ theo quy định của Luật Doanh nghiệp. Tuy nhiên, khoản 1 Điều 173 Luật Doanh nghiệp 2014 không quy định thời điểm cụ thể để các thành viên hợp danh hoàn thành nghĩa vụ góp vốn, mà chỉ quy định thành viên hợp danh phải góp đủ và đúng hạn số vốn như đã cam kết theo nội dung đăng ký doanh nghiệp.

Vấn đề đặt ra là, nếu các thành viên hợp danh khi đăng ký thành lập doanh nghiệp cùng nhau cam kết sẽ góp vốn, nhưng thời hạn góp vốn là 01 hoặc nhiều năm sau khi được cấp Giấy đăng ký doanh nghiệp thì sẽ được giải quyết như thế nào. Cơ quan đăng ký kinh doanh không thể từ chối hồ sơ đăng ký doanh nghiệp bởi luật không quy định về thời hạn góp vốn của thành viên hợp danh.

Cũng theo quy định tại Điều 181 Luật Doanh nghiệp năm 2014, khi công ty hợp danh tiếp nhận thêm thành viên hợp danh mới thì thành viên hợp danh này về nguyên tắc, phải nộp đủ số vốn cam kết góp vào công ty trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày được chấp thuận. Tuy nhiên, nếu Hội đồng thành viên quyết định thời hạn khác thì sẽ áp dụng thời hạn góp vốn này. Vấn đề đặt ra, thời hạn này là khi nào, tối đa là bao lâu kể từ ngày thành viên mới được tiếp nhận và làm thủ tục thông báo thay đổi với cơ quan đăng ký kinh doanh? Nội dung này chưa được Luật Doanh nghiệp 2014 năm quy định.

Luật Doanh nghiệp quy định thành viên hợp danh không góp đủ và đúng hạn số vốn đã cam kết thì số vốn chưa góp đủ sẽ được coi là khoản nợ của thành viên đó đối với công ty. Đồng thời, thành viên hợp danh không góp đủ và đúng hạn số vốn đã cam kết gây thiệt hại cho công ty phải chịu trách nhiệm bồi thường cho công ty. Vậy, nếu tất cả các thành viên hợp danh đều cố tình kéo dài thời hạn góp vốn vào công ty thì công ty sẽ không có tài sản để duy trì hoạt động. Bởi mỗi thành viên khi xác lập, thực hiện các giao dịch được xác lập phải sử dụng tài sản riêng của mình để thực hiện do công ty chưa có tài sản độc lập. Đây là tình huống mà Luật Doanh nghiệp năm 2014 chưa tiên liệu được.

³ Khoản 3 Điều 37 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

1.3. Nghĩa vụ tài sản của thành viên hợp danh được kết nạp mới

Khoản 3 Điều 181 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định: “Thành viên hợp danh mới phải cùng liên đới chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty, trừ trường hợp thành viên đó và các thành viên còn lại có thỏa thuận khác”. Như vậy, về nguyên tắc thì thành viên hợp danh khi thành lập và thành viên hợp danh kết nạp mới phải liên đới chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty. Tuy nhiên, nếu có sự thỏa thuận với các thành viên còn lại về việc không phải chịu trách nhiệm liên đới đối với các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty thì thành viên hợp danh tiếp nhận mới sẽ được loại trừ trách nhiệm.

Vấn đề đặt ra là, luật chưa tiên liệu trường hợp có thành viên lợi dụng quy định trốn tránh nghĩa vụ tài sản nhằm thu lợi bất chính nhưng vẫn điều hành, quản lý công ty hợp danh (bởi họ cũng là thành viên hợp danh của công ty). Như vậy, sẽ dẫn đến trường hợp thành viên hợp danh được tiếp nhận mới này có thể thực hiện nhiều giao dịch có lợi cho bản thân, nhưng nếu có rủi ro, tranh chấp phát sinh thì toàn bộ nghĩa vụ tài sản sẽ chuyển cho các thành viên còn lại trong khi họ được miễn trừ nghĩa vụ vô hạn.

1.4. Nghĩa vụ tài sản của người quản lý doanh nghiệp khi doanh nghiệp bị giải thể

Người quản lý trong một doanh nghiệp rất đa dạng và bao gồm nhiều thành phần, tùy thuộc vào quy mô hoạt động của công ty. Họ có thể là chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh, Chủ tịch Hội đồng thành viên, thành viên Hội đồng thành viên, Chủ tịch công ty, hoặc là những người được

thuê làm công ăn lương như: Chủ tịch Hội đồng quản trị, thành viên Hội đồng quản trị, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc và cá nhân giữ chức danh quản lý khác theo quy định tại Điều lệ công ty, mà thông thường là các chức danh như: Trưởng/phó phòng, ban hoặc tương đương trở lên...

Nếu doanh nghiệp bị thu hồi Giấy đăng ký doanh nghiệp theo quy định tại Điều 201 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì tất cả những người quản lý doanh nghiệp đó phải liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ của doanh nghiệp. Đây là một quy định rất mâu thuẫn với các quy định khác của Luật này. Bởi lẽ:

- Thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn chỉ chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của doanh nghiệp trong phạm vi số vốn đã góp vào doanh nghiệp theo quy định tại khoản 1 Điều 47 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

- Cổ đông chỉ chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của doanh nghiệp trong phạm vi số vốn đã góp vào doanh nghiệp theo quy định tại khoản 1 Điều 110 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

- Thành viên hợp danh được tiếp nhận mới nếu có sự thỏa thuận với các thành viên hợp danh khác thì có thể không phải cùng liên đới chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty theo quy định tại khoản 3 Điều 181 Luật Doanh nghiệp năm 2014. Trong trường hợp này, họ có thể chỉ phải chịu trách nhiệm trong phạm vi số vốn đã góp vào công ty như đối với thành viên góp vốn.

- Đối với người quản lý doanh nghiệp là người làm thuê thì họ còn được điều chỉnh bởi pháp luật về lao động. Nếu doanh nghiệp bị thu hồi Giấy đăng ký doanh

nghiệp mà nguyên nhân không phải do lỗi của những người quản lý này nhưng họ vẫn phải liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ của doanh nghiệp là không có cơ sở. Bởi họ là người làm công ăn lương, thực hiện công việc theo các Nghị quyết của Đại hội đồng cổ đông, Hội đồng quản trị, Hội đồng thành viên và các quyết định của Giám đốc/Tổng giám đốc...

2. Một số kiến nghị

Qua phân tích một số bất cập trong các quy định về vốn góp vào công ty của Luật Doanh nghiệp năm 2014, tác giả đề xuất một số kiến nghị:

- Luật Doanh nghiệp năm 2014 nên có sự điều chỉnh về thuật ngữ “định giá” của tổ chức hành nghề thẩm định giá đối với tài sản góp vốn của thành viên, cổ đông sáng lập và của thành viên kết nạp mới. Đây là quy định trái với quy định của Luật Giá năm 2012, bởi tổ chức thẩm định giá không có chức năng “định giá” mà chỉ có chức năng “thẩm định giá”.

- Theo quy định của Luật Doanh nghiệp, tất cả các thành viên hợp danh trong công ty hợp danh phải liên đới chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty. Tuy nhiên, công ty hợp danh cũng là một pháp nhân, có vốn điều lệ nên việc không quy định thời hạn góp vốn vào công ty sẽ dẫn đến việc công ty không có vốn để kinh doanh. Do đó, cần quy định thời hạn tối đa để các thành viên thực hiện nghĩa vụ góp vốn vào công ty.

- Quy định tại khoản 3 Điều 181 Luật Doanh nghiệp năm 2014 có sự mâu thuẫn với những quy định chung về công ty hợp danh. Bản chất của công ty hợp danh là các thành viên cùng kinh doanh dưới một tên gọi chung, các thành viên đều là người đại

diện công ty để hoạt động kinh doanh các ngành, nghề của công ty và cùng nhau liên đới chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty. Vì thế, không thể có trường hợp có thành viên phải chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình, trong khi có thành viên được miễn trừ trách nhiệm đối với các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty.

- Người quản lý công ty là những người làm thuê thì không thể buộc họ phải chịu trách nhiệm liên đới về các khoản nợ của doanh nghiệp khi doanh nghiệp bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, trong trường hợp không thuộc phạm vi trách nhiệm hay lỗi của họ. Luật Doanh nghiệp năm 2014 buộc họ phải chịu trách nhiệm liên đới về các khoản nợ của doanh nghiệp là vi phạm nghiêm trọng quy định của pháp luật dân sự về trách nhiệm bồi thường thiệt hại.

Hơn nữa, Luật Doanh nghiệp quy định thành viên của công ty trách nhiệm hữu hạn và cổ đông của công ty cổ phần chỉ chịu trách nhiệm trong phạm vi số vốn đã góp vào doanh nghiệp; nhưng mặt khác lại quy định, nếu doanh nghiệp gặp khó khăn, mất khả năng thanh toán..., bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp thì những người quản lý (bao gồm tất cả thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn và một số cổ đông giữ chức danh quản lý trong công ty cổ phần) phải liên đới chịu trách nhiệm về khoản nợ của công ty là có sự mâu thuẫn. Tuy nhiên, nếu công ty được giải quyết theo thủ tục phá sản thì họ lại được giới hạn về trách nhiệm trong phạm vi số vốn đã góp vào công ty. Do đó, Luật Doanh nghiệp năm 2014 nên bỏ quy định tại khoản 3 Điều 181 để tạo sự thống nhất trong các quy định.

BẢO ĐẢM QUYỀN TỰ DO KINH DOANH CỦA DOANH NGHIỆP – NHÌN TỪ GÓC ĐỘ PHÁP LUẬT QUẢNG CÁO THƯƠNG MẠI

Võ Thị Thanh Linh*

Tóm tắt: Bài viết phân tích thực trạng quy định của pháp luật quảng cáo thương mại trong việc bảo đảm quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp, đồng thời, đưa ra một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật về vấn đề này.

Abstract: This paper analyses current laws and regulations on commercial advertisement from the perspective of freedom to do business. It then makes relevant proposals.

1. Thực trạng quy định của pháp luật quảng cáo thương mại trong việc bảo đảm quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp

1.1. Những điểm tích cực

Quyền “tự do” là khả năng lựa chọn của các chủ thể, với ý niệm đó, nếu chủ thể càng nhiều sự lựa chọn thì càng nhiều “tự do”. Theo pháp luật thực định, quyền tự do kinh doanh là khả năng doanh nghiệp kinh doanh trong khuôn khổ của pháp luật, được thực hiện những hoạt động mà pháp luật không cấm. Điều 33 Hiến pháp năm 2013 quy định: “Mọi người có quyền tự do kinh doanh trong những ngành nghề mà pháp luật không cấm”. Hoạt động quảng cáo thương mại hiện nay được điều chỉnh bởi Luật Thương mại năm 2005, Luật Quảng cáo năm 2012, Luật Cạnh tranh năm 2004 và các văn bản hướng dẫn thi hành, trong đó đã thừa nhận và đảm bảo quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp tham gia vào hoạt động quảng cáo. Pháp luật về quảng cáo thương mại đã có nhiều quy định đảm bảo quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp.

Cụ thể, Điều 4 Luật Cạnh tranh năm 2004 quy định: “Doanh nghiệp được tự do kinh doanh trong khuôn khổ pháp luật. Nhà nước bảo hộ quyền cạnh tranh hợp pháp trong kinh doanh”. Luật Quảng cáo năm 2012 đã “có tác động tích cực đối với hệ thống pháp luật, cải cách thủ tục hành chính của Việt Nam, thúc đẩy sự phát triển của hoạt động xúc tiến và đảm bảo quyền lợi của các chủ thể”¹.

Một trong những quyền cơ bản mà doanh nghiệp được tôn trọng là quyền lựa chọn hình thức, phương tiện quảng cáo, quyền yêu cầu thẩm định nội dung quảng cáo, quyền được tham gia góp ý cho quy hoạch quảng cáo. Đồng thời, Luật Quảng cáo năm 2012 cũng rút gọn các thủ tục hành chính nhằm bảo đảm quyền lợi cho các doanh nghiệp. Cụ thể, Luật đã bãi bỏ Giấy phép thực hiện quảng cáo trên bảng, bảng-rôn thay bằng thủ tục thông báo sản phẩm quảng cáo đến cơ quan quản lý nhà nước về quảng cáo trước khi thực hiện quảng cáo.

* ThS., Khoa Luật, Đại học Đà Lạt.

¹ Ngô Việt Hoa, *Báo cáo Rà soát pháp luật hiện hành về xúc tiến thương mại và quảng cáo thương mại tại Việt Nam*, Dự án hỗ trợ chính sách thương mại và đầu tư của châu Âu, năm 2014, tr. 36.

Đồng thời, bãi bỏ Giấy phép ra phụ trương quảng cáo thay bằng thủ tục thông báo cho cơ quan quản lý nhà nước về báo chí. Luật Quảng cáo cũng bỏ quy định khống chế số trang của phụ trương quảng cáo, phụ trương quảng cáo phải được đánh số riêng, có cùng khuôn khổ và phải ghi rõ thông tin của tờ báo và dòng chữ: “Phụ trương quảng cáo không tính vào giá bán”. Những quy định trên vừa cởi bỏ những rào cản về thủ tục trong lĩnh vực quảng cáo, tạo tâm lý yên tâm cho doanh nghiệp khi tiến hành hoạt động này tại Việt Nam.

1.2. Những điểm bất cập, hạn chế

Bên cạnh những mặt tích cực nêu trên, pháp luật quảng cáo thương mại vẫn còn những hạn chế bất cập ảnh hưởng đến quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp. Cụ thể như sau:

1.2.1. Quy định về quảng cáo so sánh

Hành vi quảng cáo so sánh được quy định trong Luật Quảng cáo năm 2012, Luật Thương mại năm 2005 và Luật Cạnh tranh năm 2004. Theo đó, pháp luật Việt Nam cấm các doanh nghiệp quảng cáo so sánh trực tiếp hoạt động sản xuất, kinh doanh hàng hoá, dịch vụ cùng loại của mình với hoạt động sản xuất, kinh doanh hàng hoá dịch vụ cùng loại của thương nhân khác. Tuy nhiên, thế nào là “quảng cáo so sánh” thì hiện nay chưa có văn bản nào quy định cụ thể. Quy định “cấm quảng cáo so sánh” đã hướng đến ý niệm: Chỉ những hành vi quảng cáo so sánh trực tiếp, cố ý đưa ra các sản phẩm quảng cáo của mình với hàng hoá dịch vụ cùng loại của doanh nghiệp khác thì mới bị cấm. Việc pháp luật cấm trường hợp quảng cáo so sánh trực tiếp đã tác động đến quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp ở 3 khía cạnh:

Một là, doanh nghiệp bị so sánh gián tiếp về sản phẩm, hàng hoá, dịch vụ không có căn cứ để khiêu nại công ty có sản phẩm quảng cáo so sánh.

Hai là, doanh nghiệp quảng cáo so sánh trực tiếp với thông tin so sánh hợp lý, đúng đắn thì vẫn bị liệt vào hành vi quảng cáo bị cấm. Thực tế hiện nay, chỉ có trường hợp duy nhất pháp luật cho phép là “thương nhân có quyền so sánh hàng hoá của mình với hàng giả, hàng vi phạm quyền sở hữu trí tuệ trong sản phẩm quảng cáo thương mại sau khi có xác nhận của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền về việc sử dụng hàng giả, hàng vi phạm quyền sở hữu trí tuệ để so sánh”². Tác giả cho rằng, pháp luật Việt Nam nên thừa nhận và cho phép quảng cáo so sánh trực tiếp khi doanh nghiệp chỉ rõ những đặc tính thua kém của đối thủ cạnh tranh, và sự so sánh đó phải có bằng chứng rõ ràng để không gây nhầm lẫn cho người tiêu dùng. Thiết nghĩ, nếu cho phép quảng cáo so sánh trực tiếp khi đáp ứng các yêu cầu này sẽ tạo điều kiện cho doanh nghiệp phát huy tính tự chủ trong hoạt động quảng cáo.

Ba là, doanh nghiệp hoạt động trong lĩnh vực quảng cáo gặp khó khăn bởi đối tượng cấm quảng cáo so sánh chưa thống nhất giữa Luật Thương mại năm 2005 và Luật Cạnh tranh năm 2004. Trong khi Luật Thương mại quy định đối tượng bị cấm quảng cáo so sánh bao gồm “hoạt động sản xuất, kinh doanh hàng hoá, dịch vụ” thì Luật Cạnh tranh chỉ quy định gồm “hàng hoá, dịch vụ”. Hai nhóm đối tượng trên về bản chất là giống nhau, đều là những sản

² Điều 22 Nghị định 37/2006/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành Luật Thương mại về hoạt động xúc tiến thương mại.

phẩm từ hoạt động sản xuất, kinh doanh, tuy nhiên, việc không quy định đồng nhất giữa hai văn bản này đã phần nào tác động đến nhận thức của doanh nghiệp khiến họ lúng túng khi thực thi luật.

Hiện nay, trừ Anh, Mỹ và một số quốc gia Bắc Âu, phần lớn các nước phát triển đã cấm và không cho phép quảng cáo so sánh. Tham khảo Luật Chống cạnh tranh không lành mạnh Cộng hoà Liên bang Đức: “Quảng cáo so sánh là bất kỳ sự quảng cáo nào trực tiếp hoặc gián tiếp để có thể nhận ra được đối thủ cạnh tranh hoặc hàng hoá, dịch vụ mà đối thủ cạnh tranh chào bán”³. Theo quy định này, pháp luật cạnh tranh của Đức cấm doanh nghiệp thực hiện quảng cáo gián tiếp và trực tiếp. Quyền lợi của các doanh nghiệp bị so sánh được nhà nước bảo vệ tuyệt đối, dù thông tin của doanh nghiệp quảng cáo đưa ra là gián tiếp.

Bộ luật Hoa Kỳ (The United States Code, viết tắt USC) về Kinh doanh và Thương mại (Commerce and Trade), Quyển 15, Chương 2⁴ quy định, không cấm hành vi quảng cáo so sánh, nếu nội dung quảng cáo đó đảm bảo tiêu chí chính xác, trung thực và không vi phạm pháp luật. Pháp luật Hoa Kỳ đã chỉ rõ trong trường hợp nào quảng cáo thương mại bị coi là vi phạm pháp luật. Các tiêu chí để xác định các trường hợp vi phạm cũng được luật hóa một cách chi tiết và cụ thể. Điều này tạo thuận lợi cho hoạt động quảng cáo và kinh doanh dịch vụ quảng cáo tại Hoa Kỳ.

³ Điều 2, Luật Chống cạnh tranh không lành mạnh Cộng hoà Liên bang Đức, sửa đổi ngày 23/7/2002.

⁴ U.S. Code Chapter 2, Federal Trade Commission, *Promotion of Export trade and Prevention of Unfair Methods Competiton*. Xem tại địa chỉ: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/chapter-2>, truy cập ngày 10/7/2017.

Rõ ràng, quy định cấm quảng cáo so sánh trực tiếp sẽ bảo vệ được quyền lợi của các đối thủ cạnh tranh, của người bán hàng hóa, người cung ứng dịch vụ đang quảng cáo. Tuy nhiên, ở góc độ khác thì việc cho phép quảng cáo so sánh trực tiếp lại có lợi hơn cho những doanh nghiệp muốn nâng cao năng lực cạnh tranh. Do đó, quy định về cấm quảng cáo so sánh trực tiếp chưa đảm bảo đúng tinh thần “bảo hộ quyền cạnh tranh hợp pháp trong kinh doanh”⁵.

1.2.2. Về quyền tự do ngôn luận của doanh nghiệp

Pháp luật quảng cáo Việt Nam đã có nhiều động thái tích cực để đảm bảo quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp. Tuy nhiên, nhiều quy định chưa hoàn toàn bảo vệ hoặc gián tiếp hạn chế quyền tự do ngôn luận trong hoạt động quảng cáo. Các vấn đề tồn tại như sau:

Thứ nhất, chưa điều chỉnh đối với phát ngôn thương mại dưới hình thức bài phát biểu thương mại (một trong những cách thức quảng cáo) với tư cách là một hoạt động quảng cáo. Trong nhiều trường hợp, một cá nhân đại diện cho doanh nghiệp thể hiện bài diễn văn trước đông đảo công chúng để quảng bá và kêu gọi người tiêu dùng mua hàng hoá, sản phẩm của doanh nghiệp mình. Vậy, bài phát biểu này cũng cần được coi là một hình thức, phương tiện quảng cáo. Phát ngôn này mang bản chất kinh tế và thường có mục đích thuyết phục khán giả tham gia mua một sản phẩm cụ thể. Ở một số quốc gia phát triển, diễn hình như Mỹ, một phát biểu thương mại được điều chỉnh bởi pháp luật quảng cáo thương mại khi: (1) Là thông điệp quảng bá,

⁵ Điều 4, Luật Cạnh tranh năm 2004.

(2) Là tài liệu tham khảo một sản phẩm cụ thể và (3) Mục tiêu quảng cáo là lợi nhuận thu được⁶. Nhiều ý kiến cho rằng, “bài phát biểu thương mại phục vụ nhiều giá trị khác ngoài những lời nói của người nói”⁷, nhưng do không thuộc vào một trong các phương tiện quảng cáo được quy định trong Luật Quảng cáo Việt Nam nên khó điều chỉnh trường hợp này⁸. Pháp luật quảng cáo Việt Nam chưa công nhận bài phát biểu thương mại như là một phát ngôn thương mại để tạo cho doanh nghiệp phát huy tính sáng tạo của mình trong hoạt động quảng bá sản phẩm.

Thứ hai, pháp luật mới chỉ dừng lại ở việc liệt kê các hành vi cấm trong quảng cáo thương mại nhưng chưa quy định rõ về tiêu chí xác định như:

Một là, cấm quảng cáo thiếu thẩm mỹ, trái với truyền thống lịch sử, đạo đức, thuần phong mỹ tục Việt Nam⁹ nhưng chưa quy định rõ các khái niệm trên, nên đã giới hạn quyền tự do ngôn luận của doanh nghiệp.

⁶ CaseBriefs.com. CaseBriefs, “Case Brief: Bolger v. Youngs Drug Products Corp (1983)”, LLC. Xem tại địa chỉ: <http://www.casebriefs.com/blog/law/constitutional-law/constitutional-law-keyed-to-chemerinsky/first-amendment-freedom-of-expression/bolger-v-youngs-drug-products-corp/>, truy cập ngày 1/6/2017.

⁷ By Martin H. Redish, *Commercial Speech and the Values of Free Expression*, Police Analysis No, 813, June 19, năm 2017, p.7.

⁸ Điều 17 Luật Quảng cáo năm 2012 quy định có 7 phương tiện quảng cáo: 1. Báo chí; 2. Trang thông tin điện tử, thiết bị điện tử, thiết bị đầu cuối và các thiết bị viễn thông khác; 3. Các sản phẩm in, bản ghi âm, ghi hình và các thiết bị công nghệ khác; 4. Bảng quảng cáo, băng-rôn, biển hiệu, hộp đèn, màn hình chuyên quảng cáo; 5. Phương tiện giao thông; 6. Hội chợ, hội thảo, hội nghị, tổ chức sự kiện, triển lãm, chương trình văn hoá, thể thao; 7. Người chuyển tải sản phẩm quảng cáo; vật thể quảng cáo; 8. Các phương tiện quảng cáo khác theo quy định của pháp luật.

⁹ Khoản 3 Điều 8 Luật Quảng cáo năm 2012.

Hai là, cấm quảng cáo so sánh trực tiếp hàng hoá, dịch vụ của mình với hàng hoá, dịch vụ cùng loại của doanh nghiệp khác¹⁰ như đã phân tích ở trên.

Ba là, cấm quảng cáo có sử dụng các từ ngữ “nhất”, “duy nhất”, “tốt nhất”, “số một” hoặc từ ngữ có ý nghĩa tương tự mà không có số liệu hợp pháp chứng minh theo quy định của Bộ Văn hoá, Thể thao và Du lịch¹¹. Pháp lệnh Quảng cáo năm 2001 không cấm trường hợp quảng cáo “tốt nhất” nhưng Luật Quảng cáo năm 2012 lại cấm trường hợp này khiến các doanh nghiệp kinh doanh phải đối mặt với rất nhiều trở ngại trên thực tế. Và dù có những trường hợp doanh nghiệp đưa ra được các bằng chứng khách quan chứng minh được sản phẩm của mình là tốt nhất trên thị trường thì vẫn bị cơ quan chức năng xử lý.

Tham khảo quy định của pháp luật quảng cáo một số quốc gia cho thấy tầm quan trọng của tự do ngôn luận và bài phát biểu thương mại. Điều 10 Công ước châu Âu về quyền con người quy định: “Quyền truyền đạt thông tin là một phần của quyền tự do ngôn luận”¹². Quyền tự do ngôn luận được hiểu rất rộng, bao gồm cả quyền thực hiện các phát ngôn mang tính thương mại (commercial speech). Theo định nghĩa của Tòa án tối cao Hoa Kỳ, phát ngôn mang tính thương mại là “*phát ngôn mà người nói có khả năng sẽ cam kết thực hiện hoạt động thương mại, người nghe dự tính là người tiêu dùng hiện tại hoặc tiềm năng và nội dung của thông điệp mang tính thương*”

¹⁰ Khoản 10 Điều 8 Luật Quảng cáo năm 2012.

¹¹ Khoản 11 Điều 8 Luật Quảng cáo năm 2012.

¹² *European convention on human Rights*, supra note, art 10, 1.

mai”¹³. Tham khảo Hiến chương quyền tự do ngôn luận Canada, Thụy Điển, New Zealand đều có quy định rõ quyền tự do ngôn luận của doanh nghiệp¹⁴. Tại Hoa Kỳ, tự do ngôn luận được đảm bảo trong hoạt động quảng cáo thương mại hơn trong quảng cáo phi thương mại. Tuy nhiên, ở Canada lại không có sự phân biệt này¹⁵. Tiêu chí để pháp luật bảo vệ quyền tự do ngôn luận trong quảng cáo thương mại ở một số quốc gia cũng có sự khác nhau. Tham khảo kết luận giải quyết của Tòa án Hoa Kỳ và Tòa án châu Âu về hành vi quảng cáo thuốc tránh thai cho thấy, Hoa Kỳ đứng từ góc độ bảo vệ quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp để bảo vệ quan điểm cấm quảng cáo thuốc tránh thai, trong khi đó, các quốc gia châu Âu lại đứng từ góc độ bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng¹⁶. Việc bảo vệ quyền tự do ngôn luận cần tuân thủ theo Hiến pháp quốc gia. Ví dụ về quảng cáo thuốc lá: Một thời gian dài tại Canada xảy ra bất đồng quan điểm giữa doanh nghiệp kinh doanh quảng cáo thuốc lá với đạo luật cấm quảng cáo thuốc lá (bằng cách hạn chế quảng cáo, hay cấm

quảng cáo gián tiếp thuốc lá). Các doanh nghiệp Canada phản đối đạo luật này vì cho rằng quy định trên vi phạm quyền tự do ngôn luận được quy định trong Hiến pháp Canada¹⁷.

Quy định trên của các quốc gia cho thấy, quảng cáo thương mại nói chung và phát ngôn thương mại nói riêng đều nhận được sự bảo hộ của nhà nước, tiêu chí để phát ngôn thương mại được bảo vệ cũng được xác định rõ ràng, điều này đã tạo điều kiện cho các doanh nghiệp quảng cáo phát huy thế mạnh của mình.

1.2.3. Quy định về hoạt động quảng cáo của doanh nghiệp nước ngoài tại Việt Nam

Tại Chương IV Luật Quảng cáo năm 2012 và Chương III Nghị định 181/2013/NĐ-CP hướng dẫn thi hành Luật Quảng cáo đã quy định về vấn đề quảng cáo có yếu tố nước ngoài, trong đó chủ yếu tập trung vào điều chỉnh hoạt động của tổ chức, cá nhân kinh doanh dịch vụ quảng cáo xuyên biên giới.

Thương nhân nước ngoài theo Luật Thương mại gồm: Thương nhân có hoạt động kinh doanh tại Việt Nam và thương nhân không có hoạt động kinh doanh tại Việt Nam. “Đối với thương nhân nước ngoài muốn quảng cáo thương mại về hoạt động kinh doanh hàng hoá, dịch vụ của mình phải thuê thương nhân kinh doanh dịch vụ quảng cáo thương mại Việt Nam thực hiện”¹⁸. Ví dụ, trang thông tin điện tử của tổ chức, cá nhân nước ngoài khi cung

¹³ “Commercial speech has been defined (...) as speech where the speaker is more likely to be engaged in commerce, where the intended audience is commercial or actual or potential consumers, and where the content of the message is commercial in character”. Xem định nghĩa này tại: https://www.law.cornell.edu/wex/commercial_speech, truy cập ngày 1/7/2017.

¹⁴ Caroline Reid, *Freesdom of expression, Commercial expression and tobacco in Canada*, Submitted as part of the LLM programme at Victoria University of Wellington, (2008) 39 Vuwlr, p. 344, 345.

¹⁵ Caroline Reid, tldd, p. 365.

¹⁶ Europe Oxana Valeryevna Gassy-Wright, *Commercial speech in the united states and Europa*, University of Georgia School of Law, năm 2005, p. 20.

¹⁷ Melissa E Crow, *Smokescreens and State Responsibility: Using Human Rights Strategies to Promote Global Tobacco Control*, 29 Yale J Int'l, 2004, p. 209-211.

¹⁸ Điều 103 Luật Thương mại năm 2005.

cấp thông tin qua biên giới phải uỷ quyền cho một doanh nghiệp khác có đăng ký hoạt động tại Việt Nam. Điển hình như Google uỷ quyền cho CleverAds - một doanh nghiệp chuyên về quảng cáo.

Có thể thấy, Luật Thương mại đã hạn chế quyền tự do kinh doanh của thương nhân nước ngoài. Trong khi Luật Quảng cáo chỉ hạn chế quyền đối với thương nhân nước ngoài không hoạt động tại Việt Nam, cụ thể: “Tổ chức, cá nhân nước ngoài không hoạt động tại Việt Nam có nhu cầu quảng cáo về sản phẩm, hàng hoá, dịch vụ và hoạt động của mình tại Việt Nam phải thuê người kinh doanh dịch vụ quảng cáo của Việt Nam thực hiện”¹⁹. Như vậy, giữa Luật Thương mại năm 2005 và Luật Quảng cáo năm 2012 có sự mâu thuẫn về vấn đề này. Việc giới hạn quyền quảng cáo của thương nhân nước ngoài không hoạt động quảng cáo tại Việt Nam bằng việc phải thuê người kinh doanh dịch vụ quảng cáo ở Việt Nam là không cần thiết và không hề hợp lý trong xu thế hiện nay, bởi việc kiểm duyệt và cho đăng tải những mẫu quảng cáo của thương nhân nước ngoài tại Việt Nam lại thuộc về chức năng và quyền hạn của cơ quan có thẩm quyền Việt Nam. Quy định mang tính cứng nhắc như trên đã phần nào làm giảm doanh thu từ hoạt động quảng cáo của Việt Nam. Đánh giá của Quỹ nghiên cứu phát triển quảng cáo (FAR) thuộc trường Đại học USC, Queensland, Australia, những năm gần đây, quảng cáo ở Việt Nam có xu hướng giảm do gặp phải những khó khăn vướng mắc, trong đó có phần do cơ chế quản lý còn hạn chế: Năm 2000, quảng cáo chiếm 0,62% GDP; năm 2010, xuống

0,54%; năm 2014, xuống còn 0,51% và năm 2016, chỉ còn 0,48% GDP²⁰.

Tham khảo pháp luật Hoa Kỳ, thương nhân nước ngoài được tự do kinh doanh quảng cáo thương mại trên lãnh thổ Hoa Kỳ theo cam kết với Tổ chức Thương mại thế giới (WTO). Trong các cam kết về dịch vụ tại WTO, Hoa Kỳ không đưa ra bất kỳ giới hạn nào liên quan đến quyền kinh doanh dịch vụ quảng cáo thương mại đối với nhà cung cấp dịch vụ nước ngoài, ở cả hai vấn đề về tiếp cận thị trường và đối xử quốc gia²¹. Tuy nhiên, với vấn đề tiếp cận thị trường, Hoa Kỳ không cam kết đối với hình thức hiện diện thể nhân về quảng cáo thương mại²².

1.2.4. Quy định ràng buộc trách nhiệm pháp lý của các chủ thể quảng cáo thương mại căn cứ trên hợp đồng giao kết

Người phát hành quảng cáo tuy không chịu trách nhiệm về chất lượng của sản phẩm hàng hoá, dịch vụ được quảng cáo, nhưng phải có trách nhiệm nhất định trong việc kiểm tra các thông tin trên sản phẩm quảng cáo thông qua các điều khoản trong hợp đồng đã phát hành. Đối với người cho thuê phương tiện quảng cáo thương mại, họ có quyền lựa chọn khách hàng và thu phí từ việc cho thuê phương tiện quảng cáo thương mại theo hợp đồng. Luật Quảng cáo không quy định thể nào là người cho thuê phương

²⁰ Nguyễn Phước, “Thủ tục “trói” doanh nghiệp quảng cáo”, xem tại địa chỉ: <http://enternews.vn/thu-tuc-troi-doanh-nghiep-quang-cao-4411.html>, truy cập ngày 3/6/2017.

²¹ Xem thông tin tại địa chỉ: [http://itip.wto.org/services/\(S\(3eo3sdmapfr1eby1z15kba1u\)\)/GATS_De tail.aspx?id=22806&or_path=0000100018](http://itip.wto.org/services/(S(3eo3sdmapfr1eby1z15kba1u))/GATS_De tail.aspx?id=22806&or_path=0000100018), truy cập ngày 1/7/2017.

²² Nguyễn Ngọc Hà, Võ Sỹ Mạnh, *Pháp luật quảng cáo thương mại Hoa Kỳ và bài học cho Việt Nam*, Tạp chí Kinh tế đối ngoại, 2016, số 46.

¹⁹ Khoản 2 Điều 39 Luật Quảng cáo năm 2012.

tiện quảng cáo, nhưng lại quy định quyền và nghĩa vụ của chủ thể này. Theo đó, chủ thể này sẽ phải chịu trách nhiệm về căn cứ pháp lý của việc cho thuê địa điểm, phương tiện và tính an toàn của quảng cáo thương mại, thực hiện đúng các nghĩa vụ trong hợp đồng cho thuê địa điểm, phương tiện quảng cáo thương mại đã ký kết²³.

Như vậy, ở Việt Nam, các hoạt động quảng cáo thông qua các chủ thể khác đều phải có sự giao kết hợp đồng giữa các bên, khi đã thống nhất các điều khoản trong hợp đồng thì tất cả các chủ thể phải tuân theo. Tuy nhiên, quy định ràng buộc trách nhiệm pháp lý giữa các bên bằng hợp đồng trong lĩnh vực quảng cáo không phải lúc nào cũng đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể. Quy định này trong một số trường hợp mang tính cứng nhắc, không phát huy tính tự giác, tự chủ của doanh nghiệp.

Pháp luật về quảng cáo thương mại Hoa Kỳ không đưa ra nhiều quy định để xác định quyền và nghĩa vụ cụ thể của các bên trong các hợp đồng có liên quan. Pháp luật cho phép các bên tự quyết định, quyền tự do thỏa thuận đã được tôn trọng một cách tối đa. Quy định này mở rộng quyền cho các chủ thể, tuy nhiên cũng đòi hỏi các chủ thể quảng cáo hết sức tỉnh táo khi tham gia vào các giao dịch có liên quan, đề phòng trường hợp quyền và lợi ích hợp pháp của mình sẽ bị ảnh hưởng nghiêm trọng từ những điều khoản không được quy định rõ trong hợp đồng.

1.2.5. Quy định nghĩa vụ chứng minh của doanh nghiệp bị thiệt hại

Pháp luật về quảng cáo nói chung đã bảo vệ quyền được khiếu nại của doanh

ngiệp khi quyền và lợi ích hợp pháp bị xâm phạm. Theo quy định của Luật Cảnh tranh năm 2004, bên khiếu nại có nghĩa vụ cung cấp chứng cứ để chứng minh hành vi bị khiếu nại đã xâm phạm đến quyền và lợi ích hợp pháp của mình. Chứng cứ phải đảm bảo tính trung thực. Chứng cứ có thể là vật chứng, nhưng phải là hiện vật gốc liên quan đến vụ việc hoặc là lời khai của người làm chứng, giải trình của tổ chức cá nhân liên quan hay tài liệu gốc, bản sao tài liệu gốc, bản dịch tài liệu gốc do cơ quan, tổ chức có thẩm quyền cung cấp, xác nhận; kết quả giám định hợp pháp. Bên khiếu nại phải đưa ra chứng cứ để chứng minh cho khiếu nại, yêu cầu đó của mình là có căn cứ và hợp pháp. Theo quy định tại Điều 74 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP hướng dẫn thi hành Luật Cảnh tranh năm 2004 thì nghĩa vụ chứng minh một vụ việc cạnh tranh thuộc về bên khiếu nại. Quy định này đã gây khó dễ cho bên khiếu nại là doanh nghiệp bị thiệt hại. Rõ ràng pháp luật cho phép và bảo vệ quyền lợi của doanh nghiệp bị thiệt hại khi trao cho doanh nghiệp này quyền được khiếu nại, nhưng đã tác động và phần nào cản trở quyền khiếu nại của doanh nghiệp. Cơ quan quản lý cạnh tranh khi tự tiến hành điều tra hoàn toàn có quyền yêu cầu bên bị khiếu nại cung cấp các chứng cứ chứng minh các thông tin mình đưa ra trong quảng cáo là đúng sự thật, nhưng đối với doanh nghiệp bị thiệt hại thì việc chứng minh hành vi vi phạm của bên bị khiếu nại là khó khả thi. Thực tế chỉ có bên bị khiếu nại mới là người nắm rõ các thông tin về chất lượng, nguồn gốc, cấu thành sản phẩm quảng cáo.

1.2.6. Quy định về quyền tham gia ý kiến trong quá trình xây dựng quy hoạch quảng cáo

²³ Khoản 2 Điều 15 Luật Quảng cáo năm 2012.

Có thể nói, một trong những quyền đáng ghi nhận của người kinh doanh dịch vụ quảng cáo được pháp luật thừa nhận là quyền tham gia ý kiến trong quá trình xây dựng quy hoạch quảng cáo ở địa phương và được cơ quan nhà nước đưa thông tin về quy hoạch quảng cáo ngoài trời²⁴. Tuy nhiên, để đảm bảo cho doanh nghiệp thực hiện quyền này thì lại chưa có cơ chế cụ thể, hay nói cách khác, cách thức mà pháp luật quy định chưa rõ ràng và hợp lý. Hiện chưa có văn bản hướng dẫn về quy trình thực hiện. Đây chính là lý do khiến quyền và lợi ích của người kinh doanh dịch vụ quảng cáo chưa được đảm bảo tuyệt đối. Nhiều doanh nghiệp không được tiếp cận và thông tin trước về quy hoạch quảng cáo của địa phương, họ luôn thụ động trong chiến lược, kế hoạch kinh doanh riêng của mình. Với cách thức quy định chưa rõ ràng như hiện nay, lợi ích nhóm trong trường hợp này là điều không thể tránh được.

2. Một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật quảng cáo thương mại nhằm bảo đảm quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp

Quảng cáo thương mại là nhu cầu tất yếu của sự phát triển kinh tế - xã hội, quyền quảng cáo thương mại chính là quyền tự do kinh doanh của chủ thể. Tuy nhiên, vì sự công bằng của các chủ thể kinh doanh trên thị trường, pháp luật đã can thiệp quá sâu vào hoạt động quảng cáo, một số trường hợp pháp luật xác lập quyền cho doanh nghiệp, nhưng chưa tạo hành lang pháp lý để đảm bảo thực hiện quyền này. Chính vì vậy, khi xây dựng hành lang pháp lý đảm bảo quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp, cần thống nhất hai nhiệm vụ sau:

Thứ nhất, đã xác lập quyền thì phải có cơ chế để đảm bảo thực hiện quyền và bảo vệ quyền này của các chủ thể quảng cáo thương mại. Bên cạnh đó, phải quy định rõ hành vi nào các chủ thể có thể thực hiện được, hành vi nào bị cấm.

Thứ hai, cân bằng lợi ích của các bên trong hoạt động quảng cáo, tuy nhiên cần phải tạo cơ chế cho doanh nghiệp được phát huy hết khả năng sáng tạo và tiềm lực của mình, nhằm tạo môi trường kinh doanh công bằng, lành mạnh. Tác giả đề xuất một số giải pháp hoàn thiện pháp luật về quảng cáo thương mại nhằm đảm bảo quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp như sau:

+ Về quy định quảng cáo so sánh

Pháp luật quảng cáo thương mại cần điều chỉnh theo một trong hai hướng sau để đảm bảo quyền tự do kinh doanh:

Một là, cho phép quảng cáo so sánh trực tiếp trong trường hợp doanh nghiệp đưa ra thông tin so sánh chính xác, trung thực, có xác nhận của cơ quan chức năng.

Hai là, học hỏi kinh nghiệm của một số quốc gia, điển hình như Đức, nếu đã cấm quảng cáo so sánh trực tiếp thì cũng nên cấm quảng cáo so sánh gián tiếp để tạo hành lang pháp lý rõ ràng, bảo vệ quyền lợi doanh nghiệp. Không nên phân biệt quảng cáo so sánh gián tiếp hay so sánh trực tiếp, vì như đã phân tích, dù doanh nghiệp không chỉ rõ tên, hình ảnh của đối thủ cạnh tranh nhưng bằng hình ảnh ám thị, người tiếp nhận vẫn có thể nhận ra sản phẩm của đối tượng đang bị so sánh.

+ Về quy định liên quan đến quyền tự do ngôn luận

Quyền tự do ngôn luận bảo vệ người quảng cáo và người tiếp nhận quảng cáo, điều này đóng vai trò quan trọng trong việc

²⁴ Điểm c khoản 1 Điều 13 Luật Quảng cáo năm 2012.

đảm bảo quyền lợi của doanh nghiệp và khách hàng, đặc biệt khi xúc tiến hoạt động bán hàng. Thiết nghĩ, pháp luật quảng cáo Việt Nam cũng cần: (i) Quy định rõ “phát ngôn mang tính thương mại cũng là hình thức quảng cáo thương mại” và cần có hành lang pháp lý bảo hộ; (ii) Cần hướng dẫn cụ thể các tiêu chí để xác định hình thức quảng cáo bị cấm; và (iii) Đối với quảng cáo khẳng định sản phẩm của mình là “tốt nhất”, doanh nghiệp có thể được phép quảng cáo nếu đáp ứng các điều kiện nhất định.

+ *Về quy định hoạt động quảng cáo của doanh nghiệp nước ngoài tại Việt Nam*

Cần thống nhất về việc cho phép hay không cho phép đối với thương nhân nước ngoài hoạt động quảng cáo tại Việt Nam giữa hai văn bản (Luật Thương mại năm 2005 và Luật Quảng cáo năm 2012) trên cơ sở tôn trọng và tuân thủ cam kết quốc tế nhằm tạo môi trường cạnh tranh lành mạnh, công bằng cho đối tượng này. Về nguyên tắc, văn bản pháp luật được ban hành sau thì có giá trị pháp lý cao hơn, trong Luật Thương mại sửa đổi bổ sung cần quy định rõ: “Tổ chức, cá nhân nước ngoài không hoạt động tại Việt Nam có nhu cầu quảng cáo về sản phẩm, hàng hoá, dịch vụ và hoạt động của mình tại Việt Nam phải thuê người kinh doanh dịch vụ quảng cáo của Việt Nam thực hiện” để phù hợp với pháp luật chuyên ngành.

+ *Quy định ràng buộc trách nhiệm pháp lý của các chủ thể quảng cáo thương mại căn cứ trên hợp đồng giao kết*

Đồng ý rằng, pháp luật quy định cần có hợp đồng ký kết giữa người kinh doanh dịch vụ quảng cáo với doanh nghiệp cần quảng cáo, giữa doanh nghiệp với người phát hành

quảng cáo, giữa người cho thuê địa điểm quảng cáo với người quảng cáo, người kinh doanh dịch vụ quảng cáo để ràng buộc trách nhiệm pháp lý giữa các bên. Tuy nhiên, trong một số trường hợp pháp luật không nên can thiệp quá sâu vào thoả thuận giữa các chủ thể. Bởi thực tế, hoạt động quảng cáo mang bản chất tiền hợp đồng, khi tiến hành hoạt động quảng cáo, nhiều chủ thể ý thức được vai trò và nghĩa vụ của mình đối với các bên có liên quan. Nhà nước chỉ nên quy định trách nhiệm liên đới chịu trách nhiệm giữa các chủ thể quảng cáo và không nên bó buộc họ trong một khuôn khổ nhất định bằng hợp đồng ràng buộc như hiện nay.

+ *Về nghĩa vụ chứng minh của doanh nghiệp bị thiệt hại*

Cần quy định “bên bị khiếu nại có nghĩa vụ chứng minh tính trung thực của quảng cáo” sẽ khả thi và hiệu quả hơn là quy định “bên bị thiệt hại có nghĩa vụ cung cấp chứng cứ để chứng minh hành vi bị khiếu nại đã xâm phạm đến quyền và lợi ích hợp pháp của mình”. Đồng thời, cần thiết xây dựng lại cơ chế thực thi quyền và nghĩa vụ chứng minh lỗi trong hoạt động quảng cáo thương mại. Quy định như vậy cũng phù hợp với trách nhiệm thông tin trung thực của người quảng cáo được quy định ở nhiều văn bản pháp luật khác như Luật Thương mại, Luật Quảng cáo và Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng.

+ *Về đảm bảo quyền cho doanh nghiệp được đóng góp ý kiến trong quy hoạch quảng cáo địa phương*

Nhà nước cần có văn bản quy định rõ về quy trình góp ý, lấy ý kiến của từng doanh nghiệp trước khi đưa ra bản quy hoạch quảng cáo ở địa phương, tuân thủ theo đúng tinh thần Luật Quảng cáo đã quy định.

XÁC ĐỊNH MỤC TIÊU HOẠT ĐỘNG CỦA DOANH NGHIỆP XÃ HỘI TRONG PHÁP LUẬT VƯƠNG QUỐC ANH, HÀN QUỐC VÀ MỘT SỐ GỢI MỞ CHO VIỆT NAM

*Lê Nhật Bảo**

Tóm tắt: Doanh nghiệp xã hội có mục đích cuối cùng là giải quyết các vấn đề xã hội mà không phải là tìm kiếm lợi nhuận cho các nhà đầu tư. Do “mục tiêu vì xã hội” thường trừu tượng nên việc đặt ra các tiêu chí để xác định mục tiêu đó là rất cần thiết. Nhằm góp phần hoàn thiện pháp luật về doanh nghiệp xã hội của nước ta, bài viết trình bày một nghiên cứu so sánh giữa pháp luật của Vương quốc Anh và Hàn Quốc để rút ra các bài học kinh nghiệm cho Việt Nam trong xây dựng các tiêu chí xác định mục tiêu hoạt động của doanh nghiệp xã hội.

Abstract: Social enterprises have their ultimate objectives for dealing with social issues rather than seeking profits for investors. Because the “social objectives” are often abstract, it is in need of having criteria for determining those objectives. To improve Vietnam’s laws and regulations on social enterprises, this paper studies the laws and regulations of the Great Britain and South Korea from the perspective of comparison and draw out implications for Vietnam to build up criteria of determining objectives of social enterprises.

1. Khái quát khung pháp lý về doanh nghiệp xã hội tại Vương quốc Anh và Hàn Quốc

Vương quốc Anh quan niệm doanh nghiệp xã hội (DNXH) là một mô hình kinh doanh với mục tiêu chính là xã hội, sử dụng hầu hết lợi nhuận để tái đầu tư cho xã hội hoặc cho cộng đồng hơn là hướng tới mục tiêu tối đa hóa lợi nhuận cho cổ đông hoặc chủ sở hữu¹. DNXH tại Anh là thuật ngữ để

xác định mục đích của hành vi kinh doanh (the purpose of a business), chứ không phải là một hình thức pháp lý (not its legal form)². Do đó, hình thức pháp lý của DNXH rất đa dạng. Tương ứng với các hình thức pháp lý khác nhau thì DNXH sẽ chịu sự điều chỉnh bởi các đạo luật tương ứng (Luật về công ty, Luật về hợp tác xã, Luật về các tổ chức từ thiện...). Riêng mô hình công ty Community Interest Company (CIC) - loại hình công ty đặc biệt dành riêng cho DNXH, được điều chỉnh bởi:

* ThS., Khoa Luật Thương mại, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

¹ Department of Trade and Industry, Social Enterprise: a strategy for success, United Kingdom, năm 2002, tr. 13. [A social enterprise is a business with primarily social objectives whose surpluses are principally reinvested for that purpose in the business or in the community, rather than being driven by the need to maximise profit for shareholders and owners].

² Department for Business Innovation and Skill, A Guide to Legal Forms for Social Enterprise 2011, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/31677/11-1400-guide-legal-forms-for-social-enterprise.pdf, truy cập ngày 11/11/2016.

(i) Luật Công ty 2006 (*Companies Act 2006*)³.

(ii) Phần 2 của Luật Công ty (Kiểm toán, Kiểm tra và Doanh nghiệp cộng đồng) 2004 (*Part 2 Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act 2004*)⁴.

(iii) Quy chế về Công ty vì lợi ích cộng đồng 2005 (*The Community Interest Company Regulations 2005*)⁵.

Theo đó, Điều 6 Luật Công ty 2006 xác định CIC được điều chỉnh bởi Phần 2 của Luật Công ty 2004 (từ Điều 26 đến Điều 63). Quy định về CIC trong Luật Công ty 2004 chủ yếu mang tính nguyên tắc như chế độ trách nhiệm, phân phối lợi nhuận, chuẩn mực đặt tên, thủ tục đăng ký CIC, trách nhiệm báo cáo của CIC, quy chế về cơ quan xét duyệt CIC... Những vấn đề khác liên quan đến quản trị CIC thì vẫn thuộc phạm vi điều chỉnh của Luật Công ty 2006. Để hướng dẫn các quy định về CIC trong Luật Công ty 2004, Vương quốc Anh đã ban hành Quy chế CIC 2005. Vậy nên, việc nghiên cứu cách xác định mục tiêu hoạt động của DNXH theo pháp luật của Vương quốc Anh sẽ được tác giả tập trung chủ yếu vào mô hình CIC được quy định trong các văn bản pháp luật nêu trên.

Ở Hàn Quốc, DNXH được điều chỉnh chủ yếu bởi Luật Khuyến khích DNXH 2007, được sửa đổi vào năm 2009 và 2010

(Social Enterprise Promotion Act)⁶, ngoài ra, còn có Nghị định số 20141 được Chính phủ Hàn Quốc ban hành năm 2007 nhằm hướng dẫn một số điều của Luật Khuyến khích DNXH (Enforcement Decree of The Social Enterprise Promotion Act)⁷.

Pháp luật Hàn Quốc tiếp cận thuật ngữ DNXH ở khía cạnh khác với Vương quốc Anh. Theo khoản 1 Điều 2 Luật Khuyến khích DNXH Hàn Quốc, “*DNXH là doanh nghiệp được chứng nhận phù hợp với Điều 7 của Luật này nhằm theo đuổi mục tiêu xã hội, nâng cao chất lượng cuộc sống của người dân bằng việc cung cấp cho nhóm yếu thế những dịch vụ xã hội hoặc công việc trong khi tiến hành kinh doanh, ví dụ như việc sản xuất và bán hàng hóa, dịch vụ*”⁸. Theo khoản 1 Điều 7 Luật này thì DNXH phải đáp ứng các yêu cầu về mục tiêu xã hội theo Điều 8 và được xác nhận bởi Bộ trưởng Bộ Việc làm và Lao động. DNXH theo pháp luật Hàn Quốc phải đáp ứng ba tiêu chí: (i) Theo đuổi mục tiêu xã hội; (ii) Tham gia vào các hoạt động kinh doanh; và (iii) Có xác nhận của Nhà nước⁹.

⁶ Xem thêm bảng dịch tiếng Anh tại: <http://www.moleg.go.kr/FileDownload.mo?flSeq=38843>, truy cập ngày 21/9/2017.

⁷ Nghị định số 20141 năm 2007 của Hàn Quốc đã được sửa đổi vào các năm 2008, 2009, 2010, 2012 và 2013. Vì vậy, trong bài viết này, tác giả sử dụng “**Nghị định số 20141**” hợp nhất qua các lần sửa đổi. Xem thêm bảng dịch tiếng Anh tại: <http://www.moleg.go.kr/FileDownload.mo?flSeq=26571>, truy cập ngày 21/9/2017.

⁸ [The term “social enterprise” refers to an enterprisecertified in accordance with Article 7 as one thatpursues a social objective, such as raising local residents'quality of life, etc., by providing vulnerable groups withsocial services or jobs while conducting business activities, such as the production and sale of goods and services,etc].

⁹ Noh Hee-Jin, *Developing Social Enterprises in Korea*, www.kcmi.re.kr/common/Downloadw.asp?Fid=2989&fgu=002001&fty=004003, truy cập ngày 01/11/2016.

³ Xem thêm tại: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>, truy cập ngày 21/9/2017.

⁴ Sau đây gọi tắt là “**Luật Công ty 2004**”, xem thêm tại: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/27/contents>, truy cập ngày 21/9/2017.

⁵ Sau đây gọi tắt là “**Quy chế CIC 2005**”, xem thêm tại: <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2005/1788/contents/made>, truy cập ngày 21/9/2017.

Dù quan niệm khác nhau về DNXH, nhưng các nước đều thừa nhận DNXH có các đặc điểm cơ bản: (i) Có các hoạt động kinh doanh để giải quyết các vấn đề xã hội và (ii) Dùng phần lớn lợi nhuận để giải quyết các vấn đề xã hội. Đây cũng là các tiêu chí cơ bản để xác định mục tiêu hoạt động của DNXH theo Luật Doanh nghiệp (LDN) 2014 của Việt Nam.

2. Về mục tiêu xã hội mà doanh nghiệp xã hội đăng ký giải quyết

Sở dĩ pháp luật cần phải yêu cầu nhà đầu tư làm rõ vấn đề này bởi phạm vi các vấn đề xã hội là rất rộng, chẳng hạn như: Vấn nạn thất nghiệp, tệ nạn xã hội, tình trạng người già thiếu sự chăm sóc, nâng cao thu nhập của khu dân cư nghèo, tình trạng ô nhiễm nguồn nước, xử lý rác thải... Từng DNXH không thể nào giải quyết được nên cần có giới hạn để DNXH chuyên môn hóa vào một vấn đề cụ thể. Ở cấp độ quản lý, Nhà nước cũng sẽ thuận lợi hơn trong việc xây dựng các chính sách phù hợp. Ngoài ra, điều này còn góp phần giúp chúng ta thấy rõ sự khác biệt với những “vấn đề xã hội” mà các doanh nghiệp thương mại truyền thống đem lại cho khách hàng của mình.

Hiện nay, DNXH tại Anh có nhiều hình thức tổ chức hoạt động khác nhau, trong đó mô hình Công ty vì lợi ích cộng đồng (Community Interest Company - CIC) là loại hình công ty có tư cách pháp lý rõ nét nhất của DNXH được pháp luật tại Anh điều chỉnh. CIC được thành lập nhằm đem lại lợi ích cho cộng đồng hơn là vì lợi ích của các thành viên công ty¹⁰. Nhưng rõ ràng là mục tiêu vì xã hội không phải lúc nào

cũng dễ xác định¹¹ nên Luật Công ty 2004 buộc người đăng ký thành lập CIC có nghĩa vụ phải làm rõ điều này để Bộ phận xét duyệt CIC (CIC Regulator) thẩm định. Theo Điều 35 Luật Công ty 2004 về tiêu chí vì lợi ích cộng đồng (community interest test), trong tất cả các trường hợp, người đăng ký CIC phải cung cấp cho Bộ phận xét duyệt văn bản tuyên bố theo đuổi lợi ích cộng đồng. Những nội dung trong văn bản này phải mô tả rõ các nội dung dưới đây:

(i) Các hoạt động cụ thể mà CIC dự định thực hiện, cũng như cách mà xã hội được hưởng lợi từ các hoạt động đó¹².

(ii) Phạm vi “cộng đồng” (community) mà CIC muốn đem lại lợi ích phải phù hợp với Điều 5 Quy chế CIC 2005, có thể là một bộ phận hoặc toàn bộ dân cư tại khu vực địa lý xác định, hoặc một nhóm người có những đặc điểm riêng ở Anh hoặc bất kỳ nơi nào khác¹³.

Những mô tả như trên phải đảm bảo rằng, một người bình thường cũng có thể nhận biết được hiệu quả xã hội mà CIC đem lại¹⁴. Ví dụ như: Công ty kinh doanh để phục vụ các dịch vụ thiết yếu của xã hội, các chương trình giáo dục và đào tạo, việc

¹¹ Roger Spear, *The Social Economy in the United Kingdom*, <http://www.ess-europe.eu/sites/default/files/publications/files/ariadne-social-economy-in-the-uk.pdf>, truy cập ngày 12/01/2017.

¹² Department for Business Innovation and Skill, *Chapter 4: Creating a Community Interest Company (CIC)*, http://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/524152/13-781-community-interest-companies-chapter-4-creating-a-cic.pdf, truy cập ngày 27/11/2016.

¹³ Department for Business Innovation and Skill, *Chapter 2: Preliminary considerations*, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/535836/12-1334-community-interest-companies-chapter-2-preliminary-considerations.pdf, truy cập ngày 25/12/2016.

¹⁴ Điều 35(4) Luật Công ty Anh 2004.

¹⁰ Sarah Riches và Vida Allen, *Business Law*, Pearson Education Limited, United Kingdom, 2009, tr. 79.

làm cho nhóm thanh niên trẻ thất nghiệp... và dĩ nhiên, với quy định như trên, nhóm các đối tượng nằm trong phạm vi gia đình, bạn bè, người thân, hay những người có cùng sở thích nào đó... sẽ không được coi là phục vụ vì lợi ích cộng đồng¹⁵.

(iii) Ngoài ra, theo Điều 35(6) Luật Công ty 2004, CIC không được rơi vào trường hợp bị loại trừ với tiêu chí vì lợi ích cộng đồng. Đó là các hoạt động nhằm mục đích chính trị và tìm kiếm lợi nhuận cho các chủ sở hữu công ty. Tuy nhiên, điều đó không có nghĩa là cấm CIC hoạt động có lợi cho các chủ sở hữu hay người lao động của mình, việc trả lương cho người quản lý, người lao động, thậm chí là trả cổ tức cho các nhà đầu tư góp phần giúp CIC hoạt động vì cộng đồng tốt hơn¹⁶.

Như vậy, tiêu chí vì lợi ích cộng đồng của loại hình CIC được xác định thông qua việc pháp luật buộc người thành lập phải chứng minh phương án kinh doanh của mình sẽ đem lại lợi ích cho xã hội, đồng thời phải xác định đối tượng nào được hưởng lợi từ cách thức kinh doanh như vậy và CIC không rơi vào các trường hợp bị loại trừ. Trên thực tiễn, để định hướng nhà đầu tư trong việc xác định các phương án đem lại lợi ích cho cộng đồng khi thành lập CIC, trên cổng thông tin điện tử của Chính phủ Anh có đăng tải cách thức giải quyết

những vấn đề xã hội của các CIC tiêu biểu để nhà đầu tư tham khảo (Community interest companies: case studies). Với các quy tắc “mềm” như vậy, cách thức giải quyết các vấn đề xã hội của CIC rất đa dạng, các đối tượng hưởng lợi có thể là người dân thuộc một vùng địa lý xác định hoặc có thể chỉ là lợi ích chung cho xã hội (đặc biệt là các CIC hoạt động trong lĩnh vực bảo vệ môi trường, xử lý rác thải, bảo tồn thiên nhiên...).

Đối với Hàn Quốc, khoản 3 Điều 8 Luật Khuyến khích DNXH khẳng định mục tiêu chính của DNXH là giải quyết các vấn đề xã hội, như nâng cao chất lượng cuộc sống của cư dân địa phương bằng cách cung cấp cho nhóm yếu thế các dịch vụ xã hội thiết yếu hoặc tạo việc làm hay đóng góp cho cộng đồng địa phương. Nhằm đặt ra tiêu chí định lượng mục tiêu của DNXH, Điều 9 Nghị định số 20141 quy định:

- Việc xác định mục tiêu chính của tổ chức là *cung cấp dịch vụ xã hội* cho nhóm yếu thế được xác định theo một trong hai cách: (i) Căn cứ vào tỷ lệ nhóm yếu thế trong ***tổng số những người nhận được các dịch vụ xã hội từ tổ chức đó*** phải chiếm ít nhất 30%, hoặc (ii) Căn cứ vào tỷ lệ nhóm yếu thế ***được tuyển dụng làm việc*** tại tổ chức trong tổng số người lao động của tổ chức đó phải chiếm ít nhất 50% (đến 31/12/2016 thì tỷ lệ này còn 30%).

- Việc xác định mục tiêu chính của tổ chức là *đóng góp cho cộng đồng địa phương* theo một trong ba cách: (i) Tăng thu nhập và tạo việc làm cho người dân địa phương qua đánh giá tỷ lệ người yếu thế được tuyển dụng trên tổng số nhân viên của tổ chức hoặc tỷ lệ người yếu thế trên tổng số người nhận được các dịch vụ xã hội từ tổ chức đó đạt từ 20% trở lên tại địa phương

¹⁵ Department for Business Innovation and Skill, *Chapter 4: Creating a Community Interest Company (CIC)*, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/524152/13-781-community-interest-companies-chapter-4-creating-a-cic.pdf, truy cập ngày 27/11/2016.

¹⁶ Regulator of Community Interest Companies, *Information Pack Community Interest Companies*, http://www.artscouncil-ni.org/images/uploads/business-support-documents/bis_cic_infopack.pdf, truy cập ngày 27/11/2016.

nơi tổ chức đặt trụ sở chính; (ii) Giải quyết các vấn đề xã hội như nạn đói, tình trạng bị đẩy ra bên lề xã hội, vấn đề tội phạm tại địa phương: Đánh giá mức doanh thu hoặc chỉ tiêu liên quan đến mục tiêu chính của tổ chức trên tổng số doanh thu có được chiếm từ 40% trở lên; (iii) Cung cấp ý kiến tư vấn, các dịch vụ thị trường, tài chính... cho các tổ chức ưu tiên theo đuổi mục tiêu vì xã hội như cung ứng các dịch vụ xã hội hoặc tạo việc làm cho cộng đồng địa phương, hoặc tăng chất lượng cuộc sống cho người dân địa phương qua mức doanh thu hoặc chỉ tiêu liên quan đến mục tiêu chính của tổ chức trên tổng số doanh thu chiếm từ 40% trở lên.

- Xác định mục tiêu chính của tổ chức là *cung cấp việc làm* và *các dịch vụ xã hội* cho nhóm yếu thế: Tỷ lệ những người yếu thế được tuyển dụng trên tổng số người lao động của tổ chức và tỷ lệ những người yếu thế trên tổng số người nhận được các dịch vụ xã hội chiếm từ 30% trở lên (ngày 31/12/2015 thì giảm còn 20%).

Trong đó, *nhóm người yếu thế* (vulnerable groups) được xác định dựa theo Điều 2 Nghị định số 20141 gồm: (i) Người có thu nhập hàng tháng bằng 60% thu nhập bình quân chung của cả nước hoặc ít hơn; (ii) Người cao tuổi - người từ 55 tuổi trở lên¹⁷; người khuyết tật, nạn nhân buôn bán tình dục, thanh thiếu niên, người được

¹⁷ Được xác định theo Khoản 1 Điều 2 Luật Cấm phân biệt đối xử về tuổi tác trong tuyển dụng và khuyến khích việc làm cho người cao tuổi năm 1991, được sửa đổi, bổ sung năm 1994, 1997, 1999, 2002, 2007, 2008, 2009, 2010 (*Act on Age Discrimination Prohibition in Employment and Aged Employment Promotion*), xem bảng dịch tiếng Anh tại: <http://www.moleg.go.kr/english/korLawEng?pstSeq=47460>, truy cập ngày 21/9/2017.

hưởng trợ cấp để tìm việc mới...¹⁸; (iii) Người cư trú trốn khỏi Triều Tiên; (iv) Nạn nhân bạo lực gia đình, người neo đơn, người nhập cư kết hôn với người nước ngoài ở Hàn Quốc; (v) Các đối tượng khác theo Luật Chính sách việc làm.

Đối với *dịch vụ xã hội* (social service) được xác định theo Điều 3 Nghị định số 20141, gồm: Chăm sóc trẻ em; dịch vụ nghệ thuật, du lịch và thể thao; dịch vụ quản lý và bảo tồn rừng; các dịch vụ về điều dưỡng và làm việc tại nhà; dịch vụ liên quan đến bảo quản, sử dụng di sản văn hoá; dịch vụ quản lý cơ sở kinh doanh, như dịch vụ vệ sinh; các dịch vụ khác do Bộ trưởng Bộ Lao động và Việc làm ban hành.

Một số ví dụ tiêu biểu về các hoạt động của các DNXH tại Hàn Quốc như: Tổ chức phi lợi nhuận Mezzanine I-Pack với hoạt động tạo việc làm cho những người trốn khỏi Triều Tiên và những người cơ nhỡ, công ty CUSP hoạt động thiết kế in ấn sử dụng người lao động là người có hoàn cảnh khó khăn, công ty Travelers' MAP hoạt

¹⁸ Các đối tượng này được xác định theo:

- Luật Khuyến khích việc làm và Phục hồi nghề nghiệp cho người khuyết tật năm 1990 (*Act on Employment Promotion and Vocational Rehabilitation for Disabled Persons*, xem bảng dịch tiếng Anh tại: <https://www.moleg.go.kr/FileDownload.mo?flSeq=26576>, truy cập ngày 21/9/2017).

- Luật Ngăn chặn và bảo vệ nạn nhân bị xâm hại tình dục năm 2011 (*Act on The Prevention of Sexual Assault and Protection, Etc. Of Victims Thereof*, xem bảng dịch tiếng Anh tại: <http://law.go.kr>, truy cập ngày 21/9/2017).

- Luật Khuyến khích hoạt động kinh tế của phụ nữ năm 2004 (*Act on The Promotion of Youth Employment*, xem bảng dịch tiếng Anh tại: <https://elaw.klri.re.kr>, truy cập ngày 21/9/2017).

- Luật Khuyến khích hoạt động kinh tế của phụ nữ năm 2008 (*Act on Promotion of Economic Activities of Career-Interrupted Women*, xem bảng dịch tiếng Anh tại: <http://www.moleg.go.kr/english/korLawEng?pstSeq=55071>, truy cập ngày 21/9/2017).

động cải tạo, phục hồi môi trường của các địa phương và phát triển du lịch cho địa phương...¹⁹.

Như vậy, mục tiêu hoạt động vì xã hội của DNXH được xác định rất cụ thể, có thể phân thành 04 loại chủ yếu: (i) Tạo việc làm cho nhóm yếu thế, (ii) Cung cấp dịch vụ thiết yếu cho nhóm yếu thế, (iii) Vừa tạo việc làm và cung cấp dịch vụ thiết yếu cho nhóm yếu thế, và (iv) Đóng góp cho cộng đồng địa phương. Trong đó, nhóm yếu thế được xác định dựa theo Điều 2 Nghị định số 20141. Ngoài ra, trường hợp khó xác định được các tiêu chí trên thì khoản 2 Điều 9 Nghị định số 20141 quy định Bộ trưởng Lao động và Việc làm sẽ căn cứ vào kết quả thẩm định của Hội đồng Chính sách để đưa ra quyết định cuối cùng là cấp hoặc không cấp Giấy chứng nhận DNXH.

Nhìn chung, pháp luật Hàn Quốc quy định rất chi tiết các đối tượng thuộc nhóm yếu thế và các dịch vụ xã hội thuộc phạm trù “tiêu chí vì xã hội” của DNXH. Cách quy định này bao quát hầu hết tất cả các đối tượng cần nhận được sự quan tâm, hỗ trợ của cộng đồng và cũng tương đồng với quan niệm của Tổ chức Y tế thế giới (WHO)²⁰.

So sánh với tiêu chí vì xã hội của pháp luật Vương quốc Anh, có thể thấy pháp luật Hàn Quốc quy định rõ ràng hơn và thích hợp cho Việt Nam học tập. Điều này rất thuận lợi cho DNXH trong việc lựa chọn đối tượng cũng như cách thức kinh doanh phù hợp với mong muốn của mình.

¹⁹ Nihon Sōgō Kenkyūjo, *Study of Social Entrepreneurship and Innovation Ecosystems in South East and East Asian Countries - Country Analysis: Republic of Korea*, Inter-American Development Bank, năm 2016, tr. 21.

²⁰ WHO, *Vulnerable groups*, http://www.who.int/environmental_health_emergencies/vulnerable_groups/en/, truy cập ngày 16/2/2017.

Hiện nay, pháp luật Việt Nam chưa có các quy định cụ thể về vấn đề này. Theo đó, điểm a khoản 4 Điều 5 Nghị định số 96/2015/NĐ-CP quy định chi tiết về một số điều của LDN chỉ quy định chung chung rằng, các vấn đề xã hội, môi trường và phương thức mà doanh nghiệp dự định thực hiện nhằm giải quyết vấn đề đó phải được lập theo mẫu mà không có sự lý giải rõ ràng. Thông tư số 04/2016/TT-BKHDT quy định các biểu mẫu văn bản sử dụng trong đăng ký doanh nghiệp xã hội theo Nghị định số 96/2015/NĐ-CP ngày 19/10/2015 của chính phủ quy định chi tiết một số điều LDN hướng dẫn mang tính gợi mở hơn như “*miêu tả cách thức, phương thức kinh doanh mà doanh nghiệp dự kiến tiến hành, nêu nhóm đối tượng hưởng lợi, lý giải tại sao hoạt động kinh doanh như vậy lại góp phần giải quyết các vấn đề xã hội, môi trường...*”. Cách hướng dẫn như vậy của Thông tư số 04/2016/TT-BKHDT khá tương đồng với pháp luật về đăng ký CIC của Vương quốc Anh. Tuy nhiên, trong bối cảnh môi trường hoạt động DNXH ở Việt Nam không phát triển như Vương quốc Anh thì cách quy định này chưa thật sự phù hợp, gây khó khăn cho cơ quan đăng ký kinh doanh.

Theo kết quả khảo sát vào năm 2011, các hoạt động kinh doanh để giải quyết các vấn đề xã hội gồm khoảng 10 nhóm cơ bản: (1) Sản xuất hàng tiêu, thủ công nghiệp; (2) Chăm sóc sức khỏe, y tế, kinh doanh dược phẩm; (3) Giáo dục, hướng nghiệp; (4) Kỹ thuật, công nghệ thông tin-viễn thông; (5) Bảo vệ môi trường; (6) Dịch vụ vận tải, du lịch; (7) Truyền thông cộng đồng, tiếp thị xã hội; (8) Quảng bá, tiếp thị thương mại; (9) Nông nghiệp; (10) Nhóm khác gồm xây dựng, tài chính ngân hàng, nghiên cứu tư

vấn, in ấn... Trong các nhóm này thì lĩnh vực 1 và 3 được nhiều DNXH tham gia nhất²¹. Các nhóm lĩnh vực này có thể được xếp thành 04 nhóm hoạt động vì xã hội tương tự như pháp luật Hàn Quốc và thêm lĩnh vực bảo vệ môi trường.

Các nhóm yếu thế nhận được lợi ích từ các hoạt động trên gồm: Những người khuyết tật, nhiễm HIV/AIDS, nạn nhân chất độc màu da cam, thương bệnh binh, người lang thang cơ nhỡ, người sau cai nghiện... với tổng số lao động làm việc tại 167 cơ sở có bản chất như DNXH là gần 9.000 lao động²². So với nhóm yếu thế tại Hàn Quốc, chúng ta có thêm nhóm đối tượng nhiễm HIV/AIDS và nạn nhân chất độc màu da cam, đây đều là các đối tượng rất cần nhận được sự quan tâm của xã hội.

Thời gian vừa qua, một số nhà đầu tư gặp khó khăn khi đăng ký DNXH vì cơ quan đăng ký doanh nghiệp gặp lúng túng trong việc xác định mục tiêu hoạt động của DNXH. Theo nhận định của TS. Nguyễn Đình Cung, Viện trưởng Viện Nghiên cứu quản lý kinh tế Trung ương, “nhiều nhân viên cơ quan đăng ký kinh doanh chưa thực sự hiểu được DNXH là gì, nên việc đọc và thụ lý hồ sơ đăng ký của DNXH vô cùng khó khăn. Vì theo quy định, các DNXH sẽ có thêm các cam kết khác với doanh nghiệp thường, nhất là bản giải trình mục tiêu xã hội và các vấn đề xã hội, môi trường và phương thức kinh doanh mà doanh nghiệp

đang tiến hành”²³. Vậy nên, nhằm định lượng tiêu chí xác định mục tiêu hoạt động của DNXH, Nhà nước cần có các quy định cụ thể về tiêu chí vì xã hội của DNXH. Ở điểm này, chúng ta có thể học tập kinh nghiệm của Hàn Quốc. Cụ thể:

(i) Về các nhóm người yếu thế. Chính phủ nên ban hành Nghị định để hướng dẫn cách xác định nhóm người yếu thế mà DNXH muốn hướng đến. Hiện nay, Nghị định số 136/2013/NĐ-CP của Chính phủ ngày 21/10/2013 quy định chính sách trợ giúp xã hội đối với đối tượng bảo trợ xã hội đã liệt kê rất đầy đủ các đối tượng yếu thế cần nhận được sự trợ giúp của xã hội. Vì vậy, trong việc xác định các nhóm người yếu thế mà DNXH muốn hỗ trợ giải quyết, tác giả kiến nghị việc sử dụng phương pháp dẫn chiếu đến pháp luật về trợ giúp xã hội đối với đối tượng bảo trợ xã hội. Trong trường hợp Nhà nước xét thấy cần bổ sung, thay thế các đối tượng cần bảo trợ thì chỉ cần sửa đổi pháp luật đối với đối tượng bảo trợ xã hội mà không cần phải sửa đổi pháp luật về DNXH. Ngoài ra, chúng ta cũng cần tham khảo các quy định của pháp luật Hàn Quốc về tỷ lệ người lao động thuộc nhóm yếu thế được tuyển dụng làm việc tại doanh nghiệp để đánh giá tiêu chí “vì xã hội”.

(ii) Về các hoạt động kinh doanh mang tính xã hội của DNXH. Từ việc nghiên cứu pháp luật Hàn Quốc và kết quả khảo sát các DNXH ở Việt Nam trong thời gian vừa qua, tác giả kiến nghị liệt kê các nhóm hoạt động kinh doanh đặc trưng của DNXH như sau: (1) Tạo việc làm cho nhóm yếu thế, (2)

²¹ Hội đồng Anh, Trung tâm Tia sáng và Trung tâm Hỗ trợ sáng kiến phát triển cộng đồng, *Báo cáo kết quả khảo sát doanh nghiệp xã hội Việt Nam năm 2011*, Hà Nội, năm 2011, tr. 39.

²² Hội đồng Anh, Trung tâm Tia sáng và Trung tâm Hỗ trợ sáng kiến phát triển cộng đồng, *Báo cáo kết quả khảo sát doanh nghiệp xã hội Việt Nam năm 2011*, Hà Nội, năm 2011, tr. 39.

²³ Khánh An, *Vấn đề doanh nghiệp xã hội do lúng túng về thủ tục*, <http://baodautu.vn/vang-doanh-nghiep-xa-hoi-do-lung-tung-ve-thu-tuc-d51666.html>, truy cập ngày 04/5/2017.

Cung cấp dịch vụ thiết yếu cho nhóm yếu thế, (3) Bảo vệ môi trường như phát triển hệ sinh thái, bảo tồn động, thực vật quý hiếm, sản xuất sản phẩm tái chế thân thiện môi trường, (4) Truyền thông cộng đồng, tiếp thị xã hội. Đồng thời, để không gò bó DNXH vào các hoạt động trên, cần minh thị rằng DNXH có thể thực hiện các hoạt động kinh doanh khác nhưng phải mô tả rõ cách thức mà xã hội được hưởng lợi từ các hoạt động như vậy. Chính phủ có thể xây dựng Nghị định quy định cụ thể về các vấn đề trên theo sự cho phép của LDN 2014.

Tóm lại, hiện nay, pháp luật nước ta đã có nguyên tắc xác định vấn đề xã hội mà DNXH đăng ký giải quyết tại biểu mẫu của Thông tư số 04/2016/TT-BKHDT, tuy nhiên còn chung chung. Vì vậy, có thể học tập kinh nghiệm của Hàn Quốc để làm rõ hơn vấn đề này. Cụ thể: (i) Ghi nhận đối tượng yếu thế trên cơ sở tỷ lệ tối thiểu người yếu thế được tuyển dụng làm việc tại doanh nghiệp và (ii) Phân loại các phương án kinh doanh mà DNXH đăng ký thực hiện.

3. Về tỷ lệ lợi nhuận tối thiểu để tái đầu tư phục vụ các mục tiêu mà doanh nghiệp xã hội đã đăng ký giải quyết

Lợi nhuận của DNXH không sử dụng như các doanh nghiệp thông thường. Lợi nhuận mà doanh nghiệp có được từ hoạt động sản xuất, kinh doanh được dùng để tái đầu tư vào doanh nghiệp với mục tiêu giải quyết các vấn đề xã hội mà DNXH đang theo đuổi²⁴. Tiêu chí sử dụng phần lớn lợi nhuận để tái đầu tư phục vụ các mục tiêu xã hội là điểm phân biệt DNXH với các doanh

niệp thông thường, thể hiện rõ nét tiêu chí “vì xã hội”.

Ở Vương quốc Anh, theo Điều 30(1) Luật Công ty 2004 thì CIC không được chia tài sản cho các thành viên (members), trừ trường hợp Quy chế cho phép. Đồng thời Điều 30(2) của Luật này quy định rằng nếu Quy chế cho phép CIC được chia tài sản cho thành viên thì việc đó phải có giới hạn. Để làm rõ vấn đề này, Điều 22 Quy chế CIC 2005 quy định về giới hạn phân chia lợi nhuận - cổ tức. Theo đó, *CIC – công ty cổ phần trách nhiệm hữu hạn* (CIC limited by shares) hoặc *CIC – công ty trách nhiệm hữu hạn bởi khoản bảo đảm với vốn cổ phần* (CIC limited by guarantee with a share capital) được chia tối đa 35% lợi nhuận. Nghĩa là, *CIC – công ty trách nhiệm hữu hạn bởi khoản bảo đảm không có vốn cổ phần* (CIC limited by guarantee without a share capital) phải sử dụng 100% lợi nhuận để tái đầu tư cho các mục đích cộng đồng, còn *CIC – công ty cổ phần trách nhiệm hữu hạn* và *CIC – công ty trách nhiệm hữu hạn bởi khoản bảo đảm với vốn cổ phần* phải sử dụng ít nhất 65% lợi nhuận để tái đầu tư phục vụ cho cộng đồng²⁵. Những báo cáo về việc tái đầu tư phải được công khai cho tất cả các chủ sở hữu, các bên có liên quan và cơ quan nhà nước. Vi phạm nghĩa vụ đảm bảo tỷ lệ lợi nhuận tái phân phối và nghĩa vụ báo cáo, theo Phụ lục 7 Luật Công ty 2004 thì CIC có thể phải đối mặt với hành động pháp lý của các thành viên công ty hoặc việc Bộ phận xét duyệt CIC khởi kiện

²⁴ Konrad Adenauer Stiftung Seoul và John McDonald, *Corporate Social Responsibility in Korea*, KAS Journal on Contemporary Korean Affairs, năm 2011, tr. 98.

²⁵ Department for Business Innovation and Skill, *Chapter 7: Financing Community Interest Companies*, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/524155/14-10-90-community-interest-companies-chapter-7-financing-cics.pdf, truy cập ngày 01/4/2017.

ra Tòa án. Trường hợp CIC dùng lợi nhuận để phục vụ vào các mục tiêu xã hội không được xác định từ trước trong Điều lệ công ty thì CIC phải xin phép Bộ phận xét duyệt CIC hoặc tiến hành thay đổi điều lệ trước khi thực hiện²⁶. Như vậy, tỷ lệ lợi nhuận tối thiểu dùng để phục vụ cho các mục tiêu xã hội của CIC có hai loại: 65% và 100%.

Ở Hàn Quốc, khác với CIC của Vương quốc Anh, theo khoản 7 Điều 8 Luật Khuyến khích DNXH, trong trường hợp DNXH có lợi nhuận hằng năm phải dành ít nhất 2/3 số lợi nhuận đó cho các mục tiêu xã hội, tuy nhiên trách nhiệm tái đầu tư này chỉ áp dụng đối với các DNXH vận hành theo mô hình công ty (theo Luật Thương mại) mà không áp dụng đối với tất cả các mô hình tổ chức khác. Đồng thời, vấn đề liên quan đến chia sẻ lợi nhuận và tái đầu tư là một trong những nội dung bắt buộc phải có trong Điều lệ của DNXH (Điều 9 Luật Khuyến khích DNXH). Để đảm bảo việc tái đầu tư đúng như cam kết, khoản 1 Điều 17 Luật Khuyến khích DNXH Hàn Quốc quy định trách nhiệm của DNXH trong việc báo cáo kinh doanh trình Bộ trưởng Bộ Lao động và Việc làm trong vòng bốn tháng kể từ khi kết thúc năm tài chính. Bộ trưởng Bộ Lao động và Việc làm sẽ đánh giá các hoạt động của DNXH trên cơ sở các báo cáo kinh doanh. Trường hợp DNXH không đảm bảo các tiêu chí vì xã hội (bao gồm việc không tái đầu tư như cam kết) thì có thể bị tước giấy chứng nhận DNXH. Nếu DNXH không thực hiện việc báo cáo hoặc lập bản

báo cáo có nội dung gian dối thì sẽ bị xử phạt đến 5 triệu Won (Điều 18 và khoản 2 Điều 23 Luật Khuyến khích DNXH).

Như vậy, tỉ lệ lợi nhuận dùng để tái đầu tư cho các mục tiêu xã hội của DNXH là CIC ở Anh (65% và 100%) và DNXH là công ty thương mại ở Hàn Quốc (2/3 lợi nhuận, gần bằng 67%) rất cao. Đồng thời, để đảm bảo việc đó thực hiện đúng quy định thì pháp luật của hai nước này đều có các cơ chế xử lý.

Ở nước ta, theo điểm c khoản 1 Điều 10 LDN 2014, DNXH phải sử dụng ít nhất 51% tổng lợi nhuận hằng năm để tái đầu tư nhằm thực hiện mục tiêu xã hội, môi trường như đã đăng ký. Con số 51% là nhằm mục đích tạo điều kiện, cơ hội cho DNXH huy động vốn kinh doanh từ các nhà đầu tư, thành viên, cổ đông khác bằng việc bảo đảm có phần cổ tức nhất định cho các nhà đầu tư này, thông qua đó góp phần phát triển bền vững cho DNXH²⁷. Nếu so sánh với Anh và Hàn Quốc thì tỷ lệ 51% của DNXH Việt Nam thấp hơn, nhưng tác giả cho rằng tỷ lệ này đã đạt ngưỡng “phần lớn lợi nhuận” và phù hợp với quy mô nhỏ lẻ có sức cạnh tranh thấp của các DNXH ở nước ta.

Hiện nay, điểm b khoản 4 Điều 5 Nghị định số 96/2015/NĐ-CP và mục 3 Biểu mẫu 1 về “Cam kết thực hiện mục tiêu xã hội, môi trường” tại Thông tư số 04/2016/TT-BKHDĐT yêu cầu DNXH phải xác định tỷ lệ lợi nhuận cụ thể giữ lại để giải quyết các vấn đề xã hội, môi trường là không phù hợp với LDN 2014 và quá cứng nhắc. Trường

²⁶ Department for Business Innovation and Skill, Chapter 9: Corporate Governance, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/211749/13-712-community-interest-companies-guidance-chapter-9-corporate-governance.pdf, truy cập ngày 01/4/2017.

²⁷ Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Báo cáo số 761/BC-UBTVQH13 ngày 28/10/2014 về tiếp thu, chỉnh lý, giải trình Dự án Luật Doanh nghiệp (sửa đổi), http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=753&TabIndex=2, truy cập ngày 02/11/2016.

hợp DNXH thay đổi tỷ lệ lợi nhuận tối thiểu dùng để tái đầu tư (một trong các nội dung của Cam kết thực hiện mục tiêu xã hội, môi trường theo khoản 5 Điều 5 Nghị định số 96/2015/NĐ-CP) phải được thông qua theo tỷ lệ biểu quyết quy định tại điểm b khoản 3 Điều 60 và khoản 1 Điều 144 LDN 2014 đối với DNXH hoạt động theo hình thức công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần. Tuy nhiên, các quy định về tỷ lệ biểu quyết tại điểm b khoản 3 Điều 60 và khoản 1 Điều 144 LDN 2014 để thông qua Nghị quyết của Hội đồng thành viên/Đại hội đồng cổ đông không đề cập trực tiếp về Cam kết thực hiện mục tiêu xã hội, môi trường mà thay vào đó là dẫn chiếu đến Điều lệ công ty. Nhưng theo Nghị định số 96/2015/NĐ-CP và LDN 2014, mức tỷ lệ lợi nhuận tối thiểu dùng để tái đầu tư cho các mục tiêu xã hội, môi trường không phải là nội dung bắt buộc trong Điều lệ của DNXH. Khoản 1 Điều 25 LDN 2014 quy định, một trong các nội dung của Điều lệ công ty là **nguyên tắc phân chia lợi nhuận sau thuế**, tuy nhiên yêu cầu này rất chung chung nên khó tránh khỏi tình trạng điều lệ của DNXH không đề cập về tỷ lệ lợi nhuận tối thiểu phải tái đầu tư cho các mục tiêu xã hội. Kéo theo đó, trường hợp DNXH muốn thay đổi tỷ lệ lợi nhuận tối thiểu phải tái đầu tư cần phải đạt tỷ lệ biểu quyết theo Nghị định số 96/2015/NĐ-CP là chưa phù hợp với LDN 2014.

Bên cạnh đó, theo quy định tại điểm c khoản 1 Điều 10 LDN 2014, các vấn đề xã hội ở đây phải là các “mục tiêu xã hội, môi trường *như đã đăng ký*”. Với quy định này thì phần lợi nhuận mà DNXH dùng để giải quyết các vấn đề xã hội không có trong Cam kết thực hiện mục tiêu xã hội, môi

trường sẽ không được xếp vào tỷ lệ lợi nhuận hằng năm dùng để tái đầu tư vào các vấn đề xã hội “*như đã đăng ký*”. Về vấn đề này, kinh nghiệm từ Anh cho thấy, CIC phải xác định trong Điều lệ công ty các đối tượng được hưởng lợi từ phần lợi nhuận hằng năm, trường hợp CIC muốn mở rộng các đối tượng hưởng lợi thì CIC phải làm đơn xin phê chuẩn từ Bộ phận xét duyệt CIC hoặc CIC có thể tiến hành thay đổi Điều lệ công ty (việc thay đổi Điều lệ CIC vẫn phải được đăng ký với Bộ phận xét duyệt CIC). Mục đích của quy định này nhằm đảm bảo CIC luôn đi đúng mục tiêu giải quyết các vấn đề xã hội.

Do đó, liên quan đến cách xác định tỷ lệ lợi nhuận tối thiểu trong Nghị định số 96/2015/NĐ-CP, tác giả có hai kiến nghị: (i) Bộ quy định buộc DNXH phải xác định tỷ lệ lợi nhuận cụ thể trong Cam kết thực hiện mục tiêu xã hội, môi trường, và (ii) Hồ sơ đăng ký DNXH cần bổ sung thêm quy định về Điều lệ của DNXH phải thể hiện rõ mục tiêu hoạt động vì xã hội và tỷ lệ lợi nhuận tối thiểu hằng năm phải tái đầu tư cho các mục tiêu xã hội. Cơ quan đăng ký kinh doanh coi quy định này là một trong các điều kiện để cấp giấy chứng nhận đăng ký cho DNXH.

Ngoài ra, học tập kinh nghiệm từ Anh và để tạo điều kiện thuận lợi cho DNXH, tác giả kiến nghị bổ sung quy định về thủ tục thông báo với Cơ quan đăng ký kinh doanh khi DNXH muốn sử dụng lợi nhuận hằng năm để giải quyết những vấn đề xã hội, môi trường chưa đăng ký. Trường hợp này DNXH phải chịu trách nhiệm về tính hợp pháp, trung thực của hồ sơ thông báo, còn Cơ quan đăng ký kinh doanh chỉ có trách nhiệm đối với tính hợp lệ của thông báo.

HIỆN TƯỢNG TRỰC LỢI CÁC QUY ĐỊNH VỀ BẢO HỘ ĐẦU TƯ THÔNG QUA KỸ THUẬT TREATY SHOPPING

Ngô Quốc Chiến*

Tóm tắt: Bài viết phân tích khái niệm *treaty shopping*, kỹ thuật thực hiện *treaty shopping* và các hậu quả bất lợi mà *treaty shopping* có thể gây ra cho quốc gia tiếp nhận đầu tư. Đồng thời, bài viết trình bày một số quy định phòng ngừa *treaty shopping* trong các hiệp định có nội dung về đầu tư và phân tích một số phán quyết trọng tài để từ đó rút ra kết luận và liên hệ đối với Việt Nam.

Abstract: This paper analyses the concept of investment treaty shopping, techniques of treaty shopping and its consequences for host States. It also presents provisions on treaty shopping prevention under investment treaties and analyses some relevant arbitral awards to draw out implication for Vietnam.

Các hiệp định song phương về đầu tư (BIT)¹ được ký kết giữa các quốc gia, trong đó, mỗi Bên cam kết dành các ưu đãi và bảo vệ cho các nhà đầu tư là công dân của bên kia. Một trong những ưu đãi mà nhà đầu tư được hưởng từ BIT là được khởi kiện Nhà nước tiếp nhận đầu tư tại trọng tài quốc tế trong trường hợp lợi ích của họ bị xâm phạm.

Tiêu chí phổ biến để xác định nhà đầu tư thuộc phạm vi điều chỉnh của BIT là quốc tịch. Để có thể kiện Nhà nước tiếp nhận đầu tư tại trọng tài theo cơ chế của BIT, nhà đầu tư phải có quốc tịch của quốc gia Bên ký kết kia. Nói cách khác, chỉ những nhà đầu tư có quốc tịch của một quốc gia ký kết mới có quyền khởi kiện Nhà nước bên ký kết tiếp nhận đầu tư. Điều này cũng có nghĩa là các nhà đầu tư của một

quốc gia thứ ba và các nhà đầu tư trong nước không thể kiện theo cơ chế này. Vì vậy, để có thể lợi dụng các quy định mở của các BIT các nhà đầu tư bên thứ ba tiến hành thông qua kỹ thuật *treaty shopping*. Vậy *treaty shopping* là gì? Kỹ thuật này được thực hiện như thế nào? Gây ra những bất lợi gì cho Nhà nước và làm thế nào để phòng chống hành vi này?

1. Treaty shopping là gì?

Treaty shopping là một kỹ thuật khá phức tạp trong pháp luật quốc tế được các chủ thể tư sử dụng để thực hiện chuyển giá, trốn thuế hoặc được hưởng ưu đãi từ các BIT. Trong lĩnh vực đầu tư, *treaty shopping* là hành vi của các nhà đầu tư cố ý tìm cách được hưởng sự bảo hộ ưu đãi của một BIT ký giữa một quốc gia mà mình không có quốc tịch và quốc gia tiếp nhận đầu tư nơi mình thực hiện đầu tư.

Hành vi này trở nên thuận lợi hơn do số lượng các BIT ngày càng gia tăng. Hiện nay, gần như tất cả các quốc gia đều đã ký kết các BIT. Chỉ có một vài quốc gia (quốc đảo Thái Bình Dương, Monaco, Andorra,

* TS., Khoa Luật, Trường Đại học Ngoại thương.

¹ Các quy định về đầu tư có thể nằm trong nhiều điều ước có tên gọi khác nhau, như Hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư, Hiệp định đối tác kinh tế, Hiệp định thương mại... Để ngắn gọn chúng tôi sử dụng khái niệm Hiệp định song phương về đầu tư và viết tắt theo tiếng Anh là BIT.

Liechtenstein và Triều Tiên) là chưa ký BIT nào và một quốc gia chưa có bất kỳ BIT nào có hiệu lực là Brazil². Trên “thị trường” hơn 2700 BIT, các nhà đầu tư có thể dễ dàng “shopping” để tìm kiếm và lựa chọn BIT có khả năng bảo vệ mình tốt nhất. Vì thế, việc được hưởng các ưu đãi từ một BIT giữa các quốc gia A và B có thể được “mở rộng” sang cho các nhà đầu tư của quốc gia C bằng cách có quốc tịch của nước A hoặc nước B.

Treaty shopping không phải lúc nào cũng được coi là một hành vi trục lợi của các nhà đầu tư. Một số người coi treaty shopping đơn giản là một quyền tự định đoạt của các chủ thể tư, trong khi một số người lại coi đây là một kế hoạch hay chiến lược pháp lý. Tuy nhiên, phải thấy rằng, cũng như đường biên giữa tối ưu hóa thuế và trốn thuế, sự phân định giữa quyền tự do định đoạt chiến lược pháp lý và lạm dụng nhằm trục lợi luôn có ranh giới mong manh.

2. Các hiện tượng treaty shopping

Hiện tượng treaty shopping chủ yếu như sau:

Trường hợp 1: Nhà đầu tư muốn được hưởng BIT giữa các quốc gia mà mình không có quốc tịch.

Giữa quốc gia A và B không có BIT. Nhà đầu tư của quốc gia A đầu tư vào quốc gia B muốn hưởng BIT giữa quốc gia B và C bằng cách có được quốc tịch C thông qua cơ cấu đầu tư.

Trường hợp 2: Nhà đầu tư muốn được hưởng BIT ưu đãi hơn BIT giữa các quốc gia mà mình có quốc tịch.

Nhà đầu tư của quốc gia A đầu tư vào quốc gia B. Giữa quốc gia A và B có BIT, nhưng một số điều khoản của BIT này không phù hợp với nhà đầu tư.

Chẳng hạn, khoản 2 Điều 8 Hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư Việt Nam-Trung Quốc năm 1992 quy định: “*Nếu vụ tranh chấp không giải quyết được bằng thương lượng trong thời gian 6 tháng, một trong hai Bên tranh chấp sẽ có quyền đưa vụ tranh chấp ra tòa án có thẩm quyền của Bên ký kết tiếp nhận đầu tư*”. Như vậy, theo Hiệp định này, nhà đầu tư chỉ có thể kiện Nhà nước tiếp nhận đầu tư ra tòa án, chứ không thể sử dụng phương thức trọng tài để giải quyết tranh chấp. Vì thế, nhà đầu tư muốn được áp dụng các quy định ưu đãi hơn có trong một BIT khác ký giữa quốc gia tiếp nhận đầu tư B và quốc gia C. Chẳng hạn, trong BIT khác không có quy định buộc nhà đầu tư phải giải quyết tranh chấp với Nhà nước tiếp nhận đầu tư trước tòa án quốc gia. Trong trường hợp này, nhà đầu tư có hai cách. Cách thứ nhất là tái cơ cấu đầu tư để có quốc tịch C và khởi kiện trên cơ sở BIT giữa B và C, thay vì theo BIT giữa A và B. Cách thứ hai, nhà đầu tư khởi kiện trên cơ sở của BIT giữa A và B, nhưng yêu cầu đối xử tối huệ quốc để được áp dụng điều khoản ưu đãi hơn của BIT giữa B và C.

Trường hợp 3: Kiện chính Nhà nước mà mình có quốc tịch.

Nhà đầu tư trong nước muốn được hưởng các ưu đãi trong các BIT (đặc biệt là được giải quyết tranh chấp với Nhà nước trước trọng tài quốc tế vốn chỉ dành cho các nhà đầu tư nước ngoài)³ bằng cách cơ cấu

² Quốc gia này đã ký 20 BIT, nhưng chưa BIT nào có hiệu lực. Thông tin xem tại: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/27>, truy cập ngày 20/5/2017.

³ Trọng tài quốc tế có nhiều ưu điểm so với trọng tài quốc gia đối với nhà đầu tư khi khởi kiện chống lại Nhà nước tiếp nhận đầu tư ở khâu thi hành phán

đầu tư của mình để có quốc tịch của quốc gia là một bên của BIT có hiệu lực với quốc gia A.

3. Cách thực hiện treaty shopping

Việc cơ cấu đầu tư nhằm có quốc tịch “hữu ích” có thể được thực hiện thông qua hai cách.

Cách thứ nhất: Giữa các quốc gia A và B có BIT. Công ty X đầu tư vào quốc gia B, không có quốc tịch của quốc gia A nên không thể được hưởng ưu đãi của BIT này. Công ty X thành lập một công ty con Y tại quốc gia A và có được quốc tịch “hữu ích”. Công ty con này có thể không có hoạt động kinh tế riêng và không có nhân viên. Người ta còn gọi đây là công ty ảo hay công ty “hòm thư” (mail box company)⁴. Sau đó công ty Y, được kiểm soát bởi công ty X, sẽ đầu tư vào quốc gia B. Khi tranh chấp phát sinh, công ty Y sẽ viện dẫn hiệp định ký kết giữa các quốc gia A và B, mặc dù nhà đầu tư thực sự có quốc tịch của một quốc gia thứ ba hoặc quốc tịch của quốc gia tiếp nhận đầu tư. Việc thành lập công ty Y sẽ đơn giản, nhanh chóng và không tốn nhiều chi phí nếu quốc gia A có các quy định mở và ưu đãi cho việc thành lập doanh nghiệp và

quyết trọng tài. Chẳng hạn, phán quyết trọng tài của Trung tâm giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế (ICSID) được thi hành trực tiếp mà không cần thông qua thủ tục công nhận và cho thi hành. Hiệu lực trực tiếp của trọng tài cũng được quy định trong nhiều hiệp định mà Việt Nam là thành viên. Chẳng hạn, Điều 123 Hiệp định giữa Nhật Bản và Việt Nam về đối tác kinh tế năm 2008 quy định: “1. Bên bị khiếu nại phải ngay lập tức tuân thủ phán quyết của Ủy ban trọng tài được ban hành theo Điều 6. 2. Bên bị khiếu nại phải, trong vòng hai mươi (20) ngày kể từ ngày ban hành phán quyết, thông báo cho bên khiếu nại khoảng thời gian thực hiện phán quyết”.

⁴ Được gọi như vậy bởi vì chỉ có sự hiện diện vật lý tại quốc gia B thông qua một hòm thư, chứ không có hoạt động kinh tế thực chất.

quốc gia B xác định quốc tịch của doanh nghiệp theo nước nơi doanh nghiệp đăng ký thành lập⁵.

Cách thứ hai: Giữa quốc gia A và B có BIT. Nhà đầu tư X mang quốc tịch quốc gia thứ ba đầu tư vào quốc gia B, khi xảy ra tranh chấp đã chuyển nhượng khoản đầu tư cho công ty Y được thành lập theo pháp luật của quốc gia A. Công ty Y này, được BIT giữa A và B bảo vệ, khởi kiện trước tòa trọng tài quốc tế chống lại Nhà nước tiếp nhận đầu tư B. Thực chất, nhà đầu tư đã “chuyển nhượng quyền khởi kiện” cho một nhà đầu tư có cơ hội thắng Nhà nước tiếp nhận đầu tư cao hơn, nhờ các quy định bảo vệ của BIT mà nhà đầu tư được áp dụng do có “quốc tịch hữu ích”. Hiện nay, hành vi này khá phát triển, tới mức người ta gọi đây là “buôn bán quyền khởi kiện” (trafficking in BIT claims)⁶.

4. Thời điểm thực hiện treaty shopping

Treaty shopping có thể được các nhà đầu tư thực hiện trước hoặc sau khi xảy ra tranh chấp với Nhà nước tiếp nhận đầu tư. Trường hợp trước khi xảy ra tranh chấp, người ta gọi đó là treaty shopping “tiền tranh chấp”. Ví dụ, trước khi đầu tư hoặc trong quá trình hoạt động, nhà đầu tư cấu trúc đầu tư của mình để được áp dụng một BIT thuận lợi hơn theo cách như đã phân tích. Trường hợp sau khi xảy ra tranh chấp,

⁵ Việt Nam là một trong số các quốc gia sử dụng hệ thuộc luật nơi đăng ký thành lập để xác định quốc tịch của pháp nhân. Chẳng hạn, khoản 1 Điều 676 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: “Quốc tịch của pháp nhân được xác định theo pháp luật của nước nơi pháp nhân thành lập”.

⁶ Xem M. Skinner, C. A. Miles, S. Luttrell, *Access and advantage in investor-state arbitration: The law and practice of treaty shopping*, Journal of World Energy Law and Business, 2010, vol. 3, p. 269.

người ta gọi đó là treaty shopping “hậu tranh chấp”. Sau khi thực hiện đầu tư và tranh chấp đã phát sinh, nhà đầu tư tìm cách có quốc tịch hữu ích để dựa vào BIT có quyền sử dụng trọng tài quốc tế và/hoặc có nhiều cơ hội thắng kiện Nhà nước tiếp nhận đầu tư.

5. Các bất lợi đối với nước tiếp nhận đầu tư

Treaty shopping có thể gây ra hai bất lợi cho quốc gia tiếp nhận đầu tư:

Bất lợi thứ nhất là, sự mở rộng bảo hộ của BIT cho các nhà đầu tư không thuộc phạm vi BIT nhằm đến gây phá vỡ nguyên tắc có đi có lại chỉ áp dụng giữa các bên liên quan.

Bất lợi thứ hai là, các nhà đầu tư nước ngoài có thể viện dẫn nhiều BIT cho cùng một tranh chấp. Bất lợi này bắt nguồn từ sự nhân rộng các nhà đầu tư trung gian đối với một khoản đầu tư. Quốc gia tiếp nhận đầu tư có thể phải đứng trước rất nhiều vụ kiện đối với cùng một khoản đầu tư và cùng một tranh chấp. Quốc gia càng ký nhiều BIT với các quốc gia, thì rủi ro rơi vào nhiều vụ kiện đối với cùng một khoản đầu tư và cùng một tranh chấp càng tăng. Khi tồn tại một hợp đồng giữa nhà đầu tư trực tiếp và quốc gia tiếp nhận đầu tư, phải tính đến các tòa án giải quyết tranh chấp khác nhau được quy định bởi chính hợp đồng đó. Tất cả các tranh chấp này có thể được đưa ra trước các cơ quan giải quyết tranh chấp quốc gia hoặc quốc tế, khiến quốc gia có thể phải đồng thời đứng trước nhiều thủ tục tố tụng với các chi phí phát sinh rất lớn. Tương tự, rủi ro cũng có thể xảy ra khi có sự mâu thuẫn giữa phán quyết trọng tài và bản án của tòa án. Thực tiễn xét xử đã cho thấy điều này⁷.

⁷ Chẳng hạn, hai phán quyết khác nhau được tuyên trong các vụ CME kiện Cộng hòa Séc và R. S.

6. Một số quy định phòng ngừa treaty shopping trong các BIT thế hệ mới

Để phòng ngừa treaty shopping, các BIT thường kết hợp tiêu chí quốc tịch hoặc trụ sở với tiêu chí kiểm soát thực sự pháp nhân. Ngoài ra, một số BIT thế hệ mới còn có các điều khoản giới hạn và loại trừ ưu đãi.

6.1. Kết hợp các tiêu chí

- Tiêu chí nơi thành lập

Nơi thành lập là một tiêu chí quan trọng để xác định quốc tịch của pháp nhân, theo đó, pháp nhân thành lập tại quốc gia nào thì sẽ mang quốc tịch của quốc gia đó.

Ví dụ, điểm b khoản 2 Điều 1 Hiệp định về khuyến khích và bảo hộ đầu tư Việt Nam – Ba Lan quy định pháp nhân là “[...] bất kỳ thực thể nào được hợp nhất hoặc thành lập và được công nhận như là pháp nhân phù hợp với luật pháp của Bên đó”.

Tiêu chí nơi thành lập có ưu điểm là dễ xác định và cố định, vì nó độc lập với sự thay đổi trụ sở công ty hay nơi hoạt động chính của công ty. Tuy nhiên, tiêu chí này có nhược điểm là tạo ra một mối quan hệ gắn bó rất mờ nhạt, thậm chí là giả tạo như việc đăng ký thành lập và tồn tại một hòm thư. Điều này tạo điều kiện thuận lợi cho treaty shopping.

Các quốc gia muốn tạo thuận lợi cho việc mở các công ty trên lãnh thổ nước mình mà không quan tâm đến việc các công

LAUDER kiện Cộng hòa Séc bởi hai tòa trọng tài khác nhau xét xử cùng vụ việc. Vụ thứ nhất được khởi kiện bởi công ty CME trên cơ sở BIT Hà Lan – Cộng hòa Séc trước Tòa trọng tài UNCITRAL. Vụ thứ hai do cổ đông đa số của CME (Mr. LAUDER) kiện trên cơ sở BIT Mỹ - Cộng hòa Séc trước Tòa trọng tài ISCID. Phán quyết có tại: <http://oxia.oup.com/view/10.1093/law:iic/205-2001.case.1/law-iic-205-2001?rskey=vLq8mc&result=1&prd=IC>, truy cập ngày 20/5/2017.

ty này có thực hiện các hoạt động thực sự hay không thường sử dụng tiêu chí này, mà Hà Lan là một trường hợp điển hình. Đây là quốc gia mà các nhà đầu tư muốn thực hiện treaty shopping sẽ thành lập pháp nhân. Trong thực tế, quốc gia này đã ký hơn 105 BIT với các quốc gia khác nhau trên thế giới, chủ yếu là với các nước phát triển⁸. Ngoài ra, Hà Lan sử dụng tiêu chí nơi thành lập là tiêu chí duy nhất trong các BIT của mình⁹. Như vậy, rất dễ mở một công ty con theo pháp luật Hà Lan. Trong năm 2006 có khoảng 20.000 công ty ảo tại Hà Lan¹⁰. Sự kết hợp các yếu tố này làm cho Hà Lan trở thành quốc gia có các công ty khởi kiện tranh chấp giữa nhà đầu tư và Nhà nước tiếp nhận đầu tư ra trọng tài nhiều nhất dựa trên BIT¹¹.

- Tiêu chí trụ sở/nơi hoạt động

Trụ sở của pháp nhân là nơi tổ chức quản lý, điều hành hoạt động thực sự của pháp nhân, nơi có các trung tâm quản lý của pháp nhân. Tiêu chí trụ sở công ty đòi hỏi pháp nhân phải có sự điều hành thực sự trên lãnh thổ của quốc gia mang quốc tịch.

Ví dụ, điểm b khoản 4 Điều 1 Hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư Việt Nam – Cộng hòa Liên bang Đức năm 1993 quy định: “...Bất kỳ một pháp nhân nào cũng

như bất kỳ một công ty nào hay các công ty hay hiệp hội nào có hoặc không có tư cách pháp nhân, có trụ sở đặt tại Cộng hòa liên bang Đức, không phân biệt mục đích hoạt động của các công ty trên là tạo ra hoặc không tạo ra lợi nhuận”.

Tiêu chí trụ sở của pháp nhân có ưu điểm là thiết lập một mối quan hệ chặt chẽ hơn giữa một pháp nhân với một nhà nước và giảm rủi ro các công ty ảo. Tuy nhiên, so với tiêu chí nơi thành lập, tiêu chí này có nhược điểm là không cố định, vì các pháp nhân có thể chuyển trụ sở của mình từ quốc gia này sang quốc gia khác. Chính vì sự không cố định này mà tiêu chí trụ sở của pháp nhân hiếm khi được quy định riêng rẽ trong các BIT mà thường được quy định kết hợp với một số tiêu chí khác.

- Tiêu chí kiểm soát

Các tiêu chí quốc tịch, trụ sở/nơi hoạt động đều còn hạn chế nên một số BIT quy định kết hợp các tiêu chí này hoặc kết hợp với tiêu chí kiểm soát.

Tiêu chí kiểm soát có ưu điểm là xác định quốc tịch “thực sự” phần vốn của pháp nhân, nhưng cũng có nhiều nhược điểm là trong thực tế, đôi khi rất khó xác định các cổ đông thực sự của một công ty khi các cấp đầu tư trung gian rất dài. Ngoài ra, việc kiểm soát công ty rất dễ thay đổi, và kéo theo đó là sự thay đổi quốc tịch, đặc biệt đối với các công ty niêm yết trên sàn chứng khoán.

Vì vậy, tiêu chí kiểm soát thường được sử dụng để bổ sung cho hai tiêu chí chính nêu trên. Điều này có nghĩa, ngoài tiêu chí chính là xác định quốc tịch (nơi thành lập hoặc nơi có trụ sở), thì một công ty của quốc gia thứ ba vẫn có thể viện dẫn sự kiểm soát pháp nhân được thực hiện bởi các nhà

⁸ Suzy H. Nikiëma, *Bonnes Pratiques: Définition de l'investisseur*, Institut international du développement durable, 3/2012.

⁹ Chặng hạn BIT Hà Lan – Singapore (1972), Điều 1, và BIT Hà Lan – Burundi (2007), Điều 1.b.

¹⁰ V. Roos van Os & Roeline Knottnerus, *Dutch Bilateral Investment Treaties A gateway to “treaty shopping” for investment protection by multinational companies*, SOMO, Amsterdam, octobre 2011, tr. 4.

¹¹ V. Roos van Os & Roeline Knottnerus, *Dutch Bilateral Investment Treaties A gateway to “treaty shopping” for investment protection by multinational companies*, SOMO, Amsterdam, octobre 2011, tr. 37.

đầu tư của một quốc gia ký kết. Chẳng hạn, BIT giữa các quốc gia A và B sử dụng tiêu chí nơi thành lập. Một công ty X được thành lập tại quốc gia C đầu tư vào quốc gia A. Như vậy công ty X không có quốc tịch hữu ích theo BIT này. Nhưng công ty X có thể viện dẫn sự bảo hộ của BIT nếu công ty này được kiểm soát bởi các nhà đầu tư có quốc tịch của quốc gia B.

6.2. Điều khoản giới hạn trong các BIT

6.2.1. Đối với thể nhân

Để giải quyết xung đột tiềm ẩn trong trường hợp đa quốc tịch, một số BIT có quy định chuyên biệt về vấn đề này. Chẳng hạn, Điều 1 BIT Mỹ-Uruguay (2005) quy định: “Nhà đầu tư của một Bên là [...] người mang quốc tịch [...] của một Bên [...]; nhưng với điều kiện là một thể nhân có hai quốc tịch sẽ chỉ được coi là công dân của Nhà nước mà mình có quốc tịch chi phối và thực sự”. Điều này có nghĩa, trong trường hợp hai quốc tịch, nhà đầu tư sẽ chỉ có thể viện dẫn quốc tịch gắn bó nhất của mình trong khuôn khổ trọng tài quốc tế theo BIT. Quốc tịch gắn bó nhất có thể được xác định là quốc tịch của nước nơi cá nhân cư trú thường xuyên và chính, hoặc nước mà các tình tiết cho thấy người đó có các quan hệ chặt chẽ nhất, như hành vi, ngôn ngữ¹²... với quốc gia đó.

Điều 9.15 Hiệp định thương mại tự do Việt Nam – Hàn Quốc năm 2015 quy định rõ ràng hơn, theo đó: “Thể nhân mang quốc tịch của một Bên ký kết không được khởi kiện chống lại Bên ký kết đó theo Chương này”.

6.2.2. Đối với pháp nhân

Để giảm bớt các hành vi treaty shopping, điều khoản trong các BIT gần đây sử dụng hai cách thức và thường kết hợp với nhau. Cách thứ nhất là, thu hẹp định nghĩa về nhà đầu tư được bảo vệ thông qua các tiêu chí quốc tịch ngặt nghèo hơn. Cách thứ hai là, loại trừ minh thị một số nhà đầu tư được hưởng với tư cách quốc tịch của các quốc gia thành viên, độc lập với việc áp dụng tiêu chí ban đầu về quốc tịch quy định trong BIT.

a) Mọi quan hệ gắn bó và thực sự giữa nhà đầu tư và quốc gia mà nhà đầu tư có quốc tịch

Ngoài một hoặc cả hai tiêu chí nơi thành lập hoặc nơi có trụ sở, một số BIT còn yêu cầu nhà đầu tư còn phải có các quan hệ chặt chẽ với Nhà nước để được bảo hộ với tư cách pháp nhân của nước thành viên. Chẳng hạn, Chương I Hiệp định Thương mại tự do Việt Nam-EU¹³ (EVFTA) quy định: “Pháp nhân của Liên minh châu Âu” hoặc “pháp nhân của Việt Nam” là pháp nhân được thành lập theo quy định pháp luật của quốc gia thành viên của Liên minh châu Âu hoặc của Việt Nam tương ứng và tham gia vào các hoạt động kinh doanh tương ứng trong lãnh thổ của Liên minh châu Âu và của Việt Nam. Như vậy, việc thành lập tại một quốc gia thành viên của BIT là chưa đủ để được hưởng bảo hộ của BIT đó, mà còn phải có “các hoạt động kinh doanh tương ứng trong lãnh thổ của Liên minh châu Âu và của Việt Nam”. Trong trường hợp pháp nhân thuộc sở hữu của các thể nhân hoặc pháp nhân của một trong các quốc gia thành viên Liên minh châu Âu và của Việt Nam thì chủ sở hữu phải “thụ hưởng nhiều hơn 50 phần trăm số

¹² Xem: Điều 5 Công ước La Hay ngày 12/4/1930 về xung đột luật về quốc tịch.

¹³ Đã hoàn tất đàm phán, nhưng chưa được ký kết.

vốn góp vào pháp nhân đó”, hoặc các thể nhân hoặc pháp nhân đó “có đủ thẩm quyền bổ nhiệm phần lớn các giám đốc hoặc bằng cách nào khác để điều hành các hoạt động của pháp nhân này một cách hợp pháp” mới được coi là nắm quyền kiểm soát.

Sự kết hợp các tiêu chí khiến khả năng tạo ra một công ty con “ảo” trở nên khó khăn hơn, và như vậy khó thực hiện treaty shopping hơn. Khi đó, các công ty phải thỏa mãn đồng thời nhiều tiêu chí thì mới có thể viện dẫn quốc tịch của một quốc gia ký kết.

b) Điều khoản từ chối lợi ích (denial of benefits)

Các điều khoản từ chối lợi ích đã tồn tại từ lâu trong các BIT, nhưng trước đây chúng chỉ nhằm loại bỏ sự bảo vệ của BIT đối với các “công ty của kẻ thù” trong thời kỳ chiến tranh¹⁴. Hiện nay, điều khoản này cũng được sử dụng để chống lại treaty shopping với một số sửa đổi. Ví dụ, Điều 9.11.2 Hiệp định thương mại tự do Việt Nam – Hàn Quốc năm 2015 quy định: “Một Bên ký kết có thể từ chối dành lợi ích của Chương này cho nhà đầu tư là doanh nghiệp của Bên ký kết kia và khoản đầu tư của họ nếu doanh nghiệp đó không có hoạt động kinh doanh thực chất trên lãnh thổ của Bên ký kết đó, và doanh nghiệp đó được sở hữu hoặc kiểm soát bởi thể nhân hoặc pháp nhân của một Bên không ký kết hoặc của Bên ký kết từ chối lợi ích”.

Điều khoản này cho phép mỗi quốc gia thành viên BIT từ chối trao lợi ích của BIT cho một nhà đầu tư có quốc tịch của một quốc gia thành viên, nhưng không có mối

quan hệ kinh tế thực sự với quốc gia đó. Sự thiếu vắng mối quan hệ kinh tế thể hiện ở: i) Không có các hoạt động kinh tế quan trọng tại quốc gia có quốc tịch. Như vậy, các công ty ảo không có hoạt động kinh tế thực chất sẽ bị loại trừ; ii) Tồn tại một sự kiểm soát đầu tư bởi các công dân của một quốc gia thứ ba hoặc của quốc gia tiếp nhận đầu tư. Khi đó, các công ty của một quốc gia thành viên bị kiểm soát bởi các nhà đầu tư của một quốc gia thứ ba và/hoặc bởi các nhà đầu tư của quốc gia tiếp nhận đầu tư sẽ bị loại trừ.

Điều khoản loại trừ trao các ưu đãi trong thực tế bổ khuyết cho tiêu chí kiểm soát theo hướng ngược lại của tiêu chí bổ sung quốc tịch. Thật vậy, nếu như với tiêu chí kiểm soát chỉ cần kiểm tra đằng sau công ty của một quốc gia thứ ba không có các lợi ích kinh tế thực sự ở một quốc gia thành viên BIT, thì với điều khoản từ chối, có thể kiểm tra thêm rằng đằng sau một công ty của một quốc gia thành viên BIT trong thực tế không có các lợi ích kinh tế thực sự của một quốc gia thứ ba. Như vậy, một sự cân bằng đã được thiết lập.

Cần phải nhấn mạnh rằng, điều khoản này, như được soạn thảo hiện nay trong các BIT, không cho phép tự động từ chối lợi ích của BIT cho các nhà đầu tư được chỉ định. Quốc gia “có thể từ chối” hoặc “giữ quyền từ chối” trao các ưu đãi. Như vậy quyền từ chối là một quyền độc quyền của quốc gia tiếp nhận. Quốc gia này lựa chọn theo những nhu cầu của các công ty mà mình sẽ từ chối hoặc công nhận được hưởng lợi ích từ BIT. Chính vì thế, điều khoản này còn được cho là “không tự động” hoặc chủ quan. Sự mềm dẻo này có thể là một ưu điểm đối với các quốc gia, nhưng nó cũng

¹⁴ Về lịch sử của điều khoản loại trừ trao ưu đãi trong các BIT, xem L.A. Mistelis và C.M. BALTAG, *Denial of benefits and article 17 of the Energy Charter Treaty*, Penn St Law Review, 2009, tr. 113.

có những hệ lụy pháp luật lớn với các tòa trọng tài khi diễn giải quy định.

Ngoài ra, để phòng ngừa treaty shopping dựa trên sự vi phạm dẫn điều khoản tối huệ quốc như đã nêu tại mục 2, các BIT hiện nay còn sử dụng kết hợp điều khoản từ chối lợi ích với điều khoản loại trừ đối xử tối huệ quốc. Ví dụ, Điều 9.4 Hiệp định Thương mại tự do Việt Nam – Hàn Quốc năm 2015 quy định: “3. Sự đối xử quy định tại khoản 1 và 2 [đối xử tối huệ quốc] Điều này không bao gồm:

(a) Bất kỳ sự đối xử ưu đãi nào dành cho nhà đầu tư hoặc khoản đầu tư của họ có được từ các hiệp định song phương, khu vực hoặc quốc tế hoặc bất kỳ hình thức hợp tác kinh tế hoặc hợp tác khu vực hiện hành nào của một Bên ký kết với một Bên không ký kết, và

(b) Bất kỳ sự đối xử ưu đãi đang tồn tại hoặc trong tương lai dành cho nhà đầu tư hoặc khoản đầu tư của họ trong các Hiệp định hoặc thỏa thuận giữa các quốc gia thành viên ASEAN”.

Hiệp định EVFTA cũng có những quy định tương tự tại các khoản 4, 5, 6 Điều 4 “Đối xử tối huệ quốc” ở Chương II về “Đầu tư”.

c) Điều khoản chống lách luật

Hiệp định EVFTA có một quy định về “chống lách luật” tại Điều 17 của Chương II về “Đầu tư”. Cụ thể, quy định này yêu cầu hội đồng xét xử “từ chối thẩm quyền khi đã phát sinh tranh chấp, hoặc có thể dự báo được trên cơ sở nhận thấy khả năng phát sinh tranh chấp cao vào thời điểm bên nguyên đơn đã nhận quyền sở hữu hoặc quyền kiểm soát dự án đầu tư đang thuộc diện tranh chấp và dựa trên bằng chứng của vụ việc, hội đồng xét xử xác định rằng bên

nguyên đơn đã nhận quyền sở hữu hoặc kiểm soát dự án đầu tư chỉ nhằm phục vụ cho mục đích khiếu kiện đòi bồi thường theo quy định tại Mục này. Khả năng từ chối quyền hạn xét xử trong những trường hợp nói trên không được làm phương hại đến quyền phản đối trong phạm vi quyền hạn của hội đồng xét xử”. Như vậy, quy định này đã phòng ngừa cả treaty shopping tiền tranh chấp lẫn treaty shopping hậu tranh chấp.

7. Thực tiễn xét xử

7.1. Liên quan đến thể nhân

Trong các trường hợp BIT không có quy định về thể nhân đa quốc tịch, nhiều tòa trọng tài đã kết luận rằng, điều này không phải là một cản trở đối với thẩm quyền trọng tài căn cứ theo các BIT liên quan. Chỉ cần nhà đầu tư có quốc tịch cần thiết là trọng tài có thẩm quyền. Việc nhà đầu tư có một quốc tịch khác không phải là yếu tố quyết định.

Nói cách khác, trọng tài từ chối việc tiến hành xác định thẩm quyền theo quốc tịch thực sự, nghĩa là quốc tịch có mối quan hệ chặt chẽ nhất giữa nhà đầu tư và quốc gia của nhà đầu tư. Thật vậy, trong vụ *Micula kiện Romania*, tòa trọng tài đã xét rằng: “Không có quy định cho thấy cần kiểm tra mối quan hệ thực sự giữa quốc tịch và quốc gia. Các Bên ký kết BIT tự do thỏa thuận các quy định bổ sung áp dụng cho việc xác định quốc tịch. Thụy Điển và Romania [...] đã không đưa vào BIT các đòi hỏi bổ sung để xác định quốc tịch Thụy Điển”¹⁵. Kết

¹⁵ Ioan Micula (Swedish), S.C. European Food S.A (Romanian), S.C. Multipack S.R.L. (Romanian), S.C. Starmill S.R.L. (Romanian), Viorel Micula (Swedish) c. Romania (ARB/05/20), quyết định về thẩm quyền ngày 24 tháng 9 năm 2008, § 101. <https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/cases/casedetail>.

quả là, khi nhà đầu tư nguyên đơn có hai quốc tịch, một trong các quốc tịch hữu ích và một quốc tịch không hữu ích (của quốc gia thứ ba hoặc của quốc gia tiếp nhận đầu tư), thì tòa trọng tài từ chối tìm kiếm quốc tịch nào được ưu tiên, trừ khi BIT được viện dẫn có yêu cầu minh thị.

7.2. Liên quan đến pháp nhân

Cách diễn giải của các tòa trọng tài về vấn đề quốc tịch của pháp nhân tùy thuộc vụ việc có hành vi treaty shopping tiền tranh chấp hay treaty shopping hậu tranh chấp.

7.2.1. Treaty shopping tiền tranh chấp

Các tòa trọng tài thường chấp nhận việc thủ đắc có chủ ý một quốc tịch thông qua kỹ thuật thành lập một công ty, dù đó là công ty ảo tại một quốc gia để được áp dụng BIT hay không, nếu trước khi xảy ra tranh chấp rất xa. Tương tự, tòa trọng tài không phân biệt tùy theo treaty shopping tiền tranh chấp là hành động của một nhà đầu tư quốc gia thủ đắc một quốc tịch nước ngoài hay hành động của một nhà đầu tư của một quốc gia thứ ba thủ đắc quốc tịch của một quốc gia thành viên của BIT.

Trong quyết định trọng tài về thẩm quyền trong vụ *Tokios Tokelés* kiện *Ucraina*¹⁶, treaty shopping đã được thực

aspx?CaseNo=ARB/05/20, truy cập ngày 01/06/2017. Về vấn đề này, xem thêm: Ameritrade International, Inc. (U.S.), Champion Trading Company (U.S.), James B. Wahba (U.S., Egyptian), John T. Wahba (U.S., Egyptian), Timothy T. Wahba (U.S., Egyptian) c. Arab Republic of Egypt (ARB/02/9), quyết định về thẩm quyền ngày 21 tháng 10 năm 2003, <https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/02/9>, truy cập ngày 01/06/2017.

¹⁶ *Tokios Tokelés* (Lithuanian) c. *Ucraina* (ARB/02/18), quyết định về thẩm quyền ngày 29/4/2004, <https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/02/18>, truy cập ngày 01/06/2017.

hiện bởi một công dân của Nhà nước bị đơn để không phải đưa tranh chấp ra trước tòa án quốc gia. Trong vụ này, nguyên đơn *Tokios Tokelés* là một công ty thành lập tại Lithuania khởi kiện Nhà nước *Ucraina* vì đã xâm phạm các khoản đầu tư của mình tại *Ucraina* (một công ty con thành lập theo pháp luật *Ucraina* tên là *Taki Spravy*). Tuy nhiên, 99% vốn của *Tokios Tokelés* và 2/3 các lãnh đạo của công ty có nguồn gốc *Ucraina*. Theo *Ucraina*, công ty nguyên đơn trong thực tế là công ty *Ucraina* bởi những người lãnh đạo kiểm soát nó là người *Ucraina*. Vì vậy, nguyên đơn không thể được hưởng BIT giữa *Ucraina-Lithuania*, vì đó là một tranh chấp quốc nội giữa một Nhà nước và pháp nhân của nước mình. Nhưng theo BIT *Ucraina-Lithuania* được viện dẫn, tiêu chí nơi thành lập không đủ để xác định pháp nhân có quốc tịch của quốc gia thành viên, nên đa số các trọng tài viên của Tòa trọng tài *ISCID* đã kết luận rằng: “Theo các quy định của BIT *Ucraina-Lithuania*, theo nội dung và mục đích của Hiệp định, cần phải tìm hiểu xem nguyên đơn đã được thành lập theo luật *Lithuania* hay chưa. Chúng tôi thấy rằng đúng là như vậy (nguyên đơn đã được thành lập theo pháp luật *Lithuania*). Chúng tôi không nhìn xa hơn nguyên đơn để xem các cổ đông của nguyên đơn [...] có thể có một lợi ích nào đó trong yêu cầu hay không”¹⁷.

Phán quyết *Tokios Tokelés* gây rất nhiều tranh luận, và Chủ tịch Hội đồng trọng tài có ý kiến khác với các thành viên. Chủ tịch Hội đồng trọng tài ban đầu là ông

¹⁷ *Tokios Tokelés* (Lithuanian) c. *Ucraina* (ARB/02/18), § 38-40.

Prosper Weil¹⁸, quốc tịch Pháp, cho rằng đây là một sự bóp méo cơ chế trọng tài ISCID. Theo ông Weil, tòa trọng tài phải tính đến quốc tịch của các cổ đông để đảm bảo rằng đó thực sự là một nhà đầu tư Lithuania. Ngoài ra, quyết định như Hội đồng trọng tài trong vụ việc này đã cho phép các nhà đầu tư được sử dụng trọng tài quốc tế chống lại chính quốc gia của mình bằng thủ tục rất đơn giản là thành lập một công ty tại một quốc gia khác. Tuy nhiên, quan điểm này đã không được chấp nhận bởi các thành viên khác của Hội đồng trọng tài¹⁹ và bị nhiều học giả chỉ trích²⁰.

Có một số phán quyết trọng tài đã không chấp nhận hành vi treaty shopping tiền tranh chấp, khi công ty trung gian chỉ thuần túy là một công ty ảo không có quan hệ kinh tế nào với quốc gia nơi công ty đó thành lập²¹. Trong vụ *Saluka Investments* kiện *Cộng hòa Séc*²², Hiệp định được viện dẫn là BIT Hà Lan – Cộng hòa Séc. Công ty nguyên đơn

(Saluka) đã đầu tư vào Cộng hòa Séc là một công ty Hà Lan, nhưng bị kiểm soát hoàn toàn bởi một công ty Nhật Bản (Nomura). Hội đồng trọng tài²³ đã cho rằng, công ty “nguyên đơn” không có bất kỳ mối quan hệ kinh tế nào với quốc gia nơi thành lập, và sẽ không thể được hưởng quy định của BIT mà quốc gia này là thành viên²⁴.

7.2.2. Treaty shopping hậu tranh chấp

Đối với treaty shopping hậu tranh chấp, trọng tài thường từ chối thẩm quyền của mình. Họ cho rằng, nhà đầu tư đã lạm dụng quyền hoặc trình tự thủ tục để được hưởng lợi từ một hiệp định và điều khoản giải quyết tranh chấp bằng trọng tài²⁵.

Vụ *Phoenix* kiện *Cộng hòa Séc*²⁶ (trên cơ sở của BIT Israel-Cộng hòa Séc) là một minh chứng. Phoenix, một công ty thành lập theo pháp luật Israel, đã mua lại hai công ty thành lập theo pháp luật Séc (Benet Praha và Benet Group). Hai tháng sau, Phoenix đã khởi kiện Chính phủ Séc ra trọng tài. Hai công ty được kiểm soát bởi một công dân Séc, ông Vladimir Breno, trong khi Phoenix được kiểm soát bởi các thành viên khác trong gia đình ông Breno. Vào thời điểm Phoenix mua lại hai công ty Séc, hai công ty này đã tiến hành các thủ tục tố tụng trước các tòa án quốc gia chống lại Cộng hòa Séc. Các tình tiết cho thấy rõ ràng một vụ “buôn

¹⁸ Sau đó người được chỉ định thay thế là Michael MUSTILL, quốc tịch Anh.

¹⁹ Hội đồng trọng tài gồm Michael MUSTILL (quốc tịch Anh), Daniel M. PRICE (quốc tịch Mỹ) và Piero BERNARDINI (quốc tịch Italy).

²⁰ Xem: E. GAILLARD, *Notes sous CIRDI, décision sur la compétence du 18 avril 2008, The Rempetrol Group NV c. République de Roumanie*, *Journal de droit international*, 2009, n°1, p. 367.

²¹ *Yukos Universal Ltd c. Russian Federation*, quyết định tạm thời về thẩm quyền ngày 30/11/2009, Tòa trọng tài thường trực, n° AA 227, <http://oxia.ouplaw.com/view/10.1093/law:iic/416-2009.case.1/law-iic-416-2009?rsk=MQdKZh&rsult=1&prd=IC>, truy cập ngày 1/6/2017; *Aguas del Tunari S.A. (Bolivian) c. Republic of Bolivia (ARB/02/3)*, quyết định về thẩm quyền ngày 21/10/2005, § 321, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/02/3>, truy cập ngày 01/06/2017.

²² <http://oxia.ouplaw.com/search?q=Saluka+Investments&prd=IC&searchBtn=Search>, truy cập ngày 01/06/2017.

²³ Gồm Arthur Watts KCMG QC (Chủ tịch), L. Yves Fortier và Peter Behrens.

²⁴ § 240.

²⁵ Về lạm dụng tố tụng (Abuse of process), xem: Ibrahim Fadlallah et al., *Investissements internationaux et arbitrage*, *Cahiers de l'arbitrage*, 01/03/2017, n° 4.

²⁶ *Phoenix Action Ltd. (Israeli) c. Czech Republic (ARB/06/5)*, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/06/5>, truy cập ngày 01/06/2017.

bán quyền khởi kiện” trong khuôn khổ BIT Israel-Cộng hòa Séc. Hội đồng trọng tài²⁷ đã từ chối thẩm quyền của mình dựa trên lập luận rằng, nhà đầu tư không có ý định tham gia hoạt động kinh tế một cách thiện chí khi mua lại hai công ty Séc, mà chỉ nhằm thực hiện “một sắp xếp lại các tài sản trong nội bộ một gia đình, để có thể sử dụng trọng tài ISCID mà lẽ ra nhà đầu tư ban đầu không có quyền sử dụng”²⁸. Kết quả là, đầu tư “không phải là một giao dịch thiện chí và không thể là một đầu tư được bảo vệ bởi ISCID [...] Tất cả các yếu tố được phân tích đều dẫn đến kết luận về một sự lạm quyền. Sự lạm quyền này có thể được gọi là “lẩn tránh tố tụng”.

Trong vụ việc này, Hội đồng trọng tài đã dựa vào định nghĩa đầu tư được bảo vệ hơn là nhà đầu tư được bảo vệ. Trong một chừng mực nào đó, nhà đầu tư, dù có quốc tịch của một quốc gia thành viên, không thể viện dẫn BIT vì không có đầu tư được bảo vệ. Hội đồng trọng tài đã đưa ra một loạt các tiêu chí để đánh giá xem một đầu tư đã được thực hiện một cách thiện chí hay chưa²⁹. Nhưng một trong những lập luận của trọng tài để xác định nhà đầu tư được bảo vệ là thời điểm mua lại hai công ty, nghĩa là việc cơ cấu đầu tư. Trong trường

hợp này, Phoenix đã mua lại các công ty hai tháng trước khi nộp đơn kiện chống lại Nhà nước đối với các tranh chấp phát sinh trước đó. Ngoài ra, Phoenix còn chưa hoàn thành các thủ tục đăng ký theo pháp luật Israel và chưa có kế hoạch kinh doanh vào thời điểm nộp đơn.

Trong vụ *Mobil Oil* kiện *Venezuela*³⁰ (trên cơ sở của BIT Hà Lan – Venezuela), thời điểm tái cơ cấu đầu tư và thời điểm tranh chấp cũng là các yếu tố quyết định về thẩm quyền của trọng tài. Trong vụ việc này, một nhà đầu tư Hà Lan đã nộp đơn kiện lên trọng tài ISCID chống lại Venezuela sau khi quốc gia này quyết định tăng phí nhượng quyền và thuế thu nhập trong lĩnh vực dầu mỏ và thông qua luật quốc hữu hóa. BIT có một định nghĩa mở về nhà đầu tư và không có điều khoản từ chối trao ưu đãi. Trọng tài đã nhận định và cũng như bản thân nhà đầu tư đã thừa nhận, “mục đích chính, nếu không muốn nói là mục đích duy nhất của việc tái cơ cấu là bảo vệ các đầu tư của Mobil chống lại các biện pháp bất lợi của Venezuela bằng cách tìm kiếm khả năng sử dụng trọng tài ISCID theo BIT Hà Lan – Venezuela”³¹. Nhưng theo trọng tài, hành vi *treaty shopping* tự bản thân nó không đáng bị trừng phạt³². Trọng

²⁷ Gồm Brigitte STERN (Chủ tịch, quốc tịch Pháp), Andreas BUCHER (quốc tịch Thụy Sĩ), Juan FERNÁNDEZ-ARMESTO (quốc tịch Tây Ban Nha)...

²⁸ § 140.

²⁹ Các tiêu chí này là: Thời điểm đầu tư (đầu tư đã thực sự rơi vào tuyệt vọng khi bị mua lại bởi một nhà đầu tư mới chưa?); thời điểm khởi kiện (đơn kiện đã được nộp ngay sau khi có đầu tư và liệu có liên quan đến toàn bộ tranh chấp xảy ra trước khi mua lại khoản đầu tư này?); bản chất của giao dịch mua lại (đầu tư đã được mua lại nhằm thực hiện các mục đích kinh tế thực sự và để sinh lợi không?).

³⁰ Mobil Cerro Negro Holding, Ltd. (U.S.), Mobil Cerro Negro, Ltd. (Bahamian), Mobil Corporation (U.S.), Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc. (U.S.), Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. (Bahamian), Venezuela Holdings, B.V. (Dutch) *c.* Republic of Venezuela (ARB/07/27), quyết định về thẩm quyền ngày 10 tháng 6 năm 2010. <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/07/27>, truy cập ngày 01/06/2017.

³¹ § 190.

³² Xem thêm *Aguas del Tunari SA c. Bolivia* (ARB/02/3), § 330. <https://icsid.worldbank.org/en/>

tài đánh giá rằng, cần kiểm tra xem đó là một hành vi “lạm quyền” hay chỉ là một “kế hoạch hóa doanh nghiệp chính đáng”³³. Trọng tài kết luận rằng, việc có quốc tịch thuận lợi hơn để được bảo vệ trước các hành vi xâm phạm của một Nhà nước là chính đáng khi tranh chấp xảy ra sau tái cơ cấu. Vì vậy, trọng tài đã tuyên bố có thẩm quyền để xem xét luật quốc hữu hóa được thông qua sau khi tái cơ cấu, nhưng đã tuyên bố không có thẩm quyền để xem xét quyết định tăng phí và thuế lợi nhuận xảy ra trước tái cơ cấu.

Tóm lại, cho tới nay, các tòa trọng tài cho rằng, việc cơ cấu đầu tư nhằm có một quốc tịch đặc biệt trước tranh chấp là một chiến lược hoạch định pháp lý hợp pháp, trong khi việc tái cơ cấu diễn ra sau khi tranh chấp đã xảy ra với nhà nước thì bị coi là treaty shopping không hợp pháp. Tuy nhiên, các kết luận này phụ thuộc khá nhiều vào các trọng tài viên do họ có những quan điểm khác nhau, vậy nên không có gì đảm bảo chắc chắn rằng sự phân biệt này sẽ tiếp tục được sử dụng trong tương lai.

7.2.3. Điều khoản từ chối lợi ích

Sự tồn tại của một điều khoản từ chối lợi ích có thể ngăn chặn hành vi treaty shopping. Chẳng hạn, trong vụ *Tokios Tokelés* ở trên, Hội đồng trọng tài đã nhận định rằng nếu các quốc gia đã muốn loại trừ hành vi của nhà đầu tư, thì họ phải quy định trong các điều khoản của hiệp định³⁴. Điều này có nghĩa là, điều khoản từ chối lợi ích

hay một định nghĩa rõ ràng hơn có thể dẫn tới một kết quả khác.

Tuy nhiên, hiệu lực của điều khoản không tự động phụ thuộc vào thời điểm từ chối so với thời điểm tranh chấp. Thật vậy, trong vụ *Plama Consortium kiện Bulgaria*³⁵, Hội đồng trọng tài đã quyết định rằng, điều khoản từ chối trao ưu đãi (Điều 17 Hiến chương năng lượng) chỉ cho phép các quốc gia từ chối ưu đãi của hiệp định đối với các nhà đầu tư nước ngoài trong trường hợp thực hiện treaty shopping trước khi nộp đơn kiện và đã được thông báo vào thời điểm nhà đầu tư đầu tư vào lãnh thổ quốc gia³⁶. Trọng tài trong vụ *Yukos Universal kiện Liên bang Nga* cũng có cùng kết luận³⁷.

Điều này có nghĩa, nếu Nhà nước “có thể” hoặc “giữ quyền” từ chối trao ưu đãi của BIT cho một nhà đầu tư của Bên ký kết kia, thì Nhà nước đó phải thực sự thực hiện quyền này ngay khi nhà đầu tư bắt đầu đầu tư vào lãnh thổ nước mình và thông báo cho nhà đầu tư biết. Cách giải thích này buộc Nhà nước phải có khả năng dự báo nên rất khó áp dụng trong thực tiễn. Nó yêu cầu mỗi Nhà nước phải biết những người kiểm soát thực sự tất cả các công ty nước ngoài đầu tư trên lãnh thổ nước mình, cũng như sự tồn tại các hoạt động thực chất của các công ty này trên lãnh thổ quốc gia thành lập.

Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/02/3, truy cập ngày 01/06/2017.

³³ § 191.

³⁴ §28-30.

³⁵ *Plama Consortium Limited (Cypriot) c. Republic of Bulgaria (ARB/03/24)* <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/03/24>, truy cập ngày 01/06/2017.

³⁶ *Plama Consortium Limited c. Bulgarie, ARB/03/24, décision sur la compétence du 8 février 2005, ILM, vol. 44, 2005, p. 721 et s., § 161-162. Traduction de l'auteur.*

³⁷ Xem: § 456-459.

8. Kết luận và khuyến nghị

Các BIT được đàm phán, ký kết trên cơ sở song phương, tương hỗ và có đi có lại. Khi ký kết BIT, Nhà nước không muốn rằng các nhà đầu tư của quốc gia thứ ba có thể được hưởng lợi từ BIT. Mỗi quốc gia có toàn quyền quyết định chính sách thu hút đầu tư nước ngoài, nhưng nếu mở rộng sự bảo vệ của các BIT cho các nhà đầu tư của các nước thứ ba nhằm thu hút đầu tư có thể sẽ gây ra những hệ lụy lâu dài trong thực tiễn. Bởi, các BIT có phạm vi ưu đãi và bảo hộ rộng có thể sẽ là một yếu tố để thu hút các nhà đầu tư nước ngoài, nhưng về lâu dài chính điều đó lại khiến Nhà nước phải đối diện với những vụ kiện của các nhà đầu tư không có quốc tịch của bên ký kết, hoặc của công dân của chính nước mình. Việt Nam đã ký kết hơn 60 hiệp định song phương có nội dung về đầu tư³⁸ và xu hướng này còn tiếp tục trong thời gian tới. Với việc ký kết ngày càng nhiều BIT thì nguy cơ Việt Nam bị các nhà đầu tư nước ngoài thực hiện treaty shopping càng lớn.

Các BIT ký trước năm 2000 thường rất sơ sài nên rất dễ cho các nhà đầu tư thực hiện treaty shopping. Để phòng ngừa treaty shopping, các hiệp định thế hệ mới đã có những quy định kết hợp nhiều tiêu chí khác nhau để xác định nhà đầu tư và khoản đầu tư được bảo vệ. Các hiệp định mới còn có quy định về mối liên hệ với các hiệp định khác. Chẳng hạn, Điều 20 EVFTA quy định: “1. Vào thời điểm Hiệp định này, kể cả Chương này, bắt đầu có hiệu lực thì

hành, các hiệp định giữa các quốc gia thành viên của Liên minh châu Âu và Việt Nam được liệt kê cụ thể tại Phụ lục (Y) (Các Bên chuẩn bị danh mục các Hiệp ước Đầu tư song phương và các điều khoản duy trì hiệu lực), bao gồm quyền và nghĩa vụ liên quan quy định trong các hiệp định này, sẽ không còn hiệu lực và được thay thế bởi Hiệp định này”. Quy định này cho phép giải quyết những khiếm khuyết trong các quy định về phòng ngừa treaty shopping của các BIT trước đây giữa Việt Nam và các nước thành viên EU. Trong thời gian tới, chúng ta cần có hướng giải quyết đối với các hiệp định song phương khác, có thể bằng cách sửa đổi, bổ sung hoặc ký kết hiệp định mới với các điều khoản chặt chẽ hơn.

Khi tranh chấp xảy ra, nghĩa vụ chứng minh nguyên đơn đã thực hiện treaty shopping thuộc về Nhà nước tiếp nhận đầu tư - bị đơn trong vụ kiện. Trong thực tế, việc chứng minh treaty shopping này rất khó bởi đường biên phân định giữa tự do hoạch định chiến lược đầu tư và lạm dụng nhằm trục lợi rất mong manh. Việc chứng minh đòi hỏi nỗ lực phối hợp của nhiều ban, ngành ở trong nước cũng như ở nước ngoài để xác minh tư cách nguyên đơn.

Bên cạnh đó, nghiên cứu án lệ trọng tài liên quan đến treaty shopping là một điều hết sức cần thiết để chúng ta dự đoán kết quả của vụ việc. Các án lệ đã phân tích ở trên cho thấy quan điểm của trọng tài đôi khi khác nhau và có thể thay đổi, nên việc thường xuyên tìm hiểu các phán quyết trọng tài sẽ giúp nắm bắt được quan điểm trọng tài đầu tư, từ đó lựa chọn trọng tài viên phù hợp.

³⁸ Xem danh mục các Hiệp định tại: <http://www.trungtamwto.vn/hiiep-dinh-khac>, truy cập ngày 01/06/2017.

QUYỀN KHẮC PHỤC VI PHẠM CỦA BÊN BÁN KHI XẢY RA KHIẾM KHUYẾT HÀNG HÓA THEO QUY ĐỊNH CỦA CÔNG ƯỚC VIÊN 1980

*Hồ Thụy Ngọc Trâm**
*Trần Việt Dũng***

Tóm tắt: Bài viết phân tích sự đối lập quyền lợi trong: (i) Quyền hủy hợp đồng của bên mua theo Điều 49 khi bên bán vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng, và (ii) Quyền khắc phục vi phạm của bên bán do lỗi khiếm khuyết hàng hóa theo Điều 48.1 của Công ước Viên về mua bán quốc tế hàng hóa 1980 nhằm tìm ra cách giải thích phù hợp và xu hướng áp dụng trong thực tiễn xét xử, đặc biệt trong bối cảnh Việt Nam đã tham gia công ước này.

Abstract: This article analyses contradictory interests with respect to: (i) buyer's right to avoid a contract under Article 49 CISG when the seller makes fundamental breach of the contract, and (ii) seller's right to remedy any lack of conformity in the goods delivered under Article 48.1 CISG. It aims at figuring out the preferable and suitable way to interpret the contradictory interests in adjudication, particularly in the context of Vietnam's accession to this CISG.

1. Đặt vấn đề

Công ước của Liên hợp quốc về Hợp đồng mua bán quốc tế hàng hóa (CISG) được ký kết tại Viên vào ngày 11/4/1980 (CISG hay Công ước Viên 1980) là một trong các công ước quốc tế về thương mại thành công nhất, điều chỉnh tới 70-80% giao dịch thương mại hàng hóa của thế giới¹ với 85 nước tham gia, trong đó có hầu hết các

nền kinh tế lớn thế giới². Ngày 24/11/2015, Chủ tịch nước đã ký quyết định về việc Việt Nam gia nhập CISG, hiệu lực từ ngày 1/1/2017.

Với số lượng thành viên đông đảo tham gia Công ước Viên 1980, việc dung hòa các lợi ích trong giải thích nội dung công ước quốc tế này luôn là vấn đề không dễ dàng. Một trong các khía cạnh gây tranh cãi là sự đối lập quyền lợi trong: (i) Quyền hủy hợp đồng của bên mua theo Điều 49 CISG khi bên bán vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng, và (ii) Quyền khắc phục vi phạm của bên bán do lỗi khiếm khuyết hàng hóa theo Điều 48.1 CISG. Nói cách khác, câu hỏi đặt ra là liệu Điều 49 có được ưu tiên áp dụng nhằm

* ThS., Khoa Luật, Đại học Melbourne, Công sự pháp lý của Công ty luật Frasers.

** PGS.TS., Khoa Luật Quốc tế, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

¹ Ulrich Schroeter, *Empirical Evidence of Courts' and Counsels' Approach to the CISG (with Some Remarks on Professional Liability)*, trong Larry A. DiMatteo, *International Sales Law, A Global Challenge*, ed., Cambridge University Press, New York, 2014, tr.649-668.

² Xem tại: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html, truy cập ngày 15/4/2017.

trao cho bên mua quyền hủy hợp đồng ngay khi bên bán vi phạm nghĩa vụ cơ bản hay quyền này chỉ được thực thi sau khi bên bán đã được trao cơ hội tự khắc phục khiếm khuyết hàng hóa của mình. Đây là hai quyền quan trọng của bên bán và bên mua không dễ dung hòa trong rất nhiều trường hợp, vì một khi việc hủy hợp đồng được chấp nhận và ưu tiên áp dụng, bên bán bị buộc nhận lại hàng đã giao và hoàn trả lại tiền. Ngược lại, nếu ưu tiên quyền khắc phục vi phạm của bên bán khi giao hàng trễ hoặc không đúng chuẩn sẽ dẫn đến phát sinh chi phí lưu giữ và vận chuyển hàng hóa của bên mua, cũng như rủi ro bên mua vi phạm hợp đồng với bên thứ ba (như đơn vị vận chuyển, nhà phân phối cấp dưới).

Các bên trong hợp đồng, một khi tiên liệu được các tình huống và rủi ro xảy ra, có quyền quy định minh thị trong hợp đồng việc bên bán có quyền khắc phục vi phạm và trong trường hợp nào sẽ có quyền này³. Tuy nhiên, việc quy định minh thị này ít thấy trong thực tiễn hợp đồng thương mại quốc tế. Khi xảy ra tranh chấp, nhất là trong các lĩnh vực sản xuất, xuất nhập khẩu, bán lẻ các sản phẩm giá trị, vẫn còn nhiều ý kiến trái chiều về việc liệu bên mua có được xem xét cấu thành vi phạm cơ bản của bên bán ngay lập tức đối với khiếm khuyết hàng hóa theo Điều 49 CISG hay không khi bên bán đã đề xuất và sử dụng quyền khắc phục vi phạm của mình theo Điều 48.1 CISG.

2. Quyền khắc phục vi phạm của bên bán

³ Điều 6 CISG quy định: “Các bên có thể loại bỏ việc áp dụng Công ước này hoặc với điều kiện tuân thủ Điều 12, có thể làm trái với bất cứ điều khoản nào của Công ước hay sửa đổi hiệu lực của các điều khoản đó”.

Theo quy định của Công ước Viên 1980, bên bán có nghĩa vụ giao hàng “*đúng số lượng, phẩm chất và mô tả như quy định trong hợp đồng, và đúng bao bì hay đóng gói như hợp đồng yêu cầu*”, hàng hóa được giao “*không bị ràng buộc bởi bất cứ quyền hạn hay yêu sách nào của người thứ ba*”⁴. Việc không tuân thủ những nghĩa vụ này sẽ cấu thành một vi phạm hợp đồng của bên bán⁵. Đối với các vi phạm xảy ra trước thời điểm giao hàng, Công ước Viên 1980 đã quy định rõ quyền khắc phục vi phạm của bên bán với điều kiện đảm bảo quyền được bồi thường thiệt hại cho bên mua⁶. Tuy nhiên, ngay cả khi xảy ra vi phạm sau thời điểm giao hàng, Công ước Viên 1980 cũng cho phép bên bán có quyền khắc phục vi phạm theo Điều 48.1 CISG. Cụ thể:

“Với điều kiện tuân thủ quy định của Điều 49 người bán có thể, ngay cả sau khi hết thời hạn giao hàng, loại trừ mọi thiếu sót trong việc thực hiện nghĩa vụ của mình, phí tổn do người bán chịu, với điều kiện là điều đó không kéo theo một sự chậm trễ vô lý mà không gây ra cho người mua những trở ngại phi lý hay tình hình bất định về việc người bán phải hoàn trả các phí tổn mà người mua gánh chịu. Tuy nhiên, người mua duy trì quyền đòi bồi thường thiệt hại chiểu theo CISG này”.

Quyền khắc phục vi phạm theo Điều 48.1 CISG bao hàm quyền sửa chữa tất cả các sai phạm của bên bán, kể cả sai phạm về

⁴ Xem Điều 35, 41 và 42 của CISG.

⁵ Điều 36 quy định: “Người bán chịu trách nhiệm chiểu theo hợp đồng và Công ước này, về mọi sự không phù hợp nào của hàng hóa mà sự không phù hợp đó vào lúc chuyển giao quyền rủi ro sang người mua, ngay cả khi sự không phù hợp của hàng hóa chỉ được phát hiện sau đó”.

⁶ Xem Điều 33 và 37 của CISG.

mặt thủ tục hay giấy tờ⁷. Tuy nhiên, điều khoản này chỉ có ý nghĩa trong trường hợp giao hàng hóa sai phạm về mặt chất lượng (để dẫn đến vi phạm cơ bản khiến bên mua áp dụng Điều 49.1(a) nhằm tuyên bố hủy hợp đồng), do Điều 49.1(b) đã quy định minh thị về quyền hủy hợp đồng của bên mua khi bên bán không giao hàng đúng hạn dù đã được bên mua gia hạn thêm cho họ⁸.

Cũng theo Điều 48.1, việc thực hiện quyền khắc phục của bên bán còn phụ thuộc vào các điều kiện sau:

Một là, tuân thủ quy định của Điều 49;

Hai là, việc khắc phục không gây ra:

(i) Sự chậm trễ vô lý;

(ii) Trở ngại không hợp lý cho bên mua; hay

(iii) Việc giảm khả năng bên bán sẽ bồi thường phí tổn mà bên mua gánh chịu⁹;

Ba là, bảo đảm người mua duy trì quyền đòi bồi thường thiệt hại.

⁷ Eric Schneider, *The Seller's Right to Cure Under the Uniform Commercial Code and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 1989, Arizona Journal of International and Comparative Law, ấn bản số 7, tr.69-103.

⁸ Trong trường hợp này, bên mua có quyền hủy hợp đồng mà không cần sự kiện vi phạm cơ bản theo Điều 25 CISG.

⁹ Trong vụ tranh chấp ở Đức, xét xử bởi Lower Court München ngày 23/6/1995 (*Tetracycline case*), giữa bên bán (Ý) và bên mua (Đức), tòa án đã cho rằng, bên bán chỉ có quyền khắc phục vi phạm theo Điều 48.1 CISG nếu việc khắc phục này không gây ra một sự chậm trễ vô lý cho bên mua, và rằng do bên mua phải ngừng sản xuất để chờ việc giao hàng thay thế trong lô hàng bị lỗi dẫn đến phải chịu trách nhiệm bồi thường với khách hàng của mình là bên phân phối, việc bên bán thực hiện quyền khắc phục vi phạm được cho là dẫn đến sự chậm trễ bất hợp lý cho bên mua nên không được xem xét. Xem tại: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=147&step=Abstract>, truy cập ngày 16/4/2017.

Trong trường hợp bên bán gửi thông báo minh thị cho bên mua rằng, mình sẽ thực hiện quyền khắc phục vi phạm, Công ước Viên 1980 yêu cầu bên mua phải tôn trọng và phản hồi lại yêu cầu đó. Nếu không phản hồi đồng ý hay chấp nhận việc bên bán thực hiện quyền khắc phục vi phạm, bên mua được mặc định coi như là đồng ý và từ bỏ quyền áp dụng các biện pháp chế tài, kể cả quyền tuyên bố hủy hợp đồng, trong thời gian bên bán khắc phục vi phạm¹⁰.

Tuy nhiên, do việc áp dụng Điều 48.1 – quyền khắc phục của bên bán – còn phải tuân thủ Điều 49 với quy định rằng: “*Người mua có thể tuyên bố hủy hợp đồng nếu việc người bán không thực hiện một nghĩa vụ nào đó của họ... cấu thành một vi phạm cơ bản đến hợp đồng*”. Và câu hỏi đặt ra là, liệu bên mua có thể viện dẫn quy định về vi phạm cơ bản [của bên bán]¹¹ để tuyên bố hủy hợp đồng theo Điều 49 trước khi bên bán thực hiện quyền khắc phục vi phạm của mình theo Điều 48.1 CISG hay không.

3. Tính ưu tiên áp dụng giữa quyền hủy hợp đồng của bên mua và quyền khắc phục vi phạm của bên bán

Hiện nay, các cơ quan tài phán quốc tế có nhiều quan điểm khác nhau giải thích thuật ngữ “*Với điều kiện tuân thủ quy định của Điều 49*” khi áp dụng quyền khắc phục vi phạm theo Điều 48.1, nhằm giải quyết

¹⁰ Xem Điều 48.1 CISG.

¹¹ Vi phạm cơ bản được quy định theo Điều 25 CISG: “*Một sự vi phạm hợp đồng do một bên gây ra là vi phạm cơ bản nếu sự vi phạm đó làm cho bên kia bị thiệt hại mà người bị thiệt hại, trong một chừng mực đáng kể bị mất cái mà họ có quyền chờ đợi trên cơ sở hợp đồng, trừ phi bên vi phạm không tiên liệu được hậu quả đó và một người có lý trí minh mẫn cũng sẽ không tiên liệu được nếu họ cũng ở vào hoàn cảnh tương tự*”.

câu hỏi quyền hủy hợp đồng nên được ưu tiên áp dụng hay chỉ được áp dụng sau khi bên bán đã thực hiện quyền khắc phục vi phạm. Cụ thể:

3.1. Quyền hủy hợp đồng của bên mua theo Điều 49 chỉ được áp dụng sau khi xét đến khả năng khắc phục vi phạm của bên bán

Quan điểm thứ nhất ủng hộ Điều 48.1 được ưu tiên áp dụng so với Điều 49 CISG. Theo đó, bên bán luôn bảo lưu quyền khắc phục khiếm khuyết về hàng hóa của mình, nếu khiếm khuyết này còn có thể được sửa chữa mà không dẫn đến vi phạm cơ bản nghĩa vụ¹²; việc hủy hợp đồng của bên mua nên được trì hoãn cho đến khi bên bán không thể khắc phục được vi phạm¹³.

Thực tiễn áp dụng cho thấy xu hướng các thẩm phán và trọng tài đồng thuận với quan điểm này. Trong vụ tranh chấp xét xử bởi tòa án Đức liên quan đến giao dịch mua bán chăn a-cri-lic giữa bên bán (quốc tịch Hà Lan) và bên mua (quốc tịch Đức)¹⁴, bên mua đã yêu cầu tuyên bố hủy hợp đồng khi

phát hiện một số sản phẩm lỗi (và một số vi phạm khác không liên quan đến chất lượng hàng hóa của bên bán), dù bên bán đã đề xuất khắc phục khiếm khuyết về chất lượng của sản phẩm lỗi. Tuy nhiên, thẩm phán cho rằng, dù có khiếm khuyết về chất lượng hàng hóa thì vẫn chưa thể xem xét khiếm khuyết này có cấu thành vi phạm cơ bản theo Điều 25 CISG hay không khi chưa xác định được khả năng và thiện chí khắc phục vi phạm của bên bán. Thẩm phán còn khẳng định rằng, Điều 49 chỉ nên áp dụng sau khi đã xem xét đến tính nghiêm trọng của vi phạm (có đủ để cấu thành vi phạm cơ bản hay không) và khả năng khắc phục vi phạm của bên bán (theo Điều 48.1 CISG).

Ủng hộ quan điểm này là bản án của Tòa Phúc thẩm Gerechtshof Arnhem ở Hà Lan¹⁵. Theo đó, thẩm phán giải thích rằng, Điều 48.1 đã mặc nhiên cho phép bên bán có cơ hội thực hiện quyền tự khắc phục vi phạm, nên khi xem xét một vi phạm có thuộc về vi phạm cơ bản theo Điều 25 CISG để bên mua được hủy hợp đồng theo Điều 49 CISG phải xác định được liệu vi phạm đó có thể được bên bán khắc phục trong một thời hạn hợp lý hay không.

Mặc dù vậy, quan điểm này vẫn có hướng giải thích bổ sung khi đưa ra các trường hợp ngoại lệ cho phép bên mua áp dụng trực tiếp Điều 49 khi có vi phạm cơ bản xảy ra mà không cần chờ bên bán thực hiện quyền khắc phục vi phạm, nhất là khi quyền lợi hợp pháp của bên mua bị ảnh hưởng nghiêm trọng. Các trường hợp ngoại

¹² Koch Robert, *Commentary on Whether the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts may be used to Interpret or Supplement Article 25 CISG*, trong Felemegas John, *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (1980), Cambridge University Press 2007, xem tại: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/koch1.html>, truy cập ngày 16/4/2017.

¹³ Michael Will, *Comments on Article 48 CISG [Cure after Date for Delivery]*, trong Bianca-Bonell, *Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè: Milan, 1987, tr.347-358. Xem tại: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/will-bb48.html>, truy cập ngày 16/4/2017.

¹⁴ Xem bản án ngày 31/1/1997 của tòa Appellate Court Koblenz (*Acrylicblanketscase*), tại: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=223&step=Abstract>, truy cập ngày 16/4/2017.

¹⁵ Xem bản án ngày 7/10/2008, Tòa Phúc thẩm Gerechtshof Arnhem (*Arens Sondermaschinen GmbHv. SmitDraad/DraadNijmegenB.V.*), tại: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081007n1.html>, truy cập ngày 16/4/2017.

lệ này, ngoài các điều kiện như đã nêu trên, bao gồm:

Thứ nhất, nếu bên bán đã vi phạm hợp đồng trước đó với bên mua, hoặc việc vi phạm hợp đồng mới này dẫn đến việc mất tín nhiệm của bên bán, thì bên mua được quyền hủy hợp đồng của mình ngay lập tức mà không cần chờ việc khắc phục vi phạm của bên bán. Quan điểm này được nêu trong bản án của Tòa Phúc thẩm Oberlandesgericht) Köln, Đức, ngày 14/10/2002¹⁶. Theo đó, dù cũng ủng hộ quan điểm việc hủy hợp đồng nên chỉ là biện pháp khắc phục cuối cùng sau khi đã tính đến những chế tài khác, thẩm phán cũng cho rằng, việc khắc phục vẫn phải đảm bảo không làm mất đi lợi ích hợp pháp của bên mua. Trong vụ việc này, hầu hết các sản phẩm quần áo giao cho bên mua trong đợt giao hàng đầu tiên đều không thể sử dụng được do khiếm khuyết chất lượng, bên mua hoàn toàn có cơ sở tin rằng các lô hàng sau của bên bán (dù chưa giao) cũng sẽ mắc lỗi tương tự và các sản phẩm này dù được sửa chữa cũng không đảm bảo chất lượng, nên thẩm phán đã chấp thuận cho bên mua từ chối đề nghị khắc phục khiếm khuyết của bên bán và tuyên bố bên mua được quyền ngay lập tức hủy hợp đồng từ lần giao hàng đầu tiên đó.

Thứ hai, việc thực hiện quyền khắc phục vi phạm của bên bán không được gây thêm gánh nặng hay trở ngại đáng kể cho bên mua. Trong bản án của Tòa Thương mại Canton of Aargau, Thụy Sĩ¹⁷, bên bán

(quốc tịch Thụy Sĩ) đã giao ba công chào bằng hơi có in logo quảng cáo cho bên mua sử dụng trong cuộc đua mô tô, một trong ba công chào này đã bị sập ngay thời điểm đầu cuộc đua, sau đó bên mua quyết định không sử dụng cả ba công chào và tuyên bố hủy hợp đồng do đã có vi phạm cơ bản dẫn đến sản phẩm không thể sử dụng đúng mục đích mua. Trong vụ việc này, thẩm phán kết luận rằng: (i) Lỗi sản phẩm hàng hóa của bên bán là hiển nhiên, nhưng chưa cấu thành vi phạm cơ bản do bên bán hoàn toàn có khả năng (và đã thể hiện thiện chí) khắc phục vi phạm đó nhanh chóng để bên mua có thể tiếp tục sử dụng vào giai đoạn sau của cuộc đua mô tô, và (ii) Một vi phạm chưa thể xem xét có cấu thành vi phạm cơ bản hay không một khi vi phạm đó vẫn còn có thể khắc phục được, miễn là việc khắc phục không tạo ra bất kỳ “chậm trễ bất hợp lý” hoặc “tạo ra trở ngại đáng kể” cho bên mua. Theo đó, “chậm trễ bất hợp lý” được giải thích theo hướng làm chậm nghĩa vụ giao hàng, và “tạo ra trở ngại đáng kể” được hiểu là bên mua, theo ý kiến khách quan của mình, nhận định rằng bên bán hoàn toàn không thể khắc phục vi phạm như kỳ vọng. Trong vụ việc này, do sản phẩm đã sửa lỗi vẫn còn có thể sử dụng trong cuộc đua, bên mua không được xem là bị “tạo ra trở ngại đáng kể” để có thể trực tiếp áp dụng Điều 49 CISG.

3.2. Quyền hủy hợp đồng khi có vi phạm cơ bản nên bên mua không có nghĩa vụ xem xét vi phạm có khả năng được khắc phục hay không

¹⁶ Xem tại: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021014g1.html>, truy cập ngày 16/4/2017.

¹⁷ Xem bản án ngày 5/11/2002 tại Commercial Court of the Canton of Aargau (*Inflatable Triumphal arch*

case), tại <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021105s1.html>, truy cập ngày 16/4/2017.

Luồng quan điểm thứ hai đối lập quan điểm trên, theo đó, câu “*Với điều kiện tuân thủ quy định của Điều 49...*”¹⁸ được giải thích theo hướng Điều 49 được ưu tiên áp dụng triệt để so với Điều 48.1 CISG, tức là khi có vi phạm cơ bản xảy ra theo Điều 25, thì bên mua hoàn toàn có quyền hủy hợp đồng mà không cần, và cũng không có nghĩa vụ xem xét khả năng bên bán có khắc phục vi phạm được hay không¹⁹. Lý giải cho quan điểm này là:

(i) CISG không quy định bắt buộc bên mua phải có nghĩa vụ xem xét khả năng khắc phục của bên bán trước khi thực hiện quyền hủy hợp đồng một cách hợp pháp của mình theo Điều 49; và

(ii) Nghĩa vụ xem xét khả năng khắc phục nên được quy định cho bên vi phạm (bên bán), và bên đó cần tự động khắc phục vi phạm của mình mà không cần chờ phản hồi hay tác động của bên mua²⁰.

Cũng theo cách giải thích này, quyền khắc phục vi phạm của bên bán chỉ được giới hạn thực hiện trong hai trường hợp, đó là: Vi phạm đó chưa cấu thành vi phạm cơ bản theo Điều 25 CISG²¹, hoặc đã cấu thành vi phạm cơ bản nhưng bên mua vẫn chưa thực hiện quyền hủy hợp đồng của mình²².

Quan điểm này được nêu trong quyết định của trọng tài ICC (*International Court of Arbitration*) liên quan đến tranh chấp giữa bên mua (quốc tịch Áo) và bên bán (quốc tịch Trung Quốc)²³. Trong vụ việc này, khi phát hiện có một số lượng bu lông bị lỗi, bên bán đề nghị giao hàng mới thay thế nhưng bên mua đã tuyên bố hủy hợp đồng. Trọng tài ICC đã ra phán quyết cho rằng:

i) Lỗi kỹ thuật của sản phẩm (các bu lông được giao không khớp với nhau) làm cho bên mua hoàn toàn không đạt được mục đích khi giao kết hợp đồng, do đó đã đủ cấu thành vi phạm cơ bản theo Điều 25 CISG; và

ii) Do bên vi phạm (bên bán) không được quyền khắc phục vi phạm và thay thế sản phẩm lỗi khi chưa được bên mua đồng ý, bên mua hoàn toàn có quyền hủy hợp đồng theo Điều 49 và Điều 52.2 CISG ngay khi xảy ra vi phạm cơ bản, mà không cần xét đến khả năng khắc phục vi phạm của bên bán.

4. Một số bình luận

Tuy có nhiều quan điểm và cách giải thích khác nhau, nhưng có thể thấy đa số thẩm phán và trọng tài ủng hộ việc xác định cấu thành vi phạm cơ bản của bên bán với mục đích hủy hợp đồng theo Điều 49 CISG chỉ nên được thực hiện sau khi xem xét khả năng khắc phục vi phạm của bên bán theo Điều 48.1 CISG, trừ các trường hợp việc xem xét này hoặc việc khắc phục vi phạm

¹⁸ Theo Điều 48.1.

¹⁹ Koch Robert, *The concept of fundamental breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), 1998*, Kluwer Law International (1999). Xem tại: http://digitool.library.mcgill.ca/R/?func=dbin-jump-full&object_id=20987&local_base=GEN01-MCG02, truy cập ngày 16/4/2017.

²⁰ Xem ghi chú số 13.

²¹ Xem ghi chú số 19.

²² ChengweiLiu, *Cureby Non-Conforming Party: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PEC Land Case Law* (2005). Xem tại:

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei1.html>, truy cập ngày 16/4/2017.

²³ CLOUT case No. 304 Arbitration-International Chamber of Commerce No.7531, 1994. Xem tại: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=139&step=FullText>, truy cập ngày 16/4/2017.

của bên bán gây ra nhiều trở ngại đáng kể với bên mua.

Ngoài ra, theo Điều 7 CISG, “*khi giải thích công ước này, cần chú trọng đến... tính ngay tình trong thương mại quốc tế*”. Theo đó, trong ngữ cảnh giải thích Điều 48 và 49 CISG, tính ngay tình của các bên nên được xem xét. Cụ thể, theo nguyên tắc này, do các bên trong hợp đồng có nghĩa vụ giao kết và thực hiện hợp đồng một cách ngay tình, các bên cần giao tiếp và hợp tác với nhau để cùng đạt được mục đích chung và sửa chữa các vi phạm có khả năng khắc phục²⁴. Bên mua có nghĩa vụ thông báo cho bên bán về vi phạm của hàng hóa (Điều 39 CISG) và bên bán buộc phải trả lời; do đó bên mua không nên được quyền mặc nhiên và ngay lập tức hủy hợp đồng trước khi trao cơ hội khắc phục vi phạm cho bên bán, trừ khi lợi ích chính đáng và hợp pháp của mình bị ảnh hưởng nghiêm trọng²⁵.

Nguyên tắc ngay tình trong việc ưu tiên áp dụng Điều 48.1 cũng được đề cập trong bản án của Tòa Tribunale di Busto Arsizio, Ý²⁶. Theo đó, thẩm phán cho rằng, việc bên mua hủy hợp đồng (khi có vi phạm cơ bản) trước khi bên bán thực hiện hết nỗ lực khắc phục vi phạm là trái với nguyên tắc ngay tình.

²⁴ Hillman Robert, *Applying the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: The Elusive Goal of Uniformity*, Cornell Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1995) tr.21 - 49. Xem tại: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/hillman1.html#103>, truy cập ngày 15/1/2017.

²⁵ Xem ghi chú số 19.

²⁶ Tribunale di Busto Arsizio, Ý, ngày 13/12/2001, xem tại: <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2376&dsmid=13353&x=1s>, truy cập ngày 15/1/2017.

Do đó, theo quan điểm của chúng tôi, việc giải thích và xác định tính ưu tiên áp dụng quyền hủy hợp đồng của bên mua (Điều 49 và Điều 25 CISG) và quyền khắc phục vi phạm của bên bán (Điều 48.1 CISG) nên được xem xét cùng với Điều 7 theo nguyên tắc ngay tình, và bên mua chỉ nên thực hiện quyền hủy hợp đồng khi:

(i) Bên bán vi phạm cơ bản dẫn đến có căn cứ để bên mua cho rằng, bên bán không thể tiếp tục thực hiện hợp đồng;

(ii) Bên bán đã được trao cơ hội khắc phục vi phạm nhưng không thể thực hiện được; hoặc

(iii) Việc khắc phục vi phạm gây nhiều tổn thất và trở ngại cho bên mua một cách bất hợp lý.

Hướng giải thích này cũng phù hợp để ngăn ngừa các trường hợp bên mua, do thay đổi giá thị trường hoặc vì lý do không khách quan khác, từ chối nhận hàng và tuyên bố hủy hợp đồng khi có khiếm khuyết hàng hóa (dù khiếm khuyết này đã cấu thành vi phạm cơ bản, nhưng vẫn còn có thể khắc phục được mà không gây trở ngại đáng kể cho bên mua).

Việc phân tích trình tự khắc phục vi phạm khi xảy ra lỗi khiếm khuyết của hàng hóa theo CISG, theo chúng tôi, có ý nghĩa đặc biệt quan trọng đối với Việt Nam, vì pháp luật hợp đồng của Việt Nam chưa có các quy định tương ứng về vấn đề này.

Theo Luật Thương mại năm 2005, trừ các trường hợp miễn trách nhiệm, chế tài hủy hợp đồng sẽ được áp dụng trong trường hợp một bên vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng²⁷, tức sự vi phạm làm cho bên kia không đạt được mục đích của việc giao kết

²⁷ Khoản 4 Điều 312 Luật Thương mại năm 2005.

hợp đồng²⁸. Tuy nhiên, Luật Thương mại năm 2005 không quy định về quyền bên bán được tự khắc phục vi phạm khi xảy ra lỗi khiếm khuyết của hàng hoá như Điều 48.1 CISG. Nói cách khác, Luật Thương mại năm 2005 chỉ cho phép bên bán thay thế hoặc khắc phục sự không phù hợp của hàng hoá với điều kiện là được thực hiện trong thời hạn giao hàng mà các bên đã thỏa thuận trước²⁹. Ngoài trường hợp này, các lỗi khiếm khuyết của hàng hoá sau thời điểm giao hàng nếu cấu thành vi phạm cơ bản, đều dẫn đến việc bên mua được quyền hủy hợp đồng, trừ khi bên mua đã biết hoặc phải biết về những khiếm khuyết đó tại thời điểm giao hàng³⁰.

Về vấn đề này, Bộ luật Dân sự (BLDS) 2015 chỉ quy định tại Điều 445, theo đó “...nếu... bên mua phát hiện khuyết tật làm mất giá trị hoặc giảm sút giá trị sử dụng của vật đã mua thì phải báo ngay cho bên bán khi phát hiện ra khuyết tật và có quyền yêu cầu bên bán sửa chữa, đổi vật có khuyết tật lấy vật khác, giảm giá và bồi thường thiệt hại, trừ trường hợp có thoả thuận khác”. Có thể thấy, các biện pháp khắc phục mà BLDS 2015 quy định cho bên mua đối với trường hợp hàng hoá bị khuyết tật không bao gồm “hủy hợp đồng”. Cần lưu ý rằng, trong cùng ngữ cảnh thì quyền hủy hợp đồng như là một trong các biện pháp chế tài của bên mua, lại được quy định minh thị khi bên bán có lỗi giao tài sản không đúng chủng loại, giao vật không đồng bộ hoặc giao tài sản không đúng số lượng làm cho bên mua không đạt được

mục đích giao kết hợp đồng³¹. Tuy nhiên, BLDS 2015 chỉ quy định quyền khắc phục vi phạm của bên bán khi xảy ra khiếm khuyết hàng hóa (trừ các khiếm khuyết thuộc về chủng loại, tính đồng bộ hoặc số lượng làm cho bên mua không đạt được mục đích giao kết hợp đồng), mà không quy định về quyền hủy hợp đồng của bên mua trong trường hợp này.

Như vậy, sự khác biệt trong cách tiếp cận của pháp luật hợp đồng Việt Nam và CISG về vấn đề liên quan là rất lớn và cần được quan tâm. Bởi trước hết, CISG đã có hiệu lực với Việt Nam và có thể áp dụng trực tiếp trong các giao dịch mua bán hàng hóa quốc tế giữa thương nhân Việt Nam và thương nhân của các nước thành viên CISG khác³², trừ khi các bên minh thị loại trừ việc áp dụng CISG trong hợp đồng mua bán của mình³³. Bên cạnh đó, ở khía cạnh thực tiễn, các cơ quan tư pháp và cơ quan trọng tài cũng cần nắm rõ tinh thần của Điều 48.1 và Điều 49 để có thể giải thích CISG một cách phù hợp với thực tiễn và thông lệ quốc tế trong các vụ việc mà mình giải quyết.

³¹ Điều 437, 438 và 439 BLDS 2015.

³² Theo Điều 5 Luật Thương mại năm 2005: “Trường hợp điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên... có quy định khác với quy định của Luật này thì áp dụng quy định của điều ước quốc tế đó”. Ngoài ra, Điều 665 BLDS 2015 cũng quy định: “Trường hợp điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên có quy định khác với quy định của Phần này và luật khác về pháp luật áp dụng đối với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài thì quy định của điều ước quốc tế đó được áp dụng”.

³³ Theo Điều 6 CISG, CISG sẽ được tự động được áp dụng để điều chỉnh các giao dịch mua bán hàng hóa giữa các bên thuộc thành viên công ước **trừ khi** các bên thỏa thuận loại trừ việc áp dụng CISG trong hợp đồng.

²⁸ Khoản 13 Điều 3 Luật Thương mại năm 2005.

²⁹ Điều 41 Luật Thương mại năm 2005.

³⁰ Điều 40 và 41 Luật Thương mại năm 2005.

ĐỀ XUẤT HOÀN THIỆN LUẬT ĐẤT ĐAI NĂM 2013

*Châu Hoàng Thân**

Tóm tắt: Bài viết phân tích một số nội dung chưa thống nhất trong các quy định hiện hành và những vấn đề phát sinh từ thực tiễn áp dụng Luật Đất đai năm 2013 cần sửa đổi, bổ sung; đồng thời đề xuất hướng hoàn thiện.

Abstract: This paper analyses unclear provisions in the Law on Land of 2013 and their enforcement in practice. It the make relevant proposals to improve those provisions.

1. Về một số khái niệm

Quá trình thi hành Luật Đất đai năm 2013 (Luật Đất đai) cho thấy, một số khái niệm còn chưa chuẩn xác và nhiều thuật ngữ có tính phổ biến nhưng chưa có khái niệm, gây khó khăn cho việc áp dụng.

1.1. Khái niệm “hộ gia đình, cá nhân trực tiếp sản xuất nông nghiệp”

Khoản 30 Điều 3 Luật Đất đai xác định “hộ gia đình, cá nhân đã được Nhà nước giao, cho thuê, công nhận quyền sử dụng đất nông nghiệp; nhận chuyển quyền sử dụng đất nông nghiệp và có nguồn thu nhập ổn định từ sản xuất nông nghiệp trên đất đó”¹. Theo đó, để được xác định là hộ gia

đình, cá nhân trực tiếp sản xuất nông nghiệp phải thỏa mãn hai điều kiện: Một là, hộ gia đình, cá nhân đang có quyền sử dụng đất nông nghiệp (thông qua hình thức được Nhà nước giao, cho thuê, công nhận hoặc nhận chuyển quyền từ người sử dụng khác); hai là, có thu nhập ổn định từ sản xuất nông nghiệp trên đất đó.

Khái niệm trên bộc lộ một số vướng mắc:

Thứ nhất, chưa công nhận những chủ thể trực tiếp canh tác nông nghiệp trên đất thuê từ người khác. Việc những chủ thể chỉ có thể thuê đất để canh tác và nguồn sống duy nhất của gia đình họ là từ sản xuất trên đất thuê đó nhưng lại không được công nhận là trực tiếp sản xuất nông nghiệp là bất hợp lý.

Thứ hai, xác định thế nào là thu nhập ổn định từ sản xuất nông nghiệp trên đất đó. Hiện nay, Nghị định 01/2017/NĐ-CP đã bổ sung quy định Ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn nơi đăng ký hộ khẩu thường trú sẽ xác nhận hộ gia đình, cá nhân trực tiếp sản xuất nông nghiệp có nguồn thu nhập ổn định từ sản xuất nông nghiệp. Tuy nhiên, tiêu chí thế nào là thu nhập ổn định vẫn chưa được xác định rõ. Tiêu chí thu nhập ổn định đặt ra hai vấn đề: Một là, thu nhập từ bao nhiêu tháng/năm liên tục thì gọi là ổn định; sản xuất nông nghiệp vì thiên tai bị

*ThS., Khoa Luật, Trường Đại học Cần Thơ.

¹ Trước đây, các văn bản không gọi là *trực tiếp sản xuất nông nghiệp*. Cụ thể, Nghị định số 85/1999/NĐ-CP ngày 28/8/1999 sửa đổi, bổ sung một số điều của bản quy định về việc giao đất nông nghiệp cho hộ gia đình, cá nhân sử dụng ổn định lâu dài vào mục đích sản xuất nông nghiệp, và bổ sung việc giao đất làm muối cho hộ gia đình và cá nhân sử dụng ổn định lâu dài quy định: “Hộ gia đình, cá nhân *trực tiếp lao động nông nghiệp, nuôi trồng thủy sản, làm muối* mà nguồn sống chủ yếu là thu nhập có được từ hoạt động sản xuất đó”. Cũng thống nhất sử dụng cụm từ “trực tiếp lao động” tại Điều 4 Nghị định số 163/1999/NĐ-CP ngày 16/11/1999 về giao đất, cho thuê đất lâm nghiệp cho tổ chức, hộ gia đình và cá nhân sử dụng ổn định, lâu dài vào mục đích lâm nghiệp nhưng có bổ sung thêm là đối tượng đó phải được Ủy ban nhân dân cấp xã xác nhận.

mất trắng, không có thu nhập trong cả năm dù thực tế họ vẫn canh tác, sản xuất thì có xác nhận hay không?; hai là, nếu chủ thể đó mới thừa kế đất nông nghiệp và đang triển khai canh tác, chưa có thu nhập từ sản xuất trên đất đó thì việc xác nhận như thế nào?

Vì vậy, tác giả cho rằng, khái niệm về hộ gia đình, cá nhân trực tiếp sản xuất nông nghiệp tại khoản 30 Điều 3 Luật Đất đai cần được sửa đổi, bổ sung theo hướng hộ gia đình, cá nhân canh tác, sản xuất trên đất nông nghiệp thuê của người khác vẫn được xem là trực tiếp sản xuất nông nghiệp và xác định yếu tố đang trực tiếp canh tác, sản xuất nông nghiệp trên đất đó thay cho tiêu chí thu nhập ổn định. Vậy, khoản 30 Điều 3 cần quy định như sau: *“Hộ gia đình, cá nhân trực tiếp sản xuất nông nghiệp là hộ gia đình, cá nhân đã được Nhà nước giao, cho thuê, công nhận quyền sử dụng đất nông nghiệp; thuê đất, nhận chuyển quyền sử dụng đất nông nghiệp từ người sử dụng đất và được Ủy ban nhân dân cấp xã xác nhận là đang trực tiếp canh tác trên đất đó”*.

1.2. Khái niệm “tranh chấp đất đai”

Khoản 24 Điều 3 Luật Đất đai quy định: *“Tranh chấp đất đai là tranh chấp về quyền, nghĩa vụ của người sử dụng đất giữa hai hoặc nhiều bên trong quan hệ đất đai”*. Khái niệm trên đặt ra các vấn đề:

Một là, đối tượng tranh chấp là “quyền, nghĩa vụ của người sử dụng đất” và chủ thể là “giữa hai hay nhiều bên”. Vậy, chủ thể trong tranh chấp này chỉ là những người sử dụng đất theo Điều 5 Luật Đất đai hay có thể là tranh chấp phát sinh giữa người sử dụng đất và cơ quan nhà nước trong quá trình quản lý đất đai; tranh chấp về quyền và nghĩa vụ sẽ được hiểu là tranh chấp từng quyền riêng lẻ hay tổng thể các quyền, nghĩa vụ trên một diện tích nhất định?

Hai là, khái niệm trên xác định phạm vi tranh chấp là “trong quan hệ đất đai”. Tuy nhiên, phạm vi quan hệ đất đai rất rộng; vậy các quan hệ trong quá trình quản lý đất đai như: Tranh chấp phát sinh trong quá trình thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư, tranh chấp trong hoạt động cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất... có được xác định là tranh chấp đất đai hay không. Bởi theo pháp luật hiện hành, các tranh chấp trên phải qua cơ chế khiếu nại, khiếu kiện hành chính mà không áp dụng quy định của Điều 202, 203 Luật Đất đai để giải quyết.

Ngoài ra, theo quy định về thẩm quyền giải quyết tranh chấp tại Điều 203 Luật Đất đai và trình tự giải quyết tranh chấp đất đai theo thủ tục hành chính tại Điều 89, 90 và 91 Nghị định 43/2014/NĐ-CP được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định 01/2017/NĐ-CP, tranh chấp đất đai chỉ là những tranh chấp về việc ai có quyền sử dụng đất. Như vậy, về khái niệm, tranh chấp đất đai được hiểu theo nghĩa rộng trong quan hệ đất đai, nhưng trong quy định về thẩm quyền và trình tự giải quyết tranh chấp thì chỉ được hiểu theo nghĩa hẹp là tranh chấp ai có quyền sử dụng đất.

Do đó, tác giả cho rằng không nên duy trì khái niệm chung về tranh chấp đất đai như hiện nay, và Điều 3 Luật Đất đai cần bổ sung làm rõ các khái niệm cụ thể như tranh chấp quyền sử dụng đất, tranh chấp liên quan quyền sử dụng đất, tranh chấp trong công tác quản lý đất đai...

1.3. Khái niệm “cho thuê đất”

Khoản 8 Điều 3 Luật Đất đai quy định: *Nhà nước cho thuê quyền sử dụng đất (sau đây gọi là Nhà nước cho thuê đất)* là việc Nhà nước quyết định trao quyền sử dụng đất cho đối tượng có nhu cầu sử dụng đất thông qua hợp đồng cho thuê quyền sử dụng đất.

Vô hình trung, khái niệm trên đánh đồng thuê đất với thuê quyền sử dụng đất, làm mất đi sự phân biệt đặc trưng giữa cho thuê đất (Nhà nước cho thuê) với cho thuê quyền sử dụng đất (người sử dụng cho thuê – giao dịch dân sự). Tuy nhiên, nội dung quy định ở các điều luật có sự phân biệt khá rõ, như khi đề cập hoạt động cho thuê đất của Nhà nước thì dùng “cho thuê đất” (các điều 5, 11, 17, 20)..., khi quy định về quyền cho thuê của người sử dụng lại dùng “cho thuê quyền sử dụng đất” (các điều 173, 174, 179)... Vì vậy, tác giả cho rằng, khoản 8 Điều 3 Luật Đất đai cần thống nhất thuật ngữ trong khái niệm “Nhà nước cho thuê đất”, theo đó không nên đề cập đến “cho thuê quyền sử dụng đất” trong khái niệm này. Bên cạnh đó, cũng cần bổ sung khái niệm cho thuê và cho thuê lại quyền sử dụng đất.

1.4. Một số khái niệm khác

Mặc dù Điều 3 Luật Đất đai đã bổ sung nhiều khái niệm, nhưng vẫn còn một số thuật ngữ thông dụng chưa có khái niệm. Cụ thể:

- **Chuyển mục đích sử dụng đất**, được quy định từ Luật Đất đai năm 1987 nhưng đến nay vẫn chưa nêu khái niệm. Vì vậy, cần làm rõ khái niệm để phân biệt với hành vi sử dụng đất không đúng mục đích. Căn cứ vào quy định về các trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất cũng như bản chất của hoạt động này, tác giả đề xuất khái niệm như sau: “*Chuyển mục đích sử dụng đất là việc người sử dụng đất thay đổi mục đích sử dụng hiện tại của thửa đất sang mục đích khác phù hợp với quy hoạch, theo trình tự, thủ tục do pháp luật quy định*”.

- **Tái định cư**, là thuật ngữ được sử dụng khá phổ biến và gắn với cụm từ bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu

hồi đất. Khái niệm bồi thường, hỗ trợ và thu hồi đất đã được quy định từ lâu nhưng đến nay Luật Đất đai vẫn chưa có định nghĩa về tái định cư. Định nghĩa rõ ràng về tái định cư để phân biệt với bồi thường về đất, nhất là khi các văn bản hướng dẫn thi hành Luật Đất đai không quy định cụ thể về các trường hợp bố trí tái định cư như trước đây². Sự không rõ ràng của hai khái niệm bồi thường đất ở và tái định cư thể hiện qua quy định của Điều 6 Nghị định 47/2014/NĐ-CP với tiêu đề “bồi thường về đất khi Nhà nước thu hồi đất ở” nhưng tại điểm a khoản 1 Điều 6 lại quy định: “Trường hợp thu hồi hết đất ở hoặc phần diện tích đất ở còn lại sau thu hồi không đủ điều kiện để ở theo quy định của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh mà hộ gia đình, cá nhân không còn đất ở, nhà ở nào khác trong địa bàn xã, phường, thị trấn nơi có đất ở thu hồi thì được bồi thường bằng đất ở hoặc nhà ở tái định cư”. Quy định này đặt ra câu hỏi đây là bồi thường bằng đất ở, nhà ở hay là tái định cư bằng đất ở, nhà ở? Trong trường hợp này, cần khẳng định, bồi thường về đất khi Nhà nước thu hồi đất ở và tái định cư là hai khái niệm tương đối độc lập³. Tái định cư đặt ra khi bị thu hồi đất ở và phải di chuyển chỗ ở; trong khi đó, bồi thường về đất áp dụng khi có đất bị thu hồi và đủ điều kiện bồi thường. Căn cứ vào tính chất và quy định hiện hành về tái định cư, tác giả cho rằng: “*Tái định cư là việc Nhà nước tạo lập lại chỗ ở mới cho người có đất ở bị thu hồi mà phải di chuyển chỗ ở, không*

² Điều 18 Thông tư 14/2009/TT-BTNMT ngày 01/10/2009 Quy định chi tiết về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư và trình tự, thủ tục thu hồi đất, giao đất, cho thuê đất quy định cụ thể 04 trường hợp bố trí tái định cư.

³ Phan Trung Hiền, “Về nội hàm của một số khái niệm trong pháp luật đất đai”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, 20 (252), năm 2013, tr. 28 – 36.

còn chỗ ở nào khác trong phạm vi cấp xã nơi có đất thu hồi thông qua việc giao đất ở, bán nhà ở hoặc hỗ trợ tiền”.

- **Thu nhập chính.** Quy định về hỗ trợ đào tạo, chuyển đổi nghề và tìm kiếm việc làm khi Nhà nước thu hồi đất tại Điều 84 Luật Đất đai liên quan đến trường hợp hỗ trợ khi thu hồi đất ở kết hợp kinh doanh dịch vụ mà nguồn thu nhập chính là từ hoạt động kinh doanh dịch vụ. Tuy nhiên, quy định trên đặt ra yêu cầu cần làm rõ: Thế nào là thu nhập chính? Có phải nguồn thu nhập cao nhất trong gia đình là thu nhập chính? Để được gọi là thu nhập chính thì thu nhập đó có đòi hỏi tính thường xuyên không? Đến nay vẫn chưa có giải thích cụ thể và cũng chưa xác định ai là chủ thể xác nhận thu nhập chính từ kinh doanh dịch vụ.

2. Về việc bổ sung người sử dụng đất là cá nhân nước ngoài thuộc diện được sở hữu nhà ở tại Việt Nam

Điều 5 Luật Đất đai quy định 07 chủ thể được công nhận là người sử dụng đất ở Việt Nam gồm: (i) Tổ chức trong nước, (ii) Hộ gia đình, cá nhân, (iii) Cộng đồng dân cư, (iv) Cơ sở tôn giáo, (v) Người Việt Nam định cư ở nước ngoài, (vi) Tổ chức nước ngoài có chức năng ngoại giao, (vii) Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài. Như vậy, cá nhân nước ngoài không được công nhận là người sử dụng đất ở Việt Nam dù được phép nhập cảnh vào Việt Nam.

Tuy nhiên, khoản 2 Điều 159 Luật Nhà ở năm 2014 lại quy định, cá nhân nước ngoài được phép sở hữu nhà ở thương mại bao gồm căn hộ chung cư và nhà ở riêng lẻ⁴

⁴ Khoản 2 Điều 3 Luật Nhà ở năm 2014 quy định: “Nhà ở riêng lẻ là nhà ở được xây dựng trên thửa đất ở riêng biệt thuộc quyền sử dụng hợp pháp của tổ chức, hộ gia đình, cá nhân bao gồm nhà biệt thự, nhà ở liền kề và nhà ở độc lập”.

trong dự án đầu tư xây dựng nhà ở tại Việt Nam thông qua mua, thuê mua, nhận tặng cho, thừa kế. Vậy, vấn đề đặt ra là khi cá nhân nước ngoài sở hữu nhà ở tại Việt Nam (như nhà ở riêng lẻ) thì có được công nhận quyền sử dụng đất gắn liền hay không, bởi theo Luật Đất đai thì cá nhân nước ngoài không được là người sử dụng đất ở Việt Nam. Nhưng nếu sở hữu nhà riêng lẻ mà không được công nhận quyền sử dụng đất gắn liền thì không hợp lý và gây khó khăn khi xử lý phần đất đó; thậm chí, nếu chỉ cấp quyền sở hữu nhà ở cho cá nhân nước ngoài, cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất cho chủ đầu tư thì trong 50 năm sở hữu của người nước ngoài, chủ đầu tư cũng bị “giam” quyền khai thác phần đất đó, hoặc sẽ phát sinh nhiều hệ quả pháp lý nếu chủ đầu tư thực hiện các quyền của người sử dụng đất... Tác giả cho rằng, để tạo sự thống nhất và hợp lý trong thực tiễn áp dụng, Điều 5 Luật Đất đai nên bổ sung đối tượng cá nhân nước ngoài thuộc diện được sở hữu nhà ở tại Việt Nam là người sử dụng đất ở Việt Nam⁵; đồng thời cũng cần bổ sung quy định cụ thể về quyền, nghĩa vụ của cá nhân nước ngoài khi sử dụng đất ở Việt Nam.

3. Về thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư

Quy định về thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư trong Luật Đất đai hiện hành đã chi tiết hơn. Tuy nhiên, quá trình áp dụng bộc lộ một số hạn chế cần được sửa đổi, bổ sung:

Một là, về sự can thiệp của Nhà nước khi chuyển dịch đất đai thông qua hình thức

⁵ Thậm chí khoản 7 Điều 9 Luật Đất đai năm 2003 đã từng thừa nhận người sử dụng đất là cá nhân nước ngoài với tư cách nhà đầu tư tại Việt Nam, theo phương thức được Nhà nước cho thuê đất.

nhận chuyển nhượng, thuê quyền sử dụng đất, nhận góp vốn quyền sử dụng đất để sản xuất kinh doanh (gọi là cơ chế chuyển dịch đất đai tự nguyện).

Hiện nay, cùng với việc quy định Nhà nước thu hồi đất thực hiện các dự án phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng, Luật Đất đai còn quy định trường hợp các dự án, công trình sản xuất, kinh doanh không thuộc diện Nhà nước thu hồi đất tại Điều 61, 62. Quy định này vừa phát huy tính chủ động của nhà đầu tư, vừa đảm bảo sự chia sẻ quyền lợi thỏa đáng, phù hợp với nền kinh tế thị trường, xóa bỏ định kiến hành chính, cưỡng chế trong chuyển dịch đất đai. Tuy nhiên, dù khoản 2 Điều 73 Luật Đất đai quy định Nhà nước có chính sách khuyến khích việc thực hiện cơ chế chuyển dịch đất đai tự nguyện, nhưng khi nhà đầu tư thỏa thuận với người sử dụng đất để nhận chuyển nhượng, thuê hoặc góp vốn thì Nhà nước gần như để nhà đầu tư tự xoay sở. Không phải dự án nào cũng đạt được sự đồng thuận cao từ người dân, xảy ra hiện tượng nhà đầu tư đã thỏa thuận được phần lớn các trường hợp cần giải phóng mặt bằng, chỉ còn số ít không đồng ý nhưng nhà đầu tư cũng không thể thực hiện dự án. Đây là nguyên nhân chính khiến các nhà đầu tư muốn được áp dụng cơ chế Nhà nước thu hồi đất⁶. Tác giả cho rằng, Nhà nước cần có sự can thiệp trong trường hợp nhà đầu tư đã thỏa thuận được gần như toàn bộ phạm vi dự án và lý do người sử dụng đất đưa ra không hợp lý. Bởi dự án này dù không thuộc diện Nhà nước thu hồi đất, nhưng phù hợp quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất, việc xây dựng dự án còn mang lại lợi ích chung

cho địa phương... Vì vậy, cần nghiên cứu bổ sung quy định Nhà nước sẽ tiến hành thu hồi đất những trường hợp còn lại theo các điều khoản mà các bên thỏa thuận, hoặc quy định chi tiết các điều kiện để nhà đầu tư có quyền khởi kiện yêu cầu Tòa án ban hành quyết định bắt buộc chuyển dịch đất đai theo các điều khoản thỏa thuận. Tuy nhiên, quy định sự can thiệp của Nhà nước dù bằng con đường hành chính hay tư pháp đều phải thận trọng để đảm bảo không tạo cơ hội cho việc lợi dụng chính sách.

Hai là, về thẩm quyền và trình tự điều chỉnh mục đích sử dụng đất sau khi thu hồi nhưng chưa thực hiện dự án.

Hiện nay, Nhà nước được quyền thu hồi đất để thực hiện dự án trong các trường hợp luật định, cụ thể tại Điều 61, 62 Luật Đất đai. Thực tế, không ít trường hợp Nhà nước công bố lý do thu hồi đất là mục đích này nhưng sau khi thu hồi lại sử dụng cho mục đích khác với nhiều lý do khác nhau⁷. Lý do có thể được viện dẫn là khoản 2 Điều 46 Luật Đất đai “có sự thay đổi về khả năng thực hiện kế hoạch sử dụng đất”. Tuy nhiên, lý do này không rõ ràng. Cần nghiên cứu để quy định rõ ràng, chặt chẽ các trường hợp cho phép thay đổi mục đích sử dụng đất, cần sự kiểm soát chặt chẽ giữa cấp trên và cấp dưới, phát huy vai trò giám sát của Hội đồng nhân dân về vấn đề này.

Ba là, về trình tự thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư.

Luật Đất đai là văn bản luật đầu tiên quy định chi tiết về trình tự, thủ tục thu hồi đất vì mục đích quốc phòng, an ninh, phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia,

⁶ Ngân hàng thế giới, *Cơ chế Nhà nước thu hồi đất và chuyển dịch đất đai tự nguyện ở Việt Nam*, Hà Nội, năm 2011, tr.20, 25, 26.

⁷ Bình Đại, “Lập lờ dự án công - tư”, <http://www.sggp.org.vn/lap-lo-du-an-congtu-241251.html>, truy cập ngày 18/6/2017.

công cộng. Tuy nhiên, quy định vẫn còn những hạn chế nhất định⁸.

(i) Về ủy quyền phê duyệt phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư.

Điều 69 Luật Đất đai quy định, Ủy ban nhân dân cấp có thẩm quyền thu hồi đất sẽ phê duyệt phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư. Trong khi đó, khoản 3 Điều 66 Luật Đất đai quy định Ủy ban nhân dân cấp tỉnh được ủy quyền quyết định thu hồi đất cho Ủy ban nhân dân cấp huyện. Vậy, nếu được ủy quyền quyết định thu hồi đất thì Ủy ban nhân dân cấp huyện có được phê duyệt phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư hay không? Quy định trên được hiểu là chỉ ủy quyền quyết định thu hồi đất hay cả những quyền liên quan từ quyết định thu hồi đất? Luật và các văn bản hướng dẫn thi hành vẫn chưa có câu trả lời cụ thể. Bên cạnh đó, Điều 69 Luật Đất đai cũng quy định, quyết định thu hồi đất và quyết định phê duyệt phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư được ban hành trong cùng một ngày. Vì vậy, theo tác giả, Điều 69 Luật Đất đai cần quy định rõ trường hợp chủ thể được ủy quyền quyết định thu hồi đất thì sẽ ban hành quyết định phê duyệt phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư. Quy định này đảm bảo tính hợp lý, thống nhất và thời gian ban hành trong cùng một ngày.

(ii) Về chủ thể thực hiện cưỡng chế thực hiện quyết định kiểm đếm bắt buộc.

Hiện nay, luật, nghị định và các thông tư hướng dẫn thi hành Luật Đất đai đều không quy định cụ thể về chủ thể thực hiện

công tác cưỡng chế thực hiện quyết định kiểm đếm bắt buộc. Công tác cưỡng chế kiểm đếm xác định thiệt hại này có thể gặp phải sự cản trở từ phía người có đất thu hồi nhưng không phức tạp như cưỡng chế thực hiện quyết định thu hồi đất. Vì vậy, tác giả cho rằng, chỉ cần giao trực tiếp cho tổ chức làm nhiệm vụ bồi thường, giải phóng mặt bằng thực hiện với sự phối hợp đảm bảo an ninh, trật tự của lực lượng công an mà không cần thiết thành lập Ban/Hội đồng cưỡng chế. Quy định này cần được bổ sung ngay trong Luật Đất đai ở Điều 70 để đảm bảo tính toàn diện của quy định.

(iii) Về thời gian bàn giao đất ở, nhà ở tái định cư.

Khoản 3 Điều 85 Luật Đất đai quy định: “Việc thu hồi đất ở chỉ được thực hiện sau khi hoàn thành xây dựng nhà ở hoặc cơ sở hạ tầng của khu tái định cư” nhằm đảm bảo chỗ ở của người có đất ở bị thu hồi. Tuy nhiên, việc hoàn thành xây dựng không đồng nghĩa với việc người tái định cư được bàn giao đất, nhà tái định cư sớm. Hiện nay, các văn bản không quy định cụ thể về thời gian bàn giao đất, nhà tái định cư. Để đảm bảo quyền lợi chính đáng của người có đất thu hồi và phát huy hiệu quả của quy định trên, tác giả đề xuất bổ sung quy định về thời gian bàn giao đất, nhà tái định cư: “Đất, nhà tái định cư được bàn giao trước thời điểm người được bố trí tái định cư phải bàn giao đất thu hồi, chậm nhất là 60 ngày kể từ ngày người có đất thu hồi bàn giao đất cho tổ chức làm nhiệm vụ bồi thường, giải phóng mặt bằng”.

Bốn là, về hỗ trợ tái định cư.

Khoản 4 Điều 86 Luật Đất đai quy định: “Tiền bồi thường, hỗ trợ không đủ để mua một suất tái định cư tối thiểu thì được Nhà nước hỗ trợ tiền đủ để mua một suất tái định

⁸ Châu Hoàng Thân, “Bất cập trong quy định của pháp luật về trình tự, thủ tục thu hồi đất vì mục đích quốc phòng, an ninh; phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng”, Tạp chí khoa học Đại học Cần Thơ, năm 2016, số 44, tr. 1-9.

cư tối thiểu”. Trong khi đó, khoản 1 Điều 22 Nghị định 47/2014/NĐ-CP hướng dẫn cụ thể lại quy định: “Hộ gia đình, cá nhân, người Việt Nam định cư ở nước ngoài nhận đất ở, nhà ở tái định cư mà số tiền được bồi thường về đất nhỏ hơn giá trị một suất tái định cư tối thiểu thì được hỗ trợ khoản chênh lệch giữa giá trị suất tái định cư tối thiểu và số tiền được bồi thường về đất”. Như vậy, điều kiện được hưởng hỗ trợ trong hai quy định nêu trên là khác nhau: Luật tính tổng số tiền bồi thường, hỗ trợ (bồi thường đất, tài sản gắn liền và cả những khoản hỗ trợ nếu có); Nghị định chỉ tính tiền bồi thường về đất. Từ thực tiễn áp dụng, tác giả kiến nghị sửa khoản 4 Điều 86 như sau: “*tiền bồi thường về đất không đủ để mua một suất tái định cư tối thiểu* thì được Nhà nước hỗ trợ tiền đủ để mua một suất tái định cư tối thiểu”.

4. Nội dung giao dịch quyền sử dụng đất

Một số nội dung về giao dịch quyền sử dụng đất của Luật Đất đai cần được sửa đổi, bổ sung:

Thứ nhất, khoản 1 Điều 168 Luật Đất đai quy định: “...Trường hợp chuyển đổi quyền sử dụng đất nông nghiệp thì người sử dụng đất được thực hiện quyền sau khi có quyết định giao đất, cho thuê đất...”. Theo quy định trên, người sử dụng đất có nguồn gốc được Nhà nước cho thuê được quyền thực hiện giao dịch chuyển đổi và thời điểm thực hiện quyền là sau khi có quyết định cho thuê đất. Tuy nhiên, Điều 190 Luật Đất đai lại quy định, chỉ hộ gia đình, cá nhân sử dụng đất nông nghiệp được Nhà nước giao, do chuyển đổi, nhận chuyển nhượng, nhận thừa kế, được tặng cho quyền sử dụng đất hợp pháp từ người khác thì được thực hiện chuyển đổi quyền sử dụng đất (không có

nguồn gốc là đất thuê). Vậy, hộ gia đình, cá nhân được Nhà nước cho thuê đất nông nghiệp có được chuyển đổi không? Luật Đất đai năm 2003 không quy định đất thuê được thực hiện giao dịch chuyển đổi. Đồng thời, từ ý nghĩa chuyển đổi nhằm dồn điền đổi thửa tạo nên những thửa đất lớn, phù hợp canh tác nông nghiệp hiện đại, tác giả cũng không đồng tình với việc cho đất thuê thực hiện chuyển đổi. Vì vậy, nên bỏ cụm từ “cho thuê đất” ở khoản 1 Điều 168 Luật Đất đai.

Thứ hai, cần bổ sung quy định về giao dịch mượn đất, cầm cố đất. Hiện nay, các giao dịch này rất phổ biến và đã có từ rất lâu⁹; giao dịch mượn đất đã được Tòa án thừa nhận trong giải quyết các tranh chấp¹⁰. Bên cạnh đó, Điều 7 Thông tư 23/2014/TT-BTNMT ngày 19/5/2014 quy định về Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất cũng quy định về hình thức mượn đất. Việc quy định chi tiết về 2 giao dịch trên nhằm hạn chế rủi ro cho các bên khi tham gia giao dịch, khi giải quyết các tranh chấp cũng có căn cứ pháp lý rõ ràng.

Thứ ba, cần mở rộng hạn mức nhận chuyển quyền sử dụng đất. Chủ trương tạo điều kiện tích tụ đất nông nghiệp để mở rộng quy mô sản xuất, ứng dụng khoa học kỹ thuật hiện đại đã được cụ thể hóa tại Nghị quyết 30/NQ-CP của Chính phủ ngày 07/3/2017: “*Bộ Tài nguyên và Môi trường phối hợp Bộ Nông nghiệp và Phát triển*

⁹ Quy định về cầm đất (cố đất) được điều chỉnh từ Bộ luật Hồng Đức tại Điều 383, 384 (trong Chương Thi tăng điền sản).

¹⁰ Đỗ Văn Đại, “*Giao dịch về quyền sử dụng đất: những bất cập và hướng sửa đổi Luật Đất đai*”, <http://tks.edu.vn/thong-tin-khoa-hoc/chi-tiet/81/591>, truy cập ngày 17/7/2016.

nông thôn, Bộ Tư pháp rà soát, kiến nghị sửa đổi chính sách đất đai tạo thuận lợi cho tích tụ, tập trung ruộng đất, mở rộng hạn điền cho sản xuất nông nghiệp quy mô lớn trong quý III năm 2017”. Từ thực tiễn sử dụng đất thời gian qua cho thấy, việc mở rộng tích tụ ruộng đất là cần thiết trong sản xuất nông nghiệp, nhưng vấn đề là mở rộng như thế nào? Câu hỏi này phải được giải quyết ngay trong Luật Đất đai. Việc mở rộng cần phải xem xét yếu tố đặc thù của các vùng kinh tế, sự liên kết vùng trong sản xuất nông nghiệp và loại đất mà không chỉ phân chia như Điều 130 Luật Đất đai (gồm các tỉnh thành thuộc khu vực Đông Nam Bộ và Đồng bằng Sông Cửu Long và các tỉnh, thành còn lại).

Bên cạnh việc mở rộng tích tụ đất nông nghiệp, Nghị quyết 55/2010/QH12 và Nghị quyết 28/2016/QH14 về miễn, giảm thuế sử dụng đất nông nghiệp cần được sửa đổi theo hướng ngăn chặn các trường hợp đầu cơ, thúc đẩy tích tụ sản xuất lớn. Việc mở rộng hạn mức nhận chuyển quyền sử dụng đất không chỉ tác động đến hộ gia đình, cá nhân sử dụng đất; tích tụ đất của các doanh nghiệp sản xuất nông nghiệp cũng cần được xem xét để thu hút đầu tư vào nông nghiệp, lâm nghiệp. Tuy nhiên, khoản 2 Điều 191 Luật Đất đai quy định: “*Tổ chức kinh tế không được nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất trồng lúa, đất rừng phòng hộ, đất rừng đặc dụng của hộ gia đình, cá nhân, trừ trường hợp được chuyển mục đích sử dụng đất theo quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt*”. Như vậy, tổ chức kinh tế đầu tư sản xuất nông nghiệp, lâm nghiệp sẽ không được chủ động nhận chuyển nhượng một số loại đất nông nghiệp để tiếp tục sử dụng phù hợp quy hoạch, đúng mục đích sử dụng và

ngành nghề kinh doanh của mình. Vì vậy, theo tác giả cần sửa đổi khoản 2 Điều 191 Luật Đất đai như sau: “*Tổ chức kinh tế không được nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất trồng lúa, đất rừng phòng hộ, đất rừng đặc dụng của hộ gia đình, cá nhân, trừ trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất theo quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt, và tổ chức kinh tế trong lĩnh vực nông nghiệp thực hiện dự án nông nghiệp, lâm nghiệp sử dụng đất để thực hiện sản xuất nông nghiệp, lâm nghiệp phù hợp quy hoạch, được cơ quan có thẩm quyền chấp thuận*”.

Thứ tư, cần quy định rõ tổ chức trong nước có được sử dụng đất thông qua hình thức nhận tặng cho quyền sử dụng đất hay không. Điểm c khoản 1 Điều 169 Luật Đất đai quy định: Tổ chức được nhận chuyển quyền sử dụng đất thông qua **nhận tặng cho** quyền sử dụng đất theo quy định tại điểm c khoản 2 Điều 174 và điểm e khoản 1 Điều 179 của Luật Đất đai, trừ trường hợp quy định tại Điều 191 của Luật Đất đai. Tuy nhiên, quy định cụ thể tại điểm c khoản 2 Điều 174¹¹ và điểm e khoản 1 Điều 179 Luật Đất đai¹² thì tổ chức không được nhận tặng cho quyền sử dụng đất.

(Xem tiếp trang 78)

¹¹ Điểm c khoản 2 Điều 174 Luật Đất đai quy định: “Tặng cho quyền sử dụng đất cho Nhà nước; tặng cho quyền sử dụng đất cho cộng đồng dân cư để xây dựng các công trình phục vụ lợi ích chung của cộng đồng; tặng cho nhà tình nghĩa gắn liền với đất theo quy định của pháp luật”.

¹² Điểm e khoản 1 Điều 179 Luật Đất đai quy định: “Tặng cho quyền sử dụng đất theo quy định tại điểm c khoản 2 Điều 174 của Luật này; tặng cho quyền sử dụng đất đối với hộ gia đình, cá nhân hoặc người Việt Nam định cư ở nước ngoài thuộc đối tượng quy định tại khoản 1 Điều 186 của Luật này”.

PHÁP LUẬT VỀ HOẠT ĐỘNG NHẬN TIỀN GỬI CỦA NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI Ở VIỆT NAM

*Phạm Thị Giang Thu**

Tóm tắt: Bài viết đề cập đến nội dung pháp luật và thực trạng pháp luật điều chỉnh hoạt động nhận tiền gửi của ngân hàng thương mại ở Việt Nam.

Abstract: This paper discusses laws and regulations on deposit taking by commercial banks and its practice in Vietnam.

Tiền gửi là số tiền khách hàng gửi tại các tổ chức tín dụng dưới hình thức tiền gửi không kỳ hạn, tiền gửi có kỳ hạn, tiền gửi tiết kiệm và các hình thức khác. Tiền gửi có thể được hưởng lãi hoặc không được hưởng lãi và phải được hoàn trả cho người gửi tiền hoặc thanh toán cho người thứ ba theo yêu cầu của họ. Bài viết phân tích ba vấn đề cơ bản sau đây:

1. Về chủ thể của quan hệ tiền gửi

Việc xem xét có hình thành hay không hoạt động nhận tiền gửi của ngân hàng thương mại được xác định trên cơ sở quan hệ nhận tiền gửi phát sinh giữa một bên là tổ chức, cá nhân gửi tiền và bên còn lại là ngân hàng thương mại. Bản chất quan hệ nhận tiền gửi là quan hệ hợp đồng vay nợ, thực hiện trên cơ sở tự nguyện, bình đẳng. Trong quan hệ này, nhất thiết phải có sự chuyển giao một lượng tiền xác định từ người gửi tiền sang ngân hàng thương mại. Tùy theo thời hạn được thỏa thuận trước (kể cả việc nhận tiền gửi "không kỳ hạn"), ngân hàng thương mại có nghĩa vụ hoàn trả cho người gửi tiền cả gốc và lãi (nếu có). Việc gửi và nhận tiền gửi có thể thực hiện bằng cách thức trực tiếp (tại quầy giao dịch của ngân hàng thương mại) hoặc thông qua hệ thống giao dịch ngân hàng điện tử (thực

hiện gửi tiền online), nhưng đều qua tài khoản tại ngân hàng. Trường hợp thực hiện gửi tiền trực tiếp, khách hàng nhận thẻ tiết kiệm hoặc chứng chỉ tiền gửi. Trường hợp thực hiện giao dịch điện tử, khách hàng sẽ nhận thấy số dư tăng trên tài khoản của mình khi kết thúc việc gửi tiền cùng với các thông tin đi kèm.

Pháp luật hiện hành về việc gửi tiền tại ngân hàng thương mại đã quy định mở rộng hơn so với trước đây. Bộ luật Dân sự 2005 đề cập đến quyền tham gia mở và sử dụng tài khoản của người chưa thành niên phải thực hiện thông qua người giám hộ¹, tuy nhiên Bộ luật Dân sự 2015² và văn bản chuyên ngành đã mở rộng quyền đối với tài sản của người từ đủ 15 tuổi đến 18 tuổi, trong đó có việc mở và sử dụng tài khoản³.

¹ Xem: Điểm a khoản 2 Điều 2 Quy chế mở và sử dụng tài khoản tiền gửi ban hành kèm theo Quyết định số 1284/2002/QĐ-NHNN ngày 21/11/2002.

² Xem: Khoản 4 Điều 21 Bộ luật Dân sự 2015.

³ Điều 11 Thông tư 23/2014/TT-NHNN ngày 19/8/2014 hướng dẫn việc mở và sử dụng tài khoản thanh toán tại tổ chức cung ứng dịch vụ thanh toán quy định:

1. Cá nhân mở tài khoản thanh toán tại ngân hàng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài bao gồm:

a) Người từ đủ 18 tuổi trở lên có năng lực hành vi dân sự đầy đủ theo quy định của pháp luật Việt Nam;
b) Người từ đủ 15 tuổi đến chưa đủ 18 tuổi không bị mất hoặc hạn chế năng lực hành vi dân sự, có tài sản

* PGS.TS., Trường Đại học Luật Hà Nội.

Quy định này tạo điều kiện cho người từ đủ 15 tuổi có tài sản (thông qua lao động và các nguồn khác) tự quyết định về tài sản của mình, trong đó có việc mở và sử dụng tài khoản, bao gồm cả tài khoản tiền gửi tiết kiệm và tiền gửi thanh toán⁴.

Bên cạnh yếu tố tích cực trên, vấn đề tiền gửi với mục đích hưởng lợi từ tiết kiệm của các chủ thể như hộ gia đình, tổ hợp tác cũng được đặt ra nhưng chưa được thừa nhận do việc gửi tiền tiết kiệm chỉ áp dụng đối với cá nhân⁵. Hiện nay, pháp luật đã quy định về trường hợp đồng chủ sở hữu tiền gửi tiết kiệm "là hai cá nhân trở lên cùng đứng tên trên thẻ tiết kiệm"⁶, trong khi đó hộ gia đình, tổ hợp tác cũng bao gồm các cá

riêng bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong việc mở tài khoản thanh toán;

c) Người chưa đủ 15 tuổi, người từ đủ 15 tuổi đến dưới 18 tuổi không thuộc đối tượng quy định tại điểm b khoản 1 Điều này, người mất năng lực hành vi dân sự, người hạn chế năng lực hành vi dân sự theo quy định của pháp luật Việt Nam mở tài khoản thanh toán thông qua người giám hộ hoặc người đại diện theo pháp luật.

2. Tổ chức được thành lập, hoạt động hợp pháp theo quy định của pháp luật Việt Nam bao gồm: Tổ chức là pháp nhân, doanh nghiệp tư nhân, hộ kinh doanh cá thể và các tổ chức khác được mở tài khoản tại ngân hàng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài theo quy định của pháp luật.

⁴ Khoản 5 Điều 3 Thông tư 23/2014/TT-NHNN ngày 19/8/2014 hướng dẫn việc mở và sử dụng tài khoản thanh toán tại tổ chức cung ứng dịch vụ thanh toán quy định: Số dư trên tài khoản thanh toán được hưởng lãi theo lãi suất tiền gửi không kỳ hạn. Mức lãi suất do tổ chức cung ứng dịch vụ thanh toán ấn định và niêm yết công khai theo quy định của pháp luật.

⁵ Xem: Điều 3 Quy chế về tiền gửi tiết kiệm, có hiệu lực kể từ ngày 01/01/2005 ban hành kèm theo Quyết định số 1160/2004/QĐ-NHNN ngày 13/9/2004 của Thống đốc Ngân hàng Nhà nước Việt Nam.

⁶ Khoản 4 Điều 6 Quy chế về tiền gửi tiết kiệm, có hiệu lực kể từ ngày 01/01/2005 ban hành kèm theo Quyết định số 1160/2004/QĐ-NHNN ngày 13/9/2004 của Thống đốc Ngân hàng Nhà nước Việt Nam.

nhân lại không thể là chủ thể tham gia quan hệ này. Nếu đưa hộ gia đình, tổ hợp tác vào nhóm được gửi tiền tiết kiệm, họ sẽ sử dụng khoản tiền tạm thời nhàn rỗi hiệu quả nhất, với lãi suất tốt (trong sự so sánh với tiền gửi thông thường) và hơn thế nữa, các khoản tiền gửi sẽ được áp dụng chế độ "bảo hiểm tiền gửi". Vì vậy, tác giả cho rằng, cần đưa nhóm chủ thể là hộ gia đình, tổ hợp tác có quy mô nhỏ được tham gia quan hệ tiền gửi tiết kiệm.

Từ nguyên lý "bất cân xứng về thông tin và tính chuyên nghiệp" giữa ngân hàng thương mại và khách hàng gửi tiền, có thể thấy một số hạn chế khác của quy định về việc đảm bảo quyền lợi cho người gửi tiền của tổ chức nhận tiền gửi. Để nhận và quản lý tiền gửi, việc mở tài khoản cho khách hàng là bắt buộc, là cơ sở phát sinh quyền của ngân hàng đối với số dư tiền gửi mà khách hàng đã chuyển vào tài khoản. Theo đó, ngân hàng phải chịu trách nhiệm đối với số tiền, đồng thời có nghĩa vụ trả gốc và lãi cho khách hàng khi thời hạn gửi tiền kết thúc. Bất kỳ ngân hàng nào khi nhận tiền gửi đều mong muốn được sử dụng số tiền đó mà không phải chỉ là quan hệ gửi giữ đơn thuần, vì thế ngân hàng được trao quyền chiếm hữu, sử dụng và định đoạt có thời hạn đối với khoản tiền này để phục vụ cho mục tiêu kinh doanh của mình.

Vậy trường hợp khách hàng thực hiện gửi tiền trực tiếp tại quầy giao dịch, khách hàng đã chuyển một lượng tiền cho người nhân danh ngân hàng nhận tiền gửi (nhân viên ngân hàng) tại điểm giao dịch của ngân hàng thương mại thì đã được coi là hoàn tất một quan hệ tiền gửi? Nếu khẳng định là hoàn tất cũng đồng nghĩa với việc ngân hàng thương mại không thể chối bỏ trách nhiệm của mình đối với khoản tiền gửi của

khách hàng. Vậy, khi nhân viên thuộc ngân hàng nhận tiền gửi và chiếm đoạt tiền của khách hàng thì ngân hàng đó có trách nhiệm hay không? Vụ việc Ngân hàng Công thương Việt Nam (VietinBank) trong mối quan hệ với những người đã gửi tiền, được đề cập đến tại vụ án Huỳnh Thị Huyền Như - nguyên Phó phòng quản lý rủi ro VietinBank Chi nhánh Thành phố Hồ Chí Minh bị ngân hàng ACB, công ty Phúc Vinh, Thịnh Phát, Hưng Yên (những đơn vị đã gửi tiền vào VietinBank thông qua bà Như) yêu cầu VietinBank phải chịu trách nhiệm pháp lý trong việc quản lý tài khoản của khách hàng và phải bồi thường cho bên bị hại. Tuy nhiên, phán quyết của tòa án cho rằng, đó thuộc về trách nhiệm của cá nhân Huỳnh Thị Huyền Như? Tác giả cho rằng, trường hợp này cần phải gắn trách nhiệm của VietinBank với khách hàng, mà không phải là trách nhiệm của cá nhân Huỳnh Thị Huyền Như với người gửi tiền⁷.

Một vấn đề lưu ý khác là cần bảo vệ quyền lợi của người gửi tiền khi bên nhận tiền gửi bị lâm vào tình trạng giám sát đặc biệt hoặc tình trạng kiểm soát đặc biệt. Do hạn chế thông tin về ngân hàng thương mại lâm vào tình trạng kiểm soát đặc biệt hoặc bị giám sát đặc biệt, khách hàng giao dịch thường xuyên với ngân hàng vẫn gửi tiền (hoặc chuyển tiền) vào tài khoản của mình nhưng sau đó không rút hoặc không sử dụng được tiền gửi, gây khó khăn lớn cho khách hàng. Vì thế tác giả cho rằng, pháp luật cần cần nhắc kỹ lưỡng việc cung cấp thông tin cho khách hàng khi ngân hàng xuất hiện tình trạng nêu trên.

⁷ Xem: Bản án phúc thẩm của Tòa án nhân dân tối cao ngày 7/1/2015 vụ án Huỳnh Thị Huyền Như về tội lừa đảo.

2. Về cách thức thiết lập quan hệ tiền gửi

Nếu các quan hệ vay thông thường có thể được thực hiện trên cơ sở một hợp đồng vay hoặc thông qua việc chào bán một loại giấy tờ có giá (trái phiếu) thì ngân hàng thương mại yêu cầu khách hàng cho vay bằng đề nghị của chính khách hàng, thông qua "Giấy đề nghị gửi tiền". Như thế, nếu nhìn vào quy trình nhận tiền gửi, có thể thấy khách hàng gửi tiền chủ động đề nghị hình thành quan hệ nhận tiền gửi mà không phải từ phía ngân hàng thương mại. Câu hỏi đặt ra trong trường hợp này là: Có sự khác biệt trong việc khách hàng đề nghị gửi tiền với việc ngân hàng thương mại đề nghị nhận tiền từ khách hàng? Ở đây trước hết có thể nhận thấy, sự tự nguyện của khách hàng đã rõ ràng và khách hàng đã mặc nhiên thừa nhận uy tín của ngân hàng thương mại khi chủ động cho ngân hàng thương mại vay thông qua quan hệ tiền gửi. Từ đó, đặt ra yêu cầu cơ quan có thẩm quyền có trách nhiệm đảm bảo cho người gửi tiền có thông tin đầy đủ nhất về tình trạng của ngân hàng thương mại để họ lựa chọn ngân hàng thương mại thích hợp. Tình huống đặt ra là: Khách hàng có buộc phải biết mọi trình tự, thủ tục để ngân hàng thương mại nhận tiền gửi và trách nhiệm của nhân viên ngân hàng (giao dịch viên, thủ quỹ, thu ngân, cán bộ kiểm soát, lãnh đạo phòng giao dịch hoặc điểm giao dịch...) phải làm gì để hoàn tất một giao dịch gửi tiền hay không? Nếu khách hàng không buộc phải biết (vì chữ tín mà ngân hàng thương mại có được) thì quyền lợi của họ có được bảo đảm hay không? Khách hàng thiết lập quan hệ với ngân hàng thương mại hay với một cá nhân nhân viên ngân hàng? Những vấn đề này đang rất cần được giải quyết một cách thỏa đáng.

Cũng liên quan đến việc nhận tiền gửi tiết kiệm, pháp luật quy định: "tổ chức nhận tiền gửi tiết kiệm được phép nhận và chi trả tiền gửi tiết kiệm tại địa điểm giao dịch nơi cấp thẻ hoặc các địa điểm giao dịch khác của tổ chức nhận tiền gửi tiết kiệm", trong đó, địa điểm giao dịch của ngân hàng thương mại lại chưa được pháp luật nhận diện. Thông tư số 21/2013/TT-NHNN ngày 09/09/2013 của Thống đốc Ngân hàng Nhà nước quy định về mạng lưới hoạt động của ngân hàng thương mại cũng không đề cập đến địa điểm giao dịch ngoài trụ sở chính, chi nhánh, trong đó, phòng giao dịch và ngân hàng thương mại chỉ được phép thực hiện hoạt động ngân hàng tại hệ thống mạng lưới của mình. Tuy nhiên, thực tiễn huy động tiền gửi hiện nay xuất hiện tình trạng các phòng giao dịch nhận tiền gửi với số lượng lớn, với chế độ phục vụ đặc biệt (áp dụng đối với khách VIP) theo cách, ngân hàng nhận tiền gửi của cá nhân tại hộ gia đình hoặc một địa điểm khác ngoài hệ thống mạng lưới của ngân hàng. Câu hỏi đặt ra: Các giao dịch này có được coi là hợp pháp, nếu có rủi ro xảy ra (rủi ro mất tiền hoặc cố ý chiếm đoạt) thì quyền của người gửi tiền cũng như của tổ chức nhận tiền gửi có được bảo đảm hay không, quan hệ gửi và nhận tiền gửi như vậy có được pháp luật bảo vệ hay không? Pháp luật hiện hành chưa quy định về vấn đề này nên tiếp tục cần làm rõ các yếu tố nhận diện một giao dịch tiền gửi được coi là hợp pháp và được pháp luật bảo vệ.

3. Về lãi suất tiền gửi

Đề cập đến tiền gửi là đề cập đến thu nhập từ tiền gửi (với tư cách khách hàng gửi tiền) và chi phí huy động (với tư cách ngân hàng nhận tiền gửi) - lãi suất tiền gửi/lãi suất huy động. Từ lâu, vấn đề "lãi suất thực"

(the real interest rate) và "lãi suất danh nghĩa" (interest) đã được đề cập trong hoạt động ngân hàng. Theo đó, lãi suất thực là lãi suất sau khi đã loại trừ yếu tố lạm phát⁸. Khách hàng gửi tiền cần có được lãi suất thực dương; lãi suất danh nghĩa là lãi suất mà các ngân hàng thương mại công bố với khách hàng⁹. Nếu không có lãi suất thực dương, người có tiền sẽ chuyển hướng sang đầu tư vào các lĩnh vực khác. Mishkin đã chỉ ra rằng, lãi suất công bố (interest) phải được tính từ lãi suất thực (mức mong muốn của khách hàng ở giới hạn chấp nhận được và mức lạm phát dự tính)¹⁰. Như thế, điểm trọng yếu của lãi suất là căn cứ vào yếu tố thị trường, do ngân hàng thương mại quyết định chứ không phải là một quyết định hành chính đơn thuần. Luật Các tổ chức tín dụng 2010 đã khẳng định việc này¹¹.

Pháp luật hiện hành quy định, Ngân hàng Nhà nước công bố lãi suất cơ bản¹², trên cơ sở đó ngân hàng thương mại công bố lãi suất kinh doanh (gồm lãi suất huy động và cấp tín dụng)¹³. Như vậy, về nguyên tắc, lãi suất tiền gửi do các ngân hàng thương mại tự quyết định trên cơ sở thỏa thuận với khách hàng gửi tiền, tạo ra

⁸ Xem: Frederic S.Mishkin, *Tiền tệ, Ngân hàng & Thị trường tài chính*, Nxb. Khoa học và Kỹ thuật, tr. 128, 1992.

⁹ Xem: Frederic S.Mishkin, *Tiền tệ, Ngân hàng & Thị trường tài chính*, Nxb. Khoa học và Kỹ thuật, tr. 128-130, 1992.

¹⁰ Tìm hiểu thêm công thức và mối quan hệ giữa lãi suất danh nghĩa và lãi suất thực thông qua các công thức tại Frederic S.Mishkin, *Tiền tệ, Ngân hàng & Thị trường tài chính*, Nxb. Khoa học và Kỹ thuật, tr. 128, 1992.

¹¹ Xem: Khoản 1 Điều 91 Luật Các tổ chức tín dụng 2010.

¹² Xem: Khoản 1 Điều 12 Luật Ngân hàng Nhà nước 2010.

¹³ Xem: Khoản 1 Điều 91 Luật Các tổ chức tín dụng 2010.

cạnh tranh lãi suất giữa các tổ chức huy động tiền gửi, nhưng đều phải xây dựng dựa trên mối quan hệ giữa lãi suất danh nghĩa, tỷ lệ lạm phát và lãi suất thực tối thiểu khách hàng muốn đạt được. Từ phân tích quy định pháp luật cho thấy, chính sách lãi suất hiện nay chưa phải là lãi suất thỏa thuận theo đúng nghĩa và chưa xây dựng trên cơ sở tính toán mối quan hệ giữa lãi suất danh nghĩa và lạm phát trong kỳ. Mặc dù chỉ "công bố lãi suất cơ bản" và "ngân hàng thương mại tự quyết định lãi suất kinh doanh"¹⁴, nhưng đều phải bám theo "lãi suất cơ bản". Thực tế, Ngân hàng Nhà nước đang điều hành lãi suất theo hướng "Ngân hàng Nhà nước có quyền quy định cơ chế xác định phí, lãi suất trong hoạt động kinh doanh của tổ chức tín dụng"¹⁵ khi "hoạt động ngân hàng có diễn biến bất thường, để đảm bảo an toàn của hệ thống tổ chức tín dụng"¹⁶. Dường như không có gì đáng bàn khi hệ thống tổ chức tín dụng có diễn biến bất thường, tuy nhiên, từ khi Luật Các tổ chức tín dụng và Luật Ngân hàng Nhà nước có hiệu lực (từ ngày 1/1/2011) đến nay, Ngân hàng Nhà nước đã liên tục sử dụng quyền điều hành lãi suất kinh doanh (bao gồm cả lãi suất huy động và lãi suất tiền gửi). Chẳng hạn, Ngân hàng Nhà nước ban hành một loạt thông tư như: Thông tư 02/2011/TT-NHNN (Thông tư 02) ngày 3/3/2011 "quy định lãi suất huy động vốn tối đa bằng đồng Việt Nam của các tổ chức tín dụng và chi nhánh ngân hàng nước ngoài", Thông tư 30/2011/TT-NHNN ngày 28/9/2011, Thông tư 05/2012/TT-NHNN ngày 12/3/2012, Thông tư 08/2012/TT-

NHNN ngày 10/4/2012, Thông tư 17/2012/TT-NHNN ngày 28/5/2012, Thông tư 19/2012/TT-NHNN ngày 8/6/2012 đều quy định về lãi suất huy động tối đa bằng đồng Việt Nam của các tổ chức tín dụng và chi nhánh ngân hàng nước ngoài phải tuân thủ. Cho đến nay, sự điều hành của Ngân hàng Nhà nước về lãi suất vẫn áp dụng chủ yếu theo mệnh lệnh hành chính. Theo đó, "1. Tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài (sau đây gọi là tổ chức tín dụng) áp dụng lãi suất tiền gửi bằng đồng Việt Nam của tổ chức và cá nhân không vượt quá mức lãi suất tối đa đối với tiền gửi không kỳ hạn, tiền gửi có kỳ hạn dưới 1 tháng, tiền gửi có kỳ hạn từ 1 tháng đến dưới 6 tháng do Thống đốc Ngân hàng Nhà nước Việt Nam quyết định trong từng thời kỳ và đối với từng loại hình tổ chức tín dụng. 2. Tổ chức tín dụng áp dụng lãi suất bằng đồng Việt Nam đối với tiền gửi có kỳ hạn từ 6 tháng trở lên của tổ chức và cá nhân trên cơ sở cung - cầu vốn thị trường"¹⁷. Tác giả cho rằng, phải cân nhắc lại cơ chế điều hành lãi suất theo phương án này, bởi từ khi Luật Các tổ chức tín dụng 2010 có hiệu lực thường xuyên xảy ra tình trạng "hoạt động ngân hàng có những diễn biến bất thường" và cũng cần phải giải thích rõ các dấu hiệu để xác định tình trạng này trong nền kinh tế¹⁸.

Việc điều hành lãi suất theo quy định hiện hành không chỉ chưa phù hợp với quy định "quyết định và thỏa thuận lãi suất", mà còn chưa tạo điều kiện cho các ngân hàng thương mại "yếu thế", dẫn đến các ngân

¹⁴ Xem: Khoản 2 Điều 91 Luật Các tổ chức tín dụng 2010.

¹⁵ Xem: Khoản 3 Điều 91 Luật Các tổ chức tín dụng 2010.

¹⁶ Xem: Khoản 3 Điều 91 Luật Các tổ chức tín dụng 2010.

¹⁷ Xem: Điều 1 Thông tư 07/2014/TT-NHNN ngày 17/3/2014 quy định lãi suất đối với tiền gửi bằng đồng Việt Nam của tổ chức, cá nhân tại tổ chức tín dụng.

¹⁸ Trong các báo cáo về tình hình kinh tế - xã hội các năm từ 2011 đến nay, tình hình kinh tế - xã hội luôn được đánh giá là ổn định và tăng trưởng.

hàng thương mại cố gắng cạnh tranh không lành mạnh theo hướng áp dụng lãi suất vượt trần. Thực tế nhiều vụ án đã đưa ra xét xử cả ở góc độ lợi dụng hành vi vi phạm về trần lãi suất tiền gửi của ngân hàng thương mại khác để hưởng lợi bất chính cũng như việc "thỏa thuận ngầm" để nâng lãi suất tiền gửi thực tế so với trần lãi suất do Ngân hàng Nhà nước quy định để huy động tiền gửi, trong đó ví dụ điển hình là vụ án Hà Văn Thắm và các bị cáo tại Ngân hàng thương mại cổ phần Đại Dương (Oceanbank). Theo Bản cáo trạng do Viện kiểm sát tối cao công bố ngày 28/2/2017, "Trong thời gian từ năm 2010 đến ngày 31/11/2014, tổng số tiền Ngân hàng Đại Dương đã chi hơn 1.576 tỷ đồng, trong đó các cá nhân là lãnh đạo hội sở, lãnh đạo chi nhánh thuộc OceanBank trực tiếp nhận và chi tiền mặt là hơn 1.022 tỷ; còn hội sở chuyển cho 55 chi nhánh/phòng giao dịch/kho (gọi chung là chi nhánh) để chi lãi ngoài tổng cộng hơn 475 tỷ đồng; hội sở chuyển thẳng cho các khách hàng cá nhân gửi tiết kiệm là hơn 66 tỷ đồng; nguyên Tổng giám đốc Nguyễn Minh Thu sử dụng hơn 11 tỷ"¹⁹. Tại sao OceanBank chi lãi ngoài? Các bị cáo khi được hỏi trước tòa đều nhận thức được chi lãi ngoài là vi phạm Thông tư 02 nhưng nếu không chi cho khách hàng thì họ sẽ mang tiền đi, chi nhánh sẽ đổ vỡ, khiến toàn ngân hàng có thể đổ vỡ²⁰. Đây là tình trạng dẫn đến "vượt trần lãi suất huy động" của các ngân hàng thương mại vào thời điểm đó. Tác giả chưa đề cập đến việc: Tại sao có tình trạng chung về việc vi phạm trần lãi

suất huy động²¹ (đã được Ngân hàng Nhà nước khẳng định bằng những chỉ thị chấn chỉnh²² yêu cầu các tổ chức tín dụng phải "thực hiện nghiêm túc các quy định và chỉ đạo của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam về lãi suất"²³) và tình trạng "chi lãi suất ngoài" vẫn xảy ra? Tác giả cho rằng, do sự cạnh tranh giữa các ngân hàng thương mại khi huy động tiền gửi của khách hàng. Các ngân hàng có quy mô nhỏ, với mức vốn và mô hình hạn chế thì khả năng tiếp cận khoản tiền gửi của người dân khó khăn hơn rất nhiều so với các ngân hàng thương mại có uy tín đã được khẳng định. Chẳng hạn, với những ngân hàng có mức vốn và quy mô hạn chế như Ngân hàng thương mại Bắc Á, Ngân hàng thương mại Phương Đông, Ngân hàng liên doanh Việt - Nga, khách hàng chỉ thiết lập quan hệ tiền gửi với các ngân hàng này khi "có lợi hơn" trong sự so sánh với đề nghị nhận tiền gửi của Ngân hàng Đầu tư và phát triển Việt Nam (BIDV), Ngân hàng

²¹ Về vấn đề này, tại phiên tòa xét xử, Hà Văn Thắm và các đồng phạm ngày 31/08/2017 đã trả lời câu hỏi của Chủ tọa phiên tòa về việc tại sao lại chi lãi ngoài đối với tiền gửi của khách hàng (thực chất là lách để nâng lãi suất huy động tiền gửi): "Năm 2011, lạm phát 18% trong khi huy động áp trần 14%. Người dân đòi hỏi không hề vô lý, tuân theo nguyên tắc thị trường", <http://cafef.vn/big-story/xet-xu-vu-ha-van-tham-sang-31-8-neu-nhu-co-can-hao-thi-ngan-hang-da-dung-lai-viec-chi-lai-ngoai-20170831085324428.chn>, truy cập ngày 31/08/2017.

²² Xem: Chỉ thị 03/CT-NHNN 18/7/2013 của Thống đốc Ngân hàng Nhà nước về các giải pháp điều hành chính sách tiền tệ và hoạt động ngân hàng trong những tháng cuối năm 2013.

²³ Xem: - Chỉ thị 01/TC-NHNN ngày 15/1/2014 về việc tổ chức thực hiện chính sách tiền tệ và đảm bảo an toàn hoạt động ngân hàng năm 2014.

- Chỉ thị 01/TC-NHNN ngày 27/1/2015 về việc tổ chức thực hiện chính sách tiền tệ và đảm bảo an toàn hoạt động ngân hàng năm 2015.

- Chỉ thị 01/TC-NHNN ngày 23/2/2016 về việc tổ chức thực hiện chính sách tiền tệ và đảm bảo an toàn hoạt động ngân hàng năm 2016.

¹⁹ Xem: <http://vietnambiz.vn/live-xet-xu-ha-van-tham-sang-282-43-giam-doc-oceanbank-cac-chi-nha-nh-bi-truy-to-15264.html>, truy cập ngày 28/2/2017.

²⁰ Lời khai của bị cáo Trần Thị Thu Hương tại Tòa trong vụ án Hà Văn Thắm, sáng ngày 8/3/2017.

Ngoại thương (VCB), Ngân hàng Công thương (VietinBank). Các ngân hàng thương mại lớn, đặc biệt là ngân hàng thương mại nhà nước có cơ hội nhận tiền gửi của các "ông lớn" với số tiền khổng lồ²⁴, thậm chí được chỉ định để gửi tiền tạm thời nhàn rỗi. Điều đó không xảy ra đối với các ngân hàng có quy mô nhỏ. Để có vốn, các ngân hàng nhỏ chấp nhận chi phí cao (nâng lãi suất huy động tiền gửi) so với các ngân hàng lớn, nhưng nếu làm như vậy, họ lại vi phạm quy định về trần lãi suất. Điều này dường như không phù hợp trong sự cạnh tranh trên thị trường tiền tệ.

Với những phân tích trên, tác giả đề xuất cần quy định điều kiện xây dựng lãi suất kinh doanh (bao gồm cả lãi suất huy

động và lãi suất cấp tín dụng) theo hướng phản ánh các yếu tố thị trường và đảm bảo cơ hội cạnh tranh giữa các ngân hàng nhận tiền gửi. Bên cạnh đó, cần giảm thiểu cơ chế điều hành lãi suất bằng các quyết định hành chính hoặc đưa ra khung giao động quá hẹp, tránh tình trạng lạm dụng quyền điều hành thị trường bằng quyết định hành chính. Cụ thể: Cần sớm quy định các dấu hiệu được coi là "có biến động bất thường"²⁵ đến mức Ngân hàng Nhà nước phải áp dụng các biện pháp hành chính - kinh tế. Chỉ khi có các quy định rõ ràng như vậy mới triệt tiêu được tình trạng vi phạm quy định hành chính về lãi suất và mới đảm bảo cơ hội cạnh tranh lành mạnh trên thị trường.

²⁴ Các tổ chức có tiền gửi đặc biệt lớn tại các ngân hàng thương mại nhà nước như: Kho bạc Nhà nước, Bảo hiểm Xã hội Việt Nam, Bảo hiểm Y tế, các tập đoàn kinh tế nhà nước.

²⁵ Khoản 3 Điều 91 Luật Các tổ chức tín dụng 2010.

(Tiếp theo trang 71 – Đề xuất hoàn thiện...)

Thứ năm, quy định chi tiết về hình thức nhận quyền sử dụng đất của người Việt Nam định cư ở nước ngoài thuộc diện được sở hữu nhà ở tại Việt Nam. Điểm đ khoản 1 Điều 169 Luật Đất đai quy định: “*Người Việt Nam định cư ở nước ngoài thuộc diện được sở hữu nhà ở tại Việt Nam... được nhận quyền sử dụng đất trong dự án phát triển nhà ở*”. Vậy, “nhận quyền sử dụng đất” được hiểu là nhận thông qua tất cả các giao dịch chuyển quyền hay chỉ một trong các giao dịch đó, các văn bản hướng dẫn thi hành Luật Đất đai cũng không quy định cụ thể. Bên cạnh đó, điểm c khoản 2 Điều 8 Luật Nhà ở năm 2014 quy định: “*Người Việt Nam định cư ở nước ngoài... nhận*

chuyển nhượng quyền sử dụng đất ở trong dự án đầu tư xây dựng nhà ở thương mại được phép bán nền để tự tổ chức xây dựng nhà ở theo quy định của pháp luật”. Nếu kết hợp hai quy định trên thì người Việt Nam định cư ở nước ngoài thuộc diện được sở hữu nhà ở tại Việt Nam chỉ được nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất trong dự án phát triển nhà ở tại Việt Nam mà không được nhận theo hình thức thừa kế, tặng cho. Vì vậy, Luật Đất đai cần quy định rõ cụm từ “nhận quyền sử dụng đất” tại điểm đ khoản 1 Điều 169 theo hướng liệt kê rõ các giao dịch được phép, hoặc quy định rõ nhận chuyển nhượng thay cho nhận quyền sử dụng đất.

CÁC ĐIỀU KIỆN ĐẢM BẢO TÍNH HỢP PHÁP CỦA BẢO LƯU ĐIỀU ƯỚC QUỐC TẾ

Nguyễn Thị Thuận*

Tóm tắt: Bảo lưu là một chế định pháp lý rất quan trọng của Luật Điều ước quốc tế. Hiểu chính xác và vận dụng quyền bảo lưu phù hợp giúp các quốc gia có thể khắc phục những khó khăn của riêng mình, bảo vệ quan điểm lập trường và lợi ích quốc gia. Bài viết tập trung phân tích, đánh giá cụ thể các điều kiện đảm bảo giá trị pháp lý của quyền bảo lưu điều ước của quốc gia trên cơ sở các quy định của Công ước Viên năm 1969 về Luật Điều ước quốc tế.

Abstract: Reservation is an important provision in the laws on treaties. Correct understanding and enforcement of right to reservation makes countries to overcome their own difficulties and protect their policy and interest. This paper focuses on analysing and evaluating requirements for the legality of treaty reservation under the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969.

Thực tiễn ký kết điều ước quốc tế của các quốc gia nói chung và của Việt Nam nói riêng cho thấy, quyền bảo lưu điều ước quốc tế đa phương được sử dụng khá phổ biến¹. Trong Luật quốc tế, bảo lưu điều ước quốc tế là một chế định được ghi nhận chủ yếu tại Công ước Viên năm 1969 về Luật Điều ước quốc tế². Mặc dù bảo lưu điều ước quốc tế là quyền, nhưng để tránh việc thực hiện quyền bảo lưu có thể tác động tiêu cực đến việc thực hiện điều ước quốc tế và nguyên tắc tận tâm, thiện chí thực hiện các cam kết quốc tế - một trong các nguyên tắc cơ bản của Luật quốc tế cũng như mục đích ký kết điều ước, Luật

Điều ước quốc tế đã quy định các điều kiện để các quốc gia muốn thực hiện quyền bảo lưu của mình một cách hợp pháp đều phải tuân thủ. Xuất phát từ bản chất của Luật quốc tế là sự dung hòa lợi ích giữa các chủ thể, thỏa thuận là yếu tố chi phối quá trình hợp tác trong mọi lĩnh vực của đời sống quốc tế, bao gồm cả lĩnh vực ký kết và thực hiện điều ước quốc tế. Có thể thấy, với việc ghi nhận “trừ khi điều ước có quy định khác”³, Công ước Viên năm 1969 về Luật Điều ước quốc tế mặc dù được coi là nguồn quan trọng nhất của Luật Điều ước quốc tế, nhưng yếu tố “thỏa thuận” luôn được tôn trọng và thể hiện trong hầu hết các điều khoản của Công ước, trong đó có những điều khoản về bảo lưu.

1. Thời điểm được bảo lưu

Theo Điều 19 Công ước Viên năm 1969, khi ký, phê chuẩn, phê duyệt hoặc gia

* PGS.TS., Đại học Luật Hà Nội.

¹ Ngay từ năm 1957, khi gia nhập bốn Công ước Giơ-ne-vơ về bảo hộ nạn nhân chiến tranh (được ký kết năm 1949), Việt Nam Dân chủ cộng hòa đã bảo lưu một số điều khoản trong các công ước này.

² Sau khi gia nhập Công ước vào năm 2001, Việt Nam đã nội luật hóa nhiều quy định, trong đó có các quy định về bảo lưu của Công ước vào Luật Ký kết, gia nhập và thực hiện điều ước quốc tế năm 2005 và Luật Điều ước quốc tế năm 2016.

³ Xem thêm các khoản 1, khoản 3, khoản 4, khoản 5 Điều 20; khoản 1, khoản 2, khoản 3 Điều 22... Công ước Viên năm 1969.

nhập điều ước quốc tế, một quốc gia có thể đưa ra điều khoản bảo lưu. Như vậy, quy định này đã xác định rõ thời điểm mà một quốc gia có thể đưa ra điều khoản bảo lưu, đó là thời điểm quốc gia thực hiện các hành vi thể hiện sự ràng buộc của quốc gia với điều ước đó. Vấn đề đặt ra là, tại sao Luật Điều ước quốc tế lại quy định thời điểm quốc gia đưa ra bảo lưu chỉ có thể là khi ký, phê chuẩn, phê duyệt hoặc gia nhập điều ước mà không thể là các thời điểm khác. Có thể chứng minh sự hợp lý của quy định bằng hệ quả nếu thực hiện bảo lưu trước hoặc sau những thời điểm nêu trên như sau:

Thứ nhất, nếu bảo lưu được đưa ra vào thời điểm các bên thông qua văn bản dự thảo điều ước.

Thông qua văn bản dự thảo điều ước là hoạt động thuộc giai đoạn thứ nhất của quá trình ký kết điều ước⁴. Giai đoạn này thường bao gồm các hoạt động đàm phán thương lượng, xây dựng văn bản điều ước... Văn bản dự thảo điều ước dù được thông qua nhưng cũng chưa có giá trị pháp lý ràng buộc với các bên. Vì vậy, bảo lưu nếu được đưa ra vào thời điểm này thì về mặt pháp lý cũng không có giá trị đối với quốc gia bảo lưu.

Thứ hai, nếu bảo lưu được đưa ra sau thời điểm quốc gia đã ký, phê chuẩn, phê duyệt hay gia nhập điều ước.

Sau thời điểm ký, phê chuẩn, phê duyệt hay gia nhập điều ước, phù hợp với quy định cụ thể của từng điều ước, điều ước sẽ phát sinh hiệu lực thi hành. Tuy nhiên, mục đích của bảo lưu là nhằm “loại bỏ hoặc sửa đổi hiệu lực pháp lý của một số quy định

của điều ước trong việc áp dụng chúng với quốc gia đó”⁵. Nếu quyền bảo lưu có thể được thực hiện ngay cả trong quá trình thực hiện điều ước quốc tế thì tính ổn định của các quy định trong nội dung điều ước sẽ bị phá vỡ, nguyên tắc *Pacta sunt servanda* sẽ bị vi phạm do các quốc gia sử dụng quyền bảo lưu để “hợp pháp hóa” vi phạm của mình.

Như vậy, có thể khẳng định, nếu quốc gia sử dụng quyền bảo lưu thì thời điểm bảo lưu hợp pháp chỉ có thể là khi ký, phê chuẩn, phê duyệt hoặc gia nhập điều ước. Tuyên bố bảo lưu nếu được đưa ra vào giai đoạn trước đó sẽ chỉ có giá trị nếu quốc gia bảo lưu chính thức khẳng định khi ký, phê chuẩn, phê duyệt hoặc gia nhập điều ước đó⁶.

2. Điều khoản được bảo lưu

Điều khoản được bảo lưu sẽ được xác định theo Công ước Viên năm 1969 về Luật Điều ước quốc tế và có thể được quy định cụ thể trong chính điều ước đó. Theo đó, dù bảo lưu là quyền, nhưng bên cạnh vấn đề thời điểm bảo lưu thì điều khoản bảo lưu cũng phải đáp ứng những điều kiện nhất định. Cụ thể:

Thứ nhất, không được bảo lưu những điều khoản của điều ước mà việc “thay đổi hiệu lực áp dụng” của chúng đối với quốc gia bảo lưu sẽ “không phù hợp” với đối tượng và mục đích của điều ước⁷. Về nguyên tắc, ngay cả khi điều ước quốc tế không có quy định rõ ràng về bảo lưu thì cũng không có nghĩa quốc gia không được

⁵ Xem thêm điểm d khoản 1 Điều 2 Công ước Viên năm 1969.

⁶ Xem thêm khoản 2 Điều 23 Công ước Viên năm 1969.

⁷ Xem thêm điểm b Điều 19 Công ước Viên năm 1969.

⁴ Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình Luật quốc tế*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2006, tr. 91, 92.

quyền bảo lưu. Trong thực tiễn, bất kỳ điều ước quốc tế nào được ký kết cũng hướng tới các mục đích nhất định. Mục đích này thường thể hiện tập trung trong một hoặc một số điều khoản cụ thể. Công ước Viên năm 1969 đã đưa ra quy định, theo đó, nếu một quốc gia tham gia điều ước sử dụng quyền bảo lưu nhằm vào những điều khoản chính này thì rõ ràng mục đích của điều ước sẽ không đạt được. Quyền bảo lưu trong trường hợp này chỉ bị hạn chế chứ không bị loại trừ hoàn toàn. Tuy nhiên, do mục đích của từng điều ước quốc tế không giống nhau, mặt khác, cơ cấu các điều khoản của từng điều ước cũng khác nhau nên phải căn cứ vào nội dung cụ thể của điều ước mới có thể xác định điều khoản nào không được phép bảo lưu liên quan đến đối tượng của điều ước.

Thứ hai, không được bảo lưu những điều khoản mà điều ước không cho phép. Nói cách khác, điều ước quốc tế cho phép bảo lưu điều khoản nào thì quốc gia chỉ được bảo lưu điều khoản đó. Trong thực tiễn ký kết các điều ước quốc tế đa phương, một trong những điều khoản được phép bảo lưu thường có nội dung quy định về giải quyết những tranh chấp, bất đồng trong quá trình giải thích hoặc thực hiện điều ước theo phương thức như giải quyết tại Tòa án Công lý quốc tế, nếu các bên không thể đàm phán thương lượng. Mặc dù không thể phủ nhận tính ưu việt của phương thức giải quyết tranh chấp bằng con đường tài phán, nhưng dưới góc độ pháp lý quốc tế, việc lựa chọn phương thức giải quyết thích hợp cho từng vụ tranh chấp là quyền của các bên tranh chấp⁸. Chính vì vậy, ngay sau quy định này

⁸ Các chủ thể tranh chấp có nghĩa vụ giải quyết tranh chấp bằng biện pháp hòa bình, còn lựa chọn biện

thường có một điều (hoặc khoản) cho phép các quốc gia “nếu không muốn”, có thể bảo lưu⁹. Minh chứng cho thực tiễn này chính là những bảo lưu của Việt Nam nhằm loại trừ hiệu lực của điều khoản quy định về giải quyết tranh chấp áp dụng với Việt Nam. Cụ thể, với những điều ước có điều khoản quy định về thẩm quyền giải quyết tranh chấp của Tòa án Công lý quốc tế trong trường hợp phát sinh tranh chấp liên quan đến giải thích, áp dụng điều ước, Việt Nam thường tuyên bố không bị ràng buộc bởi điều khoản giải quyết tranh chấp này. Điển hình là khi gia nhập Công ước về xóa bỏ các hình thức phân biệt đối xử đối với phụ nữ, Công ước Viên 1969 về Luật Điều ước quốc tế, Công ước về các chất gây nghiện, Công ước về các chất ma túy, Công ước của Liên hợp quốc về chống vận chuyển trái phép ma túy và các chất hướng thần, Công ước của Liên hợp quốc về chống tham nhũng, Công ước về chống việc bắt con tin, Công ước chống tra tấn hoặc các hình thức đối xử tàn bạo, vô nhân đạo... Việt Nam đều tuyên bố bảo lưu điều khoản về giải quyết tranh chấp...¹⁰.

pháp hòa bình cụ thể nào là quyền của các bên tranh chấp. Đây chính là nội dung cơ bản của nguyên tắc giải quyết hòa bình các tranh chấp quốc tế.

⁹ Một trong các đặc thù của cơ quan tài phán quốc tế là không có thẩm quyền đương nhiên. Vì vậy, một số điều ước đa phương khi quy định nghĩa vụ đưa tranh chấp giải quyết tại cơ quan tài phán đều cho phép quốc gia được bảo lưu. Nếu bảo lưu điều này, cơ quan tài phán đương nhiên không có thẩm quyền giải quyết vụ việc, ngược lại, nếu không bảo lưu thì coi như quốc gia đã chấp nhận thẩm quyền tài phán của cơ quan tài phán đối với vụ tranh chấp mà họ là một bên.

¹⁰ Ví dụ, khi gia nhập Công ước về xóa bỏ các hình thức phân biệt đối xử đối với phụ nữ, Việt Nam tuyên bố: “*Trong việc thực hiện Công ước này, nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam không bị ràng buộc bởi các quy định tại khoản 1 Điều 29*”. Nội dung khoản 1 Điều 29 Công ước quy định: “Mọi

Trong thực tiễn, không chỉ Việt Nam mà nhiều quốc gia đã bảo lưu điều khoản có ghi nhận nghĩa vụ đưa tranh chấp giải quyết tại Tòa án quốc tế¹¹. Như vậy, cùng với việc không được bảo lưu những điều khoản liên quan đến đối tượng, mục đích của điều ước, quốc gia chỉ được bảo lưu điều khoản quy định nghĩa vụ đưa tranh chấp giải quyết tại Tòa án quốc tế.

3. Điều ước được bảo lưu

Mặc dù bảo lưu chỉ đặt ra đối với các điều ước quốc tế đa phương¹², nhưng thực tiễn ký kết điều ước quốc tế đa phương cho thấy, không phải điều ước quốc tế đa phương nào cũng cho phép bảo lưu. Thậm chí, một số điều ước quốc tế đa phương (cả đa phương phổ cập và đa phương hạn chế) còn quy định cấm bảo lưu một cách rõ ràng. Cụ thể, theo Điều 309 Công ước Luật Biển năm 1982 “không chấp nhận bảo lưu, cũng không chấp nhận các ngoại lệ ngoài những điều đã được các điều khác của Công ước cho phép một cách rõ ràng”; Điều 29 Hiệp

tranh chấp giữa hai hoặc nhiều quốc gia thành viên xung quanh việc giải thích hoặc áp dụng Công ước này, nếu không giải quyết được bằng thương lượng thì một trong các quốc gia đó có thể yêu cầu đưa ra hoà giải. Nếu trong vòng 6 tháng kể từ khi yêu cầu hoà giải được đưa ra mà các bên vẫn không đi đến thống nhất được về cách tổ chức hoà giải thì một bên bất kỳ có thể đệ trình vấn đề tranh chấp với Tòa án Công lý quốc tế bằng cách nộp đơn theo đúng quy chế của Tòa án”.

¹¹ Bảo lưu điều khoản về nghĩa vụ giải quyết tranh chấp tại Tòa án quốc tế không chỉ khẳng định quyền của quốc gia trong việc lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp mà còn giúp quốc gia tránh được những hệ quả không mong muốn nếu để Tòa giải quyết vụ tranh chấp. Mặt khác, quốc gia đã bảo lưu vẫn không mất đi quyền tìm đến Tòa nếu thực tiễn nảy sinh tranh chấp mà các bên thỏa thuận yêu cầu Tòa giải quyết tranh chấp đó.

¹² Mặc dù không có quy định rõ ràng trong Luật quốc tế, nhưng thực tiễn cho thấy, bảo lưu không đặt ra đối với điều ước quốc tế song phương.

định Tương trợ tư pháp về hình sự của ASEAN quy định: “Hiệp định này không cho phép bảo lưu”... Cần lưu ý phân biệt “ngoại lệ không bắt buộc” với “bảo lưu”, vì theo Điều 298 Công ước Luật Biển năm 1982 về “những ngoại lệ không bắt buộc đối với việc áp dụng Mục 2”¹³, quốc gia có thể tuyên bố bằng văn bản việc không chấp nhận một hay nhiều thủ tục giải quyết tranh chấp đã được trù định ở Mục 2... Về cơ bản, hệ quả của tuyên bố này đối với quốc gia tuyên bố cũng giống như hệ quả của bảo lưu với quốc gia bảo lưu, nhưng thời điểm đưa ra tuyên bố không chấp nhận có thể là khi ký, phê chuẩn hoặc bất kỳ thời điểm nào sau đó, trong khi bảo lưu chỉ có thể được đưa ra khi thực hiện các hành vi ràng buộc với điều ước, tức là khi ký, phê chuẩn... Điểm khác biệt nữa là, những ngoại lệ đã được Công ước cho phép rõ ràng nên giá trị của tuyên bố không chấp nhận này không phụ thuộc vào sự chấp nhận hay phản đối của các thành viên kết ước khác.

Về phương diện lý luận, quy định cấm bảo lưu đã triệt tiêu quyền bảo lưu của quốc gia. Quốc gia chỉ có thể có một trong hai sự lựa chọn: Trở thành thành viên của những điều ước này thì phải thực hiện toàn bộ quy định của điều ước, hoặc không thể tham gia điều ước mặc dù vẫn có thể thực hiện được đa số quy định của điều ước. Tuy nhiên, nếu căn cứ vào các yếu tố như mục đích của điều ước, đối tượng của điều ước..., quy định cấm bảo lưu của một số điều ước là thực sự cần thiết để dung hòa một cách hiệu quả lợi ích của các quốc gia thành viên. Để có được sự dung hòa này, việc tuân thủ “trọng gó” điều ước là một trong những điều

¹³ Xem thêm Điều 298 Công ước Luật Biển năm 1982.

kiện tiên quyết. Nếu Công ước Luật Biển năm 1982 không cấm bảo lưu thì rất có thể trong thực tiễn, khi tham gia Công ước nhiều quốc gia sẽ tiến hành bảo lưu nhằm loại bỏ việc áp dụng những điều khoản không có lợi cho họ. Như vậy, Công ước Luật Biển năm 1982 chắc chắn không còn được nhìn nhận như một bản “hiến pháp” về đại dương của nhân loại.

4. Sự chấp nhận của các quốc gia thành viên khác

Liên quan đến điều kiện này, Công ước Viên năm 1969 quy định các trường hợp sau:

- Bảo lưu không cần được các quốc gia khác chấp nhận.

Trường hợp này đặt ra đối với những điều ước đã cho phép bảo lưu một cách rõ ràng thông qua việc quy định cụ thể điều khoản được bảo lưu. Ví dụ, nếu cho phép bảo lưu điều khoản về phương thức giải quyết tại Tòa án Công lý quốc tế thì hệ quả thực tế là, Tòa án Công lý quốc tế sẽ không có thẩm quyền giải quyết tranh chấp do Tòa không có thẩm quyền đương nhiên; hành động bảo lưu như vậy đã loại bỏ thẩm quyền giải quyết tranh chấp của Tòa¹⁴. Mặt khác, ngay cả khi đối tác tranh chấp phản đối bảo lưu và yêu cầu Tòa giải quyết tranh chấp thì phản đối này cũng không có giá trị pháp lý vì quyền bảo lưu đó đã được điều ước cho phép.

- Bảo lưu chỉ có giá trị nếu được các quốc gia thành viên khác chấp thuận.

Về nguyên tắc, những điều ước này hoàn toàn không cấm bảo lưu, nhưng quyền bảo lưu chỉ hợp pháp (bảo lưu chỉ có giá trị pháp lý) khi được mọi thành viên khác chấp

nhận. Vì vậy, nếu chỉ một trong số quốc gia thành viên phản đối thì bảo lưu đó cũng không có giá trị. Điển hình như quy định của Điều 72 Hiệp định về các khía cạnh liên quan đến thương mại của quyền sở hữu trí tuệ (Hiệp định TRIPS), theo đó, “những bảo lưu liên quan đến bất kỳ quy định nào của Hiệp định này đều không được ghi nhận nếu không được tất cả thành viên khác nhất trí”. Thực tiễn cho thấy trường hợp một quốc gia có thể bảo lưu, chấp nhận bảo lưu hoặc phản đối bảo lưu của quốc gia khác là khá phổ biến trong quan hệ quốc tế. Do quan điểm, lợi ích của các quốc gia không phải luôn đồng nhất, nên để đạt được sự chấp nhận của mọi thành viên điều ước là không đơn giản. Ở mức độ nhất định, khi quy định gắn liền giá trị của bảo lưu với sự chấp nhận của mọi quốc gia thành viên khác, điều ước thực chất đã gián tiếp cấm bảo lưu. Theo khoản 2 Điều 20 Công ước Viên năm 1969, điều kiện này chỉ đặt ra đối với những điều ước quốc tế do “số lượng thành viên tham gia, do mục đích và đối tượng của điều ước mà việc thực hiện toàn bộ điều ước giữa các bên là điều kiện chủ yếu của việc đồng ý chịu sự ràng buộc điều ước của mỗi bên”. Như vậy, về nguyên tắc, quy định dường như có phần “cứng nhắc” này cũng khá hợp lý vì nó góp phần đảm bảo mục đích kết ước của các chủ thể.

Ngoài các trường hợp nói trên, Công ước Viên năm 1969 còn quy định, bảo lưu điều ước quốc tế là văn kiện thành lập tổ chức quốc tế liên Chính phủ phải có sự đồng ý từ cơ quan có thẩm quyền của tổ chức đó; bảo lưu sẽ có giá trị khi văn kiện thể hiện sự chấp nhận ràng buộc quốc gia với điều ước (có kèm theo bảo lưu) được ít nhất một quốc gia thành viên khác chấp nhận...

¹⁴ Xem thêm Điều 36, 37 Quy chế Tòa án Công lý quốc tế.

5. Thủ tục bảo lưu

Ở các mức độ và phạm vi khác nhau, bảo lưu chắc chắn sẽ ảnh hưởng đến hiệu lực thi hành của điều khoản bị bảo lưu đối với quốc gia đưa ra bảo lưu và với một số quốc gia thành viên khác¹⁵. Chính vì vậy, thủ tục bảo lưu cũng được quy định khá chặt chẽ trong Luật Điều ước quốc tế. Cụ thể:

Thứ nhất, về hình thức, bảo lưu, phản đối bảo lưu phải được thể hiện bằng văn bản. Riêng việc chấp thuận bảo lưu, mặc dù về nguyên tắc cũng phải thể hiện bằng văn bản, tuy nhiên, việc quốc gia không đưa ra phản đối bảo lưu trong thời hạn 12 tháng cũng được coi như đã chấp nhận bảo lưu¹⁶.

Thứ hai, nếu điều ước quốc tế phải phê chuẩn hoặc phê duyệt... thì quốc gia đã đưa ra bảo lưu trước đó khi thực hiện hành vi ràng buộc theo quy định của điều ước (phê chuẩn, phê duyệt...) phải “khẳng định” lại việc bảo lưu của mình. Thủ tục này cũng liên quan trực tiếp tới điều kiện về thời điểm đưa ra bảo lưu như đã phân tích ở trên. Ngày bảo lưu được tính từ ngày mà quốc gia khẳng định việc bảo lưu¹⁷. Quy định chính xác ngày đưa ra thông báo bảo lưu là rất cần thiết vì thời hạn được tính là 12 tháng từ “ngày nhận được thông báo bảo lưu”, nếu quốc gia thành viên khác không phản đối coi như đã chấp nhận bảo lưu.

Thứ ba, nếu một quốc gia đã chấp nhận hoặc phản đối bảo lưu của một quốc gia trước khi quốc gia đó khẳng định lại việc bảo lưu thì quốc gia này không cần khẳng định lại việc phản đối hay chấp nhận nữa.

Thực tiễn thời gian qua cho thấy, Việt Nam đã thực hiện quyền bảo lưu trên cơ sở quy định của chính các điều ước đó¹⁸. Điển hình như những bảo lưu nhằm không thừa nhận điều ước là cơ sở pháp lý trực tiếp để tiến hành dẫn độ khi tham gia một số điều ước quốc tế đa phương trong lĩnh vực hợp tác đấu tranh phòng, chống tội phạm (Công ước của Liên hợp quốc về chống tham nhũng, Công ước quốc tế về chống việc bắt giữ con tin, Công ước về cấm tài trợ cho hoạt động khủng bố, Công ước của Liên hợp quốc về chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia, Công ước về chống vận chuyển bất hợp pháp ma túy và các chất hướng thần năm 1988...).

Vì vậy, việc nắm bắt để vận dụng chính xác các quy định về bảo lưu của pháp luật quốc tế có vai trò rất quan trọng bởi bảo lưu cũng như rút bảo lưu một cách hợp lý, linh hoạt sẽ rất hữu ích với Việt Nam¹⁹. Đặc biệt, trong bối cảnh chủ động tích cực hội nhập khu vực và quốc tế, Việt Nam sẽ tiếp tục tham gia nhiều điều ước quốc tế đa phương thì ở các mức độ khác nhau, chúng ta chắc chắn sẽ tiếp tục sử dụng quyền bảo lưu khi điều ước quốc tế nói riêng và pháp luật quốc tế nói chung không cấm²⁰.

¹⁵ Xem thêm Điều 21 Công ước Viên năm 1969.

¹⁶ Theo quy định của khoản 5 Điều 20 Công ước Viên năm 1969, bảo lưu coi như được quốc gia khác chấp nhận nếu quốc gia này không phản đối trong thời hạn 12 tháng kể từ ngày nhận được thông báo bảo lưu hoặc ngày quốc gia này biểu thị sự đồng ý ràng buộc của điều ước nếu hành vi này xảy ra sau ngày bảo lưu được đề ra.

¹⁷ Xem thêm khoản 2 Điều 23 Công ước Viên năm 1969.

¹⁸ Việt Nam thực hiện quyền bảo lưu lần đầu tiên vào năm 1957, khi gia nhập 4 Công ước Giơ-ne-vơ về bảo hộ nạn nhân chiến tranh năm 1949.

¹⁹ Việt Nam đã rút bảo lưu các điều khoản của Công ước Viên năm 1961 về quan hệ ngoại giao.

²⁰ Có thể tra cứu các tuyên bố bảo lưu của Việt Nam tại website của Ban thư ký Liên hợp quốc: <https://treaties.un.org/Pages/ParticipationStatus.aspx>.