

THÔNG RA MỘT KỶ

6(350)

2017

NUM TH 46

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

MỤC LỤC

TỔNG BIÊN TẬP

L MAI THANH

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP

TR V BIÊN

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP

GS.TSKH. Ì Ì Ì
PGS.TS. B XUÂN Ì
PGS.TS. PH H H Ì
PGS.TS. TR Ì Ì Ì
PGS.TS. HÀ TH MAI H Ì
PGS.TS. PH H Ì Ì
PGS.TS. NGUY N H PH Ì
PGS.TS. L MINH TH Ì
PGS.TS. NGUY N TRUNG T Ì
GS.TS. V KH Ì Ì Ì
PGS.TS. Ì Ì Ì Ì Ì

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

Tel: 04.39713333

Fax: 04.39764534

*Email:
tcnnpl@isl.gov.vn*

**Giấy phép ho Ì Ì Ì
b ch Ì s Ì 121/GP-
BTTTT, ngày 22/4/2013**

In tại Công ty in Thủy lợi

Gi Ì 20.000 Ì

LUẬT HÀNH CHÍNH

❖ TRƯƠNG HỒ HẢI: Thực hiện tinh giản biên chế trong bối cảnh xây dựng Nhà nước kiến tạo phát triển 3

❖ CAO VŨ MINH – NGUYỄN NHẬT KHANH: Về biện pháp khắc phục hậu quả trong xử phạt vi phạm hành chính 10

LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ

❖ ĐINH VĂN ĐOÀN: Thủ tục tố tụng đối với bị hại là người dưới 18 tuổi trong pháp luật tố tụng hình sự Việt Nam 18

LUẬT DÂN SỰ, LUẬT TỔ TỤNG DÂN SỰ

❖ VŨ THỊ HỒNG YẾN: Thế chấp quyền sử dụng đất nhưng không thế chấp tài sản gắn liền với đất (hoặc ngược lại) theo Bộ luật Dân sự năm 2015 – Một số nội dung cần bàn luận 26

❖ PHẠM THỊ THI: Một số vấn đề về chế định thừa kế theo di chúc trong Bộ luật Dân sự năm 2015 33

❖ NGUYỄN ĐỨC VIỆT – VŨ THỊ PHƯƠNG LAN: Địa vị pháp lý của một số chủ thể nước ngoài theo quy định của Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 37

LUẬT KINH TẾ

❖ ĐẶNG MINH PHƯƠNG: Một số bất cập trong quy định của Luật Doanh nghiệp và các văn bản hướng dẫn thi hành 48

❖ NGUYỄN THỊ PHƯƠNG HÀ: Bàn về căn cứ nhận diện mối quan hệ công ty mẹ – công ty con 57

❖ TRẦN VIỆT DŨNG – PHẠM HOÀI HUÂN: Hành vi cung cấp thông tin trong Dự thảo Luật Cạnh tranh 63

LUẬT QUỐC TẾ, TƯ PHÁP QUỐC TẾ

❖ NGUYỄN THỊ THÚY: Cơ chế một cửa và quy tắc xuất xứ: Những sáng kiến đẩy nhanh tiến trình “thuận lợi hóa thương mại” trong khuôn khổ Cộng đồng kinh tế ASEAN 69

❖ PHAN HOÀI NAM: Thỏa thuận lựa chọn tòa án theo Nghị định Brussels I Recast – Một số kinh nghiệm cho Việt Nam 75

MONTHLY ISSUE

6(350)

2017

46TH YEAR

STATE AND LAW

CONTENTS

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: 04.39713333

Fax: 04.39764534

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

ADMINISTRATIVE LAW

❖ TRUONG HO HAI: Implementing the Quantity Reduction and Quality Improvement of Civil Servants in the Context of Building up an Innovative State 3

❖ CAO VU MINH – NGUYEN NHAT KHANH: On Remedial Measures of Administrative Sanctions 10

CRIMINAL PROCEDURE LAW

❖ DINH VAN DOAN: Procedure for Victims under 18 Years Old under Vietnamese Criminal Procedure Law 18

CIVIL LAW, CIVIL PROCEDURE LAW

❖ VU THI HONG YEN: Mortgage of Land Use Right without that of Land Attached Property (or vice versa) under the Civil Code of 2015 – Some Raised Issues 26

❖ PHAM THI THI: Issues on Testament-based Inheritance under the Civil Code of 2015 33

❖ NGUYEN DUC VIET – VU THI PHUONG LAN: Legal Status of Foreign Subjects under the Civil Procedure Code of 2015 37

ECONOMIC LAW

❖ DANG MINH PHUONG: Shortcomings of the Law on Enterprises and Its Detailed Legal Normative Documents 48

❖ NGUYEN THI PHUONG HA: On Grounds for the Determination of the Parent Company-Subsidiary Company Relationship 57

❖ TRAN VIET DUNG – PHAM HOAI HUAN: The Conduct of Information Supply under the Draft Law on Competition 63

INTERNATIONAL LAW, INTERNATIONAL PRIVATE LAW

❖ NGUYEN THI THUY: Single Window Mechanism and Rules of Origin: Initiatives to Speed up Trade Facilitation in the ASEAN Economic Community 69

❖ PHAN HOAI NAM: The Choice of Court Agreement under the Brussels I Regulation Recast Implications for Vietnam 75

THỰC HIỆN TINH GIẢN BIÊN CHẾ TRONG BỐI CẢNH XÂY DỰNG NHÀ NƯỚC KIẾN TẠO PHÁT TRIỂN

*Trương Hồ Hải**

Tóm tắt: Bài viết tập trung làm rõ những yêu cầu tinh giản biên chế trong xây dựng Nhà nước kiến tạo phát triển và những vấn đề đặt ra cần giải quyết ở Việt Nam hiện nay.

Abstract: This paper focuses on requirements of the quantity reduction and quality improvement of civil servants in the context of building up an innovative State; it then discusses relevant issues to be solved in Vietnam nowadays.

Xây dựng Nhà nước kiến tạo thực chất là việc chuyển đổi từ nhà nước toàn năng (nhà nước đóng vai trò là chủ thể duy nhất đảm nhiệm mọi công việc trong quản lý xã hội) sang nhà nước “cầm lái” (nhà nước chia sẻ vai trò quản lý xã hội cho các chủ thể khác trong xã hội, nhà nước chỉ thực hiện những nhiệm vụ thực sự quan trọng và hoàn thiện các công cụ vĩ mô của mình để nhà nước tạo dựng, thúc đẩy, định hướng, khuyến khích cho xã hội phát triển). Theo đó, giảm số lượng người hưởng lương từ ngân sách nhà nước, qua đó giảm chi tiêu của Chính phủ, nâng cao hiệu quả sử dụng nguồn lực công là một nội dung cần thiết phải tiến hành trong quá trình xây dựng Nhà nước kiến tạo phát triển. Hiện nay, Việt Nam đang tiến hành tinh giản biên chế, nhằm mục tiêu cắt giảm số lượng biên chế dôi dư trong hệ thống chính trị, đặc biệt trong hệ thống các cơ quan nhà nước, qua đó góp phần nâng cao tính trách nhiệm của cán bộ, công chức, viên chức; khắc phục sự đùn đẩy trách nhiệm, dư thừa nhân sự, nâng cao chất lượng nguồn nhân lực trong khu vực công.

1. Yêu cầu tinh giản biên chế trong quá trình xây dựng Nhà nước kiến tạo phát triển

Nhà nước kiến tạo thực chất không phải là một kiểu nhà nước đã tồn tại trong lịch sử hay một mô hình nhà nước cụ thể mà là một mô hình quản lý công, trong đó nhà nước đề ra các chính sách mang tính định hướng phát triển, tạo điều kiện cho các thành phần kinh tế phát huy mọi tiềm năng trong môi trường cạnh tranh và hội nhập quốc tế; tăng cường giám sát để phát hiện tình trạng mất cân đối có thể xảy ra, bảo đảm ổn định kinh tế vĩ mô. Cốt lõi của mô hình này là “nhà nước tham gia tích cực vào việc thúc đẩy sự phát triển kinh tế thay vì để thị trường vận hành một cách tự do”¹, nhưng cũng không can thiệp quá mức vào thị trường².

Xét trên phương diện chung, mô hình nhà nước kiến tạo đã thể hiện rõ những đặc trưng cơ bản sau:

¹ Đinh Minh Tuấn và Phạm Thế Anh (2016), *Từ nhà nước điều hành sang nhà nước kiến tạo phát triển*, Nxb. Tri thức, Hà Nội, tr. 16.

² Bởi vì lịch sử nhân loại cũng đã chứng kiến sự khủng hoảng kinh tế - xã hội diễn ra khi nền kinh tế vận hành tự do theo cơ chế thị trường vào những năm cuối thập niên 20 của thế kỷ XX; tuy nhiên, nếu nhà nước can thiệp quá sâu vào nền kinh tế như mô hình nhà nước điều hành (hay còn gọi là nền kinh tế kế hoạch hoá tập trung) cũng dẫn đến thất bại.

* PGS.TS., Học viện Chính trị quốc gia Hồ Chí Minh.

Thứ nhất, từ chức năng cai trị sang quản trị và kiến tạo là tâm điểm của mô hình. Song song với quá trình chuyển đổi nền kinh tế, những vấn đề phát triển từ một phương thức quản lý xã hội còn mang tính truyền thống sang hiện đại là hai nhân tố quan trọng. Câu hỏi ở đây không phải là nhà nước quản lý ít hay nhiều, mà là nhà nước quản lý như thế nào.

Một mô hình nhà nước mạnh, với ý nghĩa đủ khả năng ứng phó trước những rủi ro, đảm bảo an ninh chung cho cộng đồng đang là con đường chúng ta cần tiến tới. Từ việc dung hòa các lợi ích, với cơ chế tạo được sự cân bằng trong quá trình ra quyết định, Nhà nước - nhìn từ một khía cạnh, sẽ không còn phải giữ nhiều trọng trách như trước. Nhưng ngược lại, do có sự tham gia của nhiều tác nhân, Nhà nước không phải tự gánh vác những rủi ro một mình, nên có điều kiện tập trung tốt hơn vào những lĩnh vực mà thị trường và các thành phần xã hội khác không thể đảm nhận.

Thứ hai, Nhà nước sẽ mạnh khi mỗi người dân cảm thấy đây là thiết chế đại diện cho mình. Nhà nước tạo khung pháp lý hành động thông qua nguyên tắc giao quyền, ủy quyền và phân quyền nhiều hơn. Nếu nhà nước trong mô hình nhà nước điều hành nắm vai trò chủ đạo về mọi mặt, với nghĩa vụ cuối cùng đảm bảo thịnh vượng và an ninh cho cả cộng đồng, thì Nhà nước kiến tạo có xu hướng chia sẻ vai trò này với những chủ thể khác trong xã hội. Trước sự hình thành của những “tập đoàn lợi ích” khác nhau, thậm chí đối lập thì việc mở rộng quyền tham gia - chịu trách nhiệm trong các thành phần kinh tế, các lực lượng xã hội khác nhau chính là một cách để “dung hòa lợi ích”, gắn kết các nhóm lợi ích với nhau bằng những định chế mang tính

chế tài của luật pháp và sự giám sát của công luận.

Thứ ba, tăng cường khả năng quản trị rủi ro (hơn là giải quyết sự việc khi đã xảy ra), nghĩa là nhà nước nâng cao khả năng dự báo các rủi ro, đồng thời chuẩn bị sẵn khả năng để ứng phó với những rủi ro có thể xảy ra. Muốn vậy, nhà nước phải được thiết kế gọn nhẹ, dễ thích nghi với những thay đổi, năng lực quản trị tốt.

Như vậy, Nhà nước kiến tạo thực chất là một mô hình quản lý công mà chủ thể quản lý ngoài nhà nước còn huy động tất cả các chủ thể khác có khả năng trong xã hội tham gia nhằm tạo dựng đầy đủ thể chế, môi trường phát triển, phát huy hiệu quả các nguồn lực tổng hợp, duy trì động lực phát triển để xây dựng một xã hội thịnh vượng. Theo đó, “chất lượng thể chế và nguyên tắc thị trường” được xem là hai động lực căn bản tương tác chặt chẽ với nhau, tạo nên sức phát triển của mô hình nhà nước này. Nhưng mấu chốt của mô hình quản lý này ở chỗ, động lực thúc đẩy xã hội phát triển không phải xuất phát từ sức ép của xã hội, của thị trường mà xuất phát từ ý thức về vai trò của nhà nước đối với sự phát triển. Nhà nước tạo dựng thể chế, môi trường phát triển... không chỉ đáp ứng nhu cầu hiện tại, trước mắt mà còn “đón đầu” các nhu cầu phát triển. Do đó, Nhà nước kiến tạo “phải tạo dựng được các thể chế hỗ trợ cho các khiếm khuyết của các thể chế thị trường và xã hội dân sự chứ không phải thay thế, kiểm soát và đè nén sự phát triển của hệ thống thể chế này”³. Bởi vậy, đây là “mô hình nhà nước nằm ở giữa nhà nước điều chỉnh (theo chủ thuyết thị trường tự do) và nhà nước k

³ Đinh Minh Tuấn và Phạm Thế Anh (2016), *Từ nhà nước điều hành sang nhà nước kiến tạo phát triển*, Nxb. Tri thức, Hà Nội, tr. 17.

hoạch hóa tập trung (theo mô hình xã hội chủ nghĩa truyền thống). Nhà nước kiến tạo phát triển không đứng ngoài thị trường, nhưng cũng không làm thay thị trường. Nhà nước kiến tạo phát triển chủ động can thiệp vào thị trường để thúc đẩy phát triển và hiện thực hóa các mục tiêu phát triển đã được đề ra”⁴. Vì thế, mô hình nhà nước kiến tạo phát triển rất thích hợp đối với các quốc gia đang chuyển đổi như Việt Nam hiện nay.

Nhà nước kiến tạo phát triển đòi hỏi phải đảm bảo tính hiệu lực, hiệu quả. Theo đó, trong quá trình quản lý, Nhà nước phải thực hiện đầy đủ trách nhiệm của mình đối với doanh nghiệp và xã hội, nhưng đồng thời phải sử dụng hiệu quả các nguồn lực công, tránh thất thoát lãng phí, đặc biệt là cắt giảm chi tiêu của Chính phủ. Điều này chỉ có thể đạt được khi nhà nước thực hiện yêu cầu phải tinh giản biên chế, bởi, việc tinh giản biên chế là giải pháp để giải quyết “điểm nghẽn” trong việc nâng cao chất lượng quản lý nhà nước. Thực tế, việc tinh giản biên chế ở những nhà nước mà bộ máy nhà nước cồng kềnh, biên chế quá lớn là giải pháp “kép” để nhà nước đồng thời giải quyết được yêu cầu nâng cao chất lượng đội ngũ cán bộ, công chức, viên chức, đồng thời cải thiện được chế độ đãi ngộ đối với đội ngũ này. Hơn nữa, biên chế được tinh giản, gọn nhẹ sẽ góp phần nâng cao tính trách nhiệm của cán bộ, công chức, viên chức; khắc phục sự đùn đẩy trách nhiệm, dư thừa nhân sự trong khu vực công. Từ đó, việc tinh giản biên chế được thực hiện theo nhiều phương thức khác nhau, như: Giảm tổng biên chế công chức xuống bằng việc sáp

nhập các cơ quan hành chính nhà nước theo hướng quản lý đa ngành, đa lĩnh vực; giảm bớt chức năng của nhà nước, nhà nước chỉ giữ lại những chức năng quan trọng, chuyển giao bớt các chức năng của nhà nước cho khu vực tư nhân, doanh nghiệp; hạn chế việc “công chức hoá” đối với đội ngũ nhân viên làm trong khu vực công.

Bản chất của việc tinh giản biên chế là giảm số lượng người hưởng lương từ ngân sách nhà nước, qua đó giảm chi tiêu của Chính phủ, nâng cao hiệu quả sử dụng nguồn lực công. Trên tinh thần đó, các nhà nước phải điều chỉnh về quy mô và chức năng nhiệm vụ của mình, trong đó tập trung vào cắt giảm quy mô của nhà nước. Việc cắt giảm quy mô của nhà nước nhằm nâng cao tính năng động, tính dễ kiểm soát trong hoạt động của nhà nước, khắc phục sự chồng chéo về chức năng và nhiệm vụ, thu hẹp phạm vi điều hành của nhà nước. Sự điều chỉnh này, *một mặt* góp phần nâng cao hiệu lực, hiệu quả quản lý nhà nước; *mặt khác*, phát huy vai trò của các chủ thể khác trong xã hội tham gia vào quản lý nhà nước, điều này vừa cắt giảm chi tiêu công của nhà nước, thu hút thêm nguồn lực khu vực tư nhân tham gia vào quản lý nhà nước, cung ứng dịch vụ công.

Như vậy, xuất phát từ yêu cầu xây dựng Nhà nước kiến tạo phát triển, vấn đề đặt ra là phải cắt giảm bớt đầu mối cơ quan nhà nước, quản lý theo hướng đa ngành, đa lĩnh vực, bộ máy nhà nước phải tinh giản, gọn nhẹ. Để tinh giản, gọn nhẹ trong tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước, chức năng nhà nước cần phải thiết kế lại theo hướng nhà nước chỉ giữ lại những chức năng, nhiệm vụ thực sự cần thiết, những chức năng gì không cần thiết đảm nhận, nhà nước chuyển giao cho khu vực tư nhân, cho

⁴ TS. Nguyễn Sỹ Dũng, *Nhà nước kiến tạo phát triển*, <http://nongthonviet.com.vn/thoi-su/kinh-te/201612/nha-nuoc-kien-tao-phat-trien-690349/>, truy cập ngày 08/12/2016.

doanh nghiệp theo hình thức đối tác công tư, xã hội hoá. Nhà nước kiến tạo phát triển phải là nhà nước phục vụ, nhà nước tạo dựng thể chế, môi trường cho xã hội phát triển, giảm bớt chức năng áp đặt, quản lý mệnh lệnh hành chính, chuyển sang chức năng tạo dựng, thúc đẩy, hỗ trợ để xã hội phát triển bền vững. Đây chính là tinh thần cốt lõi của việc chuyển đổi chức năng nhà nước từ “chèo thuyền” sang “lái thuyền”. Chính vì thế, việc thu gọn chức năng bộ máy nhà nước là một xu thế tất yếu phải thực hiện để xây dựng thành công Nhà nước kiến tạo phát triển. Từ nhà nước “chèo thuyền” chuyển sang nhà nước “lái thuyền” là một quá trình tinh gọn bộ máy trên cơ sở giảm tải các công việc cụ thể để tập trung vào hoạch định chính sách và điều tiết vĩ mô. Điều tất yếu của quá trình này là việc sáp nhập các bộ, ngành gần về chức năng cũng như giảm những bộ, ngành phụ trách lĩnh vực chuyên môn hẹp, đến việc quyết định chuyển giao một số chức năng, nhiệm vụ mà doanh nghiệp và xã hội có thể đảm nhiệm.

2. Những vấn đề đặt ra đối với Việt Nam trong quá trình tinh giản biên chế để đáp ứng yêu cầu xây dựng Nhà nước kiến tạo hiện nay

Đảng và Nhà nước ta rất quan tâm đến vấn đề tinh giản biên chế. Từ khi thực hiện đường lối đổi mới toàn diện đất nước, Đảng đã ban hành nhiều nghị quyết để tinh giản biên chế nhằm đáp ứng tinh gọn bộ máy nhà nước. Đại hội VI đã xác định: “Tinh giản biên chế hành chính nhà nước, nhằm phát triển sản xuất, tăng năng suất lao động, nâng cao hiệu quả sản xuất xã hội”⁵; tinh thần

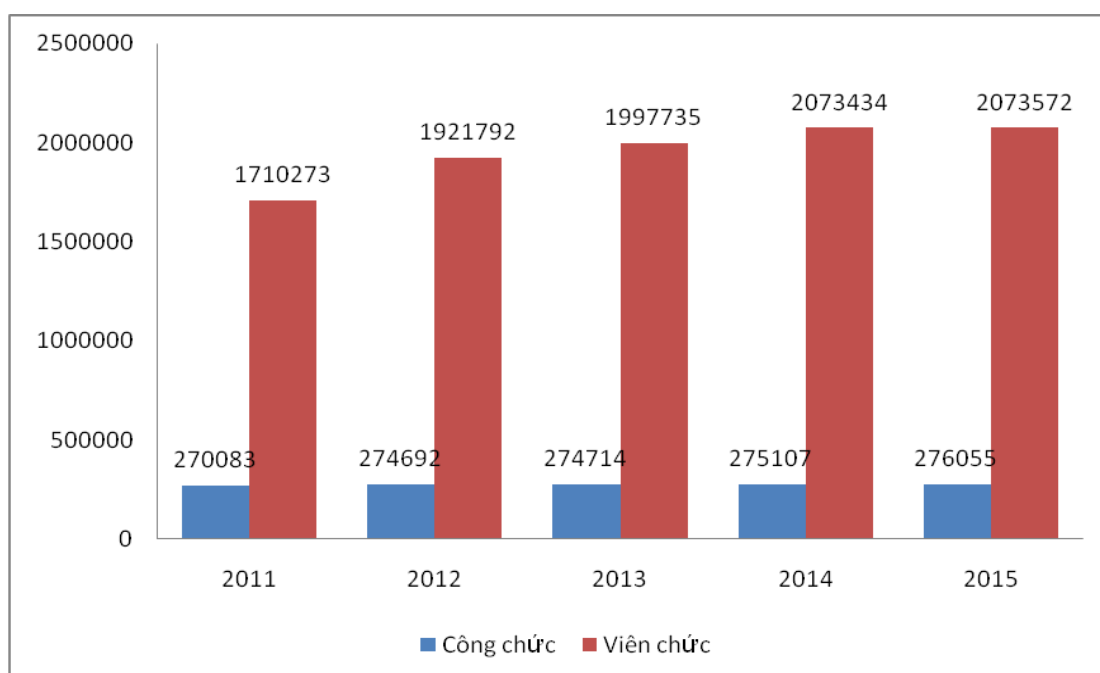
này tiếp tục được đề cập trong các Đại hội VII, VIII, IX, X, XI, XII; đặc biệt, Ban Chấp hành Trung ương Đảng khoá XI đã ban hành Nghị quyết số 39-NQ/TW ngày 17/04/2015 về Tinh giản biên chế và cơ cấu lại đội ngũ cán bộ, công chức, viên chức, trong đó nêu rõ: “Phải xác định tỉ lệ tinh giản biên chế đến năm 2021 tối thiểu là 10% biên chế của bộ, ban, ngành, tổ chức chính trị - xã hội, tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương. Đối với đơn vị sự nghiệp công lập có nguồn thu sự nghiệp, khuyến khích đẩy mạnh chuyển đổi thêm 10% số lượng viên chức sang cơ chế tự chủ, tự chịu trách nhiệm và xã hội hóa, thay thế nguồn trả lương từ ngân sách nhà nước bằng việc trả lương từ nguồn thu sự nghiệp”. Trên tinh thần Đảng lãnh đạo, Nhà nước đã triển khai các chương trình tinh giản biên chế ở các ngành, các cấp đó là: Chương trình tổng thể cải cách hành chính giai đoạn 2011-2016; Nghị định số 108/2014/NĐ-CP ngày 20/11/2014 của Chính phủ về chính sách tinh giản biên chế; Thông tư liên tịch số 01/2015/TTLT-BNV-BTC ngày 14/4/2015 của Bộ Nội vụ và Bộ Tài chính hướng dẫn Nghị định 108/2014/NĐ-CP; Quyết định số 2218/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ về Kế hoạch của Chính phủ thực hiện Nghị quyết số 39-NQ/TW ngày 17/4/2015 của Bộ Chính trị về tinh giản biên chế và cơ cấu lại đội ngũ cán bộ, công chức, viên chức; Chỉ thị 02/CT-TTg của Thủ tướng Chính phủ ngày 06/01/2017 về đẩy mạnh thực hiện chủ trương tinh giản biên chế, trong đó Thủ tướng chỉ đạo: “Đến năm 2021 các Bộ, ngành, địa phương phải giảm được 1,5% - 2% biên chế công chức, biên chế sự nghiệp được giao năm 2015”. Theo đó, các địa phương, các bộ ngành đã ban hành kế hoạch đẩy mạnh cải cách chế độ công vụ, công chức.

⁵ Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ VI*, Nxb. Sự thật, 1986, tr. 185.

Tuy nhiên, trong thời gian qua, công tác tinh giản biên chế chưa đạt được yêu cầu đặt ra, thực tế biên chế công chức, viên chức của các cơ quan hành chính và đơn vị sự nghiệp công lập chưa có dấu hiệu giảm mà vẫn còn tăng nhẹ (biểu đồ 1). Thực tế, tinh giản biên chế là một việc không mới,

nhưng có rất nhiều cản trở trong quá trình thực hiện. Cản trở lớn nhất đó là chưa có cơ sở khoa học để xác định chính xác đối tượng thuộc diện tinh giản biên chế; sự nể nang, né tránh trong quá trình thực hiện; vấn đề lợi ích; trách nhiệm của người đứng đầu tổ chức.

Biểu đồ 1: Số lượng công chức, viên chức Việt Nam giai đoạn 2011-2015



Nguồn: Tổng hợp từ Bộ Nội vụ (2016)⁶

Tuy nhiên, nguyên nhân chủ yếu là do việc các đơn vị hành chính các cấp ở địa phương tiếp tục chia tách; số phòng, cục, tổng cục trong những năm qua vẫn tiếp tục tăng (biểu đồ 2). Hầu như bộ, ngành, địa phương nào cũng xin thêm biên chế hằng năm, gây áp lực rất lớn lên Bộ Nội vụ. Các ngành, lĩnh vực xin tăng biên chế như: Thanh tra xây dựng, thanh tra giao thông, quản lý thị trường, kiểm lâm... Tổ chức trong các bộ, ngành cũng rất phức tạp với rất nhiều tổ chức “con” như viện, đơn vị sự

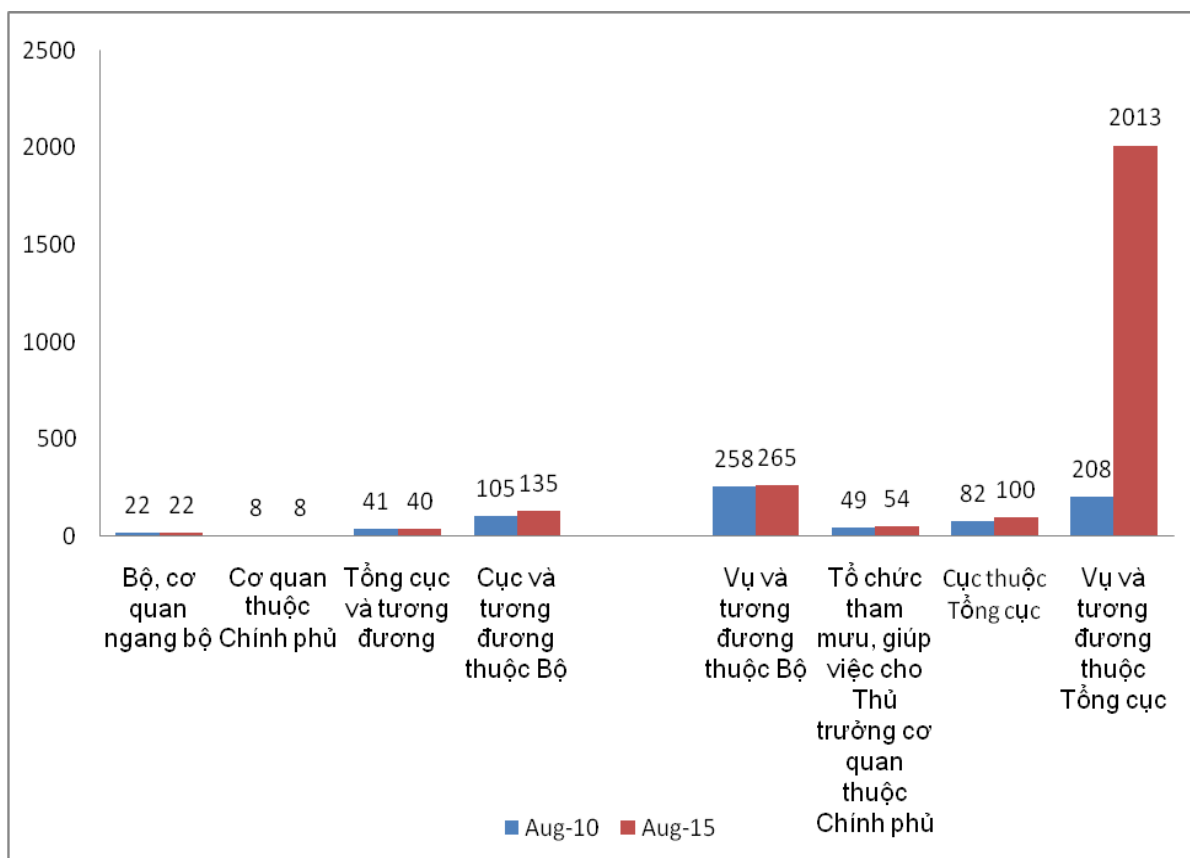
nh nghiệp có thu... Trên thực tế, nhiều bộ, ngành, cơ quan, đơn vị vẫn tìm cách phình to bộ máy, tạo thêm áp lực cho ngân sách nhà nước...⁷. Chính vì thế, “sau 10 năm thực hiện tinh giản, số lượng biên chế không những không giảm mà còn tăng thêm tới 20% là điều khó có thể chấp nhận”⁸.

⁶ Bộ Nội vụ, Báo cáo sơ kết cải cách hành chính giai đoạn 2011-2015.

⁷ Diệp Văn Sơn, *Nhìn lại thất bại trong tinh giản biên chế*, <http://cuoituan.tuoitre.vn/tin/20161107/nhin-lai-that-bai-trong-tinh-gian-bien-che/1212625.html>, truy cập ngày 07/11/2016.

⁸ Diệp Văn Sơn, *Nhìn lại thất bại trong tinh giản biên chế*, <http://cuoituan.tuoitre.vn/tin/20161107/nhin-lai-that-bai-trong-tinh-gian-bien-che/1212625.html>, truy cập ngày 07/11/2016.

Biểu đồ 2: Số lượng một số cơ quan ở Trung ương từ 2010 – 2015



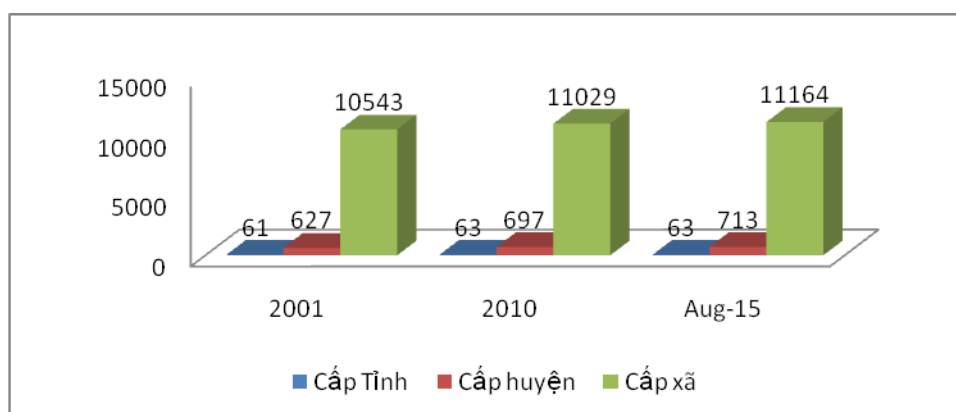
Nguồn: Tổng hợp từ Bộ Nội vụ (2016)⁹

Tuy nhiên, việc tổng biên chế của cả nước gia tăng trong những năm qua chủ yếu do các đơn vị hành chính ở cấp địa phương tiếp tục tăng nhanh, đặc biệt là cấp xã. Thực tế cho thấy, trong những năm qua, đơn vị hành chính cấp xã chia tách liên tục, điều này dẫn đến việc gia tăng số lượng các đơn

vị hành chính cấp xã, trung bình mỗi năm trong giai đoạn 2001-2010 là 48,6 đơn vị hành chính/năm và giai đoạn 2011-2015 là 27 đơn vị hành chính/năm (biểu đồ 3). Trong khi đó, một đơn vị hành chính cấp xã được thành lập mới, không chỉ biên chế của cơ quan hành chính gia tăng mà biên chế của cả hệ thống chính trị cấp xã đều gia tăng. Điều này làm cho tổng biên chế của cả nước ngày một “phình” ra.

⁹ Bộ Nội vụ, Báo cáo sơ kết cải cách hành chính giai đoạn 2011-2015.

Biểu đồ 3: Số lượng đơn vị hành chính địa phương 2001-2015



Nguồn: Tổng hợp từ Bộ Nội vụ (2016)¹⁰

Trước thực tế này, để thực hiện việc tinh giản biên chế đạt được mục tiêu đề ra, thiết nghĩ cần phải giải quyết được “bài toán gốc” của vấn đề làm gia tăng tổng biên chế của cả nước. Do đó, các ngành, các cấp *một mặt* không chia tách các đơn vị hành chính, *mặt khác* tiến hành sáp nhập các đơn vị hành chính, các cấp hành chính. Theo đó, các ngành, các cấp cần phải tập trung vào những nội dung sau:

Một là, sáp nhập các cơ quan hành chính theo hướng quản lý đa ngành, đa lĩnh vực; tuyệt đối không chia tách đơn vị hành chính ở cấp chính quyền địa phương; không tăng thêm các cơ quan trong các Bộ, cơ quan ngang Bộ. Bên cạnh đó, Đảng và Nhà nước cần sớm thực hiện việc sáp nhập các cơ quan hành chính nhà nước với cơ quan đảng có gần chức năng nhiệm vụ như: Ban Tổ chức của Đảng và Cơ quan nội vụ các cấp; Ban Tuyên giáo của Đảng với Cơ quan văn hoá các cấp; nhất thể hoá chức danh Bí thư với chức danh Chủ tịch Ủy ban nhân dân ở cấp địa phương. Nhiều địa phương đã chỉ đạo và tổ chức thực hiện thí điểm chủ

trương nhất thể hóa cán bộ chủ chốt ở cơ sở (Bí thư, cấp ủy đồng thời là Chủ tịch Ủy ban nhân dân). Chỉ riêng việc thực hiện nhất thể hóa hai chức danh này cho hơn 11.000 xã, phường, thị trấn thì biên chế sẽ giảm đáng kể. Quảng Ninh khi thực hiện Đề án 25 nhất thể hóa đã giảm 202 đầu mối trực thuộc cấp huyện¹¹.

Hai là, giảm biên chế trong từng ngành, lĩnh vực quản lý, đây là công việc khó vì liên quan đến lợi ích của công chức, đến nhóm lợi ích. Để thực hiện được yêu cầu này, cần định danh, xác định được các tiêu chuẩn việc làm cho từng vị trí và tiến hành quản lý công vụ theo mô hình việc làm. Do đó, cần đẩy mạnh việc áp dụng mô hình việc làm, trong bối cảnh hiện nay ở nước ta, cần phải kết hợp giữa mô hình đương chức nghiệp và mô hình việc làm, trong đó nhấn mạnh và hướng đến thay thế hoàn toàn mô hình quản lý công vụ theo đường chức nghiệp bằng mô hình việc làm. Thực hiện

(Xem tiếp trang 32)

¹⁰ Bộ Nội vụ, Báo cáo sơ kết cải cách hành chính giai đoạn 2011-2015 và Tổng cục thống kê năm 2011.

¹¹ Diệp Văn Sơn, *Nhìn lại thất bại trong tinh giản biên chế*, <http://cuoituan.tuotire.vn/tin/20161107/nhin-lai-that-bai-trong-tinh-gian-bien-che/1212625.html>, truy cập ngày 07/11/2016.

VỀ BIỆN PHÁP KHẮC PHỤC HẬU QUẢ TRONG XỬ PHẠT VI PHẠM HÀNH CHÍNH

Cao Vũ Minh*

Nguyễn Nhật Khanh**

Tóm tắt: *Xử phạt vi phạm hành chính là việc người có thẩm quyền xử phạt áp dụng hình thức xử phạt, biện pháp khắc phục hậu quả đối với cá nhân, tổ chức thực hiện hành vi vi phạm hành chính. Bài viết phân tích một số bất cập, hạn chế trong các quy định về biện pháp khắc phục hậu quả, đồng thời đề xuất hướng hoàn thiện.*

Abstract: *Administrative sanctions include remedial measures applied to individuals and/or entities who have committed administrative violation. This paper analyses shortcomings of provisions on such remedial measures and makes proposals for improvement.*

1. Khái quát về biện pháp khắc phục hậu quả

Vi phạm hành chính (VPHC) không chỉ ảnh hưởng đến trật tự quản lý nhà nước mà còn gây ra những hậu quả nhất định đến lợi ích của nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức. Do đó, bên cạnh việc áp dụng các hình thức xử phạt để răn đe cá nhân, tổ chức có hành vi VPHC, pháp luật còn áp dụng một số biện pháp nhằm khắc phục hậu quả do VPHC gây ra. Đây là vấn đề đã được cụ thể hóa thành một trong những nguyên tắc của xử phạt VPHC: “*Mọi VPHC phải được phát hiện, ngăn chặn kịp thời và phải bị xử lý nghiêm minh, mọi hậu quả do VPHC gây ra phải được khắc phục theo đúng quy định của pháp luật*”¹.

Các biện pháp khắc phục hậu quả có những đặc điểm sau:

- Là một hình thức cưỡng chế hành chính

Áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả là một hoạt động thực thi quyền lực nhà

nước thông qua việc chủ thể có thẩm quyền buộc cá nhân, tổ chức có hành vi VPHC phải thực hiện những nghĩa vụ pháp lý nhất định nhằm khôi phục lại trật tự quản lý nhà nước đã bị các VPHC xâm hại, đưa các quan hệ pháp luật trở lại tình trạng ban đầu. Khi áp dụng các biện pháp này, chủ thể có thẩm quyền nhân danh quyền lực nhà nước để ban hành các quyết định đơn phương buộc chủ thể vi phạm phải chấp hành.

- Do chủ thể có thẩm quyền áp dụng

Với bản chất là hoạt động thực thi quyền lực nhà nước, việc áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả phải do các chủ thể có thẩm quyền thực hiện. Theo đó, thẩm quyền áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả đối với từng chức danh được quy định cụ thể tại Chương II (từ Điều 38 đến Điều 51) Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (Luật XLVPHC).

- Nhằm mục đích hạn chế hoặc khôi phục lại tình trạng ban đầu do VPHC gây ra

Bất kỳ hành vi VPHC nào cũng gây ra hậu quả nhất định với những mức độ khác nhau cả về vật chất lẫn tinh thần, và việc áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả được

* TS, Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

** Giảng viên, Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

¹ Điểm a khoản 1 Điều 3 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012.

xem là một giải pháp hữu hiệu nhằm hạn chế và khắc phục các hậu quả do VPHC gây ra. Nếu việc áp dụng các hình thức xử phạt chủ yếu nhằm mục đích răn đe, trừng phạt đối với chủ thể vi phạm, thì việc áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả lại hướng đến mục đích khôi phục lại tình trạng ban đầu của trật tự quản lý.

- *Áp dụng theo thủ tục hành chính*

Các biện pháp khắc phục hậu quả được áp dụng theo thủ tục hành chính bởi: *i.* Biện pháp khắc phục hậu quả được quy định rõ trong các quy phạm pháp luật hành chính như Luật XLVPHC, các nghị định xử phạt VPHC trong các lĩnh vực; *ii.* Chủ thể áp dụng nhân danh quyền lực nhà nước để thực hiện chức năng chấp hành - điều hành, đảm bảo hoạt động quản lý nhà nước diễn ra hiệu quả. Đây là đặc điểm rất quan trọng nhằm phân biệt biện pháp khắc phục hậu quả với các biện pháp được áp dụng theo những thủ tục pháp lý khác như thủ tục tố tụng, thủ tục trọng tài.

Khoản 1 Điều 28 Luật XLVPHC quy định các biện pháp khắc phục hậu quả bao gồm:

a) Buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu;

b) Buộc tháo dỡ công trình, phần công trình xây dựng không có giấy phép hoặc xây dựng không đúng với giấy phép;

c) Buộc thực hiện biện pháp khắc phục tình trạng ô nhiễm môi trường, lây lan dịch bệnh;

d) Buộc đưa ra khỏi lãnh thổ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam hoặc tái xuất hàng hoá, vật phẩm, phương tiện;

đ) Buộc tiêu hủy hàng hóa, vật phẩm gây hại cho sức khỏe con người, vật nuôi, cây trồng và môi trường, văn hóa phẩm có nội dung độc hại;

e) Buộc cải chính thông tin sai sự thật hoặc gây nhầm lẫn;

g) Buộc loại bỏ yếu tố vi phạm trên hàng hoá, bao bì hàng hóa, phương tiện kinh doanh, vật phẩm;

h) Buộc thu hồi sản phẩm, hàng hóa không bảo đảm chất lượng;

i) Buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện vi phạm hành chính hoặc buộc nộp lại số tiền bằng trị giá tang vật, phương tiện vi phạm hành chính đã bị tiêu thụ, tẩu tán, tiêu hủy trái quy định của pháp luật;

k) Các biện pháp khắc phục hậu quả khác do Chính phủ quy định.

So với Pháp lệnh Xử lý vi phạm hành chính năm 2002 (sửa đổi, bổ sung năm 2007, 2008), Luật XLVPHC đã tách biện pháp “*buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu đã bị thay đổi do VPHC gây ra hoặc buộc tháo dỡ công trình xây dựng trái phép*” thành hai biện pháp: “*Buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu*” và “*buộc tháo dỡ công trình, phần công trình xây dựng không có giấy phép hoặc xây dựng không đúng với giấy phép*”. Điều này giúp chủ thể có thẩm quyền có sự lựa chọn khi áp dụng, đáp ứng nhu cầu quản lý cũng như thuận tiện trong việc phân định thẩm quyền xử phạt của từng chức danh cụ thể.

Bên cạnh đó, Luật XLVPHC đã bổ sung 04 biện pháp khắc phục hậu quả mới, bao gồm: *i.* Buộc cải chính thông tin sai sự thật hoặc gây nhầm lẫn; *ii.* Buộc loại bỏ yếu tố vi phạm trên hàng hóa, bao bì, phương tiện kinh doanh, vật phẩm; *iii.* Buộc thu hồi sản phẩm, hàng hóa không đảm bảo chất lượng; *iv.* Buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện VPHC hoặc buộc nộp lại số tiền bằng giá trị tang vật, phương tiện VPHC đã bị tiêu thụ, tẩu tán, tiêu hủy trái quy định của pháp luật.

Ngoài ra, các biện pháp khắc phục hậu quả còn có thể được mở rộng, bổ sung phụ thuộc vào quyền quyết định của Chính phủ. Quy định này cũng tạo điều kiện thuận lợi cho Chính phủ trong việc chủ động xây dựng và lựa chọn các biện pháp khắc phục hậu quả phù hợp với sự đa dạng của các VPHC trong từng lĩnh vực.

Thực tiễn thi hành pháp luật về xử phạt VPHC đã chứng minh hiệu quả của việc áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả đối với cá nhân, tổ chức VPHC. Tuy nhiên, bên cạnh đó, các quy định về biện pháp khắc phục hậu quả vẫn tồn tại một số bất cập.

2. Bất cập trong quy định của pháp luật về các biện pháp khắc phục hậu quả

a. Nhầm lẫn giữa biện pháp khắc phục hậu quả với hình thức xử phạt

Như đã trình bày, bản chất pháp lý của biện pháp khắc phục hậu quả là nhằm khôi phục lại tình trạng ban đầu do VPHC gây ra; hoặc khôi phục những quyền, lợi ích hợp pháp bị VPHC xâm hại. Còn bản chất pháp lý của hình thức xử phạt là làm thiệt hại đến tình trạng ban đầu vốn có của người vi phạm về quyền sở hữu tài sản hay quyền nhân thân². Tuy nhiên, trên thực tế, vẫn có sự nhầm lẫn giữa biện pháp khắc phục hậu quả với hình thức xử phạt trong các quy định pháp luật.

Ví dụ, khoản 5 và 6 Điều 75 Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng năm 2006 quy định: “Đối với mỗi hành vi VPHC, người lao động đi làm việc ở nước ngoài phải chịu một trong các hình thức xử phạt chính là: Cảnh cáo hoặc phạt tiền. Ngoài hình thức xử phạt chính, tùy theo tính chất, mức độ vi

phạm, người lao động đi làm việc ở nước ngoài còn có thể bị áp dụng hình thức xử phạt bổ sung **buộc về nước**”. Như vậy, theo Luật này thì “*buộc về nước*” là một hình thức xử phạt bổ sung. Trong khi đó, Luật XLVPHC không ghi nhận “*buộc về nước*” là một hình thức xử phạt bổ sung. Theo chúng tôi, chế tài “*buộc về nước*” không nên được áp dụng với tư cách là một hình thức xử phạt mà phải là biện pháp khắc phục hậu quả, vì biện pháp này khi áp dụng có khả năng khôi phục lại tình trạng ban đầu.

Không chỉ có sự nhầm lẫn giữa Luật XLVPHC với các đạo luật khác về các hình thức xử phạt và biện pháp khắc phục hậu quả, mà ngay cả nghị định của Chính phủ về xử phạt VPHC cũng mâu thuẫn với Luật XLVPHC.

Theo quy định của Luật XLVPHC, “*tịch thu tang vật VPHC, phương tiện được sử dụng để VPHC*” là một hình thức xử phạt VPHC. Hình thức xử phạt này vừa có thể được áp dụng với tư cách là hình thức xử phạt chính hoặc hình thức xử phạt bổ sung³. Tuy nhiên, Nghị định số 102/2014/NĐ-CP ngày 10/11/2014 của Chính phủ về xử phạt VPHC trong lĩnh vực đất đai lại quy định “*tịch thu tang vật, phương tiện được sử dụng để thực hiện hành vi vi phạm*” là một biện pháp khắc phục hậu quả⁴. Trong trường hợp này đã có sự chòng chéo, mâu thuẫn giữa Luật XLVPHC với Nghị định số 102/2014/NĐ-CP. Quy định của Nghị định số 102/2014/NĐ-CP không chỉ trái với Luật XLVPHC mà còn bất hợp lý, vì “*tịch thu tang vật, phương tiện được sử dụng để thực hiện hành vi vi phạm*” không có khả năng

² Nguyễn Cửu Việt, *Giáo trình Luật Hành chính Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2013, tr. 524.

³ Điểm d khoản 1, 2 Điều 21 Luật XLVPHC.

⁴ Điểm a khoản 3 Điều 11 Nghị định 102/2014/NĐ-CP.

khôi phục những quyền, lợi ích hợp pháp bị VPHC xâm hại.

b. Mâu thuẫn về thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả

Theo khoản 1 Điều 38 Luật XLVPHC, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp xã chỉ có quyền áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả quy định tại các điểm a, b, c và đ. Điều này có nghĩa, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp xã không có quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện VPHC*” quy định tại điểm i khoản 1 Điều 28 Luật XLVPHC. Thế nhưng, Nghị định số 102/2014/NĐ-CP ngày 10/11/2014 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực đất đai lại “cho phép” Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp xã được quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện hành vi vi phạm*”⁵. Tương tự, theo khoản 2 Điều 46 Luật XLVPHC thì thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện VPHC*” chỉ thuộc về Chánh Thanh tra Sở, Trưởng đoàn thanh tra chuyên ngành do Tổng cục trưởng Tổng cục Quản lý đất đai, Giám đốc Sở, Chánh Thanh tra Sở Tài nguyên và Môi trường ra quyết định thanh tra và thành lập Đoàn thanh tra, mà không quy định cho Thanh tra viên, người được giao thực hiện nhiệm vụ thanh tra chuyên ngành đang thi hành công vụ. Tuy nhiên, Nghị định số 102/2014/NĐ-CP đã “mở rộng” thẩm quyền cho Thanh tra viên, người được giao thực hiện nhiệm vụ thanh tra chuyên ngành đang thi hành công vụ được phép áp dụng biện pháp khắc phục

hậu quả này⁶. Như vậy, Nghị định số 102/2014/NĐ-CP đã mâu thuẫn với Luật XLVPHC trong việc quy định thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả.

c. Một số biện pháp không phù hợp với các đặc điểm của biện pháp khắc phục hậu quả

Khoản 3 Điều 4 Nghị định số 155/2016/NĐ-CP ngày 18/11/2016 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực bảo vệ môi trường quy định: “*Buộc chi trả kinh phí trung cầu giám định, kiểm định, đo đạc trong trường hợp có vi phạm về xả chất thải vượt quy chuẩn kỹ thuật hoặc gây ô nhiễm môi trường theo định mức, đơn giá hiện hành*” là một biện pháp khắc phục hậu quả. Theo chúng tôi, đây không phải là biện pháp khắc phục hậu quả và là quy định bất hợp lý.

Theo Điều 59 Luật XLVPHC, “*trong quá trình xem xét, ra quyết định xử phạt, người có thẩm quyền xử phạt có thể trưng cầu giám định. Việc trưng cầu giám định được thực hiện theo quy định của pháp luật về giám định*”. Việc trưng cầu giám định do người có thẩm quyền xử phạt yêu cầu nhằm có được kết luận chính xác về vấn đề có liên quan đến VPHC. Nói cách khác, trưng cầu giám định là một giai đoạn trong quá trình xử phạt, nó có tác dụng chứng minh về VPHC. Khoản 1 Điều 3 Luật XLVPHC quy định: “*Người có thẩm quyền xử phạt có trách nhiệm chứng minh VPHC*”. Do đó, trưng cầu giám định là một nghĩa vụ do người có thẩm quyền xử phạt tiến hành và việc chi trả cho hoạt động trưng cầu giám định, nếu có, phải thuộc về các chủ thể tiến hành xử phạt. Tinh thần này cũng được Điều 36 Luật Giám định tư pháp năm 2012

⁵ Điểm d khoản 1 Điều 31 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP.

⁶ Điểm d khoản 1 Điều 32 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP.

quy định: “Người trung cầu giám định (cơ quan tiến hành tố tụng, người tiến hành tố tụng) có trách nhiệm trả chi phí giám định tư pháp cho cá nhân, tổ chức thực hiện giám định tư pháp theo quy định của pháp luật về chi phí giám định tư pháp”. Như vậy, trong hoạt động tố tụng, nhằm chứng minh về vi phạm, người trung cầu giám định (cơ quan tiến hành tố tụng, người tiến hành tố tụng) phải chi trả chi phí giám định tư pháp, thì tại sao trong xử phạt VPHC lại buộc người vi phạm phải chi trả.

Xét về nội dung, việc “*buộc chi trả kinh phí trung cầu giám định*” không thỏa mãn đặc điểm có khả năng khôi phục lại tình trạng ban đầu do VPHC gây ra, do đó, không thể xem là một biện pháp khắc phục hậu quả như quy định của Nghị định số 155/2016/NĐ-CP.

d. Có sự lẫn lộn giữa biện pháp khắc phục hậu quả được áp dụng theo thủ tục hành chính với các biện pháp khác được áp dụng theo thủ tục tố tụng

Trách nhiệm hành chính là trách nhiệm pháp lý của cá nhân, tổ chức trước nhà nước. Đây là điểm khác biệt giữa trách nhiệm hành chính với trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng. Trong trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, việc phải thực hiện các biện pháp chế tài liên quan đến trách nhiệm dân sự là nghĩa vụ của họ trước một cá nhân, tổ chức cụ thể có các quyền và lợi ích dân sự bị xâm hại⁷. Theo đó, Nghị định số 155/2016/NĐ-CP ngày 18/11/2016 của Chính phủ về xử phạt VPHC trong lĩnh vực bảo vệ môi trường quy định “*buộc bồi thường thiệt hại do hành vi gây ô nhiễm gây ra*” là một biện pháp khắc phục hậu quả là chưa hợp lý.

⁷ Trường Đại học Luật Hà Nội, Trần Minh Hương (chủ biên), *Giáo trình Luật Hành chính Việt Nam*, Nxb. Công an nhân dân Hà Nội, 2012, tr. 328.

Điều 602 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: “*Chủ thể làm ô nhiễm môi trường mà gây thiệt hại thì phải bồi thường theo quy định của pháp luật, kể cả trường hợp chủ thể đó không có lỗi*”. Như vậy, bồi thường thiệt hại do hành vi gây ô nhiễm môi trường được xác định là một trường hợp cụ thể của bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng. Tranh chấp liên quan đến bồi thường thiệt hại do ô nhiễm môi trường gây ra sẽ được thực hiện theo quy định của pháp luật về giải quyết tranh chấp dân sự ngoài hợp đồng⁸. Cụ thể, trong trường hợp này, thẩm quyền “*buộc bồi thường thiệt hại do hành vi gây ô nhiễm gây ra*” sẽ do Tòa án quyết định thông qua thủ tục tố tụng. Việc Nghị định số 155/2016/NĐ-CP “cho phép” nhiều chủ thể, như thanh tra viên chuyên ngành bảo vệ môi trường, người được giao thực hiện nhiệm vụ thanh tra chuyên ngành bảo vệ môi trường của Sở Tài nguyên và Môi trường, Tổng cục Môi trường, Bộ Tài nguyên và Môi trường đang thi hành công vụ⁹ có quyền áp dụng “*buộc bồi thường thiệt hại do hành vi gây ô nhiễm gây ra*” như một biện pháp khắc phục hậu quả là không phù hợp với quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 và Luật Bảo vệ môi trường năm 2014.

e. Thiếu hướng dẫn cụ thể việc thi hành một số biện pháp khắc phục hậu quả

Điểm i khoản 1 Điều 28 Luật XLVPHC quy định về biện pháp khắc phục hậu quả “*buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện VPHC hoặc buộc nộp lại số tiền bằng trị giá tang vật, phương tiện VPHC đã bị tiêu thụ, tẩu tán, tiêu hủy trái quy định của pháp luật*”, nhưng lại chưa có hướng dẫn cụ thể về cách tính giá trị “số lợi bất hợp pháp”. Trong các nghị định của

⁸ Điều 161 Luật Bảo vệ môi trường năm 2014.

⁹ Khoản 1 Điều 50 Nghị định số 155/2016/NĐ-CP.

Chính phủ và các văn bản hướng dẫn việc xử phạt VPHC trong từng lĩnh vực có áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả này cho thấy, chỉ một số ít văn bản có hướng dẫn cách xác định¹⁰. Ví dụ, theo Nghị định số 121/2013/NĐ-CP ngày 10/10/2013 của Chính phủ quy định xử phạt VPHC trong hoạt động xây dựng, đối với những hành vi xây dựng không phép, sai phép, sai thiết kế được duyệt, sai quy hoạch hoặc sai thiết kế đô thị được duyệt thì bên cạnh bị xử phạt VPHC còn bị buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được bằng 40% giá trị phần xây dựng sai phép, không phép đối với công trình là nhà ở riêng lẻ và bằng 50% giá trị phần xây dựng sai phép, không phép, sai thiết kế được phê duyệt, hoặc sai quy hoạch xây dựng hoặc thiết kế đô thị được duyệt đối với công trình thuộc dự án đầu tư xây dựng hoặc công trình chỉ yêu cầu lập báo cáo kinh tế - kỹ thuật xây dựng công trình¹¹. Trong trường hợp này, để tính được số lợi bất hợp pháp cần phải xác định được giá trị phần xây dựng sai phép, không phép, sai thiết kế được duyệt, sai quy hoạch hoặc sai thiết kế đô thị được duyệt¹². Tuy nhiên, trong các lĩnh vực khác, do không được hướng dẫn cụ thể nên việc áp dụng biện pháp này rất khó khăn, gây lúng túng cho người có thẩm quyền xử phạt.

g. Chưa có quy định về thời hiệu và thời hạn áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả

Luật XLVPHC quy định về thời hiệu tại Điều 6 và thời hạn tại Điều 66 về xử phạt VPHC. Tuy nhiên, Luật lại không có điều khoản quy định cụ thể về thời hiệu và thời hạn áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả. Do đó, trong quá trình thực thi có nhiều cách hiểu khác nhau, dẫn đến không thống nhất.

Cụ thể, có quan điểm cho rằng, thời hiệu áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả chính là thời hiệu xử phạt VPHC được nêu tại khoản 1 Điều 6 Luật XLVPHC. Quan điểm này căn cứ vào phần giải thích tại khoản 2 Điều 2 của Luật như sau: “*Xử phạt VPHC là việc người có thẩm quyền xử phạt áp dụng hình thức xử phạt, biện pháp khắc phục hậu quả đối với cá nhân, tổ chức thực hiện hành vi VPHC theo quy định của pháp luật về xử phạt VPHC*”. Như vậy có thể hiểu, xử phạt VPHC là việc người có thẩm quyền xử phạt áp dụng cả hình thức xử phạt và biện pháp khắc phục hậu quả đối với cá nhân, tổ chức vi phạm. Cũng theo quy định này, biện pháp khắc phục hậu quả được hiểu là một biện pháp cưỡng chế bên cạnh các hình thức xử phạt quy định tại Điều 21 Luật XLVPHC. Do vậy, quy định về thời hiệu xử phạt VPHC tại khoản 1 Điều 6 Luật XLVPHC được áp dụng cho cả biện pháp khắc phục hậu quả¹³. Với tư duy đó, thời hạn áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả chính là thời hạn xử phạt VPHC được nêu tại khoản 1 Điều 66 Luật XLVPHC.

Ngược lại, quan điểm khác cho rằng, mặc dù Luật XLVPHC không có điều khoản quy định cụ thể về thời hiệu và thời hạn áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả nhưng việc áp dụng biện pháp này được hiểu là vô thời hạn. Ý kiến này căn cứ vào

¹⁰ Xem Phụ lục số 03 - bản tổng hợp những khó khăn, vướng mắc xuất phát từ quy định của pháp luật về xử lý VPHC kèm theo Báo cáo số 172/BC-BTP ngày 11/7/2016 của Bộ Tư pháp về công tác thi hành pháp luật về xử lý VPHC 06 tháng đầu năm 2016.

¹¹ Khoản 9 Điều 13 Nghị định số 121/2013/NĐ-CP.

¹² Điều 8 Thông tư số 02/2014/TT-BXD ngày 12/02/2014 của Bộ Xây dựng quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Nghị định số 121/2013/NĐ-CP.

¹³ Nguyễn Cảnh Hợp (chủ biên), *Bình luận khoa học Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (tập 1)*, Nxb. Đại học quốc gia Tp. Hồ Chí Minh, 2015, tr. 218.

khoản 2 Điều 65 như sau: “Đối với trường hợp quy định tại các điểm a, b, c và d khoản 1 Điều này, người có thẩm quyền không ra quyết định xử phạt VPHC nhưng có thể ra quyết định tịch thu sung vào ngân sách nhà nước hoặc tiêu hủy tang vật VPHC thuộc loại cấm lưu hành và **áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả** quy định tại khoản 1 Điều 28 của Luật này”. Quy định này có thể hiểu, một VPHC nếu hết thời hiệu xử phạt hoặc hết thời hạn ra quyết định xử phạt thì sẽ không bị ra quyết định xử phạt VPHC, nhưng người có thẩm quyền vẫn có thể ra quyết định áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả. Do việc ra quyết định áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả không bị giới hạn bởi thời hiệu xử phạt VPHC và thời hạn ra quyết định xử phạt VPHC nên được hiểu là vô thời hạn, có nghĩa rằng người có thẩm quyền có thể ra quyết định áp dụng biện pháp này bất cứ thời điểm nào kể từ thời điểm chấm dứt hoặc phát hiện hành vi vi phạm. Chúng tôi đồng ý với quan điểm này và cho rằng, việc áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả sẽ không phụ thuộc vào thời hiệu và thời hạn. Giá trị của biện pháp khắc phục hậu quả là buộc người vi phạm phải “khắc phục” mọi hậu quả do hành vi vi phạm của mình gây ra và đưa về trạng thái ban đầu dù thời hiệu và thời hạn còn hay không.

Tuy nhiên, ngay cả như vậy thì việc áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả vẫn gặp nhiều khó khăn. Theo điểm c khoản 1 Điều 65 Luật XLVPHC, trong trường hợp hết thời hiệu xử phạt VPHC quy định tại Điều 6 hoặc hết thời hạn ra quyết định xử phạt quy định tại khoản 1 Điều 66, người có thẩm quyền **không ra quyết định xử phạt VPHC nhưng có thể ra quyết định tịch thu sung vào ngân sách nhà nước hoặc tiêu hủy tang vật vi phạm hành chính thuộc loại cấm lưu hành và áp dụng biện pháp khắc phục hậu**

quả¹⁴. Trong khi đó, Luật lại quy định “quyết định xử phạt VPHC” là văn bản chứa đựng trong đó “hình thức xử phạt” và “biện pháp khắc phục hậu quả”. Nếu vậy, trường hợp không ra quyết định xử phạt VPHC do quá thời hiệu và quá thời hạn xử phạt VPHC thì người có thẩm quyền sẽ ban hành văn bản gì để chứa đựng trong đó hình thức xử phạt (tịch thu sung vào ngân sách nhà nước) và biện pháp khắc phục hậu quả?

Luật XLVPHC hoàn toàn không có quy định nhằm trả lời cho câu hỏi trên, mà giải thích trong Nghị định số 81/2013/NĐ-CP ngày 19/7/2013 về một số điều và biện pháp thi hành Luật XLVPHC. Theo đó, trong trường hợp người có thẩm quyền muốn áp dụng hình thức phạt tịch thu tang vật VPHC thì ban hành “Quyết định tịch thu tang vật VPHC”¹⁵, còn nếu muốn áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả thì ban hành “Quyết định áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả”¹⁶. Nhưng một câu hỏi lại được đặt ra là: “Quyết định áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả” có phải là “quyết định xử phạt VPHC” hay không? Nếu “có” thì khoản 2 Điều 65 đã mâu thuẫn với khoản 2 Điều 2 Luật XLVPHC, còn nếu là “không” thì dường như đã “bỏ qua” quy định “**xử phạt VPHC là việc người có thẩm quyền xử phạt áp dụng hình thức xử phạt, biện pháp khắc phục hậu quả đối với cá nhân, tổ chức thực hiện hành vi VPHC theo quy định của pháp luật về xử phạt VPHC**” được nêu tại khoản 2 Điều 2 Luật XLVPHC.

¹⁴ Khoản 2 Điều 65 Luật XLVPHC.

¹⁵ Xem thêm Mẫu quyết định số 10 trong phụ lục một số biểu mẫu xử phạt vi phạm hành chính ban hành kèm theo Nghị định số 81/2013/NĐ-CP ngày 19/7/2013 của Chính phủ.

¹⁶ Xem thêm Mẫu quyết định số 08 trong phụ lục một số biểu mẫu xử phạt vi phạm hành chính ban hành kèm theo Nghị định số 81/2013/NĐ-CP ngày 19/7/2013 của Chính phủ.

Do câu hỏi trên chưa có giải đáp thích đáng nên kéo theo hệ lụy là việc công bố công khai trên các phương tiện thông tin đại chúng về xử phạt đối với cá nhân, tổ chức VPHC đối với an toàn thực phẩm; chất lượng sản phẩm, hàng hóa; dược; khám bệnh, chữa bệnh; lao động; xây dựng; bảo hiểm xã hội; bảo hiểm y tế; bảo vệ môi trường; thuế; chứng khoán; sở hữu trí tuệ; đo lường; sản xuất, buôn bán hàng giả cũng gặp nhiều khó khăn. Cụ thể, theo Điều 72 Luật XLVPHC, VPHC về các lĩnh vực trên mà gây hậu quả lớn hoặc gây ảnh hưởng xấu về dư luận xã hội thì cơ quan của người có thẩm quyền xử phạt VPHC có trách nhiệm công bố công khai việc xử phạt. Điều 8 Nghị định số 81/2013/NĐ-CP quy định: *“Đối với các trường hợp VPHC phải được công bố công khai theo quy định tại khoản 1 Điều 72 Luật XLVPHC thì thủ trưởng cơ quan, đơn vị của người đã ra quyết định xử phạt gửi văn bản về việc công bố công khai và bản sao quyết định xử phạt VPHC đến người phụ trách báo hoặc trang thông tin điện tử của cơ quan quản lý cấp bộ, cấp sở hoặc của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh nơi xảy ra vi phạm trong thời hạn 03 ngày làm việc, kể từ ngày ra quyết định xử phạt”*. Trong trường hợp hết thời hiệu xử phạt VPHC hoặc hết thời hạn ra quyết định xử phạt VPHC thì người có thẩm quyền chỉ có thể ra *“Quyết định tịch thu tang vật VPHC”* hoặc *“Quyết định áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả”*. Nếu vậy thì *“Quyết định áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả”* có được công bố công khai trên các phương tiện thông tin đại chúng hay không? Điều 8 Nghị định số 81/2013/NĐ-CP chỉ quy định phải gửi bản sao *“quyết định xử phạt VPHC”* mà không phải là bản sao *“quyết định áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả”*.

3. Một số kiến nghị

Từ những phân tích ở trên, chúng tôi đưa ra một số kiến nghị như sau:

Thứ nhất, cần rà soát tổng thể các quy định, đặc biệt là các nghị định của Chính phủ về xử phạt VPHC trong các lĩnh vực nhằm loại bỏ những bất cập liên quan đến việc áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả. Cụ thể: Sửa đổi các quy định liên quan đến thẩm quyền áp dụng nhằm bảo đảm sự phù hợp với Luật XLVPHC; bãi bỏ các quy định nhằm lẫn giữa hình thức xử phạt với các biện pháp khắc phục hậu quả được quy định trong Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng năm 2006, Nghị định 102/2014/NĐ-CP...; bãi bỏ những chế tài không phù hợp với bản chất, đặc điểm của biện pháp khắc phục hậu quả như *“buộc bồi thường thiệt hại do hành vi gây ô nhiễm gây ra”* hay *“buộc chi trả kinh phí trung cầu giám định”* trong Nghị định số 155/2016/NĐ-CP...

Thứ hai, những nghị định về xử phạt VPHC trong các lĩnh vực cần bổ sung quy định hướng dẫn cụ thể về áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả trong từng trường hợp, tránh tình trạng có quy định nhưng không thực hiện được hoặc áp dụng tùy tiện, không thống nhất.

Thứ ba, Luật XLVPHC cần bổ sung quy định về thời hiệu và thời hạn áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả. Theo chúng tôi, để phát huy hiệu quả của các biện pháp khắc phục hậu quả, cần quy định rõ: *“Việc áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả không phụ thuộc vào thời hiệu và thời hạn xử phạt VPHC”*.

Thứ tư, Điều 8 Nghị định số 81/2013/NĐ-CP cần bổ sung cụm từ *“bản sao quyết định áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả trong trường hợp không ra quyết định xử phạt VPHC”* khi công khai việc xử phạt VPHC.

THỦ TỤC TỔ TỤNG ĐỐI VỚI BỊ HẠI LÀ NGƯỜI DƯỚI 18 TUỔI TRONG PHÁP LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ VIỆT NAM

*Đinh Văn Đoàn**

Tóm tắt: Bài viết phân tích các quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2003 và Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 về thủ tục tố tụng đối với bị hại là người dưới 18 tuổi, đồng thời cho thấy những hạn chế của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 cần tiếp tục hoàn thiện nhằm bảo vệ tốt nhất quyền của bị hại là người dưới 18 tuổi.

Abstract: This paper analyses the provisions of the Criminal Procedure Code of 2003 and that of 2015 on procedures for victims under 18 years old. It then points out the shortcomings of those provision of the Code of 2015 which are in need of improvement for the best protection of those victims.

Đặt vấn đề

Người dưới 18 tuổi là đối tượng được pháp luật quốc tế¹ và pháp luật các quốc gia đặc biệt quan tâm bảo vệ. Công ước về quyền trẻ em ghi nhận trẻ em do còn hạn chế về thể chất và trí tuệ nên cần được bảo vệ và chăm sóc đặc biệt. Do đó, pháp luật tố tụng hình sự phải có những quy định thủ tục tố tụng riêng để áp dụng đối với người dưới 18 tuổi tham gia tố tụng. Pháp luật Việt Nam luôn chú trọng đảm bảo thực hiện các quyền của người dưới 18 tuổi trong quá trình tố tụng hình sự, phù hợp với các chuẩn mực quốc tế mà Việt Nam đã cam kết.

Trong quá trình tố tụng hình sự, người dưới 18 tuổi có thể tham gia tố tụng với các tư cách khác nhau, như người bị buộc tội, bị hại, người làm chứng, nguyên đơn dân sự,

bị đơn dân sự, người có quyền và lợi ích liên quan đến vụ án.

Đối với bị hại là người dưới 18 tuổi, Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2003 đã có những quy định nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của họ khi tham gia tố tụng. Trong đó, quy định các nguyên tắc cơ bản về bảo vệ quyền con người nói chung và quyền của bị hại là người dưới 18 tuổi nói riêng, quy định địa vị pháp lý của bị hại là người dưới 18 tuổi, quy định một số thủ tục riêng khi tiến hành hoạt động điều tra đối với bị hại dưới 18 tuổi.

Thực tiễn áp dụng cho thấy, các quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2003 thời gian qua đã phát huy hiệu quả trong việc phòng ngừa, chống tội phạm xâm hại người dưới 18 tuổi, cũng như bảo vệ các quyền và lợi ích của bị hại là người dưới 18 tuổi trong quá trình tố tụng. Các chính sách trong tư pháp hình sự đối với người dưới 18 tuổi nói chung và bị hại nói riêng tương đối phù hợp với các văn kiện quốc tế có liên quan đến người dưới 18 tuổi mà Việt Nam

* ThS., Khoa Luật Hình sự, Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

¹ Các văn bản pháp lý quốc tế về bảo vệ quyền của trẻ em như: Công ước quốc tế về quyền trẻ em năm 1989; Quy tắc Bắc Kinh năm 1985; Hướng dẫn hành động vì trẻ em trong hệ thống tư pháp hình sự năm 1997...

là thành viên. Tuy nhiên, các quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2003 và thực tiễn áp dụng những quy định này trong điều tra, truy tố, xét xử vụ án có bị hại là người dưới 18 tuổi vẫn còn một số hạn chế, bất cập². Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 đã có những quy định khắc phục hạn chế, bất cập này nhằm bảo vệ tốt nhất cho bị hại là người dưới 18 tuổi khi tham gia tố tụng, phù hợp với yêu cầu của thực tiễn, phù hợp với tinh thần của các công ước quốc tế về quyền trẻ em, cũng như thực thi các nghĩa vụ quốc tế mà Việt Nam đã cam kết.

1. Quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2003 về thủ tục tố tụng đối với bị hại là người dưới 18 tuổi

Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2003 chưa quy định thủ tục tố tụng riêng đối với bị hại là người dưới 18 tuổi. Chương XXXII quy định thủ tục tố tụng đối với người dưới 18 tuổi, nhưng phạm vi áp dụng chỉ dành cho người bị buộc tội. Vì vậy, trong quá trình giải quyết vụ án hình sự, thủ tục tố tụng áp dụng đối với bị hại là người dưới 18 tuổi được tiến hành theo thủ tục chung và một số quy định nằm rải rác trong Bộ luật. Tuy chưa quy định thủ tục tố tụng đối với bị hại là người dưới 18 tuổi, nhưng Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2003 đã có những quy định nhằm đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp cho bị hại là người dưới 18 tuổi trong quá trình tố tụng. Cụ thể:

- Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2003 đã quy định các nguyên tắc cơ bản nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho bị hại nói chung và bị hại là người dưới 18 tuổi nói riêng. Mặt khác, để đảm bảo các quyền và lợi ích hợp pháp cho những người tham gia tố tụng, đặc biệt là bị hại là người dưới 18 tuổi, Điều 18 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2003 quy định trong trường hợp đặc biệt, để giữ bí mật cho đương sự theo yêu cầu chính đáng của họ, Tòa án xét xử kín nhưng tuyên án công khai. Những nguyên tắc này tạo cơ sở pháp lý vững chắc cho việc tôn trọng, bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của bị hại là người dưới 18 tuổi trong quá trình tố tụng.

- Để bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của bị hại là người dưới 18 tuổi, khoản 2 Điều 51 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2003 quy định khi tham gia tố tụng, người bị hại nói chung (trong đó có bị hại là người dưới 18 tuổi) có những quyền sau: Đưa ra tài liệu, đồ vật, yêu cầu; được thông báo về kết quả điều tra; đề nghị thay đổi người tiến hành tố tụng, người giám định, người phiên dịch; đề nghị mức bồi thường và các biện pháp bảo đảm bồi thường; tham gia phiên tòa; trình bày ý kiến, tranh luận tại phiên tòa để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình; khiếu nại quyết định, hành vi tố tụng của cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng; kháng cáo bản án, quyết định của Tòa án về phần bồi thường cũng như về hình phạt đối với bị cáo.

- Mặt khác, trong các quy định về thủ tục lấy lời khai của bị hại là người dưới 18 tuổi, Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2003 quy định khi triệu tập người bị hại dưới 16 tuổi, giấy triệu tập phải được giao cho cha, mẹ hoặc người đại diện hợp pháp khác của

² Nông Minh Châu, *Những quy định của pháp luật tố tụng hình sự hiện hành về trình tự, thủ tục tố tụng đối với trẻ em và người chưa thành niên - Một số đề xuất sửa đổi*, nguồn: <http://csnd.vn/Home/Nghien-cuu-Trao-doi/1033/Nhung-quy-dinh-cua-phap-luat-to-tung-hinh-su-hien-hanh-ve-trinh-tu-thu-tuc-to-tung-doi-voi-tre-em-va-nguoi-chua-thanh-nien-Mot-so-de-xuat-sua-doi>, truy cập ngày 7/12/2016.

bị hại (Điều 133, Điều 137). Khi lấy lời khai của bị hại là người dưới 18 tuổi phải mời cha mẹ hoặc người đại diện hợp pháp khác hoặc thầy, cô giáo của bị hại tham dự (Điều 135, Điều 137). Nếu người bị hại chưa thành niên có người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp thì người này có quyền có mặt khi cơ quan tiến hành tố tụng lấy lời khai (Điều 59).

Như vậy, Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2003 đã ghi nhận từ các nguyên tắc cơ bản, đến các quy định về quyền và nghĩa vụ, cũng như về thủ tục tố tụng đối với bị hại là người dưới 18 tuổi nhằm đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của bị hại là người dưới 18 tuổi trong quá trình tố tụng. Tuy nhiên, các quy định này chưa đảm bảo nguyên tắc công bằng trong quá trình tố tụng giữa những người tham gia tố tụng là người dưới 18 tuổi. Bởi, người bị buộc tội là người đã thực hiện hành vi nguy hiểm cho xã hội, xâm phạm đến các quan hệ xã hội được Luật hình sự bảo vệ thì pháp luật tố tụng hình sự có những quy định riêng nhằm bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp trong quá trình tố tụng, tránh làm tổn thương về tâm - sinh lý, đảm bảo sự phát triển lành mạnh của họ. Trong khi đó, bị hại dưới 18 tuổi là người bị tội phạm trực tiếp gây thiệt hại về thể chất, tinh thần, tài sản cũng là người chưa phát triển đầy đủ về thể chất, tâm - sinh lý, dễ bị tổn thương trong quá trình giải quyết vụ án thì lại không được áp dụng những quy định riêng. Bên cạnh đó, các quy định của Bộ luật tố tụng Hình sự năm 2003 cũng chưa thể hiện đầy đủ quan điểm nhất quán của Đảng và Nhà nước ta trong việc bảo vệ tốt nhất lợi ích của người dưới 18 tuổi, chưa phù hợp với chuẩn mực quốc tế về quyền trẻ em.

Để khắc phục những hạn chế, bất cập này, nhằm đảm bảo sự công bằng và bảo vệ tốt nhất quyền và lợi ích cho bị hại là người dưới 18 tuổi, Thông tư liên tịch số 01/2011/TTLT-VKSNDTC-TANDTC-BCA-BTP-BLĐT BXH hướng dẫn thi hành một số quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2003 đối với người tham gia tố tụng là người chưa thành niên đã mở rộng phạm vi áp dụng thủ tục tố tụng đối với bị hại, trong đó thủ tục tố tụng đối với người chưa thành niên cũng được áp dụng đối với bị hại tham gia tố tụng. Trong Thông tư có rất nhiều quy định nhằm bảo đảm các quyền và lợi ích hợp pháp của bị hại chưa thành niên, tránh làm tổn thương về tâm - sinh lý của họ khi tham gia tố tụng, như: *Quy định các nguyên tắc về trách nhiệm của cơ quan, người tiến hành tố tụng trong quá trình điều tra, truy tố, xét xử các vụ án liên quan đến bị hại là người dưới 18 tuổi; quy định về giám hộ và trợ giúp đối với người bị hại là người dưới 18 tuổi; quy định việc tham gia của người bảo vệ quyền lợi của người bị hại là người dưới 18 tuổi; quy định việc lấy lời khai người bị hại là người dưới 18 tuổi; quy định về xét xử vụ án có người bị hại là người dưới 18 tuổi*³.

Có thể thấy, mặc dù Thông tư liên tịch số 01/2011/TTLT-VKSNDTC-TANDTC-BCA-BTP-BLĐT BXH đã quy định thủ tục tố tụng riêng đối với bị hại là người dưới 18 tuổi nhằm bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của họ, nhưng các quy định này chỉ là giải pháp tình thế nhằm khắc phục những

³ Xem: Điều 12 đến Điều 16 Thông tư liên tịch số 01/2011/TTLT-VKSNDTC-TANDTC-BCA-BTP-BLĐT BXH năm 2011 hướng dẫn thi hành một số quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2003 đối với người tham gia tố tụng là người chưa thành niên.

hạn chế trong Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2003. Thủ tục tố tụng đối với người bị hại là người dưới 18 tuổi cần phải được ghi nhận trong Bộ luật Tố tụng Hình sự để đảm bảo nguyên tắc công bằng trong quá trình tố tụng, đồng thời đảm bảo tốt nhất quyền và lợi ích hợp pháp của bị hại là người dưới 18 tuổi, phù hợp với chuẩn mực quốc tế về quyền trẻ em, đảm bảo tính logic, thống nhất trong quy định của Bộ luật Tố tụng hình sự về người dưới 18 tuổi.

2. Quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 về thủ tục tố tụng đối với bị hại là người dưới 18 tuổi

Nhằm bảo vệ toàn diện người dưới 18 tuổi, Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 đã có những quy định hoàn thiện hệ thống các nguyên tắc cơ bản trong việc bảo vệ quyền con người nói chung và quyền của bị hại là người dưới 18 tuổi nói riêng⁴; bổ sung các quyền tố tụng cho người bị hại khi tham gia

⁴ Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 quy định 27 nguyên tắc tại Chương II, trong đó có các nguyên tắc trực tiếp thể hiện tư tưởng về tôn trọng và bảo đảm các quyền con người, quyền công dân nói chung và quyền của bị hại là người chưa thành niên nói riêng trong tố tụng hình sự. Cụ thể: Nguyên tắc tôn trọng và bảo vệ các quyền con người, quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân (Điều 8); nguyên tắc đảm bảo quyền bình đẳng trước pháp luật (Điều 9); nguyên tắc đảm bảo quyền bất khả xâm phạm về thân thể của con người (Điều 10); nguyên tắc bảo hộ tính mạng, sức khỏe, danh dự nhân phẩm, tài sản của cá nhân; danh dự, uy tín, tài sản của pháp nhân (Điều 11); nguyên tắc đảm bảo quyền bất khả xâm phạm về chỗ ở, đời sống riêng tư, bí mật cá nhân, bí mật gia đình, an toàn và bí mật thư tín, điện thoại, điện tín của cá nhân (Điều 12); nguyên tắc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của bị hại, đương sự (Điều 16)... Các nguyên tắc cơ bản này là những tư tưởng, quan điểm chỉ đạo trong hoạt động xây dựng và áp dụng các quy định của pháp luật tố tụng hình sự, góp phần tôn trọng và bảo đảm các quyền con người, quyền công dân của bị hại nói chung và của bị hại là người chưa thành niên nói riêng trong quá trình tố tụng.

tố tụng⁵. Đồng thời, để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho bị hại nói chung và bị hại là người dưới 18 tuổi nói riêng, Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 đã quy định một chương riêng về áp dụng biện pháp bảo vệ người tham gia tố tụng khi họ bị xâm hại hoặc đe dọa xâm hại tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, tài sản khi tham gia tố tụng⁶. Đặc biệt, Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 đã quy định thủ tục tố tụng áp dụng đối với bị hại là người dưới 18 tuổi, bao gồm những nội dung sau:

+ *Quy định nguyên tắc tiến hành tố tụng đối với người dưới 18 tuổi nói chung và người bị hại là người dưới 18 tuổi nói riêng*

Bảo đảm thủ tục tố tụng thân thiện, phù hợp với tâm lý, lứa tuổi, mức độ trưởng thành, khả năng nhận thức của người dưới 18 tuổi; bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của người dưới 18 tuổi; bảo đảm lợi ích tốt nhất của người dưới 18 tuổi; bảo đảm giữ bí mật cá nhân của người dưới 18 tuổi; bảo

⁵ Trong Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 đã bổ sung các quyền cho bị hại nói chung và bị hại là người chưa thành niên nói riêng như: Quyền trình bày ý kiến về chứng cứ, tài liệu, đồ vật liên quan và yêu cầu người có thẩm quyền tiến hành tố tụng kiểm tra, đánh giá; quyền đề nghị giám định, định giá tài sản; quyền đề nghị chủ tọa phiên tòa hỏi bị cáo và người khác tham gia phiên tòa, tranh luận tại phiên tòa; quyền tự bảo vệ hoặc nhờ người khác bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình; quyền yêu cầu cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng bảo vệ tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm và tài sản của mình cũng như người thân thích khi bị đe dọa. Việc Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 bổ sung những quyền này cho bị hại nói chung và bị hại là người chưa thành niên nói riêng nhằm phát huy vai trò tích cực, chủ động của họ trong quá trình giải quyết vụ án, đồng thời để họ có thể bảo vệ tốt nhất các quyền và lợi ích hợp pháp của mình trong quá trình tố tụng.

⁶ Xem Chương XXXIV Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015.

đảm quyền tham gia tố tụng của người đại diện của người dưới 18 tuổi, nhà trường, Đoàn thanh niên, người có kinh nghiệm, hiểu biết về tâm lý, xã hội, tổ chức khác nơi người dưới 18 tuổi học tập, lao động và sinh hoạt; tôn trọng quyền được tham gia, trình bày ý kiến của người dưới 18 tuổi; bảo đảm quyền bào chữa, quyền được trợ giúp pháp lý của người dưới 18 tuổi; bảo đảm các nguyên tắc xử lý của Bộ luật Hình sự đối với người dưới 18 tuổi phạm tội; bảo đảm giải quyết nhanh chóng, kịp thời các vụ án liên quan đến người dưới 18 tuổi là những nguyên tắc chi phối, định hướng hoạt động áp dụng pháp luật của các chủ thể có thẩm quyền tiến hành tố tụng, nhằm đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của người tham gia tố tụng là người dưới 18 tuổi nói chung và bị hại nói riêng trong tố tụng hình sự.

+ *Quy định về người tiến hành tố tụng*

Người tiến hành tố tụng đối với vụ án có người dưới 18 tuổi (trong đó có bị hại) phải là người đã được đào tạo hoặc có kinh nghiệm điều tra, truy tố, xét xử vụ án liên quan đến người dưới 18 tuổi, có hiểu biết cần thiết về tâm lý học, khoa học giáo dục đối với người dưới 18 tuổi. Yêu cầu về điều kiện tiêu chuẩn của người có thẩm quyền tiến hành tố tụng trong vụ án có người dưới 18 tuổi tham gia tố tụng nói chung và bị hại nói riêng nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của bị hại là người dưới 18 tuổi, tránh làm tổn thương về tâm - sinh lý của họ, đồng thời góp phần đảm bảo hiệu quả của các hoạt động tố tụng.

+ *Quy định về việc xác định tuổi của bị hại là người dưới 18 tuổi*

Việc xác định tuổi của người bị hại là người dưới 18 tuổi do cơ quan có thẩm

quyền tiến hành tố tụng thực hiện theo quy định của pháp luật. Trường hợp đã áp dụng các biện pháp hợp pháp mà vẫn không xác định được chính xác thì ngày, tháng, năm sinh của họ được xác định như sau: *Trường hợp xác định được tháng nhưng không xác định được ngày thì lấy ngày cuối cùng của tháng đó làm ngày sinh; trường hợp xác định được quý nhưng không xác định được ngày, tháng thì lấy ngày cuối cùng của tháng cuối cùng trong quý đó làm ngày, tháng sinh; trường hợp xác định được nửa của năm nhưng không xác định được ngày, tháng thì lấy ngày cuối cùng của tháng cuối cùng trong nửa năm đó làm ngày, tháng sinh; trường hợp xác định được năm nhưng không xác định được ngày, tháng thì lấy ngày cuối cùng của tháng cuối cùng trong năm đó làm ngày, tháng sinh. Trường hợp không xác định được năm sinh thì phải tiến hành giám định để xác định tuổi.*

Việc quy định cách xác định tuổi của bị hại chưa thành niên đảm bảo giải quyết các vụ án liên quan đến bị hại là người dưới 18 tuổi trong những trường hợp cần thiết, đảm bảo thực hiện nguyên tắc có lợi đối với người dưới 18 tuổi, góp phần bảo vệ tốt nhất quyền và lợi ích hợp pháp của bị hại là người dưới 18 tuổi.

+ *Quy định việc tham gia tố tụng của người đại diện, nhà trường, tổ chức*

Trong quá trình giải quyết vụ án có bị hại là người dưới 18 tuổi, việc tham gia tố tụng của người đại diện, thầy giáo, cô giáo, đại diện của nhà trường, Đoàn thanh niên, tổ chức khác nơi người dưới 18 tuổi học tập, lao động và sinh hoạt sẽ đảm bảo sự trợ giúp cần thiết cho bị hại là người dưới 18 tuổi, đồng thời đảm bảo hiệu quả của hoạt động tố tụng. Bộ luật Tố tụng Hình sự năm

2015 đã quy định đầy đủ hơn các quyền của người đại diện, nhà trường, tổ chức khi tham gia tố tụng.

Điều 420 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 quy định người đại diện của người dưới 18 tuổi, thầy giáo, cô giáo, đại diện của nhà trường, Đoàn thanh niên, tổ chức khác nơi người dưới 18 tuổi học tập, lao động và sinh hoạt có quyền và nghĩa vụ tham gia tố tụng theo quyết định của Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát, Tòa án.

Người đại diện của người dưới 18 tuổi, thầy giáo, cô giáo, đại diện của nhà trường, Đoàn thanh niên, tổ chức khác nơi người dưới 18 tuổi học tập, lao động và sinh hoạt khi tham gia phiên tòa có quyền đưa ra chứng cứ, tài liệu, đồ vật, yêu cầu và đề nghị thay đổi người tiến hành tố tụng; phát biểu ý kiến, tranh luận; khiếu nại các hành vi tố tụng của những người có thẩm quyền tiến hành tố tụng và các quyết định của Tòa án.

+ *Quy định về lấy lời khai của bị hại là người dưới 18 tuổi*

Nhằm phù hợp với tinh thần của Công ước quốc tế về quyền trẻ em liên quan đến việc hoàn thiện thủ tục tố tụng đối với người dưới 18 tuổi, đảm bảo các quyền và lợi ích hợp pháp của bị hại là người dưới 18 tuổi trong quá trình tố tụng, Điều 421 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 đã quy định chặt chẽ thủ tục lấy lời khai của bị hại là người dưới 18 tuổi.

Khi lấy lời khai của bị hại là người dưới 18 tuổi, cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng phải thông báo trước thời gian, địa điểm lấy lời khai cho người đại diện, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của họ. Việc lấy lời khai phải có người đại diện

hoặc người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của họ tham dự.

Thời gian lấy lời khai người dưới 18 tuổi không quá hai lần trong 01 ngày và mỗi lần không quá 02 giờ, trừ trường hợp vụ án có nhiều tình tiết phức tạp.

Người có thẩm quyền tiến hành tố tụng chỉ tiến hành đối chất giữa bị hại là người dưới 18 tuổi với bị can, bị cáo để làm sáng tỏ tình tiết của vụ án trong trường hợp nếu không đối chất thì không thể giải quyết được vụ án.

+ *Quy định về thủ tục xét xử*

Nhằm phù hợp với quy định của Luật Tổ chức tòa án năm 2014, đáp ứng nhu cầu của thực tiễn về thủ tục xét xử vụ án đối với người dưới 18 tuổi, Điều 423 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 quy định: Thành phần Hội đồng xét xử sơ thẩm vụ án phải có một Hội thẩm là giáo viên hoặc cán bộ Đoàn thanh niên hoặc người có kinh nghiệm, hiểu biết tâm lý người dưới 18 tuổi. Trường hợp đặc biệt cần bảo vệ bị hại là người dưới 18 tuổi thì Tòa án có thể quyết định xét xử kín. Việc xét hỏi, tranh luận với bị cáo, bị hại, người làm chứng là người dưới 18 tuổi tại phiên tòa được tiến hành phù hợp với lứa tuổi, mức độ phát triển của họ. Phòng xử án được bố trí thân thiện, phù hợp với người dưới 18 tuổi. Đối với vụ án có bị hại là người dưới 18 tuổi, Hội đồng xét xử phải hạn chế việc tiếp xúc giữa bị hại với bị cáo khi bị hại trình bày lời khai tại phiên tòa. Thẩm phán chủ tọa phiên tòa có thể yêu cầu người đại diện, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp hỏi bị hại. Chánh án Tòa án nhân dân tối cao quy định chi tiết việc xét xử vụ án có người dưới 18 tuổi của Tòa gia đình và người dưới 18 tuổi.

Như vậy, Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 đã có những quy định mang tính kế thừa, bên cạnh đó cũng có những sửa đổi, bổ sung nhằm khắc phục những hạn chế, thiếu sót trong Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2003, góp phần bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho bị hại là người dưới 18 tuổi khi tham gia tố tụng.

3. Một số kiến nghị

Nhìn chung, các quy định trong Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 đã thể hiện đầy đủ chủ trương, chính sách của Đảng và Nhà nước trong việc chăm sóc, giáo dục, bảo vệ người dưới 18 tuổi, phù hợp với tinh thần của Hiến pháp năm 2013 và các công ước quốc tế về quyền trẻ em mà Việt Nam là thành viên. Tuy nhiên, theo tác giả, để bảo vệ tốt nhất quyền và lợi ích hợp pháp của người dưới 18 tuổi nói chung và bị hại nói riêng khi tham gia tố tụng thì Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 vẫn còn một số vấn đề cần xem xét hoàn thiện. Cụ thể:

Thứ nhất, cần bổ sung nội dung nguyên tắc tại Điều 16 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 về “Bảo đảm quyền bào chữa của người bị buộc tội, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của bị hại, đương sự”. Đây là một sự thay đổi của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 so với Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2003 trong việc đảm bảo sự công bằng, bình đẳng giữa các chủ thể tham gia tố tụng. Tuy nhiên, trong nội dung của nguyên tắc này chỉ đề cập đến quyền tự bào chữa hoặc nhờ người bào chữa của người bị buộc tội, còn bị hại và đương sự thì không được đề cập. Vì vậy, tác giả cho rằng, cần bổ sung tiếp như sau: “Bị hại, đương sự có quyền tự bào vệ hoặc nhờ luật sư, người khác bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho mình”. Việc bổ sung này sẽ đảm bảo sự công bằng, bình

đẳng, tạo cơ sở pháp lý vững chắc trong việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của bị hại nói chung và bị hại là người dưới 18 tuổi nói riêng.

Thứ hai, cần quy định người đại diện của bị hại là người dưới 18 tuổi tham gia tố tụng có các quyền và nghĩa vụ như người bị hại. Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 quy định: Trường hợp bị hại chết, mất tích, bị mất hoặc bị hạn chế năng lực hành vi dân sự thì người đại diện thực hiện quyền và nghĩa vụ của người bị hại (khoản 5 Điều 62). Trong trường hợp bị hại là người dưới 18 tuổi thì *người đại diện có quyền và nghĩa vụ tham gia tố tụng và có các quyền tham gia việc lấy lời khai người dưới 18 tuổi; đưa ra chứng cứ, tài liệu, đồ vật, yêu cầu, khiếu nại, tố cáo; đọc, ghi chép, sao chụp tài liệu liên quan đến việc buộc tội người dưới 18 tuổi trong hồ sơ vụ án sau khi kết thúc điều tra. Khi tham gia phiên tòa có quyền đưa ra chứng cứ, tài liệu, đồ vật, yêu cầu và đề nghị thay đổi người tiến hành tố tụng; phát biểu ý kiến, tranh luận; khiếu nại các hành vi tố tụng của những người có thẩm quyền tiến hành tố tụng và các quyết định của Tòa án* (Điều 420). Tuy nhiên, so sánh các quyền này của người đại diện với quyền của bị hại là hẹp hơn. Điều này sẽ không đảm bảo quyền của bị hại là người dưới 18 tuổi, nhất là trong các trường hợp bị hại còn quá nhỏ tuổi. Chính vì vậy, để bảo vệ tốt nhất quyền và lợi ích hợp pháp của bị hại chưa thành niên, tác giả đưa ra hai phương án: *Một là*, quy định người đại diện của bị hại là người dưới 18 tuổi cũng có quyền như bị hại khi tham gia tố tụng, mà không phân chia độ tuổi của bị hại. *Hai là*, phân chia độ tuổi của bị hại là người dưới 18 tuổi: Nếu bị hại dưới 16 tuổi thì người đại diện của bị

hại sẽ có các quyền như bị hại; nếu bị hại từ đủ 16 đến dưới 18 tuổi thì người đại diện có các quyền theo quy định tại Điều 420 Bộ luật Tố tụng Hình sự khi tham gia tố tụng và các quy định khác. Bị hại là người dưới 18 tuổi chưa phát triển đầy đủ về nhận thức, tâm - sinh lý nên để bảo vệ họ một cách toàn diện, trong hai phương án trên, tác giả nghiêng về phương án một.

Thứ ba, để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho bị hại là người dưới 18 tuổi, đồng thời thể hiện sự công bằng, bình đẳng trong việc tham gia tố tụng với người bị buộc tội là người dưới 18 tuổi, tác giả cho rằng, Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 cần quy định về việc cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng phải chỉ định người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho bị hại là người dưới 18 tuổi khi họ và đại diện của họ không nhờ được người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp. Đồng thời, chi phí trả cho người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của bị hại chưa thành niên do cơ quan tiến hành tố tụng chỉ định chi trả.

Thứ tư, Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 đã quy định về biện pháp bảo vệ người tố giác, người bị hại, người làm chứng trong quá trình tố tụng khi tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, tài sản của họ và người thân thích bị xâm hại hoặc đe dọa xâm hại, nhưng lại chưa có những quy định phù hợp với độ tuổi, giới tính, đặc điểm tâm - sinh lý của bị hại là người dưới 18 tuổi. Vì vậy, cần nghiên cứu để quy định việc áp dụng những biện pháp bảo vệ bị hại là người dưới 18 tuổi phù hợp với độ tuổi, giới tính, đặc điểm tâm - sinh lý của chủ thể này, góp phần đảm bảo hiệu quả của các hoạt động tố tụng.

Thứ năm, Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 quy định nguyên tắc “Bảo đảm giải quyết nhanh chóng, kịp thời các vụ án liên quan đến người dưới 18 tuổi”. Nguyên tắc này mang tính tiến bộ và phù hợp với chuẩn mực của Công ước quốc tế về quyền trẻ em. Tuy nhiên, trong các quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự về thủ tục chung cũng như thủ tục tố tụng đối với người dưới 18 tuổi lại chưa có những quy định cụ thể hóa tư tưởng này nhằm đảm bảo tính khả thi trên thực tiễn. Vì vậy, theo tác giả, cần nghiên cứu bổ sung điều luật quy định cụ thể tinh thần của nguyên tắc này.

Thứ sáu, trong tương lai gần, Việt Nam phải xây dựng các bộ phận chuyên trách trong Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát dành riêng cho người dưới 18 tuổi tham gia tố tụng nói chung và bị hại nói riêng phù hợp với chuẩn mực quốc tế mà Việt Nam là thành viên và đảm bảo tính đồng bộ khi hiện nay chúng ta đã xây dựng Tòa gia đình và người chưa thành niên.

Thứ bảy, tác giả cho rằng, cách xác định tuổi của bị hại là người dưới 18 tuổi như trong Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 là chưa hợp lý. Cách xác định tuổi này nếu chỉ dùng để áp dụng thủ tục tố tụng đối với bị hại để bảo vệ quyền và lợi ích của họ thì hợp lý, nhưng nếu dùng để truy cứu trách nhiệm hình sự đối với người bị buộc tội thì lại gây bất lợi cho người bị buộc tội và chưa phù hợp chuẩn mực pháp lý quốc tế, cũng như quy định trong Hiến pháp, Bộ luật Tố tụng Hình sự Việt Nam về nguyên tắc suy đoán vô tội. Đây là một vấn đề cần được xem xét để đảm bảo sự nhất quán trong quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự, phù hợp với chuẩn mực pháp lý quốc tế trong việc bảo vệ quyền của người bị buộc tội.

THẾ CHẤP QUYỀN SỬ DỤNG ĐẤT NHƯNG KHÔNG THẾ CHẤP TÀI SẢN GẮN LIỀN VỚI ĐẤT (HOẶC NGƯỢC LẠI) THEO BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2015 – MỘT SỐ NỘI DUNG CẦN BÀN LUẬN

Vũ Thị Hồng Yên*

Tóm tắt: Trong các chế định pháp luật về bảo đảm an toàn vốn vay bằng thế chấp bất động sản thì quy định của Điều 325 và 326 Bộ luật Dân sự năm 2015 đã có những bước khai phá mới. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích 2 trường hợp: (i) Thế chấp quyền sử dụng đất nhưng không thế chấp tài sản gắn liền với đất (hoặc ngược lại) khi người sử dụng đất đồng thời là chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất và (ii) Thế chấp quyền sử dụng đất nhưng không thế chấp tài sản gắn liền với đất (hoặc ngược lại) khi người sử dụng đất không đồng thời là chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất, từ đó làm sáng tỏ những quy định còn chưa rõ ràng và chỉ ra những “khoảng trống pháp lý” trong các quy định này, đồng thời, đề xuất một số giải pháp hoàn thiện.

Abstract: With respect to provisions on secured transactions by real estate mortgage, Articles 325 and 326 of the Civil Code of 2015 contain breakthrough issues. In the context of this paper, two cases are analysed, namely, (i) mortgage of land use right without that of land attached property (or vice versa) in the context that the land use right owner is also the land attached property owner; and (ii) mortgage of land use right without that of land attached property (or vice versa) in the context that the land use right owner is not the land attached property owner. The paper then clarifies relevant ambiguous issues and points out “legal gaps”. It then makes related proposals for improvement.

1. Thế chấp quyền sử dụng đất nhưng không thế chấp tài sản gắn liền với đất (hoặc ngược lại) khi người sử dụng đất đồng thời là chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất

Khoản 1 Điều 325 và khoản 1 Điều 326 Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 quy định: Nếu người sử dụng đất **đồng thời là** chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất thì **xử lý đồng thời** cả quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất, trừ trường hợp có thỏa thuận khác.

Quy định này có thể dẫn đến những tình huống dự liệu sau:

(i) Bên thế chấp được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất nhưng chưa được cấp Giấy chứng nhận quyền sở hữu tài sản gắn liền với đất (ví dụ: Nhà, công trình trên đất chưa được cấp Giấy đăng ký sở hữu), thì tài sản được phép thế chấp chỉ là quyền sử dụng đất chứ không bao gồm tài sản gắn liền với đất. Đây là những trường hợp xảy ra khá phổ biến khi người dân xây nhà ở không xin giấy phép xây dựng nên không được cấp Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà. Do đó, khi mô tả tài sản thế chấp thì các bên thường chỉ ghi: Tài sản thế chấp là quyền sử dụng đất. Và khi xử lý thì pháp luật cho phép bên nhận thế chấp được dịch

* TS., Trường Đại học Luật Hà Nội.

chuyển cả quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất cho người mua. Quy định này đã tháo gỡ nhiều vướng mắc về pháp lý cho các tổ chức tín dụng trong thời gian qua. Có những khoản vay tại các tổ chức tín dụng được thế chấp bằng quyền sử dụng đất của người thứ ba, một thời gian sau khi xác lập hợp đồng thế chấp thì bên thế chấp xây dựng nhà cửa, biệt thự trên đó, và khi phải xử lý thì bên thế chấp phản đối bởi họ chỉ thế chấp quyền sử dụng đất chứ không thế chấp nhà cửa, biệt thự trên đất. Lúc này tổ chức tín dụng không thể “bê” nhà cửa, biệt thự đi nơi khác và đành làm ngơ với khoản vay nói trên¹. Quy định của pháp luật hiện hành vẫn chưa có câu trả lời cụ thể về phạm vi bảo đảm của bên nhận thế chấp có bao gồm cả giá trị của tài sản gắn liền với đất hay không. Có ý kiến cho rằng, với cách diễn đạt của điều luật: “Tài sản được xử lý bao gồm cả...” được hiểu bao gồm tài sản gắn liền với đất mặc dù không thỏa thuận là tài sản thế chấp; nhưng vì chúng gắn liền với quyền sử dụng đất thế chấp và cùng một chủ sở hữu nên cũng là “tài sản bảo đảm” – có nghĩa bên nhận thế chấp có quyền được ưu tiên trước các chủ nợ không có bảo đảm của bên thế chấp đối với giá trị của tài sản gắn liền với đất đó². Tác giả có quan điểm khác, đó là cho dù việc xử lý bao gồm cả tài sản gắn liền với đất, nhưng quyền của bên nhận thế chấp chỉ giới hạn trong giá trị của quyền sử dụng đất mà không bao gồm giá trị của tài sản trên đất. Có nghĩa, giá trị của

tài sản trên đất phải trả về cho bên thế chấp. Ngay cả khi giá trị của quyền sử dụng đất thế chấp không đủ để bù trừ cho giá trị của khoản vay thì bên nhận thế chấp cũng không có quyền đối với giá trị của tài sản gắn liền với đất nếu bên vay không đồng thời là bên thế chấp (thế chấp quyền sử dụng đất để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ của người khác).

(ii) Quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất của bên thế chấp đều có Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất và quyền sở hữu tài sản gắn liền với đất. Vậy sẽ xảy ra những khả năng sau đây khi thế chấp riêng từng tài sản:

+ Chỉ thế chấp quyền sử dụng đất, nhưng không thế chấp tài sản gắn liền với đất và ngược lại. Khi đó, bên thế chấp phải giao cho bên nhận thế chấp Giấy chứng nhận ghi chung quyền sử dụng và quyền sở hữu của cả hai tài sản cho dù chỉ thế chấp một trong hai tài sản. Giải pháp khi xử lý tài sản thế chấp là xử lý chung cả hai tài sản, vì tuy thế chấp riêng nhưng chúng lại gắn liền với nhau về vật chất. Tuy nhiên, với quy định này của BLDS năm 2015 tác giả cho rằng, bên nhận thế chấp cần cân nhắc khi lựa chọn tài sản thế chấp vì sẽ gặp khó khăn trong việc định giá riêng từng tài sản để trả lại cho bên thế chấp phần tài sản không thế chấp.

+ Quyền sử dụng đất được thế chấp cho một chủ thể và tài sản gắn liền với đất được thế chấp cho chủ thể khác. Điều này là không thể thực hiện do không tách bạch được quyền sở hữu đối với tài sản thế chấp. Nếu tài sản thế chấp chỉ là quyền sử dụng đất thì phải xác định theo thừa và có Giấy chứng nhận được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp. Theo quy định của pháp luật, Giấy chứng nhận này ghi chung thông tin của cả quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền

¹ Xem: Trần Minh Hải, “Hiểu nghề giữ nghiệp – 26 bài học pháp lý nghiệp vụ dành cho Nghề tín dụng Ngân hàng”, Nxb. Lao động, 2015, Hồ Chí Minh, tr.217.

² Xem: Đỗ Văn Đại, “Bình luận khoa học những điểm mới của Bộ luật Dân sự năm 2015”, Nxb. Hồng Đức – Hội Luật gia Việt Nam, Hồ Chí Minh, 2016, tr.332.

với đất. Một chủ thể không thể được cấp 2 giấy cho cùng một tài sản là nhà và đất: Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất riêng và Giấy chứng nhận quyền sở hữu tài sản gắn liền với đất riêng; do đó không thể thế chấp tách rời cho hai bên nhận thế chấp khác nhau. Cơ quan công chứng cũng không thể xác lập hợp đồng cho trường hợp này vì mỗi tài sản thế chấp riêng phải có Giấy chứng nhận quyền sử dụng hoặc quyền sở hữu riêng; và khi xử lý thì cũng không xử lý được, bởi mối quan hệ về quyền và nghĩa vụ giữa bên mua tài sản thế chấp với chủ thể còn lại không có căn cứ để giải quyết.

+ Quyền sử dụng đất chưa được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng và tài sản gắn liền với đất không thuộc diện phải đăng ký quyền sở hữu. Ví dụ, hộ gia đình ông A đã khai hoang diện tích rừng và trồng rừng trên đó bằng nguồn vốn của mình, nay chỉ thế chấp quyền sở hữu rừng trồng. Nếu theo quy định của khoản 1 Điều 325, khi xử lý rừng cây thế chấp sẽ chuyển luôn cả quyền sử dụng đất thì lại vướng về điều kiện quyền sử dụng đất được chuyển nhượng vì chưa được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất.

Có thể nhận thấy, quy định của BLDS năm 2015 tại khoản 1 Điều 325 và khoản 1 Điều 326 chỉ có thể vận dụng trong trường hợp quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất được cấp cho một chủ thể thì cũng chỉ được thế chấp một trong hai tài sản đó (tức tài sản còn lại không được thế chấp cho bất kì chủ thể nào), chứ không có trường hợp vừa thế chấp quyền sử dụng đất cho một chủ thể này và vừa thế chấp tài sản gắn liền với đất cho một chủ thể khác. Đó là những điều mà bên nhận thế chấp cần cân nhắc để tránh những rủi ro bởi các “bẫy pháp lý” do cách hiểu về các quy định của pháp luật.

2. Thế chấp quyền sử dụng đất nhưng không thể chấp tài sản gắn liền với đất (hoặc ngược lại) khi người sử dụng đất không đồng thời là chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất

Khoản 1 Điều 325 và khoản 1 Điều 326 BLDS năm 2015 quy định: Nếu người sử dụng đất **không đồng thời** là chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất thì **xử lý riêng** tài sản thế chấp, theo đó người nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất hay người nhận chuyển quyền sở hữu tài sản gắn liền với đất (tức là người mua tài sản thế chấp) **sẽ tiếp tục mối quan hệ với chủ thể còn lại** trong vai trò thế vị trí của bên thế chấp. Giải pháp trong trường hợp này được thiết kế trên cơ sở giải quyết những mối quan hệ sau: (i) Giữa chủ thể có quyền sử dụng đất (gọi là A) và chủ thể sở hữu tài sản gắn liền với đất (gọi là B); (ii) Giữa bên thế chấp với bên nhận thế chấp; (iii) Giữa bên nhận thế chấp với A (nếu chỉ có B thế chấp) hoặc với B (nếu chỉ có A thế chấp); (iv) Giữa người mua tài sản thế chấp với A (nếu tài sản thế chấp bị xử lý của B) hoặc với B (nếu tài sản thế chấp bị xử lý của A). Các quan hệ này cần phải được giải quyết cùng với việc làm sáng tỏ các vấn đề pháp lý như sau:

Vấn đề 1: Quan hệ giữa chủ thể có quyền sử dụng đất với chủ thể có quyền sở hữu tài sản gắn liền trên đất đó được duy trì bằng những hợp đồng nào?

Vấn đề 2: Mỗi chủ thể đều được cấp một Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất riêng và Giấy chứng nhận quyền sở hữu tài sản gắn liền với đất riêng, vậy thông tin trên Giấy chứng nhận quyền sở hữu tài sản gắn liền với đất có thể hiện mối quan hệ với quyền sử dụng đất mà trên đó tài sản được hình thành? Căn cứ để định giá từng tài sản khi giữa chúng có sự ràng buộc nhau trong

thời hạn tồn tại của tài sản gắn liền trên đất của người khác?

Vấn đề 3: Khi nhận thế chấp một trong hai tài sản trên thì có cần sự đồng ý của chủ thể còn lại không? Nội dung đồng ý là gì? Tương tự, khi xử lý tài sản thế chấp thì có cần sự đồng ý của chủ thể còn lại không, quan hệ giữa người mua tài sản thế chấp với chủ thể còn lại được gọi là gì, việc xác lập quan hệ là mặc nhiên hay phải có sự đồng ý của chủ thể còn lại?

Có thể nhận thấy, có ít nhất 3 chủ thể (người có quyền sử dụng đất nếu tài sản thế chấp là tài sản gắn liền với đất hoặc người có tài sản gắn liền với đất nếu tài sản thế chấp là quyền sử dụng đất; bên nhận thế chấp; bên mua tài sản thế chấp) cùng có quyền trên tài sản thế chấp ngoài chủ sở hữu của tài sản thế chấp nên việc giải quyết xung đột lợi ích giữa các chủ thể nói trên là vấn đề cần được giải quyết. Tuy nhiên, hiện tại trong các quy định của BLDS năm 2015 cũng như các luật khác có liên quan chưa có câu trả lời cho các vấn đề trên. Tác giả đề xuất giải pháp cho trường hợp này như sau:

Về vấn đề 1: Quan hệ giữa chủ thể có quyền sử dụng đất với chủ thể có quyền sở hữu tài sản gắn liền trên đất đó được thiết lập thông qua các hợp đồng như cho thuê, cho mượn quyền sử dụng đất, góp vốn, hợp tác kinh doanh bằng quyền sử dụng đất. Các hợp đồng có chứa đựng nội dung sau: Chủ thể quyền sử dụng đất cho phép người thuê, người mượn, người nhận góp vốn, người cùng hợp tác kinh doanh được quyền xây dựng, tạo lập tài sản trên đất và có quyền sở hữu những tài sản này. Những hợp đồng này phải được công chứng theo quy định của pháp luật đất đai³.

³ Khoản 4 Điều 31 của Nghị định 43/2013/NĐ-CP quy định chi tiết Luật Đất đai năm 2013: “Trường hợp

Về vấn đề 2: Nếu tài sản gắn liền với đất thuộc loại tài sản có đăng ký quyền sở hữu như nhà ở và các công trình xây dựng khác thì chủ sở hữu những tài sản này cũng được quyền cấp Giấy chứng nhận quyền sở hữu tài sản. Trên Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở, công trình xây dựng phải ghi rõ nguồn gốc của quyền sử dụng đất mà trên đó tài sản được tạo lập, như theo hợp đồng thuê, mượn, góp vốn, hợp tác kinh doanh... mã số theo Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất số hiệu bao nhiêu...⁴

hợp chủ sở hữu nhà ở không đồng thời là người sử dụng đất ở thì ngoài giấy tờ chứng minh về quyền sở hữu nhà ở theo quy định tại các khoản 1, 2 và 3 Điều này, phải có hợp đồng thuê đất hoặc hợp đồng góp vốn hoặc hợp đồng hợp tác kinh doanh hoặc văn bản chấp thuận của người sử dụng đất đồng ý cho xây dựng nhà ở đã được công chứng hoặc chứng thực theo quy định của pháp luật và bản sao giấy tờ về quyền sử dụng đất theo quy định của pháp luật về đất đai”.

Tương tự đối với bất động sản là công trình xây dựng khác, khoản 3 Điều 32 quy định: “Trường hợp chủ sở hữu công trình xây dựng không đồng thời là người sử dụng đất thì ngoài giấy tờ chứng minh về quyền sở hữu công trình theo quy định tại khoản 1 và khoản 2 Điều này, phải có văn bản chấp thuận của người sử dụng đất đồng ý cho xây dựng công trình đã được công chứng hoặc chứng thực theo quy định của pháp luật và bản sao giấy tờ về quyền sử dụng đất theo quy định của pháp luật về đất đai”.

⁴ Khoản 2 Điều 5 Thông tư số 23/2014/TT-BTNMT quy định về Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất: “Trường hợp người sử dụng đất không đồng thời là chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất thì Giấy chứng nhận được cấp riêng cho người sử dụng đất và cấp riêng cho chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất; thông tin về người được cấp Giấy chứng nhận được ghi theo quy định như sau:

a) Giấy chứng nhận cấp cho người sử dụng đất chỉ ghi thông tin về người sử dụng đất theo quy định tại khoản 1 Điều này;

b) Giấy chứng nhận cấp cho chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất chỉ ghi thông tin về chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất theo quy định tại khoản 1 Điều này, tiếp theo ghi “Sở hữu tài sản trên thửa đất... (ghi

Khi định giá từng tài sản trên để làm tài sản thế chấp thì phải cân nhắc về thời hạn tồn tại của tài sản gắn liền với đất theo các đặc điểm: Trong thời hạn mượn, thuê, góp vốn, hợp tác kinh doanh thì giá trị của quyền sử dụng đất được tính trên cơ sở giá trị của quyền sử dụng đất (nếu tính độc lập) và có tính đến sự biến động của chúng dựa trên giá thuê hoặc khoản lợi (hay rủi ro) mà chủ thể quyền sử dụng đất có từ hoạt động góp vốn, hợp tác kinh doanh đến khi chấm dứt các hợp đồng này. Còn giá trị của tài sản gắn liền với đất được tính bằng giá trị thực tế của tài sản, nhưng phải tính đến tuổi thọ của tài sản trong thời gian có hiệu lực của hợp đồng mượn, thuê, góp vốn, hợp tác kinh doanh. Đối với hợp đồng thuê quyền sử dụng đất, tiền thuê đất phải trả cả thời hạn mới ổn định, còn nếu trả theo đợt như hàng tháng, hàng năm thì có thể xảy ra nguy cơ chấm dứt hợp đồng do vi phạm nghĩa vụ trả tiền thuê. Đối với hợp đồng góp vốn, hợp tác kinh doanh cũng cần đánh giá được những thuận lợi và khó khăn của hoạt động đầu tư để dự liệu khả năng hợp đồng có thể bị chấm dứt trước thời hạn. Khi các hợp đồng trên chấm dứt thì quyền sở hữu những tài sản gắn liền với đất cũng đồng thời chấm dứt. Quyền sở hữu tài sản gắn liền trên đất của người khác cũng là một nội dung của quyền bề mặt được quy định trong BLDS năm 2015 và chủ sở hữu có quyền thế chấp tài sản đó để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ⁵.

hình thức thuê, mượn,...) của... (ghi tên tổ chức, hộ gia đình, cá nhân cho thuê, cho mượn,...)".

⁵ Xem: Vũ Thị Hồng Yến, “Bảo đảm tiền vay bằng thế chấp bất động sản của các tổ chức tín dụng theo quy định của pháp luật hiện hành” (Đề tài khoa học cấp trường), Trường Đại học Luật Hà Nội, tháng 4/2017, tr.62.

Về vấn đề 3: Khi nhận thế chấp một trong hai tài sản trên thì cần phải có sự đồng ý của chủ thể còn lại, vì một nguyên tắc của pháp luật dân sự được quy định tại Điều 3 của BLDS năm 2015 là các chủ thể được quyền tự thỏa thuận và định đoạt, nhưng không được làm ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của người khác. Do A và B đang tồn tại quan hệ cho mượn, cho thuê, góp vốn hay quan hệ hợp tác kinh doanh bằng quyền sử dụng đất, hợp đồng đang thực hiện và lợi ích của các bên đều dựa trên tài sản là quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất; nay một trong hai tài sản được dùng để thế chấp thì tất yếu sẽ ảnh hưởng đến lợi ích của chủ thể còn lại. Đặc biệt, khi tài sản thế chấp bị xử lý thì bên thế chấp (đồng thời cũng là một bên của hợp đồng thuê, góp vốn, hợp tác kinh doanh đó) không còn quyền sử dụng hay quyền sở hữu đối với tài sản đó nữa, và đồng nghĩa không còn tư cách chủ thể trong các hợp đồng thuê, góp vốn, hợp tác kinh doanh. Vậy chủ sở hữu mới của tài sản thế chấp bị xử lý (tức người mua tài sản thế chấp) có quyền thế vị trí của bên thế chấp trong quan hệ với chủ thể còn lại của hợp đồng thuê, góp vốn, hợp tác kinh doanh cho đến hết thời hạn của những hợp đồng này?

Theo khoản 2 Điều 325, khoản 2 Điều 326 BLDS năm 2015, trong trường hợp này bên mua tài sản thế chấp được quyền tiếp tục kế thừa quyền và nghĩa vụ của bên thế chấp trong quan hệ với chủ thể còn lại của hợp đồng thuê, mượn, góp vốn, hợp tác kinh doanh, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác. Chúng tôi cho rằng, giải pháp được thiết kế nên đi theo hướng ngược lại, đó là: Chỉ khi có sự đồng ý của chủ thể còn lại thì bên mua tài sản thế chấp mới được thế vị trí của bên thế chấp trong hợp đồng đang tồn tại giữa họ, vì đây là một hình thức của

chuyển giao hợp đồng. Hợp đồng mượn, thuê, góp vốn, hợp tác kinh doanh đang tồn tại giữa A và B; nay bên mua tài sản thế chấp sẽ thế vị trí của A để tiếp tục thực hiện hợp đồng với B (nếu tài sản thế chấp là quyền sử dụng của A) thì phải có sự đồng ý của B, hoặc sẽ thế vị trí của B để tiếp tục thực hiện hợp đồng với A (nếu tài sản thế chấp là tài sản gắn liền với đất thuộc quyền sở hữu của B) thì phải có sự đồng ý của A. Bản chất của quan hệ hợp đồng là quan hệ có tính đối nhân – có nghĩa sự thay đổi chủ thể thực hiện nghĩa vụ tất yếu sẽ ảnh hưởng đến lợi ích của bên có quyền. Tính cách, khả năng tài chính, trình độ, sự thiện cảm... là những yếu tố mà chủ thể có quyền cân nhắc khi đồng ý về sự thay thế người có nghĩa vụ mới. Do đó, nếu không có sự đồng ý của chủ thể còn lại trong hợp đồng thuê, mượn, góp vốn, hợp tác kinh doanh về việc chuyển giao hợp đồng cho chủ thể mới (người mua tài sản thế chấp) thì không thể xử lý được tài sản thế chấp.

Có thể nói, giải pháp quy định tại khoản 2 Điều 325 và khoản 2 Điều 326 BLDS năm 2015 chỉ phù hợp duy nhất với trường hợp: *Chủ thể có quyền sử dụng đất là Nhà nước, còn chủ thể của tài sản gắn liền với đất là người thuê đất có thời hạn của Nhà nước và là người thuê đất trả tiền thuê đất hàng năm. Theo đó, khi phải xử lý tài sản gắn liền với đất thì chủ thể mua tài sản này được tiếp tục thuê đất của Nhà nước cho đến hết thời hạn nhưng phải đáp ứng các quy trình như: (i) Sau khi hợp đồng mua bán tài sản gắn liền với đất có hiệu lực thì chủ thể có quyền sử dụng đất (tức bên thế chấp, tức người thuê đất của Nhà nước) phải làm văn bản tự nguyện trả lại đất thuê; (ii) Nhà nước ra quyết định thu hồi đất thuê và sau đó ra quyết định cho thuê đối với chủ thể mua tài sản gắn liền với đất đối với thời*

*hạn thuê còn lại*⁶. Còn trong các trường hợp người có quyền sử dụng đất là các cá nhân, hộ gia đình, tổ chức khác có quyền sử dụng đất và cho thuê, góp vốn, hợp tác kinh doanh bằng quyền sử dụng đất với chủ thể khác và cho phép họ được xây dựng nhà ở, công trình xây dựng trên đất thì giải pháp này hoàn toàn không phù hợp. Quy định của khoản 2 Điều 325 và khoản 2 Điều 326 BLDS năm 2015 đã vô hình trung tước bỏ quyền và xâm phạm đến lợi ích của chủ thể trong một hợp đồng đã được thiết lập và tồn tại trước đó. Giải pháp phải có sự đồng ý của chủ thể còn lại cũng đã được thiết kế tại Thông tư 17/2009/TT-BTNMT⁷. Theo đó, sự đồng ý cho chuyển nhượng, tặng cho tài sản gắn liền với đất phải được thể hiện bằng văn bản có công chứng hoặc có chứng thực. Đối với trường hợp ngược lại, chủ thể của quyền sử dụng đất chuyển nhượng cho người khác có cần sự đồng ý

⁶ Khoản 4 Điều 16 Nghị định 43/2013/NĐ-CP quy định: “Trường hợp diện tích đất thực hiện dự án sản xuất, kinh doanh có phần diện tích đất mà người đang sử dụng đất không có quyền chuyển nhượng, cho thuê, góp vốn bằng quyền sử dụng đất theo quy định của pháp luật về đất đai thì chủ đầu tư được phép thỏa thuận mua tài sản gắn liền với đất của người đang sử dụng đất, Nhà nước thực hiện thu hồi đất, chuyển mục đích sử dụng đất và cho chủ đầu tư thuê đất để thực hiện dự án. Nội dung hợp đồng mua bán tài sản gắn liền với đất phải thể hiện rõ người bán tài sản tự nguyện trả lại đất để Nhà nước thu hồi đất và cho người mua tài sản thuê đất”.

⁷ Khoản c Điều 1 Thông tư 17/2009/TT-BTNMT (hiện nay thông tư này đã hết hiệu lực) hướng dẫn Nghị định 88/2009/NĐ-CP về cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và các tài sản khác gắn liền với đất quy định: “Trường hợp bên chuyển nhượng, tặng cho là chủ sở hữu tài sản không đồng thời là người sử dụng đất thì phải có văn bản của người sử dụng đất đồng ý cho chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất được chuyển nhượng, tặng cho tài sản gắn liền với đất đã có chứng nhận của công chứng hoặc chứng thực của Ủy ban nhân dân cấp xã, cấp huyện theo quy định của pháp luật”.

của chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất hay không thì chưa được quy định trong Thông tư này cũng như trong quy định của pháp luật hiện hành. Theo tác giả, về nguyên tắc thì khi định đoạt (xử lý tài sản thế chấp) trong cả hai trường hợp trên đều cần có sự đồng ý của chủ thể còn lại và phải thể hiện bằng văn bản có công chứng. Văn bản chuyển giao hợp đồng thuê, góp vốn, hợp tác kinh doanh của 3 bên (bên thế chấp, bên mua tài sản thế chấp và chủ thể đang thực hiện hợp đồng thuê, góp vốn, hợp tác kinh doanh với bên thế chấp) là lựa chọn an toàn và phù hợp.

Một quy định mới được ra đời luôn hướng tới mục tiêu tháo gỡ những vướng mắc về mặt pháp lý và đáp ứng những đòi hỏi mà thực tiễn của cuộc sống đặt ra, nhưng không phải luôn luôn là những giải pháp toàn diện. Với việc phân tích làm sáng tỏ những quy định của pháp luật, dự liệu những “khoảng trống pháp lý” trong những quy định để các chủ thể khi thực hiện pháp luật có những giải pháp phù hợp trong thực tiễn công việc của mình, bài viết mong muốn hoàn thiện hơn nữa các quy định của pháp luật liên quan đến lĩnh vực thế chấp bất động sản.

(Tiếp theo trang 9 – Thực hiện tinh giản biên chế...)

được việc này sẽ khắc phục được tình trạng dôi dư đội ngũ nhân viên làm trong các cơ quan nhà nước; khắc phục được những tiêu cực trong tuyển dụng, đánh giá, sử dụng, đề bạt.

Ba là, chuyển giao các đơn vị cung ứng dịch vụ công lập cho khu vực tư nhân theo hình thức hợp tác công tư hoặc xã hội hoá. Đây là yêu cầu khách quan trong quá trình xây dựng nền hành chính phục vụ, đặc biệt trong bối cảnh xây dựng Nhà nước kiến tạo, liêm chính, hành động. Sự hài lòng của người dân, doanh nghiệp chính là căn cứ quan trọng cuối cùng để đánh giá chất lượng cung ứng dịch vụ công và sự quản lý của nền hành chính nhà nước. Điều này chỉ có thể thực hiện tốt trong nền kinh tế thị trường khi “tính độc quyền” trong việc cung ứng dịch vụ công bị xoá bỏ, nghĩa là việc cung ứng dịch vụ công không chỉ do mỗi nhà nước đảm nhiệm, mà còn được chia sẻ cho các chủ thể khác trong khu vực tư nhân.

Bốn là, đẩy mạnh việc thực hiện dịch vụ hành chính công trực tuyến cấp độ 4, hướng đến xây dựng Chính phủ điện tử. Việc thực hiện này là tất yếu trong bối cảnh xã hội thông tin và đặc biệt cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ 4 đã và đang diễn ra. Chính phủ điện tử sẽ giúp cho nhà nước giảm thiểu quy mô biên chế, mỗi công chức có thể đảm nhiệm được nhiều công việc thông qua hệ thống hỗ trợ gồm các biện pháp kỹ thuật như phần mềm quản lý chuyên dụng; phần mềm tương tác với doanh nghiệp, người dân; phần mềm kiểm tra, giám sát hoạt động quản lý.

Tinh giản biên chế là bài toán lớn, có ý nghĩa quyết định cho hiệu quả quản lý hành chính, đặc biệt trong bối cảnh xây dựng Nhà nước kiến tạo phát triển ở Việt Nam hiện nay. Tất nhiên, việc thực hiện đang gặp những rào cản nhất định, trong đó “bài toán lợi ích” là rào cản lớn nhất. Do vậy, việc tiến hành đồng loạt các giải pháp trên sẽ vượt qua được rào cản này, từ đó đạt được mục tiêu đề ra trong quá trình tinh giản biên chế.

MỘT SỐ VẤN ĐỀ VỀ CHẾ ĐỊNH THỪA KẾ THEO DI CHỨC TRONG BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2015

*Phạm Thị Thi**

Tóm tắt: Trước khi chết, một cá nhân được quyền tự do định đoạt, thể hiện ý chí về việc chuyển giao tài sản của mình cho chủ thể khác. Hình thức chứa đựng ý nguyện, mong muốn đó được khoa học pháp lý gọi là di chúc. Trong phạm vi bài viết, trên cơ sở bình luận một số điểm bất cập liên quan đến chế định thừa kế theo di chúc, tác giả đề xuất một số kiến nghị nhằm hoàn thiện pháp luật về vấn đề này.

Abstract: Before his/her death, a person is free to decide to transfer his/her properties to others by a testament. This paper makes comments on shortcomings of testament-based inheritance provisions of the Civil Code of 2015 and relevant proposals.

1. Về người thừa kế theo di chúc

Điều 613 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: “Người thừa kế là cá nhân phải là người còn sống vào thời điểm mở thừa kế hoặc sinh ra và còn sống sau thời điểm mở thừa kế nhưng đã thành thai trước khi người để lại di sản chết. Trường hợp người thừa kế theo di chúc không là cá nhân thì phải tồn tại vào thời điểm mở thừa kế”. Như vậy, ngoài sự khác biệt trong cách diễn đạt “người thừa kế theo di chúc không phải là cá nhân” của Bộ luật Dân sự năm 2015 so với thuật ngữ “cơ quan, tổ chức” quy định tại Bộ luật Dân sự năm 2005¹ thì về cơ bản, quy định về người thừa kế của hai văn bản trên là giống nhau. Cụ thể, cá nhân có thể là người thừa kế theo di chúc hoặc theo pháp luật; còn người thừa kế không là cá nhân thì chỉ có thể là người thừa kế theo di chúc. Mặc dù Bộ luật Dân sự năm 2015 không quy định rõ người thừa kế “không là cá nhân” bao gồm những chủ thể nào, nhưng có thể hiểu đó có thể là cơ quan nhà nước, doanh nghiệp, hợp tác xã, hộ gia đình, tổ

hợp tác, tổ chức xã hội... Với cách hiểu này, thuật ngữ “cơ quan, tổ chức” được quy định trong Bộ luật Dân sự năm 2005 và “không là cá nhân” trong Bộ luật Dân sự năm 2015 có cùng bản chất.

Khác với khoản 4 Điều 637 Bộ luật Dân sự năm 2005 quy định: “Trong trường hợp Nhà nước, cơ quan, tổ chức hưởng di sản theo di chúc thì cũng phải thực hiện nghĩa vụ tài sản do người chết để lại như người thừa kế là cá nhân”, Bộ luật Dân sự năm 2015 không quy định rõ Nhà nước có thể là người thừa kế theo di chúc của một cá nhân hay không? Tuy nhiên, bằng phương pháp loại trừ, có thể hiểu Nhà nước cũng có thể là người thừa kế theo Điều 613, vì “Nhà nước là bộ máy quyền lực đặc biệt, ...”² và không phải là cá nhân. Với tư cách là một người thừa kế được chỉ định trong di chúc, tương tự như cá nhân, Nhà nước phải thực hiện nghĩa vụ tài sản do người chết để lại. Vấn đề đặt ra là việc thực hiện nghĩa vụ tài sản của Nhà nước sẽ tiến hành như thế nào? Bởi

* ThS., Trường Đại học Tài chính - Kế toán.

¹ Xem Điều 635 Bộ luật Dân sự năm 2005.

² Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình Lý luận Nhà nước và pháp luật*, Nxb. Công an Nhân dân, Hà Nội, năm 2015, tr.35.

lẽ, Bộ luật Dân sự năm 2015 không quy định cơ quan nào sẽ đại diện Nhà nước nhận phần di sản do người chết để lại, cũng như không quy định về quy trình, thủ tục chuyển di sản thừa kế từ người chết sang cho Nhà nước. Đây là một bất cập, có thể gây khó khăn cho quá trình áp dụng pháp luật trong thực tiễn.

Hơn nữa, bất cập này còn có thể lặp lại với trường hợp một cá nhân chết mà không có người thừa kế theo di chúc, theo pháp luật hoặc có người thừa kế nhưng không được quyền hưởng di sản, người thừa kế từ chối nhận di sản thì việc thực hiện nghĩa vụ tài sản của người chết cũng như việc chuyển giao tài sản cho Nhà nước được thực hiện như thế nào? Do đó, cần có văn bản hướng dẫn của cơ quan nhà nước có thẩm quyền về vấn đề này. Theo tác giả, trong trường hợp Nhà nước là người thừa kế theo di chúc hoặc tài sản của người chết thuộc về Nhà nước do không có người thừa kế theo quy định tại Điều 622 Bộ luật Dân sự năm 2015, cần phải xác định một cơ quan đại diện Nhà nước nhận phần di sản cũng như thực hiện nghĩa vụ tài sản của người chết, đó có thể là Ủy ban nhân dân cấp xã. Việc xác định cơ quan nhà nước ở địa phương nào sẽ phụ thuộc vào việc di sản thừa kế là động sản hay bất động sản. Cụ thể, nếu di sản thừa kế là bất động sản thì cơ quan đại diện Nhà nước nhận di sản này là địa phương nơi có bất động sản tọa lạc; nếu di sản thừa kế là động sản thì cơ quan đại diện Nhà nước nhận di sản là địa phương nơi cư trú cuối cùng của cá nhân chết, trường hợp không xác định được nơi cư trú cuối cùng thì là nơi có toàn bộ di sản hoặc nơi có phần lớn di sản là động sản. Việc quy định rõ chủ thể đại diện nhận thừa kế khi Nhà nước là chủ thể thừa kế theo di chúc hoặc khi tài sản

thuộc về Nhà nước theo quy định tại Điều 622 sẽ tạo điều kiện cho việc áp dụng pháp luật một cách thống nhất trong đời sống dân sự.

2. Về người làm chứng khi lập di chúc

Căn cứ quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015, di chúc có thể được lập thành văn bản hoặc di chúc miệng. Trong đó, di chúc bằng văn bản được chia thành 04 loại: Không có người làm chứng; có người làm chứng; có chứng thực; và có công chứng. Theo khoản 1 Điều 650 Bộ luật Dân sự năm 2015 có thể hiểu, thừa kế theo pháp luật được áp dụng trong trường hợp không có di chúc hoặc có di chúc nhưng di chúc không hợp pháp... Như vậy, về cơ bản pháp luật luôn tôn trọng ý chí của người chết thông qua di chúc, bằng việc ưu tiên chia thừa kế theo di chúc trước (nếu có). Tuy nhiên, nếu có di chúc mà di chúc này không hợp pháp thì phải tiến hành việc chia thừa kế theo pháp luật, nghĩa là chia di sản của người chết theo thứ tự ưu tiên đối với các hàng thừa kế.

Để được coi là hợp pháp, di chúc phải đảm bảo một số điều kiện như: Người lập di chúc phải minh mẫn, sáng suốt, không bị đe dọa, cưỡng ép khi lập di chúc; nội dung di chúc không vi phạm điều cấm của pháp luật, không trái đạo đức xã hội; hình thức di chúc không trái quy định pháp luật. Đối với hình thức di chúc bằng văn bản có người làm chứng thì người làm chứng cũng phải đáp ứng những điều kiện nhất định. Thứ nhất, theo Điều 634, di chúc bằng văn bản có người làm chứng được sử dụng khi: *“Người lập di chúc không tự mình viết bản di chúc thì có thể tự mình đánh máy hoặc nhờ người khác viết hoặc đánh máy bản di chúc, nhưng phải có ít nhất là hai người làm chứng. Người lập di chúc phải ký hoặc*

điểm chỉ vào bản di chúc trước mặt những người làm chứng; những người làm chứng xác nhận chữ ký, điểm chỉ của người lập di chúc và ký vào bản di chúc”. Thứ hai, người làm chứng trong trường hợp lập di chúc bằng văn bản phải là người không thuộc một trong số những người được quy định tại Điều 632 Bộ luật Dân sự năm 2015. Cụ thể, mọi cá nhân đều có thể làm chứng cho việc lập di chúc ngoại trừ những người sau đây: (i) Người thừa kế theo di chúc hoặc theo pháp luật của người lập di chúc; (ii) Người có quyền, nghĩa vụ tài sản liên quan đến nội dung di chúc; (iii) Người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự, người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi.

Như vậy, với cách quy định của Điều 632 và Điều 634 thì “người khác viết hoặc đánh máy di chúc” ở đây có thể là bất kỳ ai kể cả là người thừa kế theo di chúc hoặc theo pháp luật của người lập di chúc nhưng đối với người làm chứng thì bị giới hạn đối với một số đối tượng như đã đề cập. Có thể hiểu, quy định về việc cấm một số cá nhân làm chứng trong việc lập di chúc nhằm mục đích đảm bảo tính khách quan, minh bạch, tránh những hành vi gian dối, mờ ám ảnh hưởng đến việc thể hiện ý chí của người lập di chúc hoặc ảnh hưởng đến quyền lợi hợp pháp của các chủ thể khác có liên quan.

Tuy nhiên, trên thực tế có thể phát sinh trường hợp: Trong thời gian chăm sóc mẹ là bà K bị ốm nặng, do lòng tham nên T đã tự mình đánh máy nội dung di chúc về việc giao tài sản của mẹ cho mình (ngoài T còn có hai em gái). Sau đó, T cho mẹ điểm chỉ vào bản di chúc do mình đánh máy. Di chúc có nội dung là bà K cho T hưởng thừa kế tài sản của mình, di chúc có chữ ký xác

nhận của hai người làm chứng là chồng và cha chồng của T (cả hai người đều có năng lực hành vi dân sự đầy đủ). Sau khi bà K mất, T xuất trình bản di chúc của mẹ và yêu cầu chia thừa kế theo di chúc. Xét về mặt nội dung, di chúc đáp ứng đầy đủ các điều kiện theo Điều 631 Bộ luật Dân sự năm 2015 như: Ngày, tháng lập di chúc; nơi cư trú của người lập di chúc; họ tên của người lập di chúc, người được hưởng di sản,... Xét về mặt hình thức, di chúc do T xuất trình đáp ứng đủ điều kiện của di chúc bằng văn bản có người làm chứng theo quy định tại Điều 634 Bộ luật Dân sự 2015 là: Có đủ 02 người làm chứng là chồng cùng cha chồng của T, có đầy đủ chữ ký xác nhận của 02 người làm chứng và điểm chỉ của người lập di chúc (bà K) theo đúng quy định pháp luật.

Như vậy, về mặt chứng cứ, di chúc này có giá trị pháp lý và là cơ sở để chia di sản thừa kế theo di chúc (mặc dù di chúc dành tài sản cho T, nhưng khi chia thừa kế, hai em gái của T có thể được hưởng một phần di sản dành cho người thừa kế không phụ thuộc vào nội dung di chúc nếu đáp ứng điều kiện tại Điều 644). Tuy nhiên, xét về thực tế khách quan thì di chúc không đảm bảo điều kiện về mặt tự do ý chí của người lập di chúc. Do đó, dù có sự hoài nghi, phản đối về việc không minh bạch, về sự thông đồng giữa T cùng chồng và cha chồng để mưu lợi trong việc lập nội dung di chúc thì hai em gái của T cũng rất khó chứng minh (thậm chí là không chứng minh được). Ngoài ra, hai em gái T cũng khó có thể phản đối về tư cách làm chứng của chồng và cha chồng T để yêu cầu tuyên bố di chúc vô hiệu. Bởi lẽ, căn cứ Điều 632 Bộ luật Dân sự 2015, chồng và cha chồng T không phải là người thừa kế theo di chúc của bà K và

đều là những người có năng lực hành vi dân sự đầy đủ. Thêm nữa, pháp luật dân sự hiện hành cũng không có quy định giải thích người có quyền và nghĩa vụ tài sản liên quan đến nội dung di chúc là người như thế nào. Mặt khác, theo quy định của Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014, tài sản mà T được thừa kế từ bà K là tài sản riêng của T³, không nằm trong khối tài sản chung với chồng T (trừ trường hợp sau đó T đồng ý nhập vào khối tài sản chung). Do đó, việc nghi ngờ về tư cách làm chứng của chồng và cha chồng T là không có cơ sở và khó được chấp thuận, mặc dù trên thực tế, giữa T – chồng – cha chồng đều có mối quan hệ đặc biệt (giữa T và chồng có quan hệ thân thích, chồng và cha chồng T có quan hệ huyết thống), và họ có thể đồng tình thực hiện hành vi trái pháp luật để đem lại lợi ích cho T. Vì vậy, khả năng sự việc bị phát giác (di chúc không hợp pháp do vi phạm sự tự do ý chí của người lập di chúc) là rất khó xảy ra, điều này sẽ gây ảnh hưởng đến quyền lợi của các chủ thể khác.

Do đó, để hạn chế những trường hợp trên, cần sửa đổi, bổ sung quy định về những người không được làm chứng tại Điều 632 Bộ luật Dân sự năm 2015 như sau:

“Mọi người đều có thể làm chứng cho việc lập di chúc, trừ những người sau đây:

1. Người thừa kế theo di chúc hoặc theo pháp luật của người lập di chúc;

2. Vợ, chồng của người thừa kế theo di chúc hoặc theo pháp luật của người lập di chúc; hoặc người có quan hệ huyết thống hoặc quan hệ nuôi dưỡng với vợ, chồng của người thừa kế theo di chúc hoặc theo pháp luật của người lập di chúc.

3. Người có quyền, nghĩa vụ tài sản liên quan tới nội dung di chúc;

4. Người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự, người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi”.

3. Về người không được quyền hưởng di sản thừa kế

Điều 609 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định người thừa kế là cá nhân có quyền được hưởng di sản thừa kế theo di chúc hoặc theo pháp luật, người thừa kế không là cá nhân có quyền hưởng di sản thừa kế theo di chúc. Như vậy, pháp luật dân sự quy định việc hưởng di sản thừa kế là quyền dân sự, quyền chủ thể của người thừa kế. Tuy nhiên, trong một số trường hợp nhất định quyền hưởng di sản thừa kế của người thừa kế lại bị pháp luật hạn chế. Theo đó, Điều 621 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định những người không được quyền hưởng di sản thừa kế, bao gồm: (1) Người bị kết án về hành vi cố ý xâm phạm tính mạng, sức khỏe hoặc về hành vi ngược đãi nghiêm trọng, hành hạ người để lại di sản, xâm phạm nghiêm trọng danh dự, nhân phẩm của người đó; (2) Người vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ nuôi dưỡng người để lại di sản; (3) Người bị kết án về hành vi cố ý xâm phạm tính mạng người thừa kế khác, nhằm hưởng một phần hoặc toàn bộ phần di sản mà người thừa kế đó có quyền hưởng; và (4) Người có hành vi lừa dối, cưỡng ép hoặc ngăn cản người để lại di sản trong việc lập di chúc; giả mạo di chúc, sửa chữa di chúc, hủy di chúc, che giấu di chúc nhằm hưởng một phần hoặc toàn bộ di sản trái với ý chí của người để lại di sản. Tuy nhiên, nếu người để lại di sản thừa kế biết hành vi của

³ Xem khoản 1 Điều 43 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014.

(Xem tiếp trang 47)

ĐỊA VỊ PHÁP LÝ CỦA MỘT SỐ CHỦ THỂ NƯỚC NGOÀI THEO QUY ĐỊNH CỦA BỘ LUẬT TỔ TỤNG DÂN SỰ NĂM 2015

Nguyễn Đức Việt*
Vũ Thị Phương Lan**

Tóm tắt: Bài viết phân tích, làm rõ những quy định về địa vị pháp lý của một số chủ thể nước ngoài trong tố tụng dân sự theo quy định của Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 trên các khía cạnh: Năng lực pháp luật tố tụng dân sự, năng lực hành vi tố tụng dân sự, các quyền và nghĩa vụ tố tụng dân sự của các chủ thể này.

Abstract: This paper analyses and clarifies provisions on legal status of foreign subjects in procedures under the Civil Procedure Code of 2015 with respect to legal capacity, capacity to act and rights and obligation of those subject in civil procedures.

Địa vị pháp lý trong lĩnh vực tố tụng dân sự của các chủ thể nước ngoài tại Việt Nam là tổng thể năng lực pháp luật tố tụng dân sự, năng lực hành vi tố tụng dân sự, các quyền mà họ được hưởng và các nghĩa vụ mà họ phải gánh chịu khi tham gia tố tụng dân sự tại Việt Nam¹. Các chủ thể nước ngoài tại Việt Nam được chia làm nhiều loại, bao gồm: Người nước ngoài; cơ quan tổ chức nước ngoài; chi nhánh, văn phòng đại diện tại Việt Nam của tổ chức nước ngoài; tổ chức quốc tế; cơ quan đại diện của tổ chức quốc tế; nhà nước nước ngoài. Trong phạm vi bài viết, các tác giả chỉ đề cập tới những chủ thể là người nước ngoài, cơ quan tổ chức nước ngoài, chi nhánh, văn phòng đại diện tại Việt Nam của cơ quan, tổ chức nước ngoài.

1. Năng lực pháp luật tố tụng dân sự và năng lực hành vi tố tụng dân sự của người nước ngoài, cơ quan, tổ chức nước ngoài, chi nhánh, văn phòng đại diện tại Việt Nam của tổ chức nước ngoài theo Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015

Theo quy định tại khoản 1, khoản 2 Điều 69 Bộ luật Tố tụng Dân sự (BLTTDS) năm 2015 thì “Năng lực pháp luật tố tụng dân sự là khả năng có các quyền, nghĩa vụ trong tố tụng dân sự do pháp luật quy định. Mọi cơ quan, tổ chức, cá nhân có năng lực pháp luật tố tụng dân sự như nhau trong việc yêu cầu Tòa án bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình”; còn “Năng lực hành vi tố tụng dân sự là khả năng tự mình thực hiện quyền, nghĩa vụ tố tụng dân sự hoặc ủy quyền cho người đại diện tham gia tố tụng dân sự”. Đây là các phạm trù cơ bản, mang tính tiền đề cho sự tham gia tố tụng dân sự của không chỉ người Việt Nam mà tất cả các cá nhân nói chung, bao gồm cả người nước ngoài. Do đó, có thể hiểu năng lực pháp luật tố tụng dân sự và năng lực hành vi tố tụng dân sự của người nước ngoài tại Việt Nam

* ThS., Khoa Pháp luật quốc tế, Đại học Luật Hà Nội.

** TS., Khoa Pháp luật quốc tế, Đại học Luật Hà Nội.

¹ - TS. Vũ Thị Phương Lan, “*Bình luận khoa học Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 - Chương XXXVIII*” (TS. Bùi Thị Huyền chủ biên), Nxb. Lao động, Hà Nội, 2016, tr.582.

- Viện đại học Mở Hà Nội, Giáo trình Tư pháp quốc tế, Nxb. Tư pháp, 2013, tr.238.

là khả năng có các quyền và nghĩa vụ dân sự do pháp luật quy định và khả năng tự mình thực hiện các quyền, nghĩa vụ tố tụng đó hoặc uỷ quyền cho người đại diện tham gia tố tụng dân sự tại Việt Nam.

Tuy nhiên, pháp luật đề cập ở trên là pháp luật Việt Nam hay pháp luật nước ngoài? Đối với một người nước ngoài, cơ quan, tổ chức nước ngoài tham gia tố tụng dân sự tại Việt Nam, năng lực chủ thể của họ sẽ có ít nhất hai hệ thống pháp luật điều chỉnh, đó là hệ thống pháp luật Việt Nam (nơi tiến hành tố tụng) và hệ thống pháp luật nước họ mang quốc tịch/nơi thành lập, hoặc nước họ cư trú. Khoa học Tư pháp quốc tế gọi đây là hiện tượng xung đột pháp luật về năng lực pháp luật tố tụng dân sự và năng lực hành vi tố tụng dân sự của các chủ thể nước ngoài này². Nhằm giúp toà án giải quyết hiện tượng này, BLTTDS năm 2015 tiếp tục có những sửa đổi hoàn thiện hơn nhằm xác định năng lực pháp luật tố tụng dân sự và năng lực hành vi tố tụng dân sự của người nước ngoài, cơ quan, tổ chức nước ngoài.

1.1. Năng lực pháp luật tố tụng dân sự và năng lực hành vi tố tụng dân sự của người nước ngoài

Khoản 1 Điều 466 BLTTDS năm 2015 quy định:

“1. Năng lực pháp luật tố tụng dân sự và năng lực hành vi tố tụng dân sự của người nước ngoài được xác định như sau:

a) Theo pháp luật của nước mà người nước ngoài có quốc tịch; trường hợp người nước ngoài là người không quốc tịch thì theo pháp luật của nước nơi người đó cư trú; nếu người không quốc tịch thường trú

tại Việt Nam thì theo pháp luật Việt Nam;

b) Theo pháp luật của nước nơi người nước ngoài có quốc tịch và cư trú tại một trong các nước mà họ có quốc tịch nếu họ có nhiều quốc tịch nước ngoài.

Trường hợp người nước ngoài có nhiều quốc tịch và cư trú ở nước mà không cùng với quốc tịch của nước đó thì theo pháp luật của nước nơi người nước ngoài có thời gian mang quốc tịch dài nhất;

c) Theo pháp luật Việt Nam nếu người nước ngoài có nhiều quốc tịch và một trong quốc tịch đó là quốc tịch Việt Nam hoặc người nước ngoài có thể thường trú hoặc tạm trú tại Việt Nam”.

Nguyên tắc giải quyết xung đột pháp luật trên áp dụng hệ thuộc luật quốc tịch (đối với người có quốc tịch nước ngoài) và hệ thuộc luật nơi cư trú (đối với người không quốc tịch). Đây là căn cứ hợp lý và kế thừa từ khoản 1 Điều 407 BLTTDS năm 2004. Nguyên tắc này xác định năng lực pháp luật và năng lực hành vi của một cá nhân trên cơ sở mối liên hệ mật thiết với quy chế nhân thân của cá nhân đó, và cần dựa trên luật nơi có mối liên hệ gắn bó nhất về nhân thân với họ. Quốc tịch thể hiện mối liên hệ pháp lý bền chặt giữa công dân với một nhà nước. Quốc tịch là yếu tố ấn định vị trí của mỗi người trong sự bang giao quốc tế và quốc tịch sẽ chi phối luật lệ đem ra áp dụng. Và do đó, việc một công dân có được trao các quyền và nghĩa vụ tố tụng hay không, có khả năng thực hiện các quyền và nghĩa vụ đó hay không sẽ có mối quan hệ chặt chẽ nhất với luật nước nơi họ có quốc tịch. Với người không quốc tịch thì nơi có mối liên hệ gắn bó nhất chính là nơi họ cư trú. Quy định này cũng thống nhất với nguyên tắc xác định năng lực pháp luật dân sự và năng lực hành vi dân sự của người

² TS. Lê Thị Nam Giang, Tư pháp quốc tế, Nxb. Đại học quốc gia thành phố Hồ Chí Minh, 2011, tr. 75.

nước ngoài theo quy định tại Điều 673, 674 của Bộ luật Dân sự năm 2015.

Bên cạnh nguyên tắc chung, điều luật cũng chỉ ra các trường hợp đặc biệt khi xác định luật áp dụng với năng lực pháp luật tố tụng dân sự và năng lực hành vi tố tụng dân sự của người nước ngoài.

Thứ nhất, trường hợp người không quốc tịch thường trú ở Việt Nam. Theo nguyên tắc chung, luật áp dụng đối với người không quốc tịch là luật nơi cư trú, nên nếu họ thường trú ở Việt Nam thì Việt Nam là nơi có mối liên hệ gắn bó nhất. Như vậy, quy định này của Điều 466 thực chất là sự cụ thể hóa nguyên tắc chung trong một trường hợp cá biệt, xác định chính xác luật áp dụng về năng lực pháp luật tố tụng dân sự và năng lực hành vi tố tụng dân sự của người không quốc tịch thường trú tại Việt Nam.

Thứ hai, trường hợp người có nhiều quốc tịch. Điều 466 dự liệu ba khả năng đối với người có nhiều quốc tịch.

Trường hợp thứ nhất, người có nhiều quốc tịch (nhưng không có quốc tịch Việt Nam) cư trú ở một trong những nước họ có quốc tịch. Khi đó sẽ kết hợp dấu hiệu quốc tịch và dấu hiệu nơi cư trú để xác định luật áp dụng là luật của nước nơi người đó có quốc tịch và cư trú. Đây chính là nước có mối quan hệ gắn bó nhất và phù hợp nhất để điều chỉnh người có nhiều quốc tịch.

Trường hợp thứ hai, người có nhiều quốc tịch nhưng không cư trú ở một trong những nước họ có quốc tịch (cũng không cư trú ở Việt Nam). Khi đó luật được áp dụng là luật của nước nơi người đó có thời gian mang quốc tịch dài nhất. Cách xác định này cơ bản vẫn dựa trên hệ thuộc luật quốc tịch, nhưng khác với quy định mang tính định tính của Bộ luật Dân sự (dựa vào

luật nước nơi đương sự có quốc tịch và có mối liên hệ gắn bó nhất), quy định của BLTTDS đã đưa ra một tiêu chuẩn có thể định lượng rõ ràng, đó là dựa vào thời gian mang quốc tịch.

Trường hợp thứ ba, nếu người có nhiều quốc tịch, trong đó có quốc tịch Việt Nam (dù không cư trú ở Việt Nam), hoặc tuy không có quốc tịch Việt Nam nhưng thường trú hoặc tạm trú ở Việt Nam thì luật áp dụng sẽ là pháp luật Việt Nam. Quy định này một mặt giữ được mối liên hệ đủ chặt chẽ giữa người nước ngoài có nhiều quốc tịch với hệ thuộc luật cần áp dụng (dựa vào quốc tịch hoặc nơi cư trú), mặt khác cũng mở rộng khả năng áp dụng của pháp luật Việt Nam.

So sánh với quy định của BLTTDS năm 2004, thì BLTTDS năm 2015 đã có những điều chỉnh về năng lực pháp luật tố tụng dân sự và năng lực hành vi tố tụng dân sự của người nước ngoài³. Theo đó, điểm khác biệt cơ bản nhất của BLTTDS năm 2015 là thu hẹp hơn các trường hợp áp dụng pháp luật Việt Nam để xác định năng lực pháp luật tố tụng dân sự và năng lực hành vi tố tụng dân sự của người nước ngoài. Theo quy định của BLTTDS năm 2004, thì hầu hết các trường hợp sẽ áp dụng pháp luật Việt Nam theo tiêu chí “hành vi tố tụng thực hiện trên lãnh thổ Việt Nam”. Trong khi đó, BLTTDS năm 2015 đã bỏ hẳn dấu hiệu hành vi tố tụng được thực hiện trên lãnh thổ Việt Nam. Nghĩa là, BLTTDS năm 2015 không xét đến tiêu chí nếu hành vi tố tụng được thực hiện trên lãnh thổ Việt Nam thì năng lực pháp luật tố tụng và năng lực hành vi tố tụng của người nước ngoài được xác

³ Xem Điều 57 BLTTDS năm 2004, Điều 69 BLTTDS năm 2015.

định theo pháp luật Việt Nam. Hiện nay, khi giải quyết một vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài tại Việt Nam, tòa án Việt Nam phải tuân thủ các yêu cầu về trình tự thủ tục mà pháp luật tố tụng của Việt Nam quy định. Đây là nguyên tắc tối quan trọng mà tất cả các quốc gia đều thừa nhận. Trong Tư pháp quốc tế, đây chính là nguyên tắc Lex Fori – nguyên tắc luật tòa án, nghĩa là tòa án nước nào giải quyết vụ việc thì áp dụng pháp luật nước đó. Nguyên tắc này xuất phát từ sự tôn trọng chủ quyền quốc gia và được thừa nhận rộng rãi trong pháp luật quốc tế⁴. Điều đó đồng nghĩa với việc rất hãn hữu một tòa án quốc gia sẽ áp dụng pháp luật tố tụng của nước ngoài tại nước mình. Tuy nhiên, theo BLTTDS năm 2015, một người nước ngoài thực hiện các hành vi tố tụng tại Việt Nam như khởi kiện, phản tố, bào chữa..., năng lực pháp luật tố tụng dân sự và năng lực hành vi tố tụng dân sự của họ được xác định theo pháp luật nước người đó có quốc tịch mà không theo pháp luật Việt Nam. Ví dụ, căn cứ Điều 466 BLTTDS năm 2015, năng lực hành vi tố tụng dân sự của người nước ngoài được xác định theo pháp luật của nước người đó có quốc tịch, và như vậy, theo pháp luật một số nước, người 16 tuổi có quyền khởi kiện, trong khi công dân Việt Nam 18 tuổi mới có quyền đó⁵. Quy định này vì thế có thể tạo ra những quyền đặc biệt cho người nước ngoài, dẫn đến đi ngược lại nguyên tắc bình đẳng được quy định tại Điều 8 BLTTDS năm 2015. Ngoài ra, BLTTDS năm 2015 quy định người nước ngoài cư trú làm ăn sinh sống lâu dài tại Việt Nam vẫn tuân thủ nguyên

tắc luật quốc tịch của người nước ngoài đó chứ không áp dụng pháp luật Việt Nam; và người có nhiều quốc tịch cư trú ở nước mình không mang quốc tịch thì áp dụng luật của nước nơi có quốc tịch dài nhất chứ không phải áp dụng luật của nước nơi người đó thường xuyên sinh sống như BLTTDS năm 2004.

Ở những góc độ khác, các quy định tại Điều 466 BLTTDS năm 2015 cũng có một số vấn đề chưa phù hợp:

i) Người có một quốc tịch nước ngoài nhưng lại cư trú lâu dài (hay thường trú) ở Việt Nam thì vẫn thống nhất áp dụng nguyên tắc luật quốc tịch. Đây là sự khác biệt của năng lực hành vi dân sự được quy định trong Bộ luật Dân sự năm 2015 và năng lực hành vi tố tụng dân sự được quy định trong BLTTDS năm 2015. Trường hợp người nước ngoài xác lập, thực hiện các giao dịch dân sự tại Việt Nam, năng lực hành vi dân sự của người nước ngoài đó được xác định theo pháp luật Việt Nam (khoản 2 Điều 674 Bộ luật Dân sự 2015). Nhưng khi người nước ngoài đó thực hiện các hành vi tố tụng dân sự tại Việt Nam (ví dụ như khởi kiện, làm chứng trước tòa, tranh tụng, uỷ quyền cho người đại diện...) thì năng lực hành vi tố tụng dân sự của họ lại phải tuân theo pháp luật nước nơi họ có quốc tịch chứ không phải pháp luật Việt Nam. Dưới góc độ bản chất quan hệ tố tụng dân sự, cũng như góc độ chọn luật trong Tư pháp quốc tế, quy định này của BLTTDS chưa được thoả đáng. Trước hết, nếu xét về bản chất quan hệ công – tư, quan hệ tố tụng dân sự là quan hệ thuộc luật công nên việc người nước ngoài có “*khả năng tự mình thực hiện quyền, nghĩa vụ tố tụng dân sự hoặc uỷ quyền cho người đại diện tham gia tố tụng dân sự*” (năng lực hành vi tố tụng

⁴ Đại học Luật Hà Nội, Giáo trình Tư pháp quốc tế, Nxb. Công an nhân dân, 2013, tr.54.

⁵ Khoản 3 Điều 69 BLTTDS năm 2015.

dân sự) hay không nên do pháp luật Việt Nam quy định. Ví dụ như người nước ngoài đó có được uỷ quyền cho 1 luật sư nước ngoài làm đại diện trong tố tụng tại Việt Nam hay không có thể pháp luật nước người đó có quốc tịch quy định khác so với pháp luật Việt Nam⁶. Do đó, pháp luật Việt Nam cần được áp dụng để đảm bảo sự phù hợp với Bộ luật Dân sự, Luật Luật sư... Nếu dưới góc độ lựa chọn luật, hoạt động tố tụng tiến hành tại Việt Nam, đương sự cư trú lâu dài tại Việt Nam thì pháp luật Việt Nam là hệ thống pháp luật nơi có mối liên hệ gắn bó nhất. Hơn nữa, từ nguyên tắc luật toà án (Lex Fori) được thừa nhận rộng rãi trong Tư pháp quốc tế⁷, thì pháp luật tố tụng của Việt Nam (nơi có toà án) hoàn toàn có thể được áp dụng để điều chỉnh vấn đề năng lực hành vi tố tụng dân sự của người nước ngoài, để đảm bảo sự bình đẳng giữa bên đương sự Việt Nam với bên đương sự nước ngoài.

ii) Người có nhiều quốc tịch mà không cư trú ở nước họ mang quốc tịch sẽ áp dụng luật của nước có thời gian mang quốc tịch dài nhất. Đây cũng là quy định khác với Bộ luật Dân sự năm 2015. Theo Bộ luật Dân sự năm 2015, đối với người có nhiều quốc tịch, nếu người nước ngoài có nhiều nơi cư trú hoặc không xác định được nơi cư trú, hoặc nơi cư trú và nơi có quốc tịch khác nhau vào thời điểm phát sinh quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài thì pháp luật áp dụng là pháp

luật của nước mà người đó có quốc tịch và có mối liên hệ gắn bó nhất (khoản 2 Điều 672 Bộ luật Dân sự 2015). Thực tế, nước mà đương sự mang quốc tịch lâu nhất chưa chắc đã là nước họ có mối liên hệ gắn bó nhất. Từ quan điểm chọn luật của Tư pháp quốc tế, để đảm bảo quyền lợi của các bên đương sự, cần xác định luật áp dụng sao cho hệ thống pháp luật đó có mối liên hệ gắn bó nhất với đương sự và với quan hệ phát sinh. Do đó, quy định này cũng cần được xem xét lại để tương thích với quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015.

iii) Người không quốc tịch thường trú ở Việt Nam sẽ áp dụng pháp luật Việt Nam. Nhưng nếu họ không thường trú mà chỉ là tạm trú ở Việt Nam, và cũng không thường trú mà chỉ tạm trú ở một số nước ngoài khác trước khi đến Việt Nam thì luật áp dụng để xác định năng lực pháp luật và năng lực hành vi tố tụng của người nước ngoài đó sẽ là pháp luật nước nào? Về logic, đây là một lỗ hổng trong kỹ thuật lập pháp liên quan đến khoản 1 Điều 466. Do đó, quy định này cần sửa đổi từ “thường trú” thành “cư trú”.

Tiếp theo, khoản 2 Điều 466 BLTTDS năm 2015 đã đặt ra một ngoại lệ. Đó là: *“Người nước ngoài có thể được công nhận có năng lực hành vi tố tụng dân sự tại Tòa án Việt Nam, nếu theo quy định của pháp luật nước ngoài thì họ không có năng lực hành vi tố tụng dân sự, nhưng theo quy định của pháp luật Việt Nam thì họ có năng lực hành vi tố tụng dân sự”*. Quy định này được cho là phiến diện, chưa giải quyết triệt để 3 vấn đề đã trình bày ở trên. Thậm chí, còn thể hiện sự “ưu ái” thái quá cho người nước ngoài. Vì trường hợp, theo pháp luật nước mà người nước ngoài mang quốc tịch họ có năng lực hành vi tố tụng dân sự, nhưng theo

⁶ Luật Luật sư năm 2006 (sửa đổi năm 2012) không cho phép luật sư nước ngoài tham gia tố tụng với tư cách là người đại diện, người bào chữa, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự trước Tòa án Việt Nam hoặc thực hiện các dịch vụ về giấy tờ pháp lý và công chứng liên quan tới pháp luật Việt Nam (Điều 70).

⁷ Trường Đại học Pháp lý, Giáo trình Tư pháp quốc tế (TS. Hồ Phong Tư chủ biên), Hà Nội, 1992, tr.39.

pháp luật Việt Nam họ không có năng lực hành vi tố tụng dân sự, thì theo nguyên tắc tại khoản 1 Điều 466, Tòa án Việt Nam vẫn phải công nhận năng lực hành vi tố tụng của người nước ngoài đó. Hoặc trường hợp, theo pháp luật của nước mà người nước ngoài mang quốc tịch họ không có năng lực hành vi tố tụng dân sự, nhưng theo pháp luật Việt Nam họ có năng lực hành vi tố tụng dân sự, thì họ vẫn được công nhận có năng lực hành vi tố tụng dân sự trước tòa án Việt Nam. Như vậy, liệu có đảm bảo sự bình đẳng của các bên trong tố tụng dân sự hay không? Do đó, để đảm bảo đầy đủ quyền lợi của người tham gia tố tụng là người nước ngoài, và đảm bảo sự bình đẳng giữa các bên thì những vấn đề này cần sớm được xem xét lại trong mối tương quan với pháp luật nội dung (Bộ luật Dân sự) và các luật khác có liên quan của Việt Nam. Cụ thể, cần khôi phục nội dung điểm d khoản 1 Điều 407 BLTTDS 2004, trong đó năng lực pháp luật tố tụng dân sự và năng lực hành vi tố tụng dân sự của người nước ngoài sẽ theo quy định của pháp luật Việt Nam.

1.2. Năng lực pháp luật tố tụng dân sự của cơ quan, tổ chức nước ngoài, chi nhánh, văn phòng đại diện của cơ quan, tổ chức nước ngoài

Đối với cơ quan, tổ chức nước ngoài, chi nhánh, văn phòng đại diện của tổ chức nước ngoài, khoản 1 Điều 467 BLTTDS năm 2015 quy định:

“Năng lực pháp luật tố tụng dân sự của cơ quan, tổ chức nước ngoài được xác định theo pháp luật của nước nơi cơ quan, tổ chức đó được thành lập.

Năng lực pháp luật tố tụng dân sự của chi nhánh, văn phòng đại diện tại Việt Nam của cơ quan, tổ chức nước ngoài được xác định theo pháp luật Việt Nam”.

Khác với quy định về cá nhân, quy định về cơ quan, tổ chức nước ngoài có sự thống nhất với quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015. Theo đó, năng lực pháp luật tố tụng dân sự của cơ quan, tổ chức nước ngoài sẽ theo pháp luật của nước nơi cơ quan, tổ chức đó được thành lập. Đây là hệ thống pháp luật đã khai sinh ra cơ quan, tổ chức đó, nên nó luôn giữ vai trò quan trọng hàng đầu trong việc xác định năng lực pháp luật tố tụng dân sự. Nhưng cũng giống như quy định về cá nhân, phải chăng BLTTDS đã bỏ sót trường hợp cơ quan tổ chức nước ngoài đó xác lập, thực hiện các giao dịch dân sự tại Việt Nam, phát sinh tranh chấp tại Việt Nam và tham gia tố tụng tại Việt Nam. Trong trường hợp này, về luật nội dung thì năng lực pháp luật dân sự sẽ áp dụng luật Việt Nam (khoản 3 Điều 676 Bộ luật Dân sự năm 2015), còn về luật tố tụng thì năng lực pháp luật tố tụng dân sự lại áp dụng pháp luật nơi cơ quan, tổ chức đó thành lập (luật nước ngoài). Điều này tạo ra sự thiếu thống nhất, đồng bộ trong hệ thống pháp luật nội dung và tố tụng của Việt Nam.

Đối với chi nhánh, văn phòng đại diện của cơ quan, tổ chức nước ngoài, việc xác định năng lực pháp luật tố tụng dân sự sẽ do pháp luật Việt Nam quy định. Về bản chất, chi nhánh, văn phòng đại diện của cơ quan, tổ chức nước ngoài tại Việt Nam sẽ được thành lập theo quy định của pháp luật Việt Nam, do đó, việc xác định năng lực pháp luật tố tụng dân sự của chi nhánh, văn phòng đại diện của cơ quan, tổ chức nước ngoài sẽ theo quy định của pháp luật Việt Nam là điều hợp lí.

So với quy định của BLTTDS năm 2004, BLTTDS năm 2015 có 2 điểm mới. Một là, bỏ ngoại lệ “trừ trường hợp pháp luật Việt Nam có quy định khác”. Sự thay

đôi này nhằm đảm bảo chắc chắn năng lực pháp luật tố tụng dân sự của cơ quan, tổ chức nước ngoài luôn được tôn trọng theo như quy định của pháp luật nước nơi cơ quan, tổ chức đó được thành lập. Và *hai là*, bổ sung quy định về năng lực pháp luật tố tụng dân sự của chi nhánh, văn phòng đại diện của cơ quan, tổ chức nước ngoài. Sự bổ sung này cũng làm rõ hơn địa vị pháp lý của chi nhánh, văn phòng đại diện tại Việt Nam của cơ quan, tổ chức nước ngoài trong tố tụng dân sự tại Việt Nam⁸.

2. Các quyền và nghĩa vụ trong tố tụng dân sự của người nước ngoài, cơ quan, tổ chức nước ngoài, chi nhánh, văn phòng đại diện tại Việt Nam của tổ chức nước ngoài theo Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015

Bên cạnh năng lực pháp luật tố tụng dân sự và năng lực hành vi tố tụng dân sự thì các quyền và nghĩa vụ trong tố tụng dân sự là một trụ cột quan trọng xây dựng nên địa vị pháp lý của người nước ngoài, cơ quan, tổ chức nước ngoài, chi nhánh, văn phòng đại diện của tổ chức nước ngoài. Trên cơ sở các nguyên tắc đăi ngộ như nguyên tắc đăi xử quốc gia, nguyên tắc có đăi có lại, và kế thừa các quy định của BLTTDS năm 2004, BLTTDS năm 2015 đă hoàn thiện hơn các quyền và nghĩa vụ tố tụng dân sự của người nước ngoài, cơ quan, tổ chức nước ngoài, chi nhánh, văn phòng đại diện của cơ quan, tổ chức nước ngoài.

Các quyền và nghĩa vụ trong tố tụng dân sự của người nước ngoài, cơ quan, tổ chức nước ngoài, chi nhánh, văn phòng đại diện tại Việt Nam của cơ quan, tổ chức nước ngoài đă được quy định tại Điều 465,

Điều 468, Điều 472 và nhiều quy định khác rải rác trong BLTTDS năm 2015.

2.1. Các quyền trong tố tụng dân sự

Điều đầu tiên BLTTDS khẳng định là đăm bảo quyền khởi kiện (hoặc khởi kiện theo uỷ quyền) tại Toà án Việt Nam để yêu cầu bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp khi bị xâm phạm hoặc có tranh chấp (khoản 1 Điều 465). Đây là một quyền cơ bản trong tố tụng dân sự đăc ghi nhận tại Điều 4 BLTTDS năm 2015, là sự cụ thể hoá các nguyên tắc đăc được ghi nhận trong Hiến pháp như nguyên tắc “*mọi người đău bình đăng trước pháp luật*” (Điều 16 Hiến pháp 2013), nguyên tắc “*người nước ngoài (...) đăc được bảo hộ tính mạng, tài sản và các quyền, lợi ích chính đăng theo pháp luật Việt Nam*” (Điều 48 Hiến pháp năm 2013). Đây cũng là quy định xuyên suốt các văn bản pháp luật về tố tụng của Việt Nam như Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án dân sự năm 1989 (Điều 83), BLTTDS năm 2004 (Điều 406). Qua đăc, có thể thấy, BLTTDS năm 2015 đă tiếp tục kế thừa quy định về một quyền tố tụng hết sức cơ bản của người nước ngoài, cơ quan, tổ chức nước ngoài.

BLTTDS năm 2015 cũng có sự phát triển hơn so với các quy định trong Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án dân sự năm 1989 và BLTTDS năm 2004, khi quy định về quyền khởi kiện của chi nhánh, văn phòng đại diện tại Việt Nam của cơ quan, tổ chức nước ngoài. Theo đăc, chi nhánh, văn phòng đại diện tại Việt Nam của cơ quan tổ chức nước ngoài chỉ có thể khởi kiện tại Toà án Việt Nam để yêu cầu bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức nước ngoài đăc khi có sự uỷ quyền. Rõ ràng, các chi nhánh, văn phòng đại diện tại Việt Nam chỉ có chức năng đại diện, hoặc thực hiện các công việc tại nước sở tại theo sự uỷ

⁸ Xem Điều 408 BLTTDS năm 2004 và Điều 467 BLTTDS năm 2015.

quyền của cơ quan, tổ chức nước ngoài đó. Do đó, khi quyền và lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức nước ngoài bị xâm phạm thì các chi nhánh, văn phòng đại diện không đương nhiên có tư cách khởi kiện thay cho cơ quan, tổ chức mà nó đại diện nếu không có sự uỷ quyền. Quy định này của BLTTDS năm 2015 đã khắc phục được sự không rõ ràng về quyền khởi kiện của chi nhánh, văn phòng đại diện tại Việt Nam của cơ quan, tổ chức nước ngoài trong BLTTDS năm 2004. Tuy nhiên, câu hỏi đặt ra là khi quyền và lợi ích hợp pháp của chi nhánh, văn phòng đại diện đó (chứ không phải của cơ quan, tổ chức nước ngoài) bị xâm phạm thì các chi nhánh, văn phòng đại diện có được tự mình (không cần sự uỷ quyền) khởi kiện lên Toà án Việt Nam hay không? Mặc dù BLTTDS năm 2015 không quy định cụ thể, song có thể hiểu chi nhánh, văn phòng đại diện của cơ quan, tổ chức nước ngoài chỉ là đại diện cho cơ quan tổ chức nước ngoài. Việc xâm phạm quyền lợi của chi nhánh, văn phòng đại diện cũng chính là xâm phạm quyền lợi của cơ quan, tổ chức nước ngoài cử đại diện. Vì thế, họ sẽ uỷ quyền cho chi nhánh, văn phòng đại diện của mình khởi kiện theo quy định của pháp luật Việt Nam; và bản thân chi nhánh, văn phòng đại diện không thể tự mình khởi kiện nếu không có uỷ quyền từ cơ quan, tổ chức nước ngoài mà nó đại diện⁹.

Bên cạnh quyền khởi kiện, BLTTDS năm 2015 cũng dành riêng một quy định về quyền tự mình hoặc nhờ người bảo vệ quyền và lợi ích trong tố tụng của người nước ngoài, cơ quan, tổ chức nước ngoài,

chi nhánh, văn phòng đại diện tại Việt Nam của cơ quan, tổ chức nước ngoài. Theo đó, các chủ thể này có “*quyền tự mình hoặc nhờ luật sư, người khác bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho mình theo quy định của pháp luật Việt Nam*” (Điều 468). Quy định này một mặt kế thừa tinh thần tại Điều 409 BLTTDS năm 2004, mặt khác có sự sửa đổi phù hợp hơn. Nếu Điều 409 BLTTDS năm 2004 chỉ quy định “*quyền nhờ luật sư bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp*”, thì BLTTDS năm 2015 bổ sung thêm quyền được “*tự mình*” bảo vệ, hoặc nhờ “*người khác*” không phải luật sư bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho mình. Đây là những sửa đổi phù hợp để người nước ngoài, cơ quan, tổ chức nước ngoài... có thể bảo vệ một cách hiệu quả các quyền và lợi ích hợp pháp của mình khi tham gia tố tụng tại Việt Nam.

Sau khi khởi kiện, hoặc sau khi tham gia tố tụng, nguyên tắc chung là người nước ngoài, cơ quan, tổ chức nước ngoài, chi nhánh, văn phòng đại diện tại Việt Nam của cơ quan, tổ chức nước ngoài có các quyền tố tụng như công dân, cơ quan, tổ chức Việt Nam. Các quyền tố tụng của công dân, cơ quan, tổ chức Việt Nam với tư cách đương sự được quy định từ Điều 70 đến Điều 74 BLTTDS năm 2015. Nếu người nước ngoài, cơ quan, tổ chức nước ngoài... tham gia với các tư cách tố tụng khác, như người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự, người làm chứng, người giám định, người phiên dịch, người đại diện thì cũng có các quyền được quy định tại Điều 76, Điều 78, Điều 80, Điều 82, Điều 86 BLTTDS năm 2015. Đây là sự cụ thể hoá nguyên tắc đối xử quốc gia trong tố tụng dân sự. Tuy nhiên, trong các quyền tố tụng của người nước ngoài, cũng có một số ngoại lệ được quy định tại các luật chuyên ngành khác cần

⁹ TS. Vũ Thị Phương Lan, “*Bình luận khoa học Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 - Chương XXXVIII*” (TS. Bùi Thị Huyền chủ biên), Nxb. Lao động, Hà Nội, 2016, tr.580.

phải chú ý. Ví dụ như quy định về việc hạn chế sự tham gia của luật sư nước ngoài với tư cách người đại diện, người bào chữa tại Toà án Việt Nam (Điều 70 Luật Luật sư năm 2006, sửa đổi năm 2012). Hoặc quy định về yêu cầu cá nhân, tổ chức nước ngoài thực hiện giám định tư pháp chỉ được thực hiện nếu đối tượng cần giám định đang ở nước ngoài hoặc khả năng chuyên môn, điều kiện về trang thiết bị, phương tiện giám định của cá nhân, tổ chức giám định tư pháp trong nước không đáp ứng được yêu cầu giám định (khoản 1 Điều 35 Luật Giám định tư pháp năm 2012).

Ngoài các quyền như công dân Việt Nam thì người nước ngoài, cơ quan tổ chức nước ngoài, chi nhánh, văn phòng đại diện tại Việt Nam của cơ quan, tổ chức nước ngoài còn có thêm một số quyền tố tụng đặc biệt xuất phát từ tính chất quan hệ có yếu tố nước ngoài mà họ tham gia. Đó là quyền yêu cầu Tòa án Việt Nam đề nghị cơ quan có thẩm quyền của nước ngoài xác định địa chỉ của đương sự hoặc có thể yêu cầu cơ quan có thẩm quyền tìm kiếm người vắng mặt tại nơi cư trú, hoặc yêu cầu Tòa án Việt Nam hoặc cơ quan có thẩm quyền của nước ngoài tuyên bố đương sự mất tích hoặc đã chết theo quy định của pháp luật Việt Nam hoặc pháp luật nước ngoài hoặc điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên (khoản 2 Điều 473 BLTTDS năm 2015); quyền được Tòa án Việt Nam gửi thông báo thụ lý vụ án, việc dân sự trong đó nêu rõ thời gian, địa điểm mở phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ và hòa giải, mở lại phiên họp hòa giải, mở phiên tòa và mở lại phiên tòa trong văn bản thông báo thụ lý vụ án nếu chủ thể nước ngoài tham gia tố tụng đó đang ở nước ngoài (Điều 476 BLTTDS năm 2015);

quyền cung cấp pháp luật nước ngoài cho toà án trong trường hợp pháp luật Việt Nam, điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên quy định phải áp dụng pháp luật nước ngoài (khoản 2 Điều 481 BLTTDS năm 2015)... Đây là các quy định mới so với BLTTDS năm 2004, thể hiện rõ ràng hơn, hoàn thiện hơn các quyền tố tụng của người nước ngoài, cơ quan, tổ chức nước ngoài... tại Tòa án Việt Nam.

Bên cạnh những quy định mới, BLTTDS năm 2015 cũng tiếp tục kế thừa quy định về nguyên tắc có đi có lại tại khoản 3 Điều 465 (khoản 3 Điều 406 BLTTDS năm 2004). Đây là một quy định nhằm hạn chế việc thụ hưởng các quyền tố tụng của các chủ thể nước ngoài tại Tòa án Việt Nam trong trường hợp Tòa án của nước đó đã hạn chế quyền tố tụng dân sự đối với công dân, cơ quan, tổ chức Việt Nam, chi nhánh, văn phòng đại diện tại nước ngoài của cơ quan, tổ chức Việt Nam. Nguyên tắc này có sự hợp lý trong việc đảm bảo sự bình đẳng giữa các bên tham gia tố tụng Việt Nam và nước ngoài. Tuy nhiên, trong thực tiễn cần xem xét kỹ lưỡng việc nước ngoài đó đã hạn chế quyền tố tụng của cơ quan, tổ chức Việt Nam như thế nào và áp dụng một cách cẩn trọng để không rơi vào trường hợp tước đoạt các quyền tố tụng hợp pháp của các chủ thể nước ngoài tại Tòa án Việt Nam.

2.2. Các nghĩa vụ trong tố tụng dân sự

Người nước ngoài, cơ quan tổ chức nước ngoài, chi nhánh, văn phòng đại diện tại Việt Nam của cơ quan, tổ chức nước ngoài phải gánh vác các nghĩa vụ tố tụng “*như công dân, cơ quan, tổ chức Việt Nam*” (khoản 2 Điều 465). Các nghĩa vụ này được quy định tại các điều như: Điều 70 đến Điều 73, Điều 76, Điều 78, Điều 80, Điều 82

BLTTDS năm 2015 tương ứng với mỗi tư cách tham gia tố tụng của chủ thể nước ngoài liên quan. Ví dụ các nghĩa vụ cơ bản như nghĩa vụ tôn trọng Tòa án, chấp hành nghiêm chỉnh nội quy phiên tòa; nghĩa vụ nộp tiền tạm ứng án phí, tạm ứng lệ phí, án phí, lệ phí và chi phí tố tụng khác theo quy định của pháp luật; nghĩa vụ cung cấp tài liệu, chứng cứ; chứng minh để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình; nghĩa vụ chấp hành nghiêm chỉnh bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật...

Bên cạnh các nghĩa vụ như công dân Việt Nam, thì do tính chất đặc biệt khi tham gia quan hệ tố tụng nên người nước ngoài, cơ quan, tổ chức nước ngoài, chi nhánh, văn phòng đại diện tại Việt Nam của cơ quan, tổ chức nước ngoài được quy định một số nghĩa vụ đặc biệt như sau:

Thứ nhất, nghĩa vụ cung cấp thông tin về nhân thân của mình. Theo đó, “*Người khởi kiện, người yêu cầu phải ghi đầy đủ họ, tên, địa chỉ, quốc tịch của đương sự ở nước ngoài trong đơn khởi kiện, đơn yêu cầu kèm theo giấy tờ, tài liệu xác thực họ, tên, địa chỉ, quốc tịch của đương sự đó. Trường hợp không ghi đầy đủ họ, tên, địa chỉ, quốc tịch của đương sự ở nước ngoài hoặc thiếu những nội dung trên thì phải bổ sung trong thời hạn do Tòa án ấn định, hết thời hạn đó mà không cung cấp được thì Tòa án trả lại đơn khởi kiện, đơn yêu cầu*” (khoản 1 Điều 473 BLTTDS năm 2015). Từ tính chất đặc thù của chủ thể tham gia tố tụng, nên việc cung cấp các thông tin về nhân thân có vai trò quan trọng trong tiến trình xét xử vụ việc. Đây là quy định mới so với BLTTDS năm 2004, giúp cho đương sự, người yêu cầu hiểu rõ nghĩa vụ cung cấp thông tin cá nhân của mình khi khởi kiện, từ

đó đảm bảo quá trình tố tụng diễn ra đúng địa chỉ, đúng đối tượng.

Thứ hai, nghĩa vụ cung cấp pháp luật nước ngoài cho Tòa án trong trường hợp đương sự được quyền lựa chọn pháp luật áp dụng là pháp luật nước ngoài và đã chọn áp dụng pháp luật nước ngoài đó (khoản 1 Điều 481 BLTTDS năm 2015). Quy định này hoàn toàn phù hợp với quyền tự quyết định, tự định đoạt của đương sự, trao cho đương sự nghĩa vụ phải cung cấp, lập luận về pháp luật nước ngoài mà mình đã lựa chọn; đồng thời làm giảm gánh nặng cho Tòa án, phù hợp với mô hình tranh tụng được áp dụng tại nhiều nước trên thế giới, nhất là các nước theo hệ thống pháp luật Anh – Mỹ truyền thống¹⁰. Đây cũng là quy định hoàn toàn mới so với BLTTDS năm 2004, giúp giải quyết dứt điểm được trách nhiệm tìm hiểu, xác định nội dung pháp luật nước ngoài cần được áp dụng khi giải quyết một tranh chấp tư pháp quốc tế tại Tòa án.

Như vậy, có thể thấy, trên cơ sở các nguyên tắc, các quyền và nghĩa vụ tố tụng cơ bản của người nước ngoài, cơ quan, tổ chức nước ngoài, chi nhánh, văn phòng đại diện tại Việt Nam của cơ quan, tổ chức nước ngoài được quy định tại BLTTDS năm 2004, BLTTDS năm 2015 đã tiếp tục kế thừa các quy định hợp lý, sửa đổi những quy định chưa hợp lý, bổ sung các thiếu sót để hoàn thiện hơn chế định về địa vị pháp lý tố tụng dân sự của các chủ thể đó tại Việt Nam. Qua các quy định này có thể thấy, địa vị pháp lý tố tụng dân sự của người nước ngoài, cơ quan, tổ chức nước ngoài, chi

¹⁰ - Nguồn: Satoshi Iriianafuku, “*Việc áp dụng pháp luật nước ngoài*”, xem tại: <http://eu-info.jp/IPR/12.htm>, truy cập ngày 21/9/2016.

- Cheshire and North's, *Private International Law*, Oxford University Press, Thirteenth edition, p.101.

nhánh, văn phòng đại diện tại Việt Nam của cơ quan, tổ chức nước ngoài đã đáp ứng yêu cầu giải quyết hiệu quả các tranh chấp dân sự có các chủ thể nước ngoài tham gia, đồng thời đảm bảo các quyền và lợi ích hợp pháp của chủ thể nước ngoài đó tại Tòa án Việt Nam. Tuy có nhiều điểm mới hợp lý, nhưng

trong các quy định của BLTTDS năm 2015 (đặc biệt là quy định về năng lực pháp luật tố tụng dân sự và năng lực hành vi tố tụng dân sự) vẫn còn nhiều điều cần phải nghiên cứu, xem xét cho phù hợp hơn với các quy định của luật nội dung và các nguyên tắc chọn luật của tư pháp quốc tế.

(Tiếp theo trang 36 – Một số vấn đề về chế định...)

những người nêu trên mà vẫn cho họ hưởng thừa kế theo di chúc thì pháp luật tôn trọng ý chí, quyết định đó.

Mặc dù vậy, Bộ luật Dân sự năm 2015 chưa quy định trường hợp người có hành vi đe dọa người để lại di sản trong việc lập di chúc. Khi đó, nếu người để lại di sản chết mà không có di chúc thì người đã có hành vi đe dọa có được quyền hưởng di sản thừa kế không? Trong trường hợp này, nếu cho rằng khi dùng vũ lực hoặc đe dọa dùng vũ lực là có hành vi xâm hại đến tính mạng, sức khỏe của người để lại di chúc hoặc của người thừa kế khác và sẽ chịu sự điều chỉnh của điểm a và điểm c khoản 1 Điều 621 Bộ luật Dân sự năm 2015 thì chưa chính xác. Bởi, hành vi cố ý xâm phạm tính mạng, sức khỏe được đề cập ở điểm a và điểm c khoản 1 Điều 621 phải là những hành vi đã bị kết án bởi Tòa án có thẩm quyền.

Mặt khác, về bản chất, cũng giống như hành vi cưỡng ép, lừa dối người để lại di sản trong việc lập di chúc thì hành vi đe dọa dùng vũ lực đã vi phạm sự tự do, tự nguyện thể hiện ý chí của người lập di chúc. Tuy nhiên, căn cứ vào khoản 1 Điều 621 Bộ luật Dân sự năm 2015, những người có hành vi đe dọa người khác trong việc lập di chúc vẫn được quyền hưởng di sản thừa kế theo pháp luật. Bởi lẽ, hành vi đe dọa không chịu sự điều chỉnh của Điều 621 Bộ luật Dân sự năm 2015. Thiết nghĩ, Bộ luật Dân sự năm 2015 cần bổ sung điểm d khoản 1 Điều 621 như sau:

“d. Người có hành vi lừa dối, cưỡng ép, đe dọa hoặc ngăn cản người để lại di sản trong việc lập di chúc; giả mạo di chúc, sửa chữa di chúc, hủy di chúc, che giấu di chúc nhằm hưởng một phần hoặc toàn bộ di sản trái với ý chí của người để lại di sản”.

MỘT SỐ BẤT CẬP TRONG QUY ĐỊNH CỦA LUẬT DOANH NGHIỆP VÀ CÁC VĂN BẢN HƯỚNG DẪN THI HÀNH

*Đặng Minh Phương**

Tóm tắt: Bài viết trình bày, phân tích và đánh giá các quy định của Luật Doanh nghiệp 2014 và văn bản hướng dẫn thi hành, nêu lên những bất cập trong quá trình thực hiện, từ đó đề xuất một số kiến nghị hoàn thiện.

Abstract: This paper presents, analyses and evaluates provisions of the Law on Enterprises of 2014 and legal normative documents setting forth in detail this Law. It points out related shortcomings in enforcement and makes relevant proposal for improvement.

Luật Doanh nghiệp (LDN) 2014 được ghi nhận là một bước tiến mới về thể chế, có ý nghĩa đặc biệt quan trọng trong việc tháo gỡ nhiều khó khăn, hạn chế và tạo dựng một môi trường đầu tư kinh doanh thông thoáng, phù hợp với thực tế kinh doanh hiện tại của doanh nghiệp. Theo số liệu thống kê, chỉ riêng trong năm 2016 đã có hơn 110.000 doanh nghiệp đăng ký thành lập mới, tăng 16,2% so với năm 2015¹. Đây là minh chứng rõ ràng nhất thể hiện các quy định của Luật đã tạo điều kiện hơn cho doanh nghiệp, trở thành một công cụ kinh doanh thuận lợi và hấp dẫn hơn đối với các nhà đầu tư, qua đó tăng cường thu hút và huy động các nguồn lực và vốn đầu tư vào sản xuất, kinh doanh. Tuy nhiên, sau gần hai năm đi vào thực hiện, LDN 2014 và các văn bản hướng dẫn thi hành như: Nghị định số 78/2015/NĐ-CP ngày 14/9/2015 của Chính phủ về Đăng ký doanh nghiệp (Nghị định 78/2015/NĐ-CP), Nghị định số

96/2015/NĐ-CP ngày 19/10/2015 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều của LDN (Nghị định 96/2015/NĐ-CP), Thông tư số 20/2015/TT-BKHĐT ngày 01/12/2015 của Bộ trưởng Bộ Kế hoạch và Đầu tư hướng dẫn về đăng ký doanh nghiệp... đang dần bộc lộ những bất cập, thiếu tính thống nhất và chưa đồng bộ, gây khó khăn cho doanh nghiệp cũng như cơ quan có thẩm quyền.

1. Quy định trong văn bản dưới luật làm gia tăng thủ tục mà doanh nghiệp phải thực hiện

1.1. Về thủ tục thay đổi liên quan đến nội dung đăng ký doanh nghiệp

LDN 2014 được các nhà đầu tư kỳ vọng giúp đơn giản hóa các trình tự, thủ tục liên quan đến doanh nghiệp, rút ngắn thời hạn giải quyết hồ sơ, tạo điều kiện cho doanh nghiệp trong quá trình thành lập, hoạt động, chuyển nhượng vốn và rút vốn khỏi thị trường. Tuy nhiên, văn bản dưới luật hướng dẫn chi tiết các nội dung của LDN 2014 chưa thực sự đáp ứng được yêu cầu này. Cụ thể, Nghị định 78/2015/NĐ-CP yêu cầu doanh nghiệp phải bổ sung thêm nhiều tài liệu khi nộp hồ sơ đăng ký thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp bằng cụm từ

* ThS., Học viện Chính sách và Phát triển, Bộ Kế hoạch và Đầu tư.

¹ Thống kê từ Cơ sở dữ liệu quốc gia về đăng ký doanh nghiệp (Cục Quản lý đăng ký kinh doanh, Bộ Kế hoạch và Đầu tư). Nguồn: <https://dangkykinhdoanh.gov.vn/NewsandUpdates>, truy cập ngày 30/3/2017.

“kèm theo Thông báo phải có” trong các trường hợp: Đăng ký thay đổi địa chỉ (Điều 40), đăng ký thay đổi tên (Điều 41), đăng ký thay đổi thành viên công ty (Điều 42, Điều 45), đăng ký thay đổi ngành nghề (Điều 49), đăng ký thay đổi cổ đông là nhà đầu tư nước ngoài trong công ty cổ phần chưa niêm yết (Điều 52), tạm ngừng kinh doanh (Điều 57), đăng ký giải thể doanh nghiệp (Điều 59), chấm dứt hoạt động chi nhánh (Điều 60). Ví dụ, theo Điều 45 Nghị định 78/2015/NĐ-CP, hồ sơ tiếp nhận thành viên mới công ty trách nhiệm hữu hạn (TNHH) hai thành viên trở lên có đến 6 loại văn bản: Thông báo, Quyết định của Hội đồng thành viên, Biên bản họp Hội đồng thành viên, Giấy tờ xác nhận việc góp vốn, Giấy tờ chứng minh tư cách của chủ thể góp vốn, Văn bản của Sở Kế hoạch và Đầu tư chấp thuận về việc góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp của nhà đầu tư nước ngoài đối với trường hợp quy định tại khoản 1 Điều 26 Luật Đầu tư. Hoặc Điều 52 Nghị định 78/2015/NĐ-CP về trường hợp thay đổi cổ đông là nhà đầu tư nước ngoài trong công ty cổ phần chưa niêm yết, doanh nghiệp phải nộp 7 tài liệu khác nhau.

1.2. Về thủ tục cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp

Theo LDN trước đây, doanh nghiệp chỉ có một Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp (GCN ĐKDN) và mã số doanh nghiệp đồng thời là mã số thuế. Đến LDN 2014, GCN ĐKDN chỉ ghi nhận một số thông tin chính của doanh nghiệp như tên, trụ sở chính, vốn điều lệ (Điều 29) mà không còn các thông tin về ngành, nghề kinh doanh; chi nhánh, văn phòng đại diện; thành viên sáng lập. Theo quy định tại Nghị định 78/2015/NĐ-CP, sẽ phát sinh thêm một loại văn bản để ghi nhận những nội dung nêu trên đó là Giấy xác nhận về việc

thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp. Theo đó, khi doanh nghiệp bổ sung, thay đổi ngành, nghề kinh doanh; thay đổi vốn đầu tư của chủ doanh nghiệp tư nhân; thay đổi thông tin của cổ đông sáng lập công ty cổ phần; thay đổi cổ đông là nhà đầu tư nước ngoài trong công ty cổ phần chưa niêm yết hay thay đổi nội dung đăng ký thuế², thì Phòng Đăng ký kinh doanh cấp Giấy xác nhận về việc thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp cho doanh nghiệp. Điều này đồng nghĩa với việc tồn tại song song hai loại văn bản ghi nhận về các thông tin liên quan đến doanh nghiệp, đó là GCN ĐKDN và có thể có (nhiều) Giấy xác nhận về việc thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp³. Mặc dù dựa trên nhu cầu của doanh nghiệp, nhưng thực tế cho thấy hầu hết các doanh nghiệp đều đề nghị được cấp Giấy xác nhận để “yên tâm” và thuận lợi trong việc thực hiện các thủ tục hành chính khác, chưa kể dù doanh nghiệp không yêu cầu, một số cơ quan đăng ký kinh doanh vẫn tự động cấp Giấy xác nhận để thuận tiện cho việc theo dõi, quản lý hoạt động doanh nghiệp. Việc này vô hình trung đã khiến doanh nghiệp quay trở lại thực trạng như trước đây là tồn tại Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh và Giấy chứng nhận đăng ký thuế⁴, gây khó khăn cho quá trình

² Các điều 49, 50, 51, 52, 53 Nghị định số 78/2015/NĐ-CP.

³ Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp thường được gọi là Giấy vàng và Giấy xác nhận về việc thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp thường được gọi là Giấy trắng.

⁴ Từ ngày 01/4/2008, mã số đăng ký kinh doanh và mã số thuế doanh nghiệp hợp thành mã số doanh nghiệp tại Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh theo quy định tại Thông tư liên tịch số 05/2008/TTLT/BKH-BTC-BCA. Trước đó, doanh nghiệp phải sử dụng Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh với mã số riêng và Giấy chứng nhận đăng ký thuế với mã số riêng.

hoạt động kinh doanh cũng như thực hiện các thủ tục pháp lý liên quan đến doanh nghiệp. Trong Cuộc bình chọn các quy định pháp luật năm 2016 do Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam (VCCI) tổ chức, quy định về hai loại văn bản trên nằm trong nhóm những quy định chưa tốt do hội đồng chuyên gia đánh giá⁵. Điều này phần nào thể hiện sự bất hợp lý trong quy định pháp luật khi làm phát sinh những giấy phép con không cần thiết cho doanh nghiệp.

1.3. Thủ tục về con dấu của doanh nghiệp

Thủ tục liên quan đến con dấu doanh nghiệp theo quy định mới có thể chia làm hai loại: Thủ tục thông báo mẫu dấu đối với doanh nghiệp thành lập sau ngày 01/7/2015 và thủ tục thông báo mẫu dấu đối với doanh nghiệp thành lập trước ngày 01/7/2015 (ngày LDN 2014 có hiệu lực pháp luật). Nếu như thủ tục cho doanh nghiệp thành lập sau ngày 01/7/2015 khá đơn giản, chỉ cần gửi thông báo theo mẫu đến Phòng Đăng ký kinh doanh có thẩm quyền để đăng tải thông báo về mẫu con dấu trên Cổng thông tin quốc gia về đăng ký doanh nghiệp⁶, thì thủ tục đối với các doanh nghiệp thành lập trước ngày 01/7/2015 đang sử dụng con dấu do cơ quan công an cấp lại không hề thuận tiện. Cụ thể, Nghị định 96/2015/NĐ-CP yêu cầu doanh nghiệp phải tiến hành thủ tục hành chính là “nộp lại con dấu” và “nộp lại Giấy chứng nhận đăng ký mẫu dấu” tại cơ quan công an có thẩm quyền để được cấp giấy biên nhận, sau đó doanh nghiệp mới có thể thực hiện thủ tục thông báo mẫu dấu mới cho cơ quan đăng ký kinh doanh⁷.

Tương tự, trường hợp doanh nghiệp thành lập trước ngày 01/7/2015 bị mất dấu, mất Giấy chứng nhận đăng ký mẫu dấu mà muốn làm con dấu mới thì doanh nghiệp cũng phải thông báo việc mất dấu, mất Giấy chứng nhận đăng ký mẫu dấu cho cơ quan công an. Câu hỏi đặt ra ở đây là: Vai trò của giấy biên nhận do cơ quan công an cấp là gì? Và doanh nghiệp có phải gửi kèm giấy biên nhận này với bản thông báo mẫu con dấu cho cơ quan đăng ký kinh doanh không? Điều này chưa được hướng dẫn cụ thể và vai trò của cơ quan công an trong thủ tục về con dấu chưa hoàn toàn được gỡ bỏ.

Bên cạnh đó, đối với doanh nghiệp đã đăng ký và hoạt động theo Luật Đầu tư năm 2005 thì thủ tục để làm con dấu mới càng phức tạp hơn. Trước hết, doanh nghiệp phải làm thủ tục xin cấp GCN ĐKDN để tách nội dung đăng ký kinh doanh và nội dung đăng ký đầu tư trong Giấy chứng nhận đầu tư cũ⁸ (do trước đây pháp luật đầu tư quy định Giấy chứng nhận đầu tư đồng thời là Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh). Sau khi được nhận GCN ĐKDN mới từ cơ quan đăng ký kinh doanh, doanh nghiệp tiếp tục thực hiện các bước trả dấu, trả Giấy chứng nhận đăng ký mẫu dấu, thông báo mẫu dấu theo quy định tại Nghị định 96/2015/NĐ-CP. Nói cách khác, doanh nghiệp sẽ phải “chạy đi, chạy lại” giữa cơ quan công an và cơ quan đăng ký kinh doanh thì mới có thể hoàn thiện thủ tục về con dấu mới, chưa kể thời gian thực hiện xong toàn bộ các thủ tục nêu trên có thể kéo dài vài tuần, ảnh hưởng lớn đến quá trình hoạt động, kinh doanh của doanh nghiệp. Nhiều quan điểm cho rằng, quy định pháp luật nên bỏ bớt thủ tục trả

⁵ Nguồn: <http://vcci.com.vn/vcci-cong-bo-ket-qua-cuoc-binh-chon-nhung-quy-dinh-phap-luat-tot-va-chua-tot>, truy cập ngày 28/3/2017.

⁶ Điều 34 Nghị định số 78/2015/NĐ-CP.

⁷ Khoản 2 Điều 15 Nghị định số 96/2015/NĐ-CP.

⁸ Công văn số 5122/BKHĐT-PC ngày 24/7/2015 của Bộ Kế hoạch và Đầu tư hướng dẫn thi hành Luật Đầu tư.

dấu tại cơ quan công an và khi doanh nghiệp thông báo mẫu dấu mới tại cơ quan đăng ký kinh doanh thì mẫu dấu cũ đương nhiên không còn hiệu lực, điều này tạo điều kiện thuận lợi cho doanh nghiệp, đồng thời vẫn đảm bảo được quyền tự chủ về con dấu.

Có thể thấy, các thủ tục mà doanh nghiệp thường xuyên phải thực hiện liên quan đến thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp, về GCN ĐKDN hay về con dấu vẫn còn là gánh nặng, khiến doanh nghiệp tiêu tốn nhiều thời gian và công sức. Mặc dù LDN 2014 thể hiện ý chí quyết tâm cải cách mạnh mẽ, nhằm thúc đẩy môi trường kinh doanh minh bạch, thuận lợi, nhưng các nghị định hướng dẫn thi hành lại không cụ thể hóa được điều này, tình trạng các quy định “bình mới rượu cũ” vẫn tồn tại khiến một số điểm mới của Luật DN 2014 chưa hoàn toàn đi vào thực tiễn. Theo Chỉ số xếp hạng môi trường kinh doanh (Doing Business) của Ngân hàng Thế giới (World Bank) - chỉ số đo lường mức độ thuận lợi đối với hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp trong nước - thì thứ hạng về Khởi sự kinh doanh năm 2016 của Việt Nam đã giảm 10 bậc từ vị trí 111 xuống vị trí 121 và ở thứ hạng thấp so với các quốc gia trên thế giới và một số nước trong khối ASEAN⁹. Ngày

⁹ Nguồn: <http://www.doingbusiness.org/data/explore/economies/vietnam>. Chỉ số môi trường kinh doanh (Doing Business) của Ngân hàng Thế giới được coi là thông lệ và chuẩn mực quốc tế đo lường mức độ thuận lợi đối với môi trường kinh doanh của các quốc gia. Thước đo môi trường kinh doanh dựa trên 10 tiêu chí: Khởi sự kinh doanh, cấp phép xây dựng, tiếp cận điện năng, đăng ký quyền sở hữu, sử dụng tài sản, tiếp cận tín dụng, bảo vệ nhà đầu tư, nộp thuế và bảo hiểm xã hội, giao dịch thương mại qua biên giới, giải quyết tranh chấp hợp đồng, giải quyết phá sản doanh nghiệp.

Năm 2016, thứ bậc Khởi sự kinh doanh của Singapore xếp hạng 6, Thái Lan xếp hạng 78, Brunei xếp hạng 75.

06/02/2017, Chính phủ đã ban hành Nghị quyết số 19/2017/NQ-CP về tiếp tục thực hiện những nhiệm vụ, giải pháp chủ yếu cải thiện môi trường kinh doanh, nâng cao năng lực cạnh tranh quốc gia năm 2017, định hướng đến năm 2020, trong đó mục tiêu Khởi sự kinh doanh năm 2017 đạt thứ hạng 70, phấn đấu đến năm 2020 xếp hạng 50 trên toàn thế giới. Để đạt được điều này, sự thay đổi về các thủ tục hành chính đối với doanh nghiệp là vô cùng cần thiết. Trong thời gian tới, các cơ quan nhà nước có thẩm quyền như Bộ Kế hoạch và Đầu tư cần có những xem xét, kiến nghị Chính phủ giảm bớt những thủ tục không hợp lý, gây khó khăn, tốn kém và cản trở sự phát triển của doanh nghiệp.

2. Sự thiếu thống nhất trong quy định của Luật Doanh nghiệp 2014 và các văn bản hướng dẫn thi hành

Ngoài vấn đề doanh nghiệp phải bỏ sung nhiều giấy tờ tài liệu khi nộp hồ sơ hay phải thực hiện thêm thủ tục hành chính khác, thực tế đang tồn tại sự không thống nhất, thậm chí mâu thuẫn trong một số quy định giữa LDN 2014 và văn bản dưới luật.

2.1. Giữa Luật Doanh nghiệp 2014 và Nghị định hướng dẫn thi hành

Theo quy định tại khoản 2 Điều 46 LDN 2014, hồ sơ đăng ký hoạt động chi nhánh chỉ bao gồm 3 tài liệu¹⁰, trong đó có

¹⁰ Điều 46 LDN 2014.

“2. Trường hợp lập chi nhánh, văn phòng đại diện trong nước, doanh nghiệp gửi hồ sơ đăng ký hoạt động của chi nhánh, văn phòng đại diện đến Cơ quan đăng ký kinh doanh có thẩm quyền nơi doanh nghiệp đặt chi nhánh, văn phòng đại diện. Hồ sơ bao gồm:

- a) Thông báo lập chi nhánh, văn phòng đại diện;
- b) **Bản sao quyết định thành lập** và bản sao biên bản họp về việc thành lập chi nhánh, văn phòng đại diện của doanh nghiệp; bản sao Thẻ căn cước công dân, Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc

bản sao quyết định thành lập doanh nghiệp, nhưng tại khoản 1 Điều 33 Nghị định 78/2015/NĐ-CP hướng dẫn chi tiết khoản 2 Điều 46 lại yêu cầu doanh nghiệp phải nộp bản gốc quyết định thành lập và bản sao quyết định bổ nhiệm người đứng đầu chi nhánh, văn phòng đại diện¹¹. Đối với trường hợp này, Phòng đăng ký kinh doanh có thẩm quyền khi tiếp nhận hồ sơ hợp lệ dựa trên quy định của Nghị định 78/2015/NĐ-CP cũng đồng nghĩa với việc thực hiện không đúng quy định của luật – văn bản quy phạm pháp luật có hiệu lực pháp lý cao hơn.

LDN 2014 cho phép doanh nghiệp có toàn quyền quyết định con dấu về hình thức, số lượng, nội dung, tuy nhiên, Nghị định 96/2015/NĐ-CP lại yêu cầu doanh nghiệp khi thay đổi số lượng, nội dung, hình thức mẫu con dấu, màu mực dấu phải thông báo với cơ quan đăng ký kinh doanh có thẩm quyền¹². Những quy định này thực sự không phù hợp với mục tiêu trao quyền tự chủ cho doanh nghiệp về con dấu mà luật hướng tới.

chứng thực cá nhân hợp pháp khác của người đứng đầu chi nhánh, văn phòng đại diện”.

¹¹ Khoản 1 Điều 33 Nghị định 78/2015/NĐ-CP:

“Hồ sơ đăng ký hoạt động chi nhánh, văn phòng đại diện gồm:

Thông báo lập chi nhánh, văn phòng đại diện (gồm các nội dung theo quy định).

Kèm theo thông báo quy định tại khoản này, phải có:

- **Quyết định** và bản sao hợp lệ biên bản họp của Hội đồng thành viên đối với công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, của chủ sở hữu công ty hoặc Hội đồng thành viên hoặc Chủ tịch công ty đối với công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, của Hội đồng quản trị đối với công ty cổ phần, của các thành viên hợp danh đối với công ty hợp danh về việc thành lập chi nhánh, văn phòng đại diện;

- Bản sao hợp lệ quyết định bổ nhiệm người đứng đầu chi nhánh văn phòng đại diện;

- Bản sao hợp lệ một trong các giấy tờ chứng thực cá nhân quy định tại Điều 10 Nghị định này của người đứng đầu chi nhánh, văn phòng đại diện”.

¹² Khoản 4 Điều 15 Nghị định 96/2015/NĐ-CP.

2.2. Giữa các văn bản dưới luật hướng dẫn thi hành Luật Doanh nghiệp với nhau

Một số quy định giữa các văn bản dưới luật hướng dẫn thi hành LDN 2014 cũng đang tồn tại sự bất hợp lý. Theo quy định tại điểm d khoản 1 Điều 52 Nghị định 78/2015/NĐ-CP, khi thay đổi cổ đông là nhà đầu tư nước ngoài, doanh nghiệp phải nộp Quyết định và bản sao hợp lệ biên bản họp của Đại hội đồng cổ đông về việc thay đổi cùng một số văn bản khác đến cơ quan đăng ký kinh doanh, đồng thời yêu cầu: “*Quyết định, biên bản họp của Đại hội đồng cổ đông phải ghi rõ những nội dung được sửa đổi trong Điều lệ công ty*”. Tuy nhiên, khoản 2 Điều 5 Thông tư số 20/2015/TT-BKHĐT ngày 01/12/2015 của Bộ trưởng Bộ Kế hoạch và Đầu tư hướng dẫn về đăng ký doanh nghiệp lại hướng dẫn: “*Quyết định và bản sao hợp lệ biên bản họp của Đại hội đồng cổ đông về việc thay đổi cổ đông là nhà đầu tư nước ngoài trong hồ sơ đăng ký doanh nghiệp quy định tại khoản 1 Điều 52 Nghị định số 78/2015/NĐ-CP chỉ áp dụng đối với trường hợp cổ đông sáng lập là nhà đầu tư nước ngoài chuyển nhượng cổ phần phổ thông của mình cho người không phải là cổ đông sáng lập trong công ty trong thời hạn 03 năm kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp*”. Điều này gây khó khăn cho cả doanh nghiệp và cơ quan đăng ký kinh doanh thụ lý hồ sơ.

Về bản chất, các quy định trong Nghị định có hiệu lực pháp lý cao hơn Thông tư, nên cơ quan đăng ký kinh doanh hoàn toàn có quyền căn cứ theo Nghị định 78/2015/NĐ-CP để yêu cầu doanh nghiệp phải nộp đủ hai loại tài liệu trên ngay cả khi doanh nghiệp không thuộc trường hợp quy định tại khoản 2 Điều 5 Thông tư 20/2015/TT-BKHĐT. Hoặc, Nghị định

78/2015/NĐ-CP yêu cầu khi doanh nghiệp thông báo hủy mẫu con dấu đến cơ quan đăng ký kinh doanh phải bao gồm số lượng con dấu¹³, nhưng trong mẫu Thông báo về việc hủy mẫu con dấu của doanh nghiệp tại Thông tư 20/2015/TT-BKHĐT lại không ghi nhận nội dung này¹⁴.

Những bất cập giữa LDN 2014 và các nghị định hướng dẫn thi hành khác, hay giữa các văn bản quy phạm pháp luật hướng dẫn thi hành với nhau đều có tác động không tốt, là rào cản ảnh hưởng trực tiếp đến hoạt động của doanh nghiệp cũng như quá trình tiếp nhận, giải quyết các thủ tục hành chính của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Về lý thuyết, trường hợp các văn bản quy phạm pháp luật có quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì phải áp dụng văn bản có hiệu lực pháp lý cao hơn (khoản 2 Điều 156 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật 2015), điều này đồng nghĩa với việc phải tôn trọng và tuân thủ đúng các quy định được ghi nhận trong luật. Tuy nhiên, thực tiễn thi hành LDN cho thấy, cơ quan áp dụng lại làm theo quy định tại Nghị định, Thông tư hướng dẫn - những văn bản có hiệu lực pháp lý thấp hơn. Do vậy, khi gặp vướng mắc trong các quy định của pháp luật, doanh nghiệp sẽ lựa chọn cách thức gửi công văn đề nghị hướng dẫn đến cơ quan có thẩm quyền, chờ cơ quan phúc đáp để thực hiện, thay vì thực hiện theo LDN 2014. Vì vậy, trong thời gian tới cần có sự chỉnh sửa, bổ sung các quy định của văn bản hướng dẫn thi hành để đảm bảo tính thống nhất, đồng bộ trong hệ thống pháp luật, đồng thời tạo điều kiện thuận lợi

cho doanh nghiệp cũng như cơ quan có thẩm quyền khi triển khai các quy định trên thực tế.

3. Các quy định cần được hướng dẫn cụ thể của Luật Doanh nghiệp 2014

3.1. Quy định về vốn điều lệ và vốn góp

Quy định mới của LDN và Luật Đầu tư đã tách biệt hai loại vốn là vốn điều lệ và vốn đầu tư. Theo quy định của LDN 2014 thì vốn điều lệ là tổng giá trị tài sản do các nhà đầu tư góp để thành lập pháp nhân (công ty), vốn điều lệ phải được thành viên/cổ đông góp trong thời hạn 90 ngày kể từ ngày doanh nghiệp được cấp GCN ĐKDN (đối với công ty TNHH, công ty cổ phần). Theo Luật Đầu tư 2014 thì vốn đầu tư bao gồm vốn góp và vốn huy động, trong đó vốn góp do các nhà đầu tư góp để thực hiện dự án đầu tư, khác với vốn điều lệ, việc yêu cầu huy động vốn góp không có thời hạn cụ thể mà dựa trên tiến độ thực hiện dự án. Như vậy, sẽ phát sinh trường hợp một pháp nhân (công ty) được thành lập để sở hữu và thực hiện dự án đầu tư sẽ song song tồn tại hai loại vốn được nhận từ nhà đầu tư đó là vốn điều lệ (được ghi nhận trong GCN ĐKDN) và vốn góp (được ghi nhận trong Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư). Tuy nhiên, do chưa có hướng dẫn cụ thể nên chưa thể xác định hai loại vốn này có mối liên quan như thế nào trong các tài liệu quan trọng của pháp nhân như: Điều lệ, các tài liệu về kế toán doanh nghiệp, báo cáo tài chính của doanh nghiệp... Trường hợp phát sinh những giao dịch như mua bán, sáp nhập pháp nhân mà các bên không có thỏa thuận thì căn cứ thực hiện giao dịch sẽ dựa trên vốn điều lệ hay vốn góp của chủ sở hữu? Vì vậy, những văn bản hướng dẫn LDN và Luật Đầu tư cần có quy định cụ thể nội dung này.

¹³ Điểm b khoản 2 Điều 34 Nghị định 78/2015/NĐ-CP.

¹⁴ Phụ lục II-10 ban hành kèm theo Thông tư số 20/2015/TT-BKHĐT ngày 01/12/2015 của Bộ Kế hoạch và Đầu tư.

3.2. Quy định về người đại diện theo pháp luật của công ty

Khác với LDN 2005, LDN 2014 trao quyền quyết định số lượng người đại diện theo pháp luật (NĐDTPL) cho công ty TNHH và công ty cổ phần, theo đó hai loại hình doanh nghiệp này có thể có một hoặc nhiều NĐDTPL thực hiện các quyền và nghĩa vụ phát sinh từ giao dịch của doanh nghiệp, đại diện cho doanh nghiệp với tư cách nguyên đơn, bị đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan trước trọng tài, tòa án và các quyền và nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật. Mặc dù cộng đồng doanh nghiệp rất đồng thuận với đổi mới này, nhưng nhiều công ty vẫn đang gặp vướng mắc khi thực hiện một số quy định về NĐDTPL.

+ Cần làm rõ yêu cầu cư trú đối với NĐDTPL là người nước ngoài.

Khoản 3 Điều 13 LDN 2014 quy định: *“Doanh nghiệp phải bảo đảm luôn có ít nhất một người đại diện theo pháp luật cư trú tại Việt Nam. Trường hợp doanh nghiệp chỉ có một người đại diện theo pháp luật thì người đó phải cư trú ở Việt Nam và phải ủy quyền bằng văn bản cho người khác thực hiện quyền và nghĩa vụ của người đại diện theo pháp luật khi xuất cảnh khỏi Việt Nam”*. Câu hỏi đặt ra là, khi NĐDTPL của doanh nghiệp là người nước ngoài, nhất là tại các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài (FDI), thì yếu tố cư trú sẽ được xác định như thế nào? Theo Luật Nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh, cư trú của người nước ngoài tại Việt Nam 2014 thì cư trú là việc người nước ngoài thường trú hoặc tạm trú tại Việt Nam¹⁵. Nếu người nước ngoài tạm

trú thì sẽ được cấp chứng nhận tạm trú - hình thức đóng dấu vào hộ chiếu hoặc đóng dấu vào thị thực rời với thời hạn luật định, ngoài ra, trong một số trường hợp người nước ngoài sẽ được cấp thẻ tạm trú¹⁶. Vậy, khi NĐDTPL là người nước ngoài muốn chứng minh việc cư trú của mình tại Việt Nam thì chỉ cần căn cứ vào chứng nhận tạm trú hay buộc phải có thẻ tạm trú? Trên thực tế, vì không có hướng dẫn cụ thể nên nhiều cơ quan đăng ký kinh doanh yêu cầu NĐDTPL là người nước ngoài phải xuất trình thẻ tạm trú (kèm theo cả giấy phép lao động) mà không thừa nhận chứng nhận tạm trú. Điều này đồng nghĩa với việc cá nhân đó phải thực hiện thêm một bước thủ tục hành chính là xin cấp thẻ tạm trú tại cơ quan có thẩm quyền rồi mới có thể nộp hồ sơ doanh nghiệp tại cơ quan đăng ký kinh doanh, làm tăng lượng thủ tục mà doanh nghiệp cần phải thực hiện. Quan điểm của tác giả cho rằng, chỉ cần NĐDTPL có chứng nhận tạm trú là đã đáp ứng đủ yêu cầu cư trú tại Việt Nam theo khoản 3 Điều 13 LDN 2014 và đưa ra quy định khuyến khích cá nhân thực hiện thủ tục xin cấp thẻ tạm trú chứ không bắt buộc.

+ Cần làm rõ quy định về NĐDTPL trong công ty TNHH.

Theo LDN 2005 thì công ty TNHH và công ty cổ phần chỉ có một NĐDTPL và NĐDTPL nắm giữ đồng thời một trong các chức danh là Chủ tịch Hội đồng thành viên, Chủ tịch công ty (công ty TNHH), Chủ tịch

¹⁵ Khoản 9 Điều 3 Luật Nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh, cư trú của người nước ngoài tại Việt Nam 2014.

¹⁶ Thẻ tạm trú là loại giấy tờ do cơ quan quản lý xuất, nhập cảnh hoặc cơ quan có thẩm quyền của Bộ Ngoại giao cấp cho người nước ngoài được phép cư trú có thời hạn tại Việt Nam và có giá trị thay thị thực. Trường hợp được cấp thẻ tạm trú và thủ tục cấp được quy định tại các điều 36, 37 Luật Nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh, cư trú của người nước ngoài tại Việt Nam.

Hội đồng quản trị (công ty cổ phần), Giám đốc/Tổng Giám đốc¹⁷. Khi LDN 2014 cho phép công ty có nhiều NĐDTPL thì đối với công ty cổ phần: Trường hợp công ty có một NĐDTPL thì Điều lệ phải quy định Chủ tịch Hội đồng quản trị hoặc Giám đốc/Tổng giám đốc là NĐDTPL, nếu Điều lệ không quy định thì Chủ tịch Hội đồng quản trị sẽ là NĐDTPL; trường hợp có nhiều NĐDTPL thì đương nhiên Chủ tịch Hội đồng quản trị và Giám đốc/Tổng giám đốc sẽ là NĐDTPL (khoản 2 Điều 134). Có thể thấy, quy định mới về NĐDTPL trong công ty cổ phần đã kế thừa và phát huy những quy định từ LDN 2005, vừa tạo cơ chế tự chủ cho doanh nghiệp, đồng thời vẫn đảm bảo yếu tố chịu trách nhiệm chính của những người đứng đầu, giữ vai trò quan trọng trong quản lý, điều hành công ty. Tuy nhiên, LDN 2014 lại không có bất kỳ quy định cụ thể nào về NĐDTPL của công ty TNHH hai thành viên trở lên, Điều 55 LDN 2014 quy định về cơ cấu tổ chức quản lý công ty TNHH hai thành viên trở lên chỉ liệt kê các chức danh quản lý và trường hợp buộc phải có Ban kiểm soát. Đối với công ty TNHH một thành viên, khoản 2 Điều 78 LDN 2014 quy định: **“Trường hợp Điều lệ công ty không quy định thì Chủ tịch Hội đồng thành viên hoặc Chủ tịch công ty là người đại diện theo pháp luật của công ty”**. Điều này có nghĩa, công ty TNHH hoàn toàn có thể tự quyết định trong Điều lệ ai là NĐDTPL mà người đó không nhất thiết phải là Chủ tịch Hội đồng thành viên, Chủ tịch công ty, Giám đốc/Tổng giám đốc. Sự thiếu sót trong các quy định trên có thể dẫn đến những hệ quả bất cập như: Người quản lý, điều hành trốn tránh trách nhiệm khi có vướng mắc, tranh chấp xảy ra; dễ gây rủi ro

cho đối tác và bên thứ ba trong các giao dịch khi người đàm phán là Chủ tịch Hội đồng thành viên, Chủ tịch công ty, Giám đốc/Tổng Giám đốc, nhưng người ký kết lại là cá nhân khác và không phải lúc nào đối tác, bên thứ ba cũng có thể tiếp cận được Điều lệ công ty; bên thứ 3 có thể đòi hỏi phải có chữ ký của cả NĐDTPL và người quản lý đứng đầu... Vì vậy, tác giả cho rằng, cần có sự bổ sung, sửa đổi quy định về NĐDTPL trong loại hình công ty TNHH theo hướng đồng nhất với quy định về NĐDTPL trong công ty cổ phần, gắn trách nhiệm đối với các chủ thể giữ chức danh quản lý. Cụ thể:

Sửa đổi, bổ sung Điều 55 LDN 2014 như sau: *“Trường hợp chỉ có một người đại diện theo pháp luật, thì Chủ tịch Hội đồng thành viên hoặc Giám đốc hoặc Tổng giám đốc là người đại diện theo pháp luật của công ty; trường hợp Điều lệ không có quy định khác thì Chủ tịch Hội đồng thành viên là người đại diện theo pháp luật của công ty. Trường hợp có hơn một người đại diện theo pháp luật, thì Chủ tịch Hội đồng thành viên và Giám đốc hoặc Tổng giám đốc đương nhiên là người đại diện theo pháp luật của công ty”*.

Sửa đổi, bổ sung khoản 2 Điều 78 LDN 2014 như sau: *“Trường hợp chỉ có một người đại diện theo pháp luật, thì Chủ tịch Hội đồng thành viên hoặc Chủ tịch công ty hoặc Giám đốc hoặc Tổng giám đốc là người đại diện theo pháp luật của công ty; trường hợp Điều lệ không có quy định khác thì Hội đồng thành viên hoặc Chủ tịch công ty là người đại diện theo pháp luật của công ty. Trường hợp có hơn một người đại diện theo pháp luật, thì Chủ tịch Hội đồng thành viên hoặc Chủ tịch công ty hoặc Giám đốc hoặc Tổng giám đốc đương nhiên là người đại diện theo pháp luật của công ty”*.

¹⁷ Theo Điều 46, 67, 95 LDN 2005.

3.3. Văn bản ủy quyền tham dự họp Đại hội đồng cổ đông trong công ty cổ phần

Khoản 3 Điều 139 LDN 2014 liệt kê các tài liệu mà công ty cổ phần phải gửi đến cổ đông khi mời họp Đại hội đồng cổ đông, trong đó có Mẫu chỉ định đại diện theo ủy quyền dự họp. Khoản 1 Điều 140 LDN 2014 quy định: “*Cổ đông có thể ủy quyền bằng văn bản cho một người khác dự họp Đại hội đồng cổ đông và việc ủy quyền cho người đại diện dự họp phải lập thành văn bản theo mẫu do công ty phát hành*”. Tuy nhiên, các văn bản hướng dẫn thi hành LDN hiện nay chưa có quy định một khung mẫu chuẩn cho loại tài liệu này và làm phát sinh thực trạng là mỗi công ty lại có một mẫu riêng không thống nhất, chưa kể đến tình trạng trong một công ty cổ phần nhưng mỗi lần họp Đại hội đồng cổ đông, công ty lại đưa ra một mẫu chỉ định đại diện theo ủy quyền khác nhau gây khó khăn cho cổ đông khi tiếp cận, đặc biệt là các cổ đông nhỏ lẻ.

Ngoài ra, đối với trường hợp cổ đông là nhà đầu tư nước ngoài ủy quyền cho một cá nhân đại diện tham dự họp Đại hội đồng cổ đông tại Việt Nam, công ty phát hành còn đưa ra yêu cầu phải công chứng hoặc hợp pháp hóa văn bản ủy quyền. Quá trình hợp pháp hóa văn bản tại nước ngoài có thể mất rất nhiều thời gian (vài tuần), nhưng cổ đông là nhà đầu tư nước ngoài không thể chủ động thực hiện trước thủ tục này do phải chờ đợi để nhận được mẫu do công ty gửi, dẫn đến tình trạng cổ đông bỏ lỡ cơ hội ủy quyền người đại diện tham dự họp Đại hội đồng cổ đông. Vì vậy, cơ quan nhà nước có thẩm quyền (như Bộ Kế hoạch và Đầu tư) cần có một văn bản chính thức hướng dẫn các công ty cổ phần sử dụng một mẫu chuẩn chỉ định đại diện theo ủy quyền,

trong đó liệt kê những nội dung chủ yếu, những nội dung khác mà công ty có thể bổ sung sao cho phù hợp với hoàn cảnh thực tế; đồng thời khuyến nghị mỗi công ty chỉ sử dụng một mẫu chỉ định, trong trường hợp thay đổi thì phải thông báo công khai đến các cổ đông công ty. Điều này sẽ tạo thuận lợi cho các cổ đông nói chung và cổ đông là nhà đầu tư nước ngoài nói riêng chủ động hoàn tất các thủ tục tham dự họp Đại hội đồng cổ đông mà không phải chờ đợi công ty phát hành công bố.

3.4. Việc tăng, giảm vốn của công ty hợp danh

LDN 2014 đã đưa ra các trường hợp cụ thể tăng giảm vốn của công ty TNHH hai thành viên trở lên, công ty TNHH một thành viên và công ty cổ phần (lần lượt tại Điều 68, 87 và Điều 111), nhưng lại không có điều luật quy định trực tiếp việc tăng, giảm vốn tại công ty hợp danh. Về bản chất, công ty hợp danh hoàn toàn có thể tăng vốn điều lệ bằng cách tiếp nhận thêm vốn góp của thành viên mới (theo Điều 181) hoặc tăng vốn góp của các thành viên hiện có; giảm vốn điều lệ trong các trường hợp như: Thành viên hợp danh rút vốn khỏi công ty (khoản 2 Điều 180), chấm dứt tư cách do thành viên bị hạn chế hoặc bị mất năng lực hành vi dân sự (khoản 4 Điều 180). Vì vậy, để tạo thuận lợi cho các doanh nghiệp đang tổ chức dưới loại hình công ty hợp danh và thống nhất, đồng bộ với các nội dung chủ yếu về từng loại hình công ty, cần bổ sung một quy định trực tiếp về việc tăng, giảm vốn trong công ty hợp danh, quy định này có thể nằm trong một văn bản quy phạm pháp luật hướng dẫn thi hành LDN (Nghị định của Chính phủ).

(Xem tiếp trang 62)

BÀN VỀ CĂN CỨ NHẬN DIỆN MỐI QUAN HỆ CÔNG TY MẸ - CÔNG TY CON

*Nguyễn Thị Phương Hà**

Tóm tắt: Nhận diện mối quan hệ công ty mẹ – công ty con đóng vai trò hết sức quan trọng bởi đây là tiền đề cho việc áp dụng các quy định về trách nhiệm đối với công ty mẹ và các quy định về kiểm soát đặc biệt đối với nhóm công ty. Bài viết này phân tích cách thức quy định các căn cứ để nhận diện mối quan hệ công ty mẹ – công ty con của pháp luật doanh nghiệp Việt Nam; từ đó, nêu ra những bất cập và đề xuất một số giải pháp khắc phục.

Abstract: Identification of parent company-subsiary company relationship is very important because it is a prerequisite for the application of rules on parent company liability and control of that corporate group. This paper analyses the criteria for identifying and determining such relationship under Vietnamese corporate law; it thereby points out relevant shortcomings and proposes a possible solution to remedy them.

Trong một nhóm công ty, công ty mẹ là công ty có quyền chi phối các công ty khác trong nhóm (công ty con). Theo nghĩa này, khái niệm công ty mẹ và công ty con phụ thuộc vào khái niệm “chi phối”. Các nước trên thế giới thừa nhận hai khái niệm về chi phối: “Chi phối xuất phát từ yếu tố vốn” (economic control) và “chi phối thực tế” (substantive control), đồng thời đưa ra các căn cứ để nhận diện hai kiểu chi phối này. Yếu tố vốn là phần lớn cổ phần chi phối hay phần vốn góp mà một công ty nắm giữ trong một công ty khác; một công ty là công ty mẹ của một công ty khác khi nó nắm giữ phần lớn cổ phần hay phần vốn góp của công ty đó. Sự chi phối thực tế sẽ được xem xét nếu không có sự chi phối xuất phát từ yếu tố vốn. Quyền chi phối thực tế được hiểu là khả năng chi phối quản lý và hoạt động kinh doanh của công ty không phải do sở hữu phần vốn góp lớn (ví dụ như một công ty được xem là công ty

mẹ của công ty khác nếu có quyền bổ nhiệm người quản lý của công ty đó). Sự chi phối thực tế thường phức tạp và đa dạng.

1. Khái niệm “công ty mẹ”, “công ty con” theo pháp luật doanh nghiệp Việt Nam

Theo Điều 189 Luật Doanh nghiệp 2014, một công ty được coi là công ty mẹ của một công ty khác nếu thuộc một trong các trường hợp sau: (a) Sở hữu trên 50% vốn điều lệ hoặc tổng số cổ phần phổ thông của công ty đó, (b) Có quyền trực tiếp hoặc gián tiếp quyết định bổ nhiệm đa số hoặc tất cả thành viên Hội đồng quản trị, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc của công ty đó; hoặc (c) Có quyền quyết định việc sửa đổi, bổ sung điều lệ của công ty đó. Như vậy, Điều 189 cũng thừa nhận sự chi phối xuất phát từ yếu tố vốn và sự chi phối thực tế để xác định một quan hệ mẹ – con giữa hai công ty.

Căn cứ cho sự chi phối xuất phát từ yếu tố vốn là việc sở hữu trên 50% vốn điều lệ hoặc tổng số cổ phần phổ thông. Phần vốn

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

góp hay số cổ phần phổ thông mà công ty mẹ nắm giữ quyết định hình thức pháp lý của công ty con. Nếu công ty mẹ nắm giữ một phần vốn điều lệ hoặc cổ phần phổ thông của công ty con thì công ty con sẽ mang hình thức công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên hoặc công ty cổ phần. Nếu công ty mẹ sở hữu toàn bộ vốn điều lệ của công ty con thì công ty con sẽ mang hình thức công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên. Trong công ty con có nhiều chủ, nhờ việc sở hữu phần lớn vốn điều lệ hay cổ phần phổ thông, công ty mẹ thực hiện việc chi phối thông qua thực hiện quyền thành viên hay cổ đông của mình, mà cụ thể là quyền biểu quyết. Tỷ lệ phần vốn góp hay số vốn cổ phần của công ty mẹ càng cao thì quyền chi phối đối với các quyết định về quản lý và kinh doanh của công ty con càng rộng. Trong các công ty con một chủ, công ty mẹ là chủ sở hữu duy nhất, có quyền tuyệt đối trong việc kiểm soát, chi phối các hoạt động của công ty con. Vậy nên, quyền chi phối của công ty mẹ được xem là quyền chi phối xuất phát từ yếu tố vốn.

Căn cứ xác định sự chi phối thực tế là quyền trực tiếp hoặc gián tiếp quyết định bổ nhiệm đa số hoặc tất cả thành viên Hội đồng quản trị, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc; và quyền quyết định việc sửa đổi, bổ sung điều lệ. Vậy, công ty mẹ còn có thể là công ty không nắm giữ đa số vốn điều lệ hay số cổ phần phổ thông của công ty con, nhưng lại nắm giữ quyền chi phối, kiểm soát về quản lý và chính sách trên thực tế. Có ý kiến hoài nghi quy định về quyền bổ nhiệm người quản lý và sửa đổi điều lệ tại điểm b, c Điều 189 và cho rằng đây là quyền của Đại hội đồng cổ đông và Hội đồng thành viên, chứ không phải của cổ đông hay thành viên, vậy

nên công ty mẹ không thể có quyền này¹. Tuy nhiên, một công ty với tư cách là thành viên hoặc cổ đông của một công ty khác vẫn có thể có những quyền chi phối như vậy thông qua thỏa thuận với những thành viên hoặc cổ đông khác trong công ty. Hơn nữa, một công ty khi quyết định thành lập công ty con nhiều chủ có thể chọn không nắm giữ phần lớn vốn điều lệ hay số cổ phần phổ thông trong công ty con, mà nắm giữ quyền chi phối đối với người quản lý hay quyền thay đổi điều lệ của công ty con (quyền bổ nhiệm người quản lý và quyền thay đổi nội dung điều lệ có thể được thể hiện ngay trong điều lệ của công ty con). Hoặc trong trường hợp công ty mẹ nắm giữ số lượng lớn cổ phần ưu đãi biểu quyết thì dù công ty mẹ không nắm giữ phần lớn cổ phần phổ thông của công ty con thì khi biểu quyết, công ty mẹ vẫn có thể bổ nhiệm được đa số thành viên Hội đồng quản trị. Sự bất cập có thể nằm ở “quyền gián tiếp bổ nhiệm”² do Luật Doanh nghiệp 2014 và các văn bản hướng dẫn thi hành không có bất kỳ sự giải thích như thế nào là bổ nhiệm gián tiếp. Tóm lại, quy định về quyền chi phối tại điểm b, c Điều 189 là quy định cần thiết để nhận diện một công ty là công ty mẹ khi nó không sở hữu phần lớn vốn điều lệ hay cổ phần, nhưng về bản chất và trên thực tế lại tác động đến hoạt động kinh doanh của công ty khác.

¹ Hà Thị Thanh Bình (2015), “Điều chỉnh mối quan hệ giữa các công ty trong nhóm công ty theo Luật Doanh nghiệp”, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 05(90)/2015, tr. 21.

² Xem thêm bình luận về “quyền gián tiếp bổ nhiệm”: Bùi Thị Thanh Thảo (2015), “Một số quy định của pháp luật về kiểm soát giao dịch giữa các thành viên trong nhóm công ty”, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 02(87)/2015, tr. 18 – 26.

Xu hướng nhìn nhận sự chi phối của công ty mẹ dựa trên yếu tố vốn và các yếu tố thực tế là xu hướng chung của các quốc gia trên thế giới. Ví dụ:

- Pháp luật của Cộng đồng chung châu Âu có quy định quyền chi phối của một công ty mẹ biểu hiện ở việc nắm giữ phần lớn số vốn có quyền biểu quyết; hoặc nắm giữ quyền bổ nhiệm hoặc bãi nhiệm đa số chức danh quản lý, kiểm soát trong công ty con; hoặc có quyền chi phối thông qua một thỏa thuận với công ty con và với các thành viên khác của công ty con³.

- Pháp luật Mỹ: Thuật ngữ “chi phối” được hiểu là sự nắm giữ trực tiếp hoặc gián tiếp quyền chỉ đạo hoạt động quản lý và chính sách của một chủ thể khác thông qua sự sở hữu về vốn, một hợp đồng hoặc các hình thức khác⁴.

- Pháp luật công ty Nhật: Một công ty được xem là công ty mẹ của một công ty khác nếu sở hữu phần lớn cổ phần có quyền biểu quyết hoặc có quyền chi phối hoạt động điều hành của công ty đó⁵.

³ Seventh Council Directive on Consolidated Accounts of the Council of the European Communities, Subparagraph 1 of Article 1 (Directive no. 83/349/EEC) June 13, 1983 [Khoản 1 Điều 1 Chi thị thứ Bảy của Hội đồng châu Âu số 83/349/EEC].

⁴ Securities act 1993 Rule 405, 17 C.F.R 230.405 [Luật Chứng khoán Mỹ 1993, Điều 405, hướng dẫn tại 17 C.F.R 230.405].

⁵ Article 2 of the Japanese Companies Act No.86 of July 26, 2005 [Điều 2 Luật Công ty Nhật số 86, ngày 26/7/2005]. Tham khảo: Ministry of Justice of Japan [Bộ Tư pháp Nhật Bản], “The English Translation of the Act No.86 of July 26, 2005” [Bản tiếng Anh của Luật số 86 ngày 26/7/2005], *Japanese Law Translation Database System [Cơ sở dữ liệu dịch thuật pháp luật Nhật Bản]*:

<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?ft=1&re=02&dn=1&x=0&y=0&co=01&ia=03&ky=companies+act&page=16>.

Có thể thấy, sự chi phối thực tế là không thể thiếu khi xác định sự tồn tại của một mối quan hệ công ty mẹ – con. Không chỉ vậy, những căn cứ để xác định sự chi phối trên thực tế cần rõ ràng để không bỏ sót trường hợp có sự chi phối về quản lý, về hoạt động kinh doanh, nhưng lại không thể kết luận về sự tồn tại của mối quan hệ công ty mẹ – con. Bên cạnh đó, những quy định về kiểm soát giao dịch nội bộ trong nhóm công ty hay trách nhiệm của công ty mẹ đối với công ty con chỉ thực sự có ý nghĩa và tác dụng khi mối quan hệ mẹ – con giữa các công ty được nhận diện.

2. Sự thiếu thống nhất trong quy định về các căn cứ xác định mối quan hệ công ty mẹ – công ty con

Như đã đề cập ở trên, Điều 189 Luật Doanh nghiệp 2014 đưa ra căn cứ xác định quyền chi phối xuất phát từ yếu tố vốn và quyền chi phối thực tế. Quyền chi phối thực tế chỉ có hai căn cứ xác định đó là quyền trực tiếp hoặc gián tiếp bổ nhiệm người quản lý và quyền sửa đổi, bổ sung điều lệ. Trong khi đó, Nghị định số 69/2014/NĐ-CP về Tập đoàn kinh tế Nhà nước đưa ra định nghĩa như sau: “Công ty con là doanh nghiệp do công ty mẹ nắm quyền chi phối”⁶ và “quyền chi phối” lại được xác định bao gồm những quyền như sau:⁷

a) *Quyền sở hữu duy nhất của doanh nghiệp;*

b) *Quyền của cổ đông, thành viên góp vốn chi phối của doanh nghiệp;*

c) *Quyền trực tiếp hay gián tiếp bổ nhiệm đa số hoặc tất cả các thành viên Hội đồng quản trị hoặc Hội đồng thành viên và Tổng Giám đốc (Giám đốc) doanh nghiệp;*

⁶ Khoản 3, Điều 4 Nghị định số 69/2014/NĐ-CP.

⁷ Khoản 5, Điều 3 Nghị định số 69/2014/NĐ-CP.

d) Quyền trực tiếp hay gián tiếp quyết định việc phê duyệt, sửa đổi, bổ sung Điều lệ của doanh nghiệp;

đ) Quyền trực tiếp hay gián tiếp quyết định chiến lược, kế hoạch kinh doanh của doanh nghiệp;

e) Các trường hợp chi phối khác theo thỏa thuận giữa doanh nghiệp chi phối và doanh nghiệp bị chi phối và được ghi vào Điều lệ của doanh nghiệp bị chi phối.

Có thể thấy, điểm a, b là sự chi phối xuất phát từ yếu tố vốn, và từ điểm c đến điểm e là sự chi phối thực tế. So với Luật Doanh nghiệp 2014, quyền chi phối thực tế được xác định trong Nghị định số 69/2014/NĐ-CP có nội hàm rộng hơn, không chỉ là quyền bổ nhiệm người quản lý, quyền phê duyệt, sửa đổi, bổ sung điều lệ mà còn là quyền quyết định chiến lược kinh doanh và rộng hơn là các quyền chi phối khác phát sinh từ thỏa thuận giữa hai doanh nghiệp. Như vậy, công ty mẹ còn được hiểu là công ty có quyền trực tiếp hoặc gián tiếp quyết định các chiến lược và kế hoạch kinh doanh hoặc tiến hành chi phối các hoạt động của công ty con dựa trên thỏa thuận; và căn cứ này không được Luật Doanh nghiệp 2014 quy định.

Từ phân tích trên, Nghị định số 69/2014/NĐ-CP (điều chỉnh các công ty trong tập đoàn kinh tế Nhà nước) rõ ràng không tương thích với Luật Doanh nghiệp khi mở rộng quy định về sự chi phối thực tế. Dẫu vậy, việc tiếp cận sự chi phối thực tế theo Nghị định số 69/2014/NĐ-CP là hợp lý và đầy đủ hơn so với Luật Doanh nghiệp 2014. Bởi lẽ, Luật Doanh nghiệp bó hẹp sự chi phối thực tế chỉ bao gồm quyền bổ nhiệm người quản lý công ty và quyền sửa đổi, bổ sung điều lệ. Hệ quả của sự bó hẹp ấy là khả năng bỏ sót một số quan hệ chi phối – bị chi phối không được nhìn nhận là

quan hệ công ty mẹ – công ty con. Chẳng hạn, nếu theo quy định của Luật Doanh nghiệp, công ty A tuy không sở hữu phần lớn vốn điều lệ hay cổ phần phổ thông của công ty B, cũng không nắm quyền bổ nhiệm người quản lý hay thay đổi nội dung điều lệ của công ty B, dù thực tế có quyền quyết định các kế hoạch kinh doanh của công ty B thì vẫn không được xem là công ty mẹ của công ty B mặc dù có diễn ra hành vi chi phối.

Nhằm đảm bảo sự thống nhất trong pháp luật doanh nghiệp Việt Nam, Luật Doanh nghiệp nên hoàn thiện các căn cứ xác định sự chi phối thực tế. Chừng nào các căn cứ này còn chưa đầy đủ thì khả năng bỏ sót mối quan hệ chi phối – bị chi phối vẫn có thể xảy ra. Đến đây, câu hỏi đặt ra là liệu Luật Doanh nghiệp có nên có quy định tương tự về quyền chi phối như trong Nghị định số 69/2014/NĐ-CP hay không? Hay nói cách khác, quyền chi phối được xác định trong Nghị định này có thực sự là hướng đúng đắn để hoàn thiện quy định của Luật Doanh nghiệp hay không?

3. Hướng hoàn thiện

Trước hết, cần lưu ý rằng, cách thức liệt kê trong nhiều trường hợp gây ra sự hạn chế. Luật Doanh nghiệp 2014 và Nghị định số 69/2014/NĐ-CP đều thừa nhận quyền chi phối thực tế và chọn cách thức liệt kê ra các biểu hiện của quyền này. Việc liệt kê các biểu hiện mà không dựa trên một cơ sở hay một định nghĩa rõ ràng thế nào là quyền chi phối thực tế của một công ty mẹ đã vô hình trung giới hạn nội hàm của nó. Do vậy, hợp lý hơn là Luật Doanh nghiệp nên định nghĩa về quyền chi phối thực tế cùng với đó là các biểu hiện của nó.

Cách thức quy định về quyền chi phối thực tế trong Luật Công ty Nhật có thể xem là một số kinh nghiệm tốt. Như đề cập, Luật

Công ty Nhật quy định, một công ty được xem là công ty mẹ của một công ty khác nếu sở hữu phần lớn cổ phần có quyền biểu quyết tại công ty đó (quyền chi phối phát sinh từ yếu tố vốn), hoặc có quyền chi phối hoạt động điều hành của công ty đó (quyền chi phối thực tế). Sắc lệnh về thực thi Luật Công ty Nhật cũng định nghĩa “quyền chi phối hoạt động điều hành” là “quyền tác động đến các quyết định về tài chính và kinh doanh của công ty” và liệt kê các biểu hiện của quyền này⁸. Các biểu hiện này bao gồm, công ty A sẽ được xem là công ty mẹ của công ty B nếu như: (i) Đa số hoặc toàn bộ thành viên Hội đồng quản trị công ty B là người do công ty A cử; (ii) Có một thỏa thuận mà theo đó công ty A có quyền quyết định các vấn đề quan trọng về chiến lược tài chính và kinh doanh của công ty B; (iii) Giá trị khoản vay mà công ty A cho công ty B vay lớn hơn tổng giá trị tài sản của công ty B, hoặc (iv) Các căn cứ thực tế khác cho thấy công ty A có sự tác động đến các quyết định về tài chính và kinh doanh của công ty B⁹. Các biểu hiện này là rất rộng, hàm chứa các quyền chi phối cơ quan quản lý công ty, quyền chi phối trên cơ sở hợp đồng đối với chính sách tài chính và kinh doanh, quyền sở hữu thực tế (tài sản mà công ty mẹ đầu tư vào công ty con không theo hình thức sở hữu cổ phần, mà dưới dạng một khoản vay), và tất cả các quyền tác động thực tế khác đến chính sách tài chính và kinh doanh. Có

thể nói, nội hàm của quyền chi phối thực tế của công ty mẹ được xác định bởi tất cả thực tế mà từ đó có thể kết luận rằng, một công ty đang tác động đến các quyết định về tài chính và chiến lược kinh doanh của một công ty khác.

Như vậy, Luật Công ty Nhật cung cấp một định nghĩa chung (umbrella concept) về quyền chi phối thực tế là “quyền tác động đến các quyết định về tài chính và kinh doanh của công ty” và liệt kê các biểu hiện. Một hành vi thực tế không thuộc trong các biểu hiện được liệt kê vẫn có thể được xem là một căn cứ để kết luận về mối quan hệ mẹ – con nếu nó nằm trong phạm vi của định nghĩa trên. Theo cách này, sự liệt kê các biểu hiện của quyền chi phối thực tế không nhất thiết phải đầy đủ bởi đã có một định nghĩa chung đóng vai trò nền tảng để kết luận một công ty có đang chi phối và là công ty mẹ của một công ty khác hay không.

Đối với Việt Nam, cần hoàn thiện quy định của Luật Doanh nghiệp về các căn cứ nhận diện sự chi phối thực tế về mối quan hệ công ty mẹ – công ty con. Việc bổ sung một định nghĩa rõ ràng về sự chi phối thực tế là cần thiết và định nghĩa trong Luật Công ty Nhật rất đáng để tham khảo. Mục tiêu cốt lõi của hành vi chi phối của một công ty đối với một công ty khác suy cho cùng là chính sách tài chính và kinh doanh của công ty bị chi phối. Việc nắm giữ phần vốn góp lớn, nắm giữ quyền bổ nhiệm người quản lý, hay quyền quyết định nội dung điều lệ chủ yếu đều nhằm tác động đến vấn đề tài chính và kinh doanh. Quan hệ chi phối – bị chi phối hay quan hệ mẹ – con được xác định khi không có sự độc lập, tự quyết về tài chính và chiến lược kinh doanh của một công ty do hành vi tác động của một công ty khác. Do đó, định nghĩa về

⁸ Điều 3, The Ordinance for Enforcement of the Japanese Companies Act [Sắc lệnh về thực thi Luật Công ty Nhật Bản]. Tham khảo bản dịch tiếng Anh tại sách: Ichirō Kawamoto, Yasuhiro Kawaguchi, and Takayuki Kihira (2012), *Corporations and Partnerships in Japan [Công ty và Hiệp hội ở Nhật]*, Kluwer Law International Alphen aan den Rijn, The Netherlands, tr.335–36.

⁹ *Tlđđ*, tại (7).

quyền chi phối thực tế là quyền tác động đến các quyết định về tài chính và kinh doanh là hợp lý.

Từ những phân tích nêu trên, tác giả đề xuất quy định nhằm nhận diện mối quan hệ công ty mẹ – công ty con như sau:

Một công ty được xem là công ty mẹ của một công ty khác nếu sở hữu trên 50% vốn điều lệ hoặc tổng số cổ phần phổ thông của công ty đó hoặc chi phối các vấn đề tài chính và kinh doanh của công ty đó trong các trường hợp: (i) Có quyền quyết định bổ nhiệm đa số hoặc tất cả thành viên Hội đồng quản trị, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc của công ty đó; (ii) Có quyền quyết định việc sửa đổi, bổ sung điều lệ của công ty đó; (iii) Có quyền quyết định các chiến lược, kế hoạch kinh doanh theo thỏa thuận giữa hai công ty; hoặc (iv) Bất kỳ phương thức hay hành vi thực tế nào khác thể hiện sự chi phối đến các vấn đề tài chính và kinh doanh của công ty đó.

Kết luận

Việc nhận diện mối quan hệ công ty mẹ – con là rất quan trọng. Sự thiếu sót các căn

cứ để nhận diện sẽ dẫn đến việc một số mối quan hệ chi phối – bị chi phối không được xem là mối quan hệ mẹ – con. Các quy định về trách nhiệm của công ty mẹ hay về kiểm soát giao dịch nội bộ nhóm cũng sẽ không còn ý nghĩa khi đối tượng áp dụng không được nhận diện rõ ràng. Trong khi quyền chi phối xuất phát từ yếu tố vốn có thể dễ dàng xác định với căn cứ là sự sở hữu hơn 50% vốn điều lệ hoặc cổ phần phổ thông của một công ty, thì quyền chi phối thực tế lại khó xác định hơn nhiều do sự đa dạng của các căn cứ. Việc thiếu đi một định nghĩa chung trong Luật Doanh nghiệp đã làm cho quyền chi phối thực tế bị hẹp hơn và tạo ra sự không thống nhất trong các văn bản pháp luật về doanh nghiệp. Định nghĩa chung này có thể được xây dựng từ mục tiêu của hành vi chi phối, đó là các quyết định về tài chính và kinh doanh. Như vậy, bất kỳ một hành vi thực tế nào cho thấy một công ty đang tác động đến các quyết định về tài chính và kinh doanh của một công ty khác thì có thể kết luận sự tồn tại của quan hệ mẹ – con giữa hai công ty đó.

(Tiếp theo trang 56 – Một số bất cập trong quy định...)

Kết luận

Những vướng mắc, bất cập phát sinh trong quá trình thực thi LDN 2014 và các văn bản hướng dẫn thi hành là điều khó tránh khỏi. Do đó, cần có sự kiểm tra, rà soát thường xuyên các quy định để điều chỉnh, sửa đổi, bổ sung cho phù hợp với thực tiễn. Quá trình sửa đổi cần xem xét đến việc giảm những thủ tục hành chính không cần thiết, tạo điều kiện thuận lợi cho doanh nghiệp, đồng thời vẫn đảm bảo chức năng quản lý của cơ quan nhà nước có thẩm quyền; sửa đổi những quy định còn bất hợp

lý, thiếu tính thống nhất theo hướng luật và các văn bản dưới luật phải tạo thành một chỉnh thể nhất quán với những nguyên tắc chỉ đạo xuyên suốt mang tính chuyên ngành; đồng thời hướng dẫn bổ sung những quy định chưa đầy đủ. Thực hiện những điều này sẽ góp phần tạo dựng môi trường kinh doanh thuận lợi, là động lực thúc đẩy cho sự phát triển của doanh nghiệp, thu hút các nhà đầu tư và nâng cao hiệu lực, hiệu quả quản lý nhà nước đối với hoạt động đầu tư, kinh doanh.

HÀNH VI CUNG CẤP THÔNG TIN TRONG DỰ THẢO LUẬT CẠNH TRANH

*Trần Việt Dũng**
*Phạm Hoài Huân***

Tóm tắt: Hành vi trao đổi thông tin khi đáp ứng các điều kiện nhất định sẽ tạo điều kiện thuận lợi cho việc tiến hành hoặc duy trì các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Mặt khác, khía cạnh tích cực của hành vi này là có thể tạo nên sự minh bạch của thị trường, qua đó thúc đẩy cạnh tranh. Thông qua việc phân tích các án lệ của Hoa Kỳ cùng với các khuyến nghị của các tổ chức quốc tế, bài viết đưa ra một số khuyến nghị nhằm hoàn thiện qui định về hành vi trao đổi thông tin trong Dự thảo Luật Cạnh tranh.

Abstract: The conduct of information supply may make favorable conditions for anti-competitive agreements or maintains those agreement. On the other hand, that conduct contributes to market transparency and competition. Basing on the analysis of related US case law and recommendation of international organizations, this paper provides recommendations to improve provisions on information exchange in the draft Law on Competition of Vietnam.

Đặt vấn đề

Dự thảo Luật Cạnh tranh lần thứ 2 (Dự thảo) có sự thay đổi lớn so với Luật Cạnh tranh 2004 về việc kiểm soát các hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh (HCCT), trong đó bước đầu đề cập hành vi trao đổi thông tin nhằm thúc đẩy các thỏa thuận HCCT.

Các thỏa thuận và/hoặc hành vi trao đổi thông tin như vậy bao hàm yếu tố tích cực trong việc thúc đẩy minh bạch hóa thị trường, thúc đẩy cạnh tranh, và cả yếu tố phản cạnh tranh khi có thể tạo điều kiện thuận lợi cho việc tiến hành và/hoặc duy trì các thỏa thuận HCCT. Vấn đề đặt ra là, làm thế nào để phân loại được những hành vi trao đổi thông tin có lợi và những hành vi gây hại.

* PGS. TS., Khoa Luật quốc tế, Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

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

1. Hành vi cung cấp thông tin trong pháp luật cạnh tranh

Trong pháp luật cạnh tranh, “*Cung cấp thông tin*” là hành vi trao đổi các thông tin liên quan đến giá cả, sản lượng, kế hoạch sản xuất và các thông tin khác giữa các doanh nghiệp cạnh tranh. Việc cung cấp thông tin này thường dựa trên cơ sở của thỏa thuận trước đó giữa các doanh nghiệp hoặc dựa trên các quyết định của Hiệp hội ngành, nghề.

Thông tin về giá là một trong những loại thông tin được trao đổi nhiều nhất trong các thỏa thuận loại này, xuất phát từ việc giá là một trong những yếu tố có ảnh hưởng lớn đến cạnh tranh trên thị trường. Tùy thuộc vào bản chất của thị trường ngành mà giá hàng hóa có thể được công khai và dễ dàng tiếp cận. Nhưng cũng có những ngành mang tính đặc thù, giá hàng hóa, dịch vụ không dễ tiếp cận. Sự tác động của giá đến cạnh tranh được nhìn nhận ở chỗ, thông qua

việc trao đổi các thông tin về giá, nó có thể giúp các doanh nghiệp tiến hành các thỏa thuận HCCT, mà điển hình nhất là hành vi thỏa thuận ấn định giá hàng hóa, dịch vụ. Tuy nhiên, cần phải thấy rằng, chỉ riêng hành vi trao đổi thông tin tự thân nó không phải là hành vi thỏa thuận HCCT, mà chỉ có tác dụng tạo điều kiện thuận lợi cho các thỏa thuận HCCT. Có thể nhìn nhận hành vi này thông qua các án lệ của Hoa Kỳ.

Trong án lệ *American Column & Lumber Co. v. United States*¹, các nhà sản xuất gỗ đã tiến hành cung cấp cho Hiệp hội bản báo cáo chi tiết về giá của từng sản phẩm của từng nhà sản xuất. Dựa trên cơ sở các báo cáo này, Hiệp hội đã ban hành bản Thống nhất phân loại kích cỡ và chủng loại gỗ (*uniform classification of hardwood sizes and types*). Trong đó, Hiệp hội đặc biệt nhấn mạnh đến khía cạnh “sản xuất thừa”² và khuyến nghị các doanh nghiệp nên thảo luận về vấn đề này.

Vấn đề đặt ra là, với việc cung cấp thông tin về giá, cùng với khuyến nghị của Hiệp hội có cấu thành nên một kế hoạch cho việc giảm sản lượng và tăng giá bán trong tương lai không?

Tình tiết đáng chú ý trong vụ việc này là, Hiệp hội bao gồm 365 nhà sản xuất, thị phần kết hợp chỉ chiếm 1/3 thị trường sản xuất gỗ của Hoa Kỳ. Vì vậy, mặc dù tòa án nhìn nhận hành vi này đã có những dấu hiệu cấu thành nên thỏa thuận ấn định giá, nhưng sẽ không có khả năng để có thể tiến hành thỏa thuận HCCT với một số lượng các doanh nghiệp như vậy, và với việc chỉ chiếm 1/3 thị phần trên toàn Hoa Kỳ, sẽ rất khó để tác động đến giá gỗ trên thị trường.

¹ 257 U.S. 377, 42 S.Ct.

² Nguyên văn trong án lệ là “Overproduction”.

Nhưng nếu thỏa thuận HCCT không thể tiến hành, tại sao các doanh nghiệp lại trao đổi một cách chi tiết về mức giá như vậy? Thẩm phán Brandeis đưa ra các lý do:

Các nhà sản xuất gỗ thường là nhà sản xuất nhỏ lẻ, hoạt động cách biệt trong rừng già. Vì vậy, không có các thông tin đại chúng về ngành và có rất ít thông tin về các điều kiện của thị trường. Trong khi đó, các doanh nghiệp mua thường là doanh nghiệp lớn và có nhiều thông tin về thị trường. Chính điều đó dễ dẫn đến tình trạng sản xuất thừa. Các nhà sản xuất phải đầu tư lớn trong việc trồng các khu rừng (đôi khi kéo dài đến 50 năm), sản xuất thừa có thể đáp ứng được tất cả các phí tổn của việc chặt, cưa nhưng không bù đắp được cho việc trồng mới³.

Đến án lệ *United States v. Container Corp. Of America*⁴ và các án lệ gần đây, tòa án đều xác định hành vi trao đổi thông tin về giá tự thân nó chưa cấu thành thỏa thuận HCCT. Nguyên tắc của tòa án khi tiến hành xử lý các hành vi này luôn đặt trong nguyên tắc “suy luận hợp lý” thay vì nguyên tắc “vi phạm mặc nhiên”: “*Nếu các bên chỉ đơn thuần trao đổi thông tin và không có thêm các yếu tố hỗ trợ nhằm thúc đẩy các thỏa thuận HCCT thì tòa sẽ tiếp tục áp dụng nguyên tắc suy luận hợp lý*”⁵.

Ngân hàng thế giới (WB) và Tổ chức Hợp tác và phát triển kinh tế (OECD) cũng có cách tiếp cận tương tự khi họ xếp thỏa thuận trao đổi thông tin là một dạng thỏa

³ Dẫn theo Herbert Hovenkamp (2005), *Federal Antitrust Policy: The law of competition and its practice*, 3rd edition, Thomson/west, tr.217.

⁴ 393 U.S. 333, 89 S.Ct.

⁵ *Supermarket of Homes, Inv. v. San Fernando Valley Bd. of Realtors*, 786 F.2d 1400, 1407 (9th Cir.1986) dẫn theo Herbert Hovenkamp, tldd, tr.219.

thuận tạo điều thuận lợi cho thỏa thuận HCCT⁶. Theo đó, các thỏa thuận⁷ này có thể thúc đẩy các bên tiến hành thỏa thuận HCCT, nhưng cũng có thể mang lại khía cạnh tích cực cho thị trường. Cụ thể, “các thỏa thuận tạo điều thuận lợi cho thỏa thuận HCCT là các thỏa thuận yêu cầu thống nhất hành động trong việc chia sẻ thông tin, thống nhất việc tiêu chuẩn hóa sản phẩm, chấp thuận những điều kiện cụ thể hoặc các hoạt động liên quan đến giá có thể khiến cho các thỏa thuận HCCT diễn ra dễ dàng hơn trong các thị trường độc quyền nhóm nhằm tránh việc cạnh tranh lẫn nhau, ngay cả khi không có những thỏa thuận HCCT một cách minh thị”⁸.

Vì vậy, WB và OECD khuyến nghị, việc đánh giá các thỏa thuận tạo điều thuận lợi cho thỏa thuận HCCT cần thông qua bốn câu hỏi sau đây:

- Các thỏa thuận xảy ra trong thị trường mà các đặc tính của thị trường này có tạo thuận lợi cho việc hình thành các cartel?

- Thỏa thuận có xảy ra với hầu hết các doanh nghiệp cạnh tranh chủ yếu trên thị trường?

- Các thỏa thuận có khiến cho việc đạt đến hay duy trì các thỏa thuận HCCT ngầm hay công khai về giá hoặc sản lượng được dễ dàng?

- Các thỏa thuận không có bất kì ý nghĩa thúc đẩy cạnh tranh, hoặc những lợi

ích cạnh tranh nếu có ít hơn các tổn hại mà nó gây ra đối với cạnh tranh⁹?

Tóm lại, tự hành vi thỏa thuận trao đổi thông tin về giá không cấu thành vi phạm thỏa thuận ấn định giá. Nhưng những thỏa thuận như vậy có thể tạo ra nguy cơ tổn hại cạnh tranh trên thị trường thông qua việc tạo điều kiện thuận lợi hơn để các bên có thể đạt đến, duy trì các thỏa thuận HCCT, hoặc tạo nên cơ chế để các bên có thể phát hiện gian lận trong thỏa thuận HCCT (cũng là một cơ chế để duy trì các thỏa thuận HCCT). Để đánh giá và phân loại các thỏa thuận này nhằm bảo đảm hiệu quả của việc thực thi pháp luật cạnh tranh, cần phải đánh giá dựa trên bản chất của thị trường và mức độ tập trung của thị trường. Đánh giá bản chất của thị trường để thấy thị trường này thông tin có dễ tiếp cận không, việc trao đổi thông tin có cần thiết không. Trong khi đó, mức độ tập trung của thị trường là một trong những tiền đề để hình thành nên các thỏa thuận HCCT. Một thị trường mức độ tập trung càng cao thì khả năng xảy ra các thỏa thuận HCCT càng lớn.

2. Hành vi cung cấp thông tin trong Dự thảo Luật Cạnh tranh và một số khuyến nghị

Khoản 2 Điều 15 Dự thảo quy định:

“*Cấm tổ chức, cá nhân thực hiện các hành vi sau đây:*

...

Cung cấp thông tin nhằm hình thành các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm theo quy định tại Điều 13 Luật này”.

So với Luật Cạnh tranh hiện hành, Dự thảo đã có bước tiến lớn trong việc kiểm soát các hành vi thỏa thuận HCCT qua việc

⁶ Nguyên văn là “facilitating practice agreements”.

⁷ Trong khuôn khổ của bài viết, thuật ngữ trao đổi và cung cấp thông tin được hiểu cùng một nghĩa. Đồng thời, thuật ngữ thỏa thuận trao đổi thông tin và hành vi trao đổi thông tin cũng hiểu là cùng một nghĩa.

⁸ WB, OECD (1998), *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, chương 3: Agreement, tr.31.

⁹ WB, OECD, *ltdđ*, tr.31.

thể hiện một chuỗi các quy định mang tính liên kết trong kiểm soát các thỏa thuận HCCT. Chuỗi hành vi này được nhìn nhận từ việc hình thành các thỏa thuận, các tiêu chuẩn cho hưởng miễn trừ, chính sách khoan hồng nhằm phá vỡ thỏa thuận và các biện pháp xử lý vi phạm. Trong chuỗi phát triển của thỏa thuận HCCT, Ban soạn thảo tiếp cận khi xây dựng quy định tại khoản 2 Điều 15 điều chỉnh giai đoạn đầu tiên của thỏa thuận là: Chuẩn bị các điều kiện tiền đề cho việc hình thành nên thỏa thuận HCCT.

Ý tưởng lập pháp của khoản 2 Điều 15 Dự thảo được đánh giá là tốt, tuy vậy, cần xác định rõ:

Thứ nhất, các thông tin nhằm hình thành các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm theo quy định tại Điều 13 của Luật bao gồm những loại thông tin nào? Việc không xác định rõ giới hạn của các thông tin này có thể dẫn đến hai khuynh hướng: (i) Áp dụng điều khoản này một cách tùy tiện, ảnh hưởng đến quyền lợi của doanh nghiệp; (ii) Không áp dụng quy định này, ảnh hưởng đến hiệu quả của việc kiểm soát thỏa thuận HCCT.

Có thể thấy, cách xây dựng quy định tại khoản 2 Điều 15 Dự thảo là tiếp nhận kỹ thuật lập pháp của pháp luật cạnh tranh Hoa Kỳ, với đặc trưng là các quy định mang tính phổ quát rất cao¹⁰. Việc áp dụng vào thực tế được chi tiết hóa thông qua hướng dẫn của các cơ quan khác mà chủ yếu là Ủy ban

Thương mại liên bang (Federal Trade Commission - FTC) và Bộ Tư pháp Hoa Kỳ (U.S. Department of Justice - DOJ); trong đó phải kể đến vai trò của khối lượng đồ sộ các án lệ trong lịch sử của quốc gia này.

Ở Việt Nam, theo báo cáo của Cục quản lý cạnh tranh, giai đoạn từ 2006 – 2016 thi hành Luật Cạnh tranh, cơ quan chức năng chỉ xử lý được 5 vụ việc hạn chế cạnh tranh¹¹. Vì vậy, việc tiếp nhận kỹ thuật lập pháp từ Hoa Kỳ như trong trường hợp này là chưa phù hợp. Bởi thời gian đầu khi Luật có hiệu lực, nếu không có hướng dẫn cụ thể từ Chính phủ hoặc được định nghĩa rõ ràng trong Luật, việc áp dụng khoản 2 Điều 15 là rất khó khăn. Để giải quyết vấn đề này, có thể cân nhắc một trong hai lựa chọn:

- Một là, phải định nghĩa rõ trong Dự thảo Luật thế nào là *thông tin nhằm hình thành các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh*?

- Hai là, giao nhiệm vụ hướng dẫn khoản này cho Chính phủ.

Thứ hai, cách thể hiện về ngôn từ của khoản 2 Điều 15 gây khó hiểu, dẫn đến khó xác định được nguyên tắc áp dụng. Trong pháp luật cạnh tranh, có hai nguyên tắc áp dụng phổ biến là nguyên tắc “lập luận hợp lý” và nguyên tắc “vi phạm mặc nhiên”. Theo đó, nguyên tắc “vi phạm mặc nhiên” khẳng định: Nếu một thỏa thuận hạn chế cạnh tranh một cách rõ ràng thông qua bản chất cũng như ảnh hưởng của nó mà không cần phân tích chi tiết về các đặc thù nhằm khẳng định tính bất hợp pháp, thì thỏa thuận

¹⁰ Sherman Act được ban hành năm 1890. Sau đó, năm 1919 Hoa Kỳ tiếp tục ban hành hai luật nữa nhằm kiểm soát về cạnh tranh tại Hoa Kỳ là Federal Trade Commission Act (luật này tạo cơ sở pháp lý cho sự ra đời của Federal Trade Commission - FTC) và Clayton Act. Cả ba luật trên là ba luật chính để kiểm soát cạnh tranh trên toàn Liên bang được áp dụng đến ngày nay.

¹¹ Số liệu được lấy từ Báo cáo hoạt động thường niên 2014, tr.12, Báo cáo hoạt động thường niên 2015, tr.9 và Báo cáo hoạt động thường niên 2016, tr.8-9. Các báo cáo này có thể tải về từ website của Cục quản lý cạnh tranh: <http://www.vca.gov.vn/Publications.aspx?CatelID=18>, truy cập ngày 08/04/2017.

đó vi phạm pháp luật cạnh tranh một cách mặc nhiên (illegal per se). Nguyên tắc “lập luận hợp lý” sẽ được áp dụng nếu ảnh hưởng đến cạnh tranh của thỏa thuận đó chỉ có thể được đánh giá thông qua việc phân tích các đặc điểm riêng biệt của loại hình kinh doanh (tình hình của ngành kinh doanh trước và sau khi có hạn chế cạnh tranh), bản chất và ảnh hưởng của hạn chế cạnh tranh), lịch sử của hạn chế cạnh tranh và lý do áp dụng các hạn chế như vậy¹².

Chiều vào quy định tại khoản 2 Điều 15 Dự thảo, với cấu trúc của câu: ...*Cấm thực hiện hành vi cung cấp thông tin* có thể hiểu, khi tổ chức, cá nhân thực hiện hành vi này thì sẽ mặc nhiên bị cấm. Nhưng các thông tin chỉ bị cấm khi “**nhằm** hình thành các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh”. Nói cách khác, nếu thông tin không nhằm hình thành các thỏa thuận HCCT sẽ không bị cấm. Muốn xác định thông tin nhằm hình thành nên thỏa thuận hay không ảnh hưởng đến cạnh tranh, cần đánh giá trong từng vụ việc và bối cảnh cụ thể. Điều này gây xung đột với cấu trúc tổng quan của câu như đã phân tích.

Một khía cạnh có liên quan đến mục đích của việc trao đổi thông tin là, khi đánh giá vai trò của các thông tin được trao đổi, cần đánh giá ở cả khía cạnh tạo điều kiện hình thành các thỏa thuận HCCT và khía cạnh tạo ra điều kiện để duy trì các thỏa thuận HCCT. Xét ở khía cạnh kinh tế, bản chất của các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh mang lại cho các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận lợi nhuận cao từ việc cắt giảm

sản lượng để nâng cao giá cả. Nhưng cũng chính từ quá trình đó sẽ làm nảy sinh xung đột về lợi ích giữa từng thành viên của thỏa thuận và lợi ích chung của cả nhóm doanh nghiệp tham gia vào thỏa thuận. Tuy nhiên, khi một doanh nghiệp phá vỡ thỏa thuận HCCT, khả năng sẽ đối diện với các trừng phạt/trả đũa của các doanh nghiệp còn lại nếu như hành vi không tuân thủ thỏa thuận bị phát hiện. Hai yếu tố tuân thủ và phá vỡ thỏa thuận luôn tồn tại như hai mặt đối lập của các thỏa thuận HCCT. Trong một thị trường thông tin về hàng hóa, dịch vụ được cung cấp đầy đủ, khả năng tiếp cận thông tin của khách hàng rộng rãi và dễ dàng sẽ là điều kiện cần thiết cho các thỏa thuận HCCT. Vì khi xảy ra hành vi bán hàng dưới giá mà nhóm doanh nghiệp đã thỏa thuận, chính các thông tin được tiếp cận dễ dàng này sẽ lại tố cáo doanh nghiệp bội ước. Đối diện với các biện pháp trả đũa của các doanh nghiệp còn lại, động cơ phá vỡ thỏa thuận HCCT của doanh nghiệp sẽ giảm đi. Nói cách khác, trong bối cảnh thông tin thị trường đầy đủ, tính ổn định của các thỏa thuận HCCT rất cao. Nhưng vấn đề sẽ trở nên khác đi khi thông tin thị trường không đầy đủ hoặc các hành vi mà nhóm doanh nghiệp thỏa thuận hướng đến là các hành vi không liên quan đến giá. “*Việc trao đổi các thông tin làm cho việc phát hiện các gian lận trong các thỏa thuận HCCT, đặc biệt là khi các thông tin chi tiết được trao đổi về các giao dịch hiện hữu và giao dịch thường xuyên trở nên dễ dàng hơn*”¹³.

¹² Nguyễn Thanh Tú, *Nguyên tắc lập luận hợp lý và nguyên tắc vi phạm mặc nhiên trong pháp luật cạnh tranh*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 1/2007, tr.52.

¹³ WB, OECD (1998), *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, chương 3: Agreement, tr.32.

Đồng thời, như trên đã phân tích, các thông tin được trao đổi này vẫn mang khía cạnh minh bạch hóa thị trường, có tác dụng thúc đẩy cạnh tranh. Nên vấn đề quan trọng là phải phân loại giữa các thông tin gây hại và thông tin có lợi cho cạnh tranh. Vì vậy, khoản 2 Điều 15 Dự thảo phải được kiểm soát theo nguyên tắc “lập luận hợp lý”, có nghĩa phải đánh giá nó trong bối cảnh cụ thể. Từ đó, có thể sửa lại như sau:

“Cấm tổ chức, cá nhân thực hiện các hành vi sau đây:

...

2. Cung cấp thông tin nhằm hình thành hoặc duy trì các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm theo quy định tại Điều 13 Luật này.

Việc đánh giá tính chất của thông tin nhằm hình thành hoặc duy trì các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm sẽ được đánh giá trong từng trường hợp cụ thể.

Chính phủ quy định chi tiết nội dung này”.

Thứ ba, quy định tại khoản 2 Điều 15 Dự thảo là một qui định cấm, nhưng trong những phần còn lại của Dự thảo không dự liệu bất cứ biện pháp chế tài nào trong trường hợp quy định bị vi phạm. Điều đó dẫn đến hệ quả nguy hại xét từ góc độ lý luận, theo đó, một quy định cấm chỉ phát huy vai trò khi kèm theo đó là chế tài nếu các đối tượng có liên quan không tuân thủ.

Mặt khác, như đã phân tích, bản chất của các thỏa thuận trao đổi thông tin hoặc hành vi trao đổi thông tin khác với các thỏa thuận HCCT. Nói cách khác, các thỏa thuận trao đổi thông tin không phải là thỏa thuận HCCT. Nó có thể tạo điều kiện thuận lợi cho các thỏa thuận HCCT diễn ra hoặc duy

trì các thỏa thuận đó. Tính nguy hại của trao đổi thông tin được thể hiện ở phương diện này. Do đó, khi thiết kế chế tài cần lưu ý hai trường hợp:

Trường hợp thứ nhất: Nếu xác định hành vi trao đổi thông tin có tác dụng *hình thành và/hoặc duy trì các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm*, nhưng không có sự tồn tại của thỏa thuận HCCT (do cơ quan cạnh tranh không chứng minh được hoặc thỏa thuận HCCT chưa kịp hình thành), thì chế tài của hành vi này phải khác với chế tài áp dụng đối với thỏa thuận HCCT theo hướng nhẹ hơn. Tiêu chí xác định sẽ do Chính phủ quy định cụ thể.

Trường hợp thứ hai: Nếu xác định hành vi trao đổi thông tin có tác dụng *hình thành và/hoặc duy trì các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm* và chứng minh được sự tồn tại của thỏa thuận HCCT thì xử lý chung trong thỏa thuận HCCT, coi đó là một hành vi nằm trong chuỗi hành vi nhằm thực hiện thỏa thuận HCCT.

Kết luận

Việc cung cấp các thông tin thị trường có ý nghĩa trong việc phát huy tính minh bạch của thị trường. Tuy nhiên, trong những điều kiện nhất định, các thông tin này có thể phản cạnh tranh khi nó tạo điều kiện thuận lợi cho việc hình thành hoặc duy trì các thỏa thuận HCCT. Dự thảo Luật Cạnh tranh đã có bước tiến bộ so với Luật Cạnh tranh hiện hành khi có quy định về hành vi cung cấp các thông tin này. Điều đó là phù hợp với thông lệ quốc tế; dù vậy, với quy định như trong Dự thảo thứ 2 hiện nay thì vẫn cần phải tiếp tục sửa đổi mới có thể phát huy hiệu quả trên thực tế.

CƠ CHẾ MỘT CỬA VÀ QUY TẮC XUẤT XỨ: NHỮNG SÁNG KIẾN ĐẨY NHANH TIẾN TRÌNH “THUẬN LỢI HOÁ THƯƠNG MẠI” TRONG KHUÔN KHỔ CỘNG ĐỒNG KINH TẾ ASEAN

Nguyễn Thị Thúy*

Tóm tắt: Cộng đồng kinh tế ASEAN (AEC) là một trong ba trụ cột chính của Cộng đồng chung ASEAN bên cạnh Cộng đồng an ninh – chính trị ASEAN (APSC), Cộng đồng văn hoá – xã hội ASEAN (ASCC). Nhận thức được tầm quan trọng của AEC đối với tiến trình hiện thực hoá hai trụ cột còn lại, các nước ASEAN trong khuôn khổ AEC cùng nhau đưa ra nhiều sáng kiến quan trọng nhằm đẩy mạnh các hoạt động thuận lợi hoá thương mại như: Cơ chế hải quan một cửa; hoàn chỉnh các quy tắc về xuất xứ, tiến đến cho phép các doanh nghiệp, nhà xuất khẩu “Tự chứng nhận xuất xứ” hàng hoá của mình. Vì vậy, Việt Nam – một trong các thành viên sáng lập AEC cần rà soát, hoàn thiện hệ thống pháp luật quốc gia nhằm thực hiện những sáng kiến trên một cách hiệu quả.

Abstract: The ASEAN Economic Community (AEC), in addition to the ASEAN Political-Security Community (APSC) and the ASEAN Socio-Cultural Community (ASCC), is one of the three pillars of the ASEAN Community. Recognizing AEC importance to the process of realizing the remaining two pillars, ASEAN countries within the AEC framework jointly launch important initiatives to promote trade facilitation such as: the ASEAN single window customs mechanism; the improvement of rules on origin for allowing enterprises, exporters to “self-certification of origin”. Therefore, Vietnam as one of the AEC founding members– is in need of review and improvement of its national legal system to enforce efficiently those initiatives.

Mở đầu

Mục tiêu của AEC là biến sự đa dạng và khác biệt của các nước thành viên ASEAN thành lợi thế tương trợ nhau, cùng xây dựng nên mạng cung ứng phục vụ cho việc hình thành một thị trường và không gian kinh tế, vốn, dịch vụ, sản xuất, hàng hoá thống nhất, không còn rào cản; từ đó tăng cường tính cạnh tranh về thương mại, sức hút đầu tư cho khối ASEAN. Vào thời điểm AEC được thành lập (2015), nhiều cam kết quan trọng đã có hiệu lực với Việt Nam, trong đó đầu

tiên có thể kể đến Hiệp định Thương mại hàng hoá ASEAN (ATIGA)¹.

ATIGA được kí kết tháng 2/2009 và có hiệu lực từ ngày 17/5/2010. Tiền thân của ATIGA là Hiệp định về Chương trình ưu đãi thuế quan có hiệu lực chung cho Khu vực Thương mại tự do ASEAN (CEPT-AFTA)² kí năm 1992. Việt Nam gia nhập ASEAN từ năm 1995, bắt đầu thực hiện các

* ThS., Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

¹ ASEAN Trade in Goods Agreement – ATIGA.

² Common Effective Preferential Tariff (CEPT) Scheme for AFTA.

cam kết trong CEPT-AFTA từ năm 1996 và sau này tiếp tục thực hiện ATIGA³.

Điểm chính mà các nước ASEAN cam kết trong ATIGA là dành cho nhau mức ưu đãi tương đương hoặc thuận lợi hơn mức ưu đãi dành cho các nước trong các Thỏa thuận thương mại tự do (FTA)⁴ mà ASEAN đã kí kết. Bên cạnh đó, các nước ASEAN trong khuôn khổ AEC còn đẩy mạnh các hoạt động thuận lợi hoá thương mại với nhiều sáng kiến quan trọng đã và đang được tiến hành từng bước như: Cơ chế hải quan một cửa ASEAN; hoàn chỉnh các quy tắc về xuất xứ, tiến đến cho phép các doanh nghiệp, nhà xuất khẩu “Tự chứng nhận xuất xứ” hàng hoá của mình.

1. Cải cách thủ tục hải quan – Cơ chế một cửa ASEAN

Một trong những mục tiêu hàng đầu mà AEC hướng tới chính là tạo dựng “một thị trường đơn nhất và cơ sở sản xuất chung”, và một trong những biện pháp chính để đạt được mục tiêu đầu tiên này là “tự do thương mại hàng hoá”. Để hỗ trợ tự do hoá thương mại, tăng cường sự hoà hợp của kinh tế khu vực cũng như đạt được các mục tiêu mà AEC đặt ra, bên cạnh việc dỡ bỏ thuế quan và các hàng rào phi thuế quan chính là việc đơn giản hoá thủ tục, đẩy nhanh tiến độ thông quan hàng hoá, mua bán, đồng thời tạo dựng một môi trường giao thương minh bạch, rõ ràng và Cơ chế một cửa ASEAN (ASW)⁵ được lập ra để thực hiện các công việc này⁶. Cơ chế ASW đã được triển khai

toàn bộ hoặc đang được từng bước xây dựng thành “Cơ chế một cửa quốc gia” (NSW) của 7 nước thành viên ASEAN gồm Brunie, Indonesia, Malaysia, Philippines, Singapore, Thái Lan và Việt Nam. Các nước thành viên này hiện là một trong những quốc gia ASEAN đi đầu trong việc kết nối với ASW.

ASW được hình thành với vai trò như một nền tảng khu vực hợp nhất, qua đó kết nối và hoà hợp NSWs của các nước thành viên trong khu vực ASEAN. Các NSW này phải đồng bộ hoá các quy trình, thủ tục xử lý dữ liệu cũng như thiết lập một điểm duy nhất phê duyệt việc thông quan cho hàng hoá. Như vậy, AEC thông qua ASW với mong muốn tăng cường thương mại xuyên quốc gia bằng cách đơn giản hoá và điện tử hoá các thủ tục, quy trình hải quan trong toàn khu vực. Thông qua ASW, các bên có liên quan trong một giao dịch thương mại chỉ cần trao đổi, thoả thuận, làm thủ tục hải quan... trên nền dữ liệu điện tử được quy về một mối là cổng thông tin điện tử của ASW sau khi đã được tập hợp tại NSWs. Từ đó, các quy trình thủ tục hải quan, thông quan hàng hoá... được thực hiện nhanh chóng, giản đơn, cắt giảm được chi phí hành chính, đi lại, đồng nghĩa với việc tăng cường tính cạnh tranh của thương mại ASEAN.

Việc tuân thủ các quy định của ASW nhằm đảm bảo cho NSWs của các nước thành viên tương thích với các tiêu chuẩn quốc tế về cơ chế thông tin mở, từ đó duy trì, đảm bảo cho các trình tự, thủ tục cũng như các quy định pháp lý hải quan liên quan đến thương mại luôn được minh bạch, rõ ràng. Tuy nhiên, không phải tất cả các

³ Cẩm nang “Tóm lược Cộng đồng kinh tế ASEAN”, Trung tâm WTO và Hội nhập – Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam, 2016, tr.18.

⁴ Free Trade Agreement – FTA.

⁵ ASEAN Single Window – ASW.

⁶ ASEAN Single Window – Trade Facilitation for the ASEAN Economic Community <http://asw.asean.org/news/item/symposium-on-single-window-looks->

[to-raise-awareness-and-enhance-trade-efficiency-in-asean](http://asw.asean.org/news/item/symposium-on-single-window-looks-to-raise-awareness-and-enhance-trade-efficiency-in-asean), truy cập ngày 15/11/2016.

doanh nghiệp, các bên liên quan trong giao dịch thương mại đều hiểu được ASW là gì, vận hành ra sao và mang lại các lợi ích thương mại như thế nào. Theo một khảo sát của Cơ quan Phát triển quốc tế Hoa Kỳ⁷ mang tên “Khảo sát đánh giá tác động tiềm năng của ASW” được công bố tại “Hội nghị chuyên đề 2 về Cơ chế một cửa ASEAN và Cơ chế một cửa của các quốc gia” vào tháng 11/2015⁸ cho thấy, phần lớn các nhà sản xuất (đặc biệt trong lĩnh vực dệt may, máy móc và thực phẩm, kể cả bên xuất-nhập khẩu) đều không hiểu rằng ASW có thể mang lại cho họ những lợi ích kinh tế thông qua việc giảm thiểu thời gian, chi phí liên quan trong giao dịch thương mại. Cuộc khảo sát chỉ ra rằng, chỉ có 30% các công ty được khảo sát hiểu về khái niệm ASW và lợi ích do cơ chế này mang lại cho các bên có liên quan, bao gồm nhà nước và các lĩnh vực riêng biệt.

Chính việc các doanh nghiệp, các bên liên quan trong hoạt động thương mại thiếu kiến thức về ASW cũng như không hiểu được những lợi ích thiết thực mà cơ chế này mang lại ảnh hưởng không nhỏ đến hiệu quả vận hành của cơ chế. Ngoài ra, việc thực hiện ASW còn đối mặt với những rào cản từ bên trong nội khối ASEAN, như những khó khăn, trở ngại do chênh lệch về sự phát triển kinh tế của mỗi nước; cách thức xây dựng chính sách; thể thức quản lý kinh tế, xã hội, y tế, giáo dục, chính trị... của mỗi quốc gia là khác biệt. Bên cạnh đó, việc gia tăng các hiệp định song phương giữa các quốc gia thành viên với các nước

khác trên thế giới nhằm đạt được những ưu đãi mà các bên dành cho nhau cũng đặt ra những thách thức cho sự thống nhất trong nội khối, và cản trở việc thực thi những cam kết trong AEC nói riêng và khu vực ASEAN nói chung.

Như đã đề cập, để ASW vận hành có hiệu quả, các nước thành viên ASEAN cần kiểm tra, rà soát, tiến đến thúc đẩy, cải cách, hoàn thiện hệ thống pháp luật; tập trung tạo điều kiện thuận lợi hoá thương mại với các giải pháp như: Cơ chế NSW, tiến đến kết nối với các nước thành viên ASW; giải quyết triệt để các vấn đề về thủ tục hải quan, đặc biệt đối với Việt Nam – một trong những lĩnh vực đang bị đánh giá thấp so với các nước khu vực là tính minh bạch trong chính sách, thủ tục thuế, hải quan⁹. Từ đó, làm cho môi trường kinh doanh, đầu tư của Việt Nam thể hiện được sự minh bạch, công bằng.

Cơ chế một cửa quốc gia của Việt Nam

Bên cạnh những thuận lợi được thụ hưởng khi tham gia vào AEC, vẫn còn những khó khăn, thách thức đòi hỏi Việt Nam phải có những cải cách môi trường pháp lý, rà soát, ban hành các chính sách để “đảm bảo hướng tới một “chuẩn mực” thống nhất theo quy định của AEC” mà Việt Nam cần tuân thủ trong suốt quá trình thực hiện các cam kết¹⁰.

⁷ U.S Agency of International Development (USAID).

⁸ “Symposium II on the ASEAN Single Window and National Single Window” on 16th November 2015 in Singapore.

⁹ Thứ trưởng Bộ Công Thương, Nguyễn Cẩm Tú, *Cộng đồng kinh tế ASEAN 2025: Cơ hội và thách thức mới đối với Việt Nam*, <http://www.moit.gov.vn/vn/tin-tuc/7430/cong-dong-kinh-te-asean-2025-co-hoi-va-thach-thuc-moi-doi-voi-viet-nam.aspx>, truy cập ngày 15/11/2016.

¹⁰ Trần Xuân Kỳ, *Cộng đồng kinh tế Asean (AEC) cơ hội và thách thức của các nước nội khối và Việt Nam*, Tạp chí Lao động – Xã hội, Bộ Lao động, Thương binh và Xã hội, 2016, số 525, tr.8.

Việt Nam từng bước xây dựng và hoàn thiện NSW để phù hợp với các mục tiêu mà AEC đề ra. Theo đó, mọi thủ tục hải quan, thủ tục hành chính từ khai báo, tiếp nhận, trao đổi phản hồi liên quan đến hải quan, cho đến cơ chế phối hợp và trao đổi thông tin để thực hiện thủ tục hành chính một cửa đều được tiến hành thông qua Cổng thông tin một cửa quốc gia¹¹. Cụ thể, trong lĩnh vực hải quan, Việt Nam đã xây dựng và đang từng bước hoàn thiện Hệ thống xử lý dữ liệu điện tử hải quan (e-Customs) nhằm tiếp nhận các chứng từ thuộc hồ sơ hải quan. Qua đó, rút ngắn trình tự, thủ tục, thời gian kê khai thủ tục hải quan cũng như kiểm tra hồ sơ hải quan, tiết kiệm được thời gian và chi phí cho cả doanh nghiệp, người khai hải quan và nhà nước.

Luật Hải quan 2014 có hiệu lực từ ngày 01/01/2015 và Nghị định 08/2015/NĐ-CP hướng dẫn chi tiết việc thi hành Luật Hải quan 2014¹² đã có những quy định pháp lý cơ bản đầu tiên về Cơ chế một cửa quốc gia¹³. Đây là một bước ngoặt tiến bộ của pháp luật về hải quan mà chúng ta đã nỗ lực không ngừng để tiến đến mục tiêu kết nối với ASW phục vụ cho sự hình thành và phát triển AEC mà Việt Nam đã cam kết tham gia.

¹¹ Khoản 6 Điều 3 Thông tư liên tịch 89/2016/TTLT-BTC-BCT về hướng dẫn cơ chế một cửa quốc gia: “Cổng thông tin một cửa quốc gia là một hệ thống thông tin tích hợp bao gồm hệ thống thông tin của cơ quan hải quan, hệ thống thông tin của Bộ Công Thương”.

¹² Nghị định 08/2015/NĐ-CP quy định chi tiết và biện pháp thi hành Luật Hải quan về thủ tục hải quan, kiểm tra, giám sát, kiểm soát hải quan (có hiệu lực từ ngày 15/3/2015).

¹³ Điều 7 Nghị định 08/2015/NĐ-CP: Thực hiện cơ chế một cửa quốc gia.

Sau hơn một năm AEC được hình thành và sau gần hai năm kể từ khi Việt Nam bắt đầu kết nối kỹ thuật với ASW¹⁴, để chi tiết hoá những quy định pháp lý cũng như tăng cường tính hiệu quả cho việc vận hành NSW, nhằm có thể kết nối hiệu quả hơn với ASW, Bộ Tài chính kết hợp với Bộ Công Thương đã ban hành Thông tư liên tịch 89/2016/TTLT-BTC-BCT hướng dẫn chi tiết việc thực hiện Cơ chế một cửa quốc gia¹⁵. Bên cạnh đó, hàng loạt các thông tư, văn bản của các bộ, ban, ngành trong từng lĩnh vực cụ thể cũng đã được ban hành nhằm vận hành Cơ chế một cửa quốc gia này¹⁶.

¹⁴ Ngày 8/9/2015, Việt Nam chính thức thực hiện Cơ chế một cửa quốc gia và kết nối kỹ thuật Cơ chế một cửa ASEAN.

¹⁵ Thông tư liên tịch 89/2016/TTLT-BTC-BCT hướng dẫn thực hiện Cơ chế một cửa quốc gia (có hiệu lực từ ngày 20/8/2016).

¹⁶ - Thông tư 38/2015/TT-BTC quy định về thủ tục hải quan, kiểm tra, giám sát hải quan, thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu và quản lý thuế đối với hàng hoá xuất khẩu, nhập khẩu (có hiệu lực từ ngày 1/4/2015).

- Công văn 2733/TCHQ-GSQL về việc hướng dẫn thực hiện một số nội dung tại Thông tư số 38/2015/TT-BTC.

- Thông tư liên tịch 178/2015/TTLT-BTC-BNNPTNT-BTNMT-BYT hướng dẫn thực hiện Cơ chế một cửa quốc gia (có hiệu lực từ ngày 27/12/2015).

- Thông tư liên tịch 77/2016/TTLT-BTC-BKHCN hướng dẫn thực hiện Cơ chế một cửa quốc gia đối với thủ tục kiểm tra nhà nước về chất lượng hàng hoá nhập khẩu vào Việt Nam thuộc trách nhiệm quản lý của Bộ Khoa học và Công nghệ quản lý (có hiệu lực từ ngày 15/6/2016).

- Thông tư liên tịch 64/2016/TTLT-BTC-BVHTTDL hướng dẫn thực hiện Cơ chế một cửa quốc gia đối với thủ tục thẩm định nội dung đồ chơi trẻ em nhập khẩu thuộc phạm vi quản lý chuyên ngành của Bộ Văn hoá, Thể thao và Du lịch (có hiệu lực từ ngày 15/6/2016).

- Thông tư liên tịch 80/2016/TTLT-BTC-BTTTT hướng dẫn thực hiện Cơ chế một cửa quốc gia trong lĩnh vực thông tin và truyền thông (có hiệu lực từ ngày 31/7/2016).

2. Quy tắc xuất xứ ASEAN (Rules of Origin - ROO) và Tự chứng nhận xuất xứ (Self-Certification)

Một trong những yếu tố có thể tạo thuận lợi hay gây khó khăn cho sự lưu thông hàng hoá qua biên giới giữa các quốc gia chính là xuất xứ của hàng hoá đó. Để được hưởng các ưu đãi về thuế quan, nhà nhập khẩu hàng hoá từ một nước thành viên ASEAN cần tuân thủ Quy tắc xuất xứ được quy định bởi ATIGA. Mặt khác, quy tắc xuất xứ được áp dụng với mục tiêu loại bỏ trường hợp một bên thứ ba nhập khẩu hàng hoá vào một nước thành viên của ASEAN sau khi đã vận chuyển qua một nước khác cũng là thành viên của ASEAN nhằm hưởng ưu đãi thuế suất mà hai nước thành viên này dành cho nhau. Chính vì thế, Quy tắc xuất xứ đóng vai trò quan trọng, là một phần không thể thiếu trong các cuộc đàm phán, kí kết các hiệp định thương mại.

Như vậy, một sản phẩm hàng hoá nếu có xuất xứ từ ASEAN sẽ được hưởng ưu đãi thuế quan theo quy định của ATIGA. Điều kiện để một hàng hoá được coi là có xuất xứ từ khu vực ASEAN bao gồm:

(i) Hàng hoá có xuất xứ thuần tuý hoặc được sản xuất toàn bộ trong khu vực ASEAN, hoặc:

(ii) Hàng hoá đáp ứng được các yêu cầu cụ thể về Quy tắc xuất xứ trong ATIGA (Phụ lục 3 – Quy tắc xuất xứ cụ thể mặt hàng). Có ba loại quy tắc xuất xứ cụ thể:

a. Hàng hoá phải có hàm lượng nguyên liệu nội khối (RVC) ít nhất là 40%; hoặc

b. Hàng hoá phải trải qua chuyển đổi mã số hàng hoá (HS) 4 số; hoặc

c. Hàng hoá phải trải qua một quy trình sản xuất nhất định.

Các quy tắc xuất xứ này có thể được áp dụng riêng hoặc áp dụng kết hợp với nhau

để xác định xuất xứ, nguồn gốc của một hàng hoá. Đa số các sản phẩm có quy tắc xuất xứ kết hợp, cho phép áp dụng đồng thời cả quy tắc RCV và Chuyển đổi HS hoặc Quy trình sản xuất¹⁷.

Một thực tế về quy tắc xuất xứ không thể phủ nhận đó là, các quy định về quy tắc xuất xứ trong ATIGA, trong các FTA mà Việt Nam tham gia kí kết có một số điều khoản về quy tắc xuất xứ giống nhau về tiêu chí RVC hay Chuyển đổi HS, nhưng phương pháp tính lại khác nhau, như FTA với Ấn Độ, FTA với Nhật Bản, hay FTA với Hàn Quốc... Từ đó cho thấy, thực trạng quy tắc xuất xứ mà Việt Nam tham gia hết sức phức tạp và chồng chéo lẫn nhau, điều này làm cho các doanh nghiệp trong nước lúng túng và e ngại trong việc sử dụng ATIGA nói riêng và các FTA nói chung. Bên cạnh đó, khi doanh nghiệp tuân thủ Quy tắc xuất xứ của một hiệp định đã rất tốn kém, việc có nhiều bộ Quy tắc xuất xứ đồng nghĩa với việc doanh nghiệp sẽ phải tiêu tốn thêm nhiều lần. Trong khi đó, để có được Chứng nhận xuất xứ (C/O), nhà xuất khẩu phải bỏ nhiều công sức cũng như tài chính để chứng minh nguồn gốc hàng hoá của mình đáp ứng được các quy tắc xuất xứ rất phức tạp và khắt khe.

Một trở ngại nữa làm các doanh nghiệp chùn bước trong việc thực hiện các quy tắc xuất xứ nhằm hưởng các ưu đãi do ATIGA hay các FTA mang lại là tương quan giữa chi phí thủ tục hành chính phải bỏ ra với lợi ích ưu đãi thuế suất được hưởng. Doanh nghiệp nhận thấy chi phí hành chính, chuẩn bị giấy tờ để xin được C/O quá cao, hoặc mức ưu đãi về thuế quan (nếu xin được

¹⁷ Cẩm nang “Tóm lược Cộng đồng kinh tế ASEAN”, Trung tâm WTO và Hội nhập – Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam, 2016, tr.20.

C/O) so với chi phí thủ tục phải bỏ ra là không đáng kể. Hay việc bên xuất khẩu cảm thấy không thoả đáng khi phải trải qua rất nhiều công đoạn để xin được C/O lại không được hưởng khoản ưu đãi thuế suất mang lại từ chứng nhận hàng hoá xuất xứ từ ASEAN, mà người hưởng lợi lại là bên nhập khẩu.

Nhằm giúp cho thương mại hàng hoá trong ASEAN lưu thông thuận lợi hơn, tiến đến hiện thực hoá mục tiêu thành lập cơ sở sản xuất chung và thị trường chung ASEAN trong khuôn khổ AEC, AEC đã xây dựng hai Dự án thí điểm về Tự chứng nhận xuất xứ hàng hoá trong ASEAN đang được các nước ASEAN triển khai thực hiện, trong đó có Việt Nam.

- Dự án thí điểm 1: Ký ngày 30/8/2010 bởi 3 nước Brunie, Malaysia, Singapore, bắt đầu thực hiện từ ngày 1/11/2010. Thái Lan tham gia vào tháng 10/2011.

- Dự án thí điểm 2: Ký ngày 29/8/2012 bởi 3 nước Lào, Indonesia và Philippines, bắt đầu thực hiện từ ngày 1/1/2014. Việt Nam tham gia vào tháng 9/2014.

Nội luật hoá những cam kết quốc tế này, Việt Nam đã ban hành các quy định pháp luật cụ thể để hướng dẫn cho doanh nghiệp về việc áp dụng các quy tắc xuất xứ và thủ tục chứng nhận xuất xứ trong ATIGA. Hai thông tư mới nhất về quy tắc xuất xứ hàng hoá trong ATIGA được Bộ Công Thương ban hành là:

- Thông tư 28/2015/TT-BCT về việc thực hiện thí điểm tự chứng nhận xuất xứ hàng hoá trong ATIGA.

- Thông tư 22/2016/TT-BCT thực hiện Quy tắc xuất xứ hàng hoá trong ATIGA.

Thông tư 28/2015/TT-BCT quy định việc thực hiện thí điểm Tự chứng nhận xuất xứ hàng hoá giữa các nước thành viên

ASEAN. Việt Nam tham gia vào Bản ghi nhớ về dự án thí điểm tự chứng nhận xuất xứ với 3 nước gồm Lào, Philippines, Indonesia và Thái Lan. Theo Thông tư này, thương nhân tự khai báo xuất xứ của hàng hóa xuất khẩu trên hóa đơn thương mại thay cho C/O mẫu D¹⁸.

Như vậy, cơ chế Tự chứng nhận xuất xứ cho phép nhà xuất khẩu hoặc nhà sản xuất tự chứng nhận xuất xứ hàng hoá của mình mà không cần thông qua các cơ quan có thẩm quyền được chỉ định. Cụ thể, theo quy định về Quy tắc xuất xứ trong ATIGA, các nhà xuất khẩu muốn được hưởng các ưu đãi thuế quan như quy định của ATIGA, phải tiến hành thủ tục xin Chứng nhận xuất xứ mẫu D tại một cơ quan có thẩm quyền của nước xuất khẩu. Ở Việt Nam có 52 tổ chức được uỷ quyền cấp C/O là: Cục Thương mại điện tử và Công nghệ thông tin (Hà Nội), 20 Phòng Quản lý xuất nhập khẩu, 31 Ban Quản lý khu công nghiệp, Khu chế xuất do Bộ Công Thương uỷ quyền¹⁹. Qua đó cho thấy, hệ thống các quy tắc hiện hành về xuất xứ còn rất cồng kềnh, phức tạp. Hơn nữa, nhà sản xuất cũng như các doanh nghiệp phải bỏ ra một số chi phí không nhỏ cho việc đảm bảo các yêu cầu xuất xứ cũng như chi phí, lệ phí hành chính, đi lại để làm thủ tục cấp giấy chứng nhận xuất xứ rườm rà, kéo dài.

Nếu như Dự án thí điểm về Quy chế Tự chứng nhận xuất xứ được thực hiện có hiệu quả,

(Xem tiếp trang 84)

¹⁸ Khoản 1 Điều 3 Thông tư số 28/2015/TT-BTC về việc thực hiện thí điểm Tự chứng nhận xuất xứ hàng hoá trong ATIGA.

¹⁹ Hệ thống quản lý và cấp chứng nhận xuất xứ điện tử - Bộ Công Thương, www.ecosys.gov.vn, truy cập ngày 12/11/2016.

THOẢ THUẬN LỰA CHỌN TOÀ ÁN THEO NGHỊ ĐỊNH BRUSSELS I RECAST – MỘT SỐ KINH NGHIỆM CHO VIỆT NAM

*Phan Hoài Nam**

Tóm tắt: Nghị định Brussels I Recast được ra đời trong bối cảnh quyền tự định đoạt của các bên tranh chấp trong lĩnh vực tư pháp quốc tế được Liên minh châu Âu đề cao, trong đó vấn đề thoả thuận lựa chọn toà án ngày càng được mở rộng. Bài viết nghiên cứu và phân tích các quy định trong Nghị định Brussels I Recast về vấn đề này, đặc biệt là những quy định điều chỉnh về điều kiện hiệu lực của thoả thuận nhằm tìm kiếm những giải pháp có thể tham khảo cho Việt Nam.

Abstract: The Brussels I Regulation Recast was adopted in the context that the party autonomy principle is increasingly enhanced in EU private international law. The choice of court has been increasingly extended. This paper studies and analyses the choice of court agreements according to the Brussels I Regulation Recast, particularly provisions on validity of such agreements, to find implications for Vietnam.

Trong tư pháp quốc tế, quyền thoả thuận lựa chọn tòa án được hầu hết các quốc gia tôn trọng và ghi nhận như là nguyên tắc cơ bản, quan trọng trong tổ tụng dân sự quốc tế¹. Tuy nhiên, để đảm bảo sự cân bằng với việc thực thi quyền tài phán và chủ quyền của quốc gia, quyền này cũng có những giới hạn nhất định, tồn tại dưới hình thức các quy định liên quan đến điều kiện có hiệu lực của thoả thuận.

Ở Việt Nam, trước khi Bộ luật Tố tụng Dân sự (BLTTDS) 2015 ban hành, quyền thoả thuận lựa chọn tòa án được quy định duy nhất tại Bộ luật Hàng hải 2005. Trong BLTTDS 2015, lần đầu tiên quyền thoả thuận lựa chọn tòa án của các bên tranh chấp được đề cập tại điểm c khoản 1 Điều 470. Theo đó, trong các vụ án dân sự mà

các bên có quyền và 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, tòa án Việt Nam sẽ có thẩm quyền riêng biệt đối với các tranh chấp đó. Tuy nhiên, ngoài quy định này, không có bất kỳ một quy định nào khác xác định điều kiện hiệu lực của thoả thuận lựa chọn tòa án. Điều này dễ dẫn đến cách hiểu rằng, quyền lựa chọn cơ quan tài phán của các bên được tôn trọng một cách tuyệt đối. Nghĩa là, các bên có quyền lựa chọn bất kỳ tòa án nào của Việt Nam, thậm chí là tòa án không có mối liên hệ gắn kết nào đối với tranh chấp hoặc với các bên trong tranh chấp đó; việc thoả thuận có thể được thiết lập bất kể thời điểm nào kể cả các trường hợp chủ thể trong quan hệ đó có vị trí yếu thế; hoặc việc thoả thuận có thể tồn tại dưới bất kỳ hình thức nào kể cả thoả thuận miệng... Chính vì vậy, trong quá trình triển khai thi hành BLTTDS, các cơ quan nhà nước có thẩm quyền cần làm rõ vấn đề

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

¹ Đỗ Văn Đại và Mai Hồng Quý, *Giáo trình Tư pháp quốc tế Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, năm 2010, tr. 58.

này nhằm đảm bảo quy định về quyền thoả thuận lựa chọn toà án được tôn trọng và thực thi trên cơ sở bảo đảm chủ quyền quốc gia của Việt Nam. Tham khảo kinh nghiệm từ Liên minh châu Âu (EU) thông qua Nghị định Brussels I Recast² có thể làm rõ các vấn đề liên quan đến thoả thuận lựa chọn toà án, đặc biệt là về điều kiện hiệu lực của thoả thuận.

1. Cơ sở pháp lý của thoả thuận lựa chọn toà án

Hiệp ước Roma 1957 về thành lập Cộng đồng kinh tế châu Âu không đề cập trực tiếp đến quyền tự định đoạt, cũng như vấn đề công nhận và cho thi hành phán quyết giữa các quốc gia thành viên. Tuy nhiên, Điều 220 lại đề xuất hướng hợp tác, đàm phán nhằm hướng đến một cộng đồng dựa trên nền tảng sự tự do dịch chuyển của cá nhân, hàng hoá, dịch vụ và cả phán quyết của toà án. Trên tinh thần đó, Công ước Brussels quy định về thẩm quyền và công nhận, thi hành phán quyết trong lĩnh vực dân sự, thương mại ra đời năm 1968 (Công ước Brussels 1968) và có hiệu lực thi hành năm 1973³. Theo đó, xuất phát từ nguyên tắc tự định đoạt của các bên, thoả thuận lựa chọn toà án đã được thừa nhận như là căn cứ quan trọng để xác định thẩm quyền của toà án trong việc giải quyết các vụ việc dân sự, thương mại có yếu tố nước ngoài. Cụ thể, Điều 17 Công ước Brussels 1968 quy định: *“Nếu các bên đã đồng ý lựa chọn toà án của một nước thành viên Công ước để giải quyết*

tranh chấp thì toà án đó có thẩm quyền xét xử riêng biệt đối với tranh chấp đó”.

Từ ngày 01/3/2002, Công ước Brussels 1968 được thay thế bằng Nghị định Brussels I và những nội dung liên quan đến thoả thuận lựa chọn toà án tiếp tục được kế thừa tại Điều 23. Theo đó, nếu các bên với ít nhất một người đang cư trú tại một nước thành viên đã đồng ý rằng, một hoặc các toà án của một nước thành viên sẽ có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp đã phát sinh hoặc có thể phát sinh liên quan đến một mối quan hệ pháp lý đặc biệt, thì toà án hoặc các toà án đó sẽ có thẩm quyền.

Năm 2005, tại Hội nghị Lahaye về Tư pháp quốc tế, Công ước về Thoả thuận lựa chọn toà án (Công ước Hague 2005)⁴ đã được thảo luận và thông qua. Đây được xem là bước phát triển mới của quyền thoả thuận lựa chọn toà án, được ghi nhận trong một điều ước quốc tế mang tính phổ quát toàn cầu. Hiện nay, EU và các quốc gia thành viên đều đã ký và phê chuẩn Công ước. Như vậy, Công ước Hague 2005 sẽ có giá trị áp dụng ưu tiên hơn so với Nghị định Brussels I. Đây cũng là một trong những lý do chính để Nghị định Brussels I Recast năm 2012 ra đời nhằm giải quyết mâu thuẫn giữa Nghị định Brussels I và Công ước Hague 2005,

² Nghị định Brussels I Recast của EU quy định về thẩm quyền và công nhận, cho thi hành phán quyết trong lĩnh vực dân sự, thương mại có yếu tố nước ngoài.

³ Được ban hành ngày 27/12/1968, có hiệu lực ngày 01/02/1973.

⁴ Theo Công ước Hague 2005, trong các vụ việc thuộc phạm vi điều chỉnh của Công ước, các bên trong giao dịch dân sự, thương mại quốc tế, bằng một thoả thuận chọn toà án riêng biệt, xác định toà án của một nước thành viên hoặc một toà án cụ thể theo pháp luật của nước đó có thẩm quyền giải quyết tranh chấp phát sinh hoặc có thể phát sinh liên quan đến một quan hệ pháp lý cụ thể trong vụ việc dân sự, thương mại có yếu tố nước ngoài. Theo quy định này, các bên có quyền thoả thuận lựa chọn một toà án cụ thể hoặc chỉ định hệ thống toà án của một quốc gia thành viên có thẩm quyền giải quyết bất kỳ tranh chấp nào đã phát sinh hoặc có thể phát sinh liên quan đến một mối quan hệ pháp lý cụ thể.

đặc biệt là vấn đề giữa thoả thuận lựa chọn toà án và nguyên tắc *lis pendens*⁵.

Với Nghị định Brussels I Recast, quyền thoả thuận lựa chọn toà án tiếp tục được tái khẳng định tại Điều 25 bằng việc mở rộng quyền tự do của các bên tranh chấp. Cụ thể, nếu các bên, không cần xem xét đến nơi cư trú, đồng thuận rằng toà án của một quốc gia thành viên có thẩm quyền thì toà án đó sẽ có thẩm quyền, trừ khi thoả thuận đó vô hiệu theo các điều kiện hiệu lực căn cứ vào pháp luật quốc gia thành viên có toà án được lựa chọn. So với quy định của Nghị định Brussels I, bản Recast có ba sự điều chỉnh: *Thứ nhất*, không còn yêu cầu về nơi cư trú tại một trong các quốc gia thành viên của ít nhất một trong các bên chủ thể; *Thứ hai*, bổ sung quy định về luật điều chỉnh đối với thoả thuận lựa chọn toà án; *Thứ ba*, bổ sung quy định khẳng định điều khoản thoả thuận lựa chọn toà án mang tính độc lập so với các điều khoản khác của hợp đồng. Đây là quy định mới nhằm cụ thể hoá sự giải thích của Tòa Công lý châu Âu (ECJ) trước đó về độc lập ý chí của các bên trong hợp đồng trong việc quyết định lựa chọn toà án có thẩm quyền giải quyết tranh chấp⁶.

Như vậy, tại EU, hiện nay cơ sở pháp lý quan trọng để điều chỉnh vấn đề thoả thuận lựa chọn toà án có liên quan đến các quốc gia thành viên sẽ dựa trên quy định của một điều khoản độc lập - Điều 25, và một số

điều khoản khác có liên quan trong Nghị định Brussels I Recast.

Ở Việt Nam, BLTTDS 2015 chỉ đề cập một cách gián tiếp về vấn đề thoả thuận lựa chọn toà án tại điểm c khoản 1 Điều 470 mà chưa cụ thể hóa bằng một điều khoản độc lập nhằm xác định thẩm quyền của toà án Việt Nam đối với các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài. Hơn nữa, thực tiễn cho thấy, thoả thuận lựa chọn toà án mặc dù được các thẩm phán tôn trọng trên thực tế, song lại không thừa nhận tính độc lập của điều khoản thoả thuận lựa chọn toà án trong hợp đồng.

Ví dụ, trong Quyết định số 67/2009/QĐ-PT ngày 28/5/2009, Toà Phúc thẩm Tòa án nhân dân tối cao tại Tp. Hồ Chí Minh cho rằng, do hợp đồng chưa phát sinh hiệu lực theo thoả thuận được ghi nhận trước đó giữa các bên, nên điều khoản về giải quyết tranh chấp, trong đó có thoả thuận lựa chọn toà án nước ngoài cũng đương nhiên chưa phát sinh hiệu lực. Vấn đề sẽ phức tạp nếu toà án Việt Nam là toà án được lựa chọn. Khi đó, do hợp đồng và điều khoản giải quyết tranh chấp chưa phát sinh hiệu lực nên toà án Việt Nam sẽ không có thẩm quyền. Vậy, toà án Việt Nam có được quyền tuyên thoả thuận lựa chọn toà án vô hiệu để từ chối thụ lý hoặc có được quyền giải quyết đối với hợp đồng vô hiệu đó hay không? Như vậy, việc không thừa nhận tính độc lập của điều khoản thoả thuận lựa chọn toà án có thể dẫn đến việc toà án đó không thể giải quyết tranh chấp khi hợp đồng vô hiệu, đặc biệt là khi xác định giá trị pháp lý của chính thoả thuận lựa chọn toà án.

Từ những phân tích trên, tác giả cho rằng, cần thiết phải có một quy định độc lập trong BLTTDS 2015 để khẳng định sự

⁵ Là nguyên tắc cơ bản được sử dụng trong tố tụng dân sự của EU, khi có sự xuất hiện của hai toà án đối với cùng một vụ việc. Toà án thứ hai phải có nghĩa vụ dừng thụ lý – *stay of proceedings*. Nếu toà án thụ lý đầu tiên xác định không có thẩm quyền thì toà án thứ hai sẽ được quyền thụ lý.

⁶ Andrew Dickinson và Eva Lein (ed.), *The Brussels I Regulation Recast*, Nxb. Oxford, Trường Đại học Oxford, Anh, năm 2016, tr. 279.

tôn trọng và ghi nhận quyền thoả thuận lựa chọn toà án của các bên trong vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài. Ngoài ra, cần thừa nhận tính độc lập của điều khoản chọn toà án so với các điều khoản khác của hợp đồng.

2. Nguyên tắc xác định thẩm quyền của toà án dựa trên thoả thuận lựa chọn của các bên

Điều 25 Nghị định Brussels I Recast quy định về căn cứ xác định thẩm quyền của toà án quốc gia dựa trên sự thoả thuận lựa chọn của các bên, nhưng 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. Có nghĩa, các tranh chấp có thoả thuận lựa chọn toà 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. Ngoài ra, tương tự như Công ước Hague 2005 về thoả thuận lựa chọn toà án, khoản 2 Điều 31 Nghị định Brussels I Recast đã thừa nhận thoả thuận lựa chọn toà án hợp pháp của các bên tranh chấp là thoả thuận lựa chọn toà án độc quyền. Theo đó, toà án được các bên lựa chọn trong “*thoả thuận lựa chọn toà án độc quyền*”⁷ sẽ có thẩm quyền xét xử, các toà án khác phải từ chối xét xử đối với vụ việc đó (trừ một số trường hợp đặc biệt). Quy định mới này được cho là đã làm hạn chế một phần hiệu lực của nguyên tắc *lis pendens*. Sự ra đời của khoản 2 Điều 31 này cũng

nhằm đảm bảo tính hài hoà với Công ước Hague 2005.

Như vậy, có thể nhận thấy, quy định trên trong Nghị định Brussels I Recast khác biệt so với quy định tại điểm c khoản 1 Điều 470 BLTTDS 2015 của Việt Nam: Thoả thuận lựa chọn toà án của các bên trong các tranh chấp sẽ xác định thẩm quyền riêng biệt của toà án Việt Nam. Quy định này, theo tác giả, chưa hợp lý và phù hợp với thông lệ của đa số các quốc gia⁸, bởi vấn đề thẩm quyền riêng biệt được các quốc gia quy định đều gắn với các vấn đề bảo vệ an ninh, trật tự công cộng và các lợi ích cần thiết khác của quốc gia, tạo điều kiện thuận lợi cho việc xét xử hiệu quả⁹. Rất ít trường hợp mà sự thoả thuận lựa chọn toà án được coi là căn cứ làm xuất hiện thẩm quyền riêng biệt của toà án quốc gia. Ngay đối với những nước thừa nhận thoả thuận lựa chọn toà án cụ thể là thoả thuận lựa chọn toà án độc quyền như EU, Trung Quốc hay Singapore cũng không xem thỏa thuận đó thuộc thẩm quyền riêng biệt của toà án quốc gia, mà chỉ là cơ sở để ưu tiên thẩm quyền của toà án được lựa chọn.

3. Điều kiện có hiệu lực của thoả thuận lựa chọn toà án

3.1. Phạm vi áp dụng

Theo quy định của Điều 1 và Điều 23 Nghị định Brussels I, thoả thuận lựa chọn toà án sẽ được áp dụng khi có hai điều kiện:

(i) Toà án được chỉ định là một toà án cụ thể, ví dụ như Toà án Brussels của Bỉ,

⁷ Xem: Điều 3 Công ước Hague 2005; 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 7, năm 2016, tr. 69; James Fawcett, *Non-Exclusive Jurisdiction Agreements in Private International Law*, Tạp chí Lloyd's Mar. & Com. L. Q., năm 2011, tr. 234.

⁸ Xem Điều 24 Nghị định Brussels I Recast; Điều 33 Luật Tố tụng dân sự Trung Quốc năm 1991 (sửa đổi, bổ sung 2012); Điều 86, 109 Bộ luật Tư pháp quốc tế của Bỉ năm 2004; Điều 150, 151 Bộ luật Dân sự, Thương mại Thái Lan.

⁹ Đỗ Văn Đại và Mai Hồng Quý, *Tư pháp quốc tế Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, năm 2010, tr. 132.

Toà án Munich của Đức..., hoặc hệ thống toà án của một quốc gia thành viên cụ thể, như các toà án Tây Ban Nha, các toà án Estonia..., hoặc thậm chí là hệ thống toà án của một hệ thống pháp luật cụ thể nằm trong phạm vi của một quốc gia thành viên, như các toà án của Anh và xứ Wales (Liên hiệp Vương quốc Anh và Bắc Ailen)¹⁰.

Nếu điều khoản thoả thuận lựa chọn toà án không đề cập đến một toà án cụ thể mà chọn hệ thống toà án chung chung thì sẽ dùng pháp luật nội địa của quốc gia thành viên đó xác định toà án cụ thể có thẩm quyền. Nếu căn cứ vào pháp luật nội địa vẫn không thể xác định được toà án có thẩm quyền, theo đa số các học giả châu Âu, quyền quyết định thuộc về nguyên đơn nhằm đảm bảo lợi ích của họ tối ưu nhất¹¹. Cũng lưu ý rằng, nếu các bên thoả thuận lựa chọn toà án của một quốc gia thứ ba không phải là thành viên EU thì Nghị định sẽ không được áp dụng, mà sẽ sử dụng pháp luật nội địa của quốc gia thành viên để điều chỉnh vấn đề này.

(ii) Một trong các bên của thoả thuận phải cư trú tại một quốc gia thành viên của EU. Quy định này được dựa trên nguyên tắc chung trong việc xác định thẩm quyền - nguyên tắc nơi cư trú của bị đơn, nhưng trong trường hợp này lại nhằm hướng đến việc đảm bảo tính hiệu lực của thoả thuận mà không cần xem xét đến vai trò tố tụng

của các bên. Và nếu không có bên nào trong tranh chấp cư trú tại quốc gia thành viên EU thì pháp luật tố tụng quốc gia sẽ được sử dụng.

Tuy nhiên, khi Nghị định Brussels I Recast ra đời, điều kiện liên quan đến phạm vi áp dụng về chủ thể đã bị loại bỏ. Điều đó có nghĩa, phạm vi áp dụng của Điều 25 đã được mở rộng hơn và được áp dụng cho thoả thuận của bất kỳ chủ thể nào mà không phân biệt nơi cư trú, kể cả các bên đều đến từ quốc gia thứ ba không phải thành viên EU. Ví dụ, một Công ty của Nhật Bản ký hợp đồng với Công ty của Hoa Kỳ trên lãnh thổ Đức, nhưng trong hợp đồng các bên thoả thuận lựa chọn toà án Anh để giải quyết. Như vậy, thẩm quyền của toà án Anh vẫn có thể phát sinh trên cơ sở thoả thuận của các bên dựa theo Điều 25 Nghị định Brussels I Recast và các bên không yêu cầu toà án Anh phải từ chối thẩm quyền theo các quy định và nguyên tắc pháp lý trong Tư pháp quốc tế của Anh. Điều đó có nghĩa, toà án Đức phải có nghĩa vụ từ chối thẩm quyền dù hợp đồng được giao kết trên lãnh thổ của Đức. Nếu toà án Đức đã thụ lý và có sự phản đối thẩm quyền thì toà án Đức phải có nghĩa vụ trì hoãn giải quyết vụ việc theo trình tự *stay the proceedings* cho đến khi toà án Anh quyết định về thẩm quyền của họ¹².

Bên cạnh đó, phạm vi áp dụng của quyền thoả thuận lựa chọn toà án cũng bị loại trừ đối với các tranh chấp thuộc thẩm quyền riêng biệt được quy định tại Điều 24 của Nghị định này. Đó là các tranh chấp liên quan đến quyền đối với bất động sản và thuê bất động sản; lĩnh vực sở hữu trí tuệ; xác định hiệu lực pháp lý của việc thành lập, giải thể hoặc tuyên bố vô hiệu đối với

¹⁰ Andrew Dickinson và Eva Lein (ed.), *The Brussels I Regulation Recast*, Nxb. Oxford, Trường Đại học Oxford, Anh, năm 2016, tr. 280.

¹¹ Xem: Magnus, U & Mankowski P (eds), *Brussels I Regulation*, Nxb. European Law Publishers, Munich, Đức, tái bản lần 2, năm 2012, tr. 72; Layton, A & Mercer, H, *European Civil Practice*, Nxb. Thomson, London, Anh, tái bản lần 2, năm 2004, mục 20.052; Andrew Dickinson & Eva Lein (ed.), *The Brussels I Regulation Recast*, Nxb. Oxford, Trường Đại học Oxford, Anh, năm 2016, tr. 280.

¹² Theo khoản 2 Điều 31 Nghị định Brussels I Recast.

một quyết định của doanh nghiệp, pháp nhân, cơ quan tổ chức khác, hoặc các quyết định của đơn vị phụ thuộc doanh nghiệp, pháp nhân đó; và các tranh chấp đối với vụ việc liên quan đến xác định hiệu lực văn bản công chứng, chứng thực. Việc loại trừ này nhằm hướng đến bảo vệ an ninh quốc gia, trật tự công cộng và các lợi ích cần thiết khác của quốc gia, tạo điều kiện cho việc xét xử hiệu quả¹³. Điều này có nghĩa, nếu một vụ việc thuộc thẩm quyền riêng biệt của tòa án một quốc gia thành viên khác thì tòa án thụ lý phải có nghĩa vụ từ chối, kể cả trong trường hợp các bên có thỏa thuận lựa chọn. Mặc dù quy định này chỉ mang tính ràng buộc đối với các tranh chấp liên quan đến các quốc gia thành viên, nhưng đa số các quốc gia thành viên EU cũng đều có quy định tương tự đối với các quốc gia thứ ba¹⁴.

Có thể thấy, một số nội dung của quy định này xuất phát từ đặc thù riêng của EU khi tồn tại như một “siêu quốc gia”¹⁵. Do

¹³ Đỗ Văn Đại và Mai Hồng Quý, *Tư pháp quốc tế Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, năm 2010, tr.132.

¹⁴ Ví dụ như án lệ năm 1893: *British South Africa Co v Companhia de Mozambique* [1893] AC 602 của Anh. Xem: Peter North & J.J.Fowcett, *Cheshire and North's Private International Law*, Nxb. Butterworth, London, tái bản lần thứ 13, năm 1999, tr. 928. Mặc dù Bộ luật Tư pháp quốc tế của Bỉ không có bất kỳ quy định nào liên quan đến thẩm quyền tuyệt đối của tòa án nước ngoài đối với các trường hợp gắn với bất động sản, tuy nhiên, trước khi ban hành Bộ luật này, Tòa Phá án của Bỉ đã từng tuyên bố rằng, trong những trường hợp như thế, Tòa án Bỉ sẽ phải có nghĩa vụ từ chối thẩm quyền. Xem: Arnaud Nuyts, *Comparative study of “Residual Jurisdiction” in Civil and Commercial Disputes in the EU National Report for Belgium*, tr. 15. Nguồn: http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_resid_jurisd_belgium_en.pdf, cập nhật ngày 2/4/2017.

¹⁵ Nguồn: website Nghị viện châu Âu, <http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/en/displ>

đó, nội dung mà Việt Nam có thể tham khảo là quy định về việc loại trừ thỏa thuận lựa chọn tòa án trong các tranh chấp thuộc thẩm quyền riêng biệt của tòa án quốc gia khác. Điểm b khoản 1 Điều 472 BLTTDS 2015 quy định, nếu vụ việc thuộc thẩm quyền chung của tòa án Việt Nam (không thuộc thẩm quyền riêng biệt của tòa án Việt Nam, nhưng đồng thời 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. Quy định này không mở rộng cho vấn đề thỏa thuận lựa chọn tòa án, bởi vì thẩm quyền phát sinh trên cơ sở thỏa thuận lựa chọn tòa án lại thuộc trường hợp thuộc thẩm quyền riêng biệt của tòa án Việt Nam.

Việc không quy định nghĩa vụ từ chối thụ lý của tòa án Việt Nam khi sự lựa chọn các bên thuộc thẩm quyền riêng biệt của tòa án nước ngoài dẫn đến khả năng phán quyết của tòa án Việt Nam sẽ bị từ chối công nhận và cho thi hành tại nước mà tòa án có thẩm quyền riêng biệt đối với vụ việc đó. Vậy, cần phải ghi nhận vấn đề này trong pháp luật Việt Nam và giải pháp là loại bỏ quy định rằng, thỏa thuận lựa chọn tòa án là căn cứ xác định thẩm quyền riêng biệt của tòa án Việt Nam.

3.2. Thời điểm thỏa thuận

Nghị định Brussels I Recast không quy định cụ thể về thời điểm thiết lập thỏa thuận lựa chọn tòa án mà các bên có thể thực hiện trước hoặc sau khi tranh chấp xảy ra, trừ một số trường hợp đặc biệt liên quan đến lĩnh vực có sự tham gia của các chủ thể yếu thế như hợp đồng lao động, hợp đồng tiêu dùng, hợp đồng bảo hiểm.

http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/en/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.4.1.html, truy cập ngày 3/4/2017.

Cụ thể, theo khoản 4 Điều 25 Nghị định, việc thoả thuận hoặc điều khoản thoả thuận trao quyền cho toà án sẽ không có hiệu lực nếu trái với Điều 15, Điều 19 và Điều 23 quy định về hợp đồng bảo hiểm, hợp đồng tiêu dùng và hợp đồng lao động. Theo đó, các thoả thuận này chỉ có giá trị pháp lý khi được thiết lập sau tranh chấp đã xảy ra. Điều này xuất phát từ khả năng chiếm ưu thế của một bên là nhà cung cấp dịch vụ bảo hiểm, nhà cung cấp hàng hoá – dịch vụ hoặc người sử dụng lao động so với bên còn lại là người mua bảo hiểm, người tiêu dùng hoặc người lao động - những người vốn có vị trí yếu thế, không có cơ hội và điều kiện để có thể đàm phán một cách công bằng nên có nguy cơ bị lạm dụng bởi các điều kiện và điều khoản trong giao dịch thương mại chung được soạn thảo sẵn. Bởi vậy, cần có quy định để bảo vệ quyền tự định đoạt của họ.

Cũng lưu ý rằng, vấn đề thời điểm thiết lập thoả thuận lựa chọn toà án của các bên chỉ giới hạn đối với ba loại hợp đồng trên mà không mở rộng cho tranh chấp ngoài hợp đồng. Nhưng Nghị định Rome II điều chỉnh vấn đề luật áp dụng cho các nghĩa vụ ngoài hợp đồng lại đặt ra yêu cầu về thời điểm của thoả thuận lựa chọn luật áp dụng cho các tranh chấp này. Cụ thể, khoản 1 Điều 14 của Nghị định quy định, các bên trong tranh chấp ngoài hợp đồng có quyền thoả thuận chọn luật áp dụng trước hoặc sau khi sự kiện gây thiệt hại xuất hiện, nhưng bắt buộc các bên trong tranh chấp đều phải đang theo đuổi hoạt động thương mại. Điều này loại trừ việc các bên có thể thiết lập một thoả thuận lựa chọn toà án không có sự kết nối thực sự với tranh chấp. Chỉ khi tranh chấp đã xảy ra, xác định được nơi sự kiện gây thiệt hại hoặc nơi thiệt hại thực tế xảy

ra thì việc xác định toà án có thẩm quyền giải quyết tranh chấp mới đảm bảo tính kết nối thật sự với tranh chấp. Tính kết nối này sẽ là cơ sở quan trọng để đảm bảo việc thực thi quyền tố tụng của các bên và việc xét xử của toà án được thuận lợi, cũng như đảm bảo tính khả thi cho việc thi hành phán quyết.

Vấn đề này không được quy định trong pháp luật Việt Nam. Do đó, tác giả cho rằng, cần có quy định cụ thể để giới hạn quyền thoả thuận lựa chọn toà án liên quan đến thời điểm thiết lập thoả thuận đối với những tranh chấp trong các trường hợp đặc biệt nhằm bảo vệ các chủ thể có vị trí yếu thế. Tức là, chỉ chấp nhận thoả thuận lựa chọn toà án trong tranh chấp hợp đồng lao động, hợp đồng bảo hiểm và hợp đồng tiêu dùng khi tranh chấp đã xảy ra. Vấn đề này cũng sẽ được áp dụng cho các tranh chấp về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng.

3.3. Hình thức của thoả thuận

Theo khoản 1 Điều 25 Nghị định Brussels I Recast, thoả thuận lựa chọn toà án phải thoả mãn một trong các điều kiện về hình thức sau:

(i) Được lập bằng văn bản hoặc hình thức khác có giá trị chứng cứ như văn bản; hoặc

(ii) Bất kể sự giao dịch nào bằng các phương tiện điện tử ghi nhận sự thoả thuận lâu dài cũng được coi như có giá trị tương đương văn bản; hoặc

(iii) Một hình thức ghi nhận thỏa thuận được lập giữa các bên hoặc một thói quen thương mại nói chung được thừa nhận một cách rộng rãi mà theo đó các bên buộc phải biết.

Việc quy định này được xem là bước tiến quan trọng nhằm đảm bảo phù hợp với

điều kiện các phương tiện kỹ thuật hiện đại ra đời. Trước đây, theo quy định của Công ước Brussels 1968, thoả thuận chọn toà án chỉ có hiệu lực khi hình thức của nó đáp ứng 2 điều kiện đầu và điều kiện thứ 3 chỉ được thừa nhận trong phiên bản sửa đổi Công ước Brussels 1968 vào năm 1978 và được cụ thể hoá chi tiết hơn tại phiên bản năm 1989¹⁶.

Trên thực tế, điều kiện thứ 3 về hình thức diễn ra tương đối phức tạp và hầu hết đều cần có giải thích chi tiết từ ECJ. ECJ đã đưa ra giải thích điều khoản trên thông qua vụ *MSG v. Les Gravières Rhénanes*, Case C-106/95¹⁷. Theo đó, điều khoản thoả thuận chọn toà án sẽ có khả năng được chấp thuận khi một trong các bên của hợp đồng đã không phản ứng hoặc vẫn im lặng trên thư thương mại nhằm phản hồi cho bên còn lại, mà trong đó đã chứa đựng điều khoản chọn luật áp dụng được in ra trước, hoặc một trong các bên đã thanh toán nhiều lần hoá đơn được cấp phát bởi bên còn lại có chứa đựng thoả thuận trọng tài hay thoả thuận chọn toà án. Hoặc tương tự trong vụ *Castelleetti v. Trumphy*, Case C-159/97¹⁸, ECJ cho rằng, thoả thuận chọn toà án để giải quyết khi có tranh chấp vẫn sẽ được chấp nhận trong tình huống là một trong những điều khoản được in phía sau của Vận đơn đường biển (Bill of Lading). Dù các bên chỉ ký vào phía trước của Vận đơn, nhưng những nội dung in phía sau vẫn được

xem là đã thoả thuận, trừ khi chữ ký phía sau được yêu cầu bằng một thoả thuận dưới hình thức văn bản giữa các bên. Thậm chí trong vụ *Powell Duffryn v. Petereit*, Case C-214/89, ECJ còn chấp nhận cả thoả thuận lựa chọn toà án thể hiện trong Điều lệ công ty cho các tranh chấp giữa công ty và các cổ đông¹⁹.

Đối với Việt Nam, quy định điều chỉnh về hình thức của thoả thuận nói chung đã có trong Luật Trọng tài Thương mại 2010. Có thể thấy, nội hàm của khoản 2 Điều 16²⁰ đạo luật này tương đối đầy đủ và tương đồng với pháp luật và thực tiễn EU. Hơn nữa, trong bối cảnh Việt Nam hiện nay, với những hạn chế nhất định về trình độ của đội ngũ giải quyết tranh chấp cũng như của cá nhân, cơ quan, tổ chức Việt Nam khi tham gia các giao dịch với đối tác nước ngoài, thì việc quy định rõ ràng về hình thức của thoả thuận lựa chọn toà án là cần thiết. Do đó, đối với thoả thuận lựa chọn toà án, pháp

¹⁹ Trevor Hartley, *Choice of Court Agreement under the European and International Instruments*, Nxb. Đại học Oxford, Anh, năm 2013, tr. 152.

²⁰ Khoản 2 Điều 16 Luật Trọng tài Thương mại 2010 của Việt Nam quy định:

“Thoả thuận trọng tài phải được xác lập dưới dạng văn bản. Các hình thức thỏa thuận sau đây cũng được coi là xác lập dưới dạng văn bản:

- a) Thoả thuận được xác lập qua trao đổi giữa các bên bằng telegram, fax, telex, thư điện tử và các hình thức khác theo quy định của pháp luật;
- b) Thỏa thuận được xác lập thông qua trao đổi thông tin bằng văn bản giữa các bên;
- c) Thỏa thuận được luật sư, công chứng viên hoặc tổ chức có thẩm quyền ghi chép lại bằng văn bản theo yêu cầu của các bên;
- d) Trong giao dịch các bên có dẫn chiếu đến một văn bản có thể hiện thỏa thuận trọng tài như hợp đồng, chứng từ, điều lệ công ty và những tài liệu tương tự khác;
- đ) Qua trao đổi về đơn kiện và bản tự bảo vệ mà trong đó thể hiện sự tồn tại của thoả thuận do một bên đưa ra và bên kia không phủ nhận”.

¹⁶ Công ước Brussels 1968 được sửa đổi, bổ sung 4 lần vào các năm 1978, 1982, 1989 và 1996.

¹⁷ Nguồn: website về cơ sở dữ liệu luật của EU, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1459968327339&uri=CELEX:61995CJ0106#I1>, truy cập ngày 02/4/2016.

¹⁸ Nguồn: website về cơ sở dữ liệu luật của EU, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61997CJ0159>, truy cập ngày 03/4/2016.

luật chỉ cần tham chiếu Điều 16 này của Luật Trọng tài Thương mại 2010.

3.4. Yêu cầu về mối liên hệ gắn kết giữa toà án được lựa chọn với tranh chấp

Như đã trình bày, thoả thuận lựa chọn toà án được tôn trọng và ghi nhận như là ngoại lệ của nguyên tắc chung trong việc xác định thẩm quyền của toà án quốc gia thành viên EU. Yêu cầu về mối liên hệ gắn bó giữa tranh chấp với yếu tố lãnh thổ của quốc gia có toà án được lựa chọn không được quy định trong Nghị định Brussels I Recast. Điều này xuất phát từ đặc thù của tổ chức này và nguyên tắc *Free Movement of Judgments* vốn được xem là nguyên tắc cơ bản, quan trọng trong pháp luật tố tụng EU, được ghi nhận cụ thể trong Phần mở đầu của Nghị định²¹ và được ECJ đề cập trong án lệ *Unibank v. Christensen*²². Theo đó, các quốc gia thành viên phải có nghĩa vụ không được từ chối công nhận và cho thi hành phán quyết của toà án quốc gia thành viên khác, không được đặt ra các điều kiện ràng buộc, kể cả các điều kiện ràng buộc về thủ tục tố tụng²³.

²¹ Mục (3) của Lời nói đầu tuyên bố: “The Union has set itself the objective of maintaining and developing an area of freedom, security and justice, inter alia, by facilitating access to justice, in particular through the principle of mutual recognition of judicial and extrajudicial decisions in civil matters” (tạm dịch là “Liên minh đặt ra mục tiêu tiếp tục duy trì và phát triển một khu vực tự do, an ninh và công bằng và những yếu tố khác bằng việc tạo điều kiện để tiếp cận công lý, đặc biệt thông qua nguyên tắc công nhận lẫn nhau phán quyết của toà án hoặc các quyết định tư pháp trong lĩnh vực dân sự”).

²² Nguồn: website cơ sở dữ liệu luật của EU, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61997CJ0260>, truy cập ngày 3/4/2017.

²³ Janet A. Pontier & Edwige Burg, *EU Principles of Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters according to the case law of the European Court of Justice*, Tạp chí T.M.C Asser Press, năm 2004, tr.28.

Tuy nhiên, mặc dù Nghị định Brussels I Recast không quy định trực tiếp điều kiện về mối liên hệ gắn bó giữa tranh chấp với yếu tố lãnh thổ của quốc gia có toà án được lựa chọn, nhưng có một số quy định mang tính gián tiếp lại đặt ra yêu cầu về tính kết nối theo các quy định của Nghị định đến pháp luật quốc gia. Ví dụ, mục (3) Điều 15 Nghị định Brussels I Recast quy định, tranh chấp hợp đồng bảo hiểm mà tại thời điểm thiết lập các bên có nơi cư trú hoặc thường xuyên cư trú tại cùng một quốc gia, ngay cả khi sự kiện bảo hiểm xảy ra ở nước ngoài, các bên vẫn được quyền lựa chọn toà án của quốc gia thành viên đó, nếu sự lựa chọn không trái với các quy định trong pháp luật của quốc gia. Giả sử pháp luật quốc gia được quy dẫn là Bỉ, thì với quyền từ chối thẩm quyền được đề cập tại khoản 2 Điều 6 Bộ luật Tư pháp quốc tế 2004, Toà án Bỉ có thể từ chối thẩm quyền dựa trên sự thoả thuận của các bên nếu Toà án xác định được rằng không có sự kết nối giữa tranh chấp với lãnh thổ của Bỉ.

Trong bối cảnh Việt Nam hiện nay, tác giả cho rằng, việc ghi nhận điều kiện về mối liên hệ gắn bó tối thiểu giữa các yếu tố của tranh chấp với yếu tố lãnh thổ của quốc gia có toà án được lựa chọn là cần thiết và phù hợp với thông lệ của đa số các nước²⁴. Việc

²⁴ Đa số các quốc gia theo Common law đều đặt ra yêu cầu về sự kết nối (dù là nhỏ nhất) giữa tranh chấp với Toà án được lựa chọn và nó được xem là một trong những căn cứ quan trọng để xác định thẩm quyền của toà án quốc gia dựa trên nguyên tắc *in personam jurisdiction*, cũng như là cơ sở quan trọng để từ chối thẩm quyền theo học thuyết *forum non conveniens*. Điều 34 Luật Tố tụng Dân sự 2012 của Trung Quốc quy định, toà án được chọn phải là toà án nơi bị đơn cư trú; nơi hợp đồng được ký hoặc thực hiện; nơi nguyên đơn cư trú; nơi có đối tượng cụ thể của giao dịch; hoặc nơi có sự kết nối thực tế đối với tranh chấp. Tức là, theo quy định này, toà án được lựa chọn phải là toà án cụ thể có sự kết nối với

ràng buộc mối liên hệ gắn bó tối thiểu của tranh chấp với yếu tố lãnh thổ Việt Nam vừa đảm bảo sự cân bằng giữa việc tôn trọng quyền tự định đoạt của các bên tranh chấp với việc thực thi quyền tài phán, chủ

quyền quốc gia của Việt Nam. Đồng thời, đảm bảo sự thuận tiện cho các bên tranh chấp, đặc biệt là bị đơn khi tham gia hoạt động tố tụng, cũng như tính khả thi của việc thi hành phán quyết của toà án Việt Nam.

tranh chấp phát sinh giữa các bên. Điều 38 của BLTTDS 2005 của Đức cũng quy định các bên được thoả thuận lựa chọn toà án. Mặc dù BLTTDS không quy định cụ thể về loại thoả thuận song thực tiễn pháp lý của Đức cho thấy, Đức chỉ xem thoả thuận lựa chọn toà án là thoả thuận không độc quyền, và nó có thể bị xem xét lại dựa trên việc kiểm tra về tính kết nối của tranh chấp với toà án được lựa chọn. Xem: German Supreme Court, Sep. 5, 2012 – VII ZR 25/12 = 2013 Internationales Handelsrecht (IHR), 35. Nguồn: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh& Art=en&az=VII%20ZR%2025/12&nr=61762>, truy cập ngày 2/4/2017.

(Tiếp theo trang 74 – Cơ chế một cửa và quy tắc...)

sẽ góp phần đơn giản hoá, rút ngắn quy trình, thủ tục xin cấp chứng nhận xuất xứ cũng như cắt giảm cho nhà xuất khẩu những chi phí để thực hiện thủ tục này. Đặc biệt, đối với các nhà xuất khẩu hay nhà sản xuất nhỏ thường có trụ sở cách xa cơ quan có thẩm quyền cấp chứng nhận xuất xứ hàng hoá.

Tuy nhiên, theo Bộ Công Thương, tính đến tháng 11/2016, tức là 02 năm sau khi Việt Nam tham gia Dự án thí điểm Tự chứng nhận hàng hoá trong ATIGA, chỉ có 02 doanh nghiệp được “Tự chứng nhận xuất xứ” (Công ty cổ phần Sữa Vinamilk và Công ty trách nhiệm hữu hạn Nestlé Việt Nam)²⁰. Vấn đề là do các doanh nghiệp hay nhà sản xuất muốn được “Tự chứng nhận xuất xứ” phải hội đủ 4 điều kiện mà Thông tư 28/2015/TT-BCT quy định gồm: 1) Là

nhà sản xuất đồng thời là nhà xuất khẩu hàng hóa do chính thương nhân sản xuất; 2) Không vi phạm quy định về xuất xứ trong hai năm gần nhất tính đến thời điểm nộp hồ sơ đăng ký; 3) Kim ngạch xuất khẩu đi ASEAN được cấp C/O mẫu D năm trước liền kề đạt tối thiểu 10 triệu USD; 4) Có cán bộ được đào tạo, được cấp chứng nhận hoặc chứng chỉ về xuất xứ hàng hóa do đơn vị đào tạo được Bộ Công Thương chỉ định cấp²¹. Có thể thấy, trong 4 tiêu chí trên thì việc “kim ngạch xuất khẩu đi ASEAN được cấp C/O mẫu D năm trước liền kề đạt tối thiểu 10 triệu USD” là một điều kiện mà không phải doanh nghiệp Việt Nam nào cũng có thể đáp ứng được. Chính điều này sẽ trở thành một trở ngại không nhỏ cho việc hoàn thành Dự án thí điểm “Tự chứng nhận xuất xứ” ở Việt Nam.

²⁰ [http://www.moit.gov.vn/vn/tin-tuc/6199/danh-sach-thuong-nhan-duoc-lua-chon-tham-gia-thi-diem-tu-chung-nhan-xuat-xu-\(cap-nhat\).aspx](http://www.moit.gov.vn/vn/tin-tuc/6199/danh-sach-thuong-nhan-duoc-lua-chon-tham-gia-thi-diem-tu-chung-nhan-xuat-xu-(cap-nhat).aspx), truy cập ngày 20/11/2016.

²¹ Điều 4, Thông tư số 28/2015/TT-BCT.