

THÔNG RA MỘT KỶ

9(341)

2016

SỐ 45

# NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

## MỤC LỤC

### TỔNG BIÊN TẬP

LÊ MAI THANH

### HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP

GS.TSKH. ĐÀO TRẦN C  
PGS.TS. BÙI XUÂN C  
PGS.TS. PHẠM HỒNG HAI  
PGS.TS. TRẦN QUANG H  
PGS.TS. HÀ THOẠI H  
PGS.TS. PHẠM HỮU NGH  
PGS.TS. NGUYỄN NH  
PGS.TS. LÊ MINH TH  
PGS.TS. NGUYỄN TRUNG T  
GS.TS. VŨ KH  
PGS.TS. QUANG V

Trụ sở Tòa soạn:  
27 Trần Xuân Soạn  
Hà Nội

Tel: 04.39713333  
Fax: 04.39764534  
Email:  
tcnnpl@isl.gov.vn

Giấy phép hoạt động  
bản chất số 121/GP-  
BTTTT, ngày 22/4/2013

In tại Công ty in Thủy Lợi

Giá: 20.000

### LUẬT HIẾN PHÁP, LUẬT HÀNH CHÍNH

- ❖ CAO VŨ MINH: Thẩm quyền của Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh theo Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 3
- ❖ ĐỖ THANH HƯƠNG: Pháp luật về di sản văn hóa phi vật thể ở Việt Nam hiện nay 10

### LUẬT HÌNH SỰ

- ❖ NGUYỄN THỊ THUẬN: Hiệu lực về không gian theo quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015 – một số bình luận từ góc độ pháp luật quốc tế 13

### LUẬT DÂN SỰ, LUẬT TỔ TỤNG DÂN SỰ

- ❖ ĐỖ VIỆT ANH THÁI: Bảo lưu quyền sở hữu của người bán đối với tài sản mua bán theo Bộ luật Dân sự năm 2015 18
- ❖ NGUYỄN THỊ THU HÀ: Người đại diện của đương sự trong Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 28

### LUẬT HÔN NHÂN VÀ GIA ĐÌNH

- ❖ NGUYỄN HUY CƯỜNG: Một số bất cập trong các quy định về mang thai hộ vì mục đích nhân đạo của Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 38

### LUẬT KINH TẾ

- ❖ TRẦN THỊ THU PHƯƠNG: Một số vấn đề về pháp luật điều chỉnh hoạt động đầu tư, thương mại của doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài tại Việt Nam 41
- ❖ DƯƠNG MỸ AN: Phân chia tài sản của con nợ phá sản trong Luật Phá sản năm 2014 50

### LUẬT QUỐC TẾ, NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT NƯỚC NGOÀI

- ❖ NGÔ HỮU PHƯỚC: Trọng tài thường trực và Trọng tài được thành lập theo Phụ lục VII của Công ước Luật Biển năm 1982 – những điểm tương đồng và khác biệt 62
- ❖ LÝ VÂN ANH: Thẩm quyền trong các vụ kiện Facebook của tòa án Pháp: Gợi mở với Việt Nam 75

MONTHLY ISSUE

9(341)

2016

45<sup>TH</sup> YEAR

**EDITOR IN CHIEF**

LE MAI THANH

**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:*

*tcnnppl@isl.gov.vn*

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

Printed by Water Resources  
Printing Company

**Price: 20.000 VND**

# STATE AND LAW

## CONTENTS

### *CONSTITUTIONAL LAW, ADMINISTRATIVE LAW*

❖ CAO VU MINH: Competence of the Chairperson of a Provincial People's Committee under the Law on the Organisation of Local Government of 2015 3

❖ DO THANH HUONG: Law and Regulation on Intangible Cultural Heritage in Vietnam Nowadays 10

### *CRIMINAL LAW*

❖ NGUYEN THI THUAN: Territorial Effect of the Penal Code of 2015 – Comment from the Perspective of International Law 13

### *CIVIL LAW, CIVIL PROCEDURE LAW*

❖ DO VIET ANH THAI: Seller's Ownership Reservation with Respect to Sold Property under the Civil Code of 2015 18

❖ NGUYEN THI THU HA: Representatives of Relevant Parties under the Civil Procedure Code of 2015 28

### *MARRIAGE AND FAMILY LAW*

❖ NGUYEN HUY CUONG: Shortcomings of Provisions on Surrogacy for Humanitarian Purpose under the Law on Marriage and Family of 2014 38

### *ECONOMIC LAW*

❖ TRAN THI THU PHUONG: Some Issues of Law and Regulation on Investment and Commercial Activities of Foreign Investment Companies in Vietnam 41

❖ DUONG MY AN: Asset Division of Bankrupt Debtors under the Law on Bankruptcy of 2014 50

### *INTERNATIONAL LAW, FOREIGN STATE AND LAW*

❖ NGO HUU PHUOC: The Permanent Court of Arbitration and an Arbitral Tribunal Constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea – Similarity and Difference 62

❖ LY VAN ANH: Jurisdiction in Facebook Litigation in French Courts: Implication for Vietnam 75

# THẨM QUYỀN CỦA CHỦ TỊCH ỦY BAN NHÂN DÂN CẤP TỈNH THEO LUẬT TỔ CHỨC CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG NĂM 2015

*Cao Vũ Minh\**

**Tóm tắt:** Theo Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 thì thẩm quyền của Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh được quy định khá hợp lý nhằm đề cao vị trí, vai trò của người đứng đầu Ủy ban nhân dân cấp tỉnh. Bài viết phân tích một số quy định mới, tiến bộ về thẩm quyền của Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, đồng thời nêu lên những vấn đề cần tiếp tục hoàn thiện.

**Abstract:** According to the Law on Organisation of Local Government of 2015, the competence of the Chairman of a provincial people's committee is quite reasonable to enhance the position and role of the head of such a committee. This article analyses some new and advanced provisions on such competence and discusses some relevant issues for improvement.

Theo Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 (Luật TCCQĐP năm 2015) Chủ tịch Ủy ban nhân dân (UBND), cấp tỉnh do Hội đồng nhân dân (HĐND) cùng cấp bầu ra trong kỳ họp đầu tiên của mỗi khóa HĐND, theo sự giới thiệu của Chủ tịch HĐND cùng cấp<sup>1</sup>. Chủ tịch UBND cấp tỉnh là người lãnh đạo, điều hành công việc của UBND cấp tỉnh, chịu trách nhiệm cá nhân về việc thực hiện những nhiệm vụ, quyền hạn của mình. Điều 22 Luật TCCQĐP năm 2015 quy định Chủ tịch UBND tỉnh có các nhiệm vụ, quyền hạn sau:

- Lãnh đạo, điều hành công việc của UBND, thành viên UBND tỉnh; lãnh đạo, chỉ đạo các cơ quan chuyên môn thuộc UBND tỉnh;

- Phê chuẩn kết quả bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm Chủ tịch UBND, Phó Chủ tịch UBND cấp huyện; điều động, đình chỉ công

tác, cách chức Chủ tịch UBND, Phó Chủ tịch UBND cấp huyện; giao quyền Chủ tịch UBND cấp huyện trong trường hợp khuyết Chủ tịch UBND cấp huyện giữa hai kỳ họp HĐND cấp huyện; yêu cầu Chủ tịch UBND cấp huyện đình chỉ, cách chức Chủ tịch UBND, Phó Chủ tịch UBND cấp dưới khi không hoàn thành nhiệm vụ được giao hoặc vi phạm pháp luật; bổ nhiệm, miễn nhiệm, điều động, cách chức, khen thưởng, kỷ luật cán bộ, công chức, viên chức thuộc phạm vi quản lý theo quy định của pháp luật;

- Tổ chức việc phối hợp với cơ quan nhà nước cấp trên đóng tại địa bàn tỉnh để thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn theo quy định của pháp luật;

- Chỉ đạo Chủ tịch UBND cấp huyện; ủy quyền cho Phó Chủ tịch UBND tỉnh hoặc người đứng đầu cơ quan chuyên môn thuộc UBND tỉnh thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn trong phạm vi thẩm quyền của Chủ tịch UBND tỉnh;

\* ThS., Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

<sup>1</sup> Điều 19, Điều 40 Luật TCCQĐP năm 2015.

- Thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn do cơ quan nhà nước ở trung ương phân cấp, ủy quyền.

...

Đối với Chủ tịch UBND thành phố trực thuộc trung ương, theo Điều 43 Luật TCCQĐP năm 2015 còn có những nhiệm vụ, quyền hạn sau đây:

- Chỉ đạo và tổ chức thực hiện kế hoạch xây dựng các công trình hạ tầng đô thị trên địa bàn thành phố trực thuộc trung ương;

- Quản lý quỹ đất đô thị; việc sử dụng quỹ đất đô thị phục vụ cho việc xây dựng công trình hạ tầng đô thị theo quy định của pháp luật;

- Quản lý nhà đô thị; quản lý việc kinh doanh bất động sản; sử dụng quỹ nhà ở thuộc sở hữu nhà nước của thành phố để phát triển nhà ở tại đô thị; chỉ đạo kiểm tra việc chấp hành pháp luật trong việc xây dựng nhà ở, công trình xây dựng tại đô thị.

...

So với Luật Tổ chức HĐND và UBND năm 2003, Luật TCCQĐP năm 2015 vẫn giữ lại những quyền quan trọng của Chủ tịch UBND cấp tỉnh như: “lãnh đạo, điều hành công việc của UBND, thành viên UBND cấp tỉnh”; “đình chỉ việc thi hành hoặc bãi bỏ văn bản trái pháp luật của cơ quan chuyên môn thuộc UBND cấp tỉnh và văn bản trái pháp luật của UBND, Chủ tịch UBND cấp huyện”; “điều động, đình chỉ công tác, cách chức Chủ tịch UBND, Phó Chủ tịch UBND cấp huyện”<sup>2</sup>... Bên cạnh đó, nhằm đề cao vị trí, vai trò của người đứng đầu UBND cấp tỉnh Luật TCCQĐP năm 2015 còn quy định cho Chủ tịch UBND cấp tỉnh một số quyền mới, tiến bộ.

<sup>2</sup> Điều 22, Điều 43 Luật TCCQĐP năm 2015 và Điều 127 Luật Tổ chức HĐND và UBND năm 2003.

## 1. Những quy định mới về thẩm quyền của Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh

Trước hết, Chủ tịch UBND cấp tỉnh có quyền “giao quyền Chủ tịch UBND cấp huyện trong trường hợp khuyết Chủ tịch UBND cấp huyện giữa hai kỳ họp HĐND cấp huyện”<sup>3</sup>. Đây là một quyền hạn mới, của Chủ tịch UBND cấp tỉnh, với ý nghĩa nhằm lấp “lỗ hổng” trong hoạt động quản lý nhà nước. Hoạt động quản lý nhà nước phải được tiến hành thường xuyên, liên tục và không thể bị gián đoạn, bởi vì khách thể quản lý - hoạt động của đối tượng quản lý diễn ra không ngừng trong thực tiễn khách quan<sup>4</sup>. Chính vì vậy, Luật TCCQĐP năm 2015 quy định quyền hạn này cho Chủ tịch UBND cấp tỉnh nhằm tạo ra cơ sở pháp lý rõ ràng để Chủ tịch UBND cấp tỉnh có thể chủ động, kịp thời ứng phó, khắc phục tình trạng khuyết người điều hành công việc của UBND cấp huyện. Trước khi thông qua Luật TCCQĐP năm 2015, có ý kiến cho rằng, nên giải quyết việc khuyết Chủ tịch UBND cấp huyện trong thời gian HĐND cấp huyện không họp tương tự như trường hợp Chủ tịch UBND cấp huyện vắng mặt, tức là chỉ cần ủy quyền cho Phó Chủ tịch UBND cấp huyện tạm thời lãnh đạo, điều hành công tác của UBND cấp huyện<sup>5</sup>. Tuy nhiên, theo chúng tôi, ý kiến này chưa thực sự hợp lý, bởi Phó Chủ tịch UBND cấp huyện tạm thời đảm nhận công việc của Chủ tịch UBND cấp huyện khác với “quyền Chủ tịch UBND cấp huyện”. Phó Chủ tịch

<sup>3</sup> Khoản 2 Điều 22, khoản 1 Điều 43 Luật TCCQĐP năm 2015.

<sup>4</sup> Trường đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, Nguyễn Cửu Việt (chủ biên), *Giáo trình Luật Hành chính Việt Nam*, Nxb. Đại học quốc gia TP. Hồ Chí Minh, năm 2010, tr. 61.

<sup>5</sup> Khoản 6 Điều 29 Luật TCCQĐP năm 2015.

UBND cấp huyện làm thay việc của Chủ tịch UBND cấp huyện nhưng không có nhiệm vụ, quyền hạn của Chủ tịch UBND cấp huyện và chỉ ký ban hành văn bản dưới hình thức “ký thay” (KT) Chủ tịch UBND cấp huyện<sup>6</sup>. Trong khi đó, “*quyền Chủ tịch UBND cấp huyện*” là Chủ tịch UBND cấp huyện tạm quyền, dù chỉ trong khoảng thời gian nhất định nhưng thực thi nhiệm vụ, quyền hạn của Chủ tịch UBND cấp huyện. Chủ tịch UBND cấp tỉnh quyết định giao quyền Chủ tịch UBND cấp huyện là cần thiết nhằm đáp ứng yếu tố “chính danh” trong hoạt động quản lý nhà nước. Chủ tịch UBND cấp tỉnh không có quyền bổ nhiệm Chủ tịch UBND cấp huyện<sup>7</sup>, nhưng được chọn ra một người xứng đáng để kịp thời gánh vác trọng trách của Chủ tịch UBND cấp huyện là phù hợp với xu hướng điều hành hệ thống hành chính nhà nước hiện nay<sup>8</sup>.

*Thứ hai*, Chủ tịch UBND cấp tỉnh có quyền “*yêu cầu Chủ tịch UBND cấp huyện đình chỉ, cách chức Chủ tịch UBND, Phó Chủ tịch UBND cấp dưới khi không hoàn thành nhiệm vụ được giao hoặc vi phạm pháp luật*”<sup>9</sup>. Quy định này thể hiện sự tác động của Chủ tịch UBND cấp tỉnh đối với Chủ tịch UBND cấp xã. Khoản 4 Điều 22 Luật TCCQĐP năm 2015 quy định, Chủ tịch UBND cấp tỉnh phải lãnh đạo và chịu trách nhiệm về hoạt động của hệ thống hành chính nhà nước từ tỉnh đến cơ sở, bảo đảm

tính thống nhất, thông suốt của nền hành chính. Muốn vậy thì Chủ tịch UBND cấp tỉnh không những thể hiện sự lãnh đạo đối với Chủ tịch UBND cấp huyện, mà còn phải thực hiện sự lãnh đạo trực tiếp đối với Chủ tịch UBND cấp xã. Với quy định trên, pháp luật đã thừa nhận sự chỉ đạo trực tiếp của Chủ tịch UBND cấp tỉnh đối với Chủ tịch UBND cấp xã nhằm đảm bảo cho nguyên tắc tập trung - dân chủ trong quản lý nhà nước, khắc phục tình trạng “trên bảo dưới không nghe” trong hoạt động của các cơ quan nhà nước nói chung và cơ quan hành chính nói riêng<sup>10</sup>.

*Thứ ba*, Chủ tịch UBND cấp tỉnh “*tổ chức việc phối hợp với cơ quan nhà nước cấp trên đóng tại địa bàn tỉnh để thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn theo quy định của pháp luật*”<sup>11</sup>. Quy định này là sự thể chế hóa nguyên tắc “*kết hợp quản lý theo ngành và quản lý theo địa phương*”. Quản lý theo ngành tách rời yếu tố quản lý theo địa phương nguy cơ sẽ phá vỡ sự thống nhất của các quan hệ kinh tế trên lãnh thổ, không có khả năng sử dụng đồng bộ nguồn nhân lực, tài nguyên thiên nhiên, năng lượng tại chỗ, làm phát triển xu hướng tập trung quan liêu, cục bộ và khép kín trong ngành đó<sup>12</sup>. Sự phối hợp quản lý theo ngành với quản lý theo địa phương là rất cần thiết. Pháp luật quy định Chủ tịch UBND cấp tỉnh - người

<sup>6</sup> Ví dụ: nếu Phó Chủ tịch UBND cấp huyện ban hành các quyết định về giải quyết khiếu nại, tố cáo của công dân thì phải ký dưới hình thức “ký thay” (KT).

<sup>7</sup> Theo Luật TCCQĐP năm 2015: “*Chủ tịch UBND cấp huyện do HĐND cấp huyện bầu*”.

<sup>8</sup> Nguyễn Đăng Dung (chủ biên), *Hiến pháp trong nhà nước pháp quyền*, Nxb. Đà Nẵng, năm 2008, tr. 90.

<sup>9</sup> Khoản 2 Điều 22, khoản 1 Điều 43 Luật TCCQĐP năm 2015.

<sup>10</sup> Trong bài phát biểu trước Quốc hội sáng ngày 2/12/2004, Thủ tướng Phan Văn Khải đã nhấn mạnh tình trạng “trên bảo dưới không nghe” trong bộ máy hành chính. Xem thêm VnExpress, Lần đầu tiên Thủ tướng trả lời chất vấn trước Quốc hội, thứ năm, ngày 2/12/2004.

<sup>11</sup> Khoản 6 Điều 22, khoản 1 Điều 43 Luật TCCQĐP năm 2015.

<sup>12</sup> Nguyễn Cửu Việt, *Giáo trình Luật Hành chính Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, năm 2013, tr. 53.

đứng đầu UBND cấp tỉnh phải “*phối hợp với cơ quan nhà nước cấp trên đồng tại địa bàn tỉnh*” trong đó có các Bộ quản lý ngành đã thể hiện tư duy pháp lý đúng đắn về yêu cầu khách quan của sự phối hợp này.

*Thứ tư*, Chủ tịch UBND cấp tỉnh có quyền “*chỉ đạo và áp dụng các biện pháp để giải quyết các công việc đột xuất, khẩn cấp trong phòng, chống cháy, nổ, thiên tai, dịch bệnh, an ninh, trật tự, an toàn xã hội*”<sup>13</sup>. Tuy nhiên, khác Luật Tổ chức HĐND và UBND năm 2003 khi thực hiện những quyền này Chủ tịch UBND cấp tỉnh phải báo cáo UBND cấp tỉnh trong phiên họp gần nhất, thì theo Luật TCCQĐP năm 2015, Chủ tịch UBND cấp tỉnh không cần báo cáo<sup>14</sup>. Theo chúng tôi, quy định trên là khá hợp lý bởi các nhiệm vụ cụ thể trong UBND cấp tỉnh đã được phân định cho các chức danh, có sự phân công khá rõ thẩm quyền của tập thể UBND với cá nhân Chủ tịch UBND. Do đó, việc báo cáo là không cần thiết, vô hình trung làm “*lu mờ*” vị trí, tính chất pháp lý của Chủ tịch UBND cấp tỉnh.

## 2. Một số vấn đề cần tiếp tục hoàn thiện

*Thứ nhất*, quy định “*Chủ tịch UBND cấp tỉnh giao quyền Chủ tịch UBND cấp huyện trong trường hợp khuyết Chủ tịch UBND cấp huyện giữa hai kỳ họp HĐND cấp huyện*” vẫn tồn tại nhiều vấn đề. Cụ thể, Luật TCCQĐP năm 2015 vẫn duy trì quy định: “*HĐND cấp huyện bầu ra Chủ tịch UBND cấp huyện*”. Kết quả bầu Chủ tịch UBND cấp huyện phải được Chủ tịch UBND cấp tỉnh phê chuẩn.

Như trình bày ở trên, việc “*giao quyền Chủ tịch UBND cấp huyện*” của Chủ tịch

UBND cấp tỉnh là cần thiết, làm phong phú thêm nhiệm vụ, quyền hạn của Chủ tịch UBND cấp tỉnh. Tuy nhiên, câu hỏi đặt ra là “*quyền Chủ tịch UBND cấp huyện và Chủ tịch UBND cấp huyện khác nhau như thế nào về địa vị pháp lý*”? “*Quyền Chủ tịch UBND cấp huyện*” đảm đương nhiệm vụ, quyền hạn của Chủ tịch UBND cấp huyện trong trường hợp khuyết Chủ tịch UBND cấp huyện, nhưng trên danh nghĩa lại chỉ là người được Chủ tịch UBND cấp tỉnh chỉ định mà chưa được HĐND cấp huyện bầu. Do đó, “*quyền Chủ tịch UBND cấp huyện*” có quyền chủ tọa các phiên họp của UBND cấp huyện hay không? Quyền Chủ tịch UBND cấp huyện có quyền ký các văn bản pháp luật nhân danh Chủ tịch UBND cấp huyện hay không? Những câu hỏi này chưa được Luật TCCQĐP năm 2015 làm rõ.

Do đó, để quy định “*Chủ tịch UBND cấp tỉnh giao quyền Chủ tịch UBND cấp huyện*” thực sự có giá trị, tạo ra sự đổi mới thực chất trong quá trình điều hành của Chủ tịch UBND cấp tỉnh, trong thời gian tới, các văn bản hướng dẫn thi hành cần quy định rõ “*quyền Chủ tịch UBND cấp huyện*” có đầy đủ nhiệm vụ, quyền hạn của một “*Chủ tịch UBND cấp huyện*”. Việc “*giao quyền Chủ tịch UBND cấp huyện*” không nhằm mục đích lấp đi khoảng trống về “*chiếc ghế quyền lực*”, mà là sự bổ sung kịp thời chủ thể lãnh đạo, điều hành và chịu trách nhiệm, đáp ứng yêu cầu của quản lý nhà nước.

Pháp luật hiện hành trao cho HĐND “*quyền bầu*”, nhưng lại trao “*quyền phê chuẩn*” kết quả bầu đó, quyền điều động và miễn nhiệm cho Chủ tịch UBND cấp trên trực tiếp là mâu thuẫn<sup>15</sup>. Về lâu dài, nên trao

<sup>13</sup> Khoản 9 Điều 22, khoản 1 Điều 43 Luật TCCQĐP năm 2015.

<sup>14</sup> Khoản 6 Điều 127 Luật Tổ chức HĐND và UBND năm 2003.

<sup>15</sup> Nguyễn Cửu Việt, *Giáo trình luật Hành chính Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, năm 2013, tr. 183.

quyền bổ nhiệm Chủ tịch UBND cấp huyện cho Chủ tịch UBND cấp tỉnh. Quy định này sẽ khắc phục được cơ bản tình trạng “*tính hai mặt*” trong cơ chế hoạt động của Chủ tịch UBND cấp huyện. Hơn nữa, khi Chủ tịch UBND cấp tỉnh bổ nhiệm Chủ tịch UBND cấp huyện, một mặt sẽ “*bảo đảm thẩm quyền hành chính theo hướng dân chủ pháp quyền mà ưu thế thuộc về người đứng đầu cơ quan hành chính cấp trên*”<sup>16</sup>, mặt khác sẽ tăng cường tính tự chịu trách nhiệm của người đứng đầu UBND cấp huyện, nhất là trong bối cảnh nước ta đang chủ trương phân cấp mạnh mẽ cho chính quyền địa phương.

*Thứ hai*, Điều 20 và Điều 41 Luật TCCQĐP năm 2015 quy định, Ủy viên UBND cấp tỉnh gồm các Ủy viên là người đứng đầu cơ quan chuyên môn thuộc UBND cấp tỉnh, Ủy viên phụ trách quân sự, Ủy viên phụ trách công an. Đây là một quy định mới của Luật TCCQĐP năm 2015. Theo Luật Tổ chức HĐND và UBND năm 2003, Ủy viên UBND cấp tỉnh không nhất thiết là người đứng đầu cơ quan chuyên môn thuộc UBND cấp tỉnh<sup>17</sup>. Thực tế cho thấy, những Ủy viên của UBND cấp tỉnh phụ trách các lĩnh vực quan trọng sẽ được cơ cấu làm người đứng đầu các cơ quan chuyên môn cấp tỉnh phụ trách những lĩnh vực đó. Như vậy, trong những Ủy viên UBND cấp tỉnh sẽ có những người có hai tư cách: vừa là thành viên UBND cấp tỉnh, vừa là người đứng đầu cơ quan chuyên môn thuộc UBND cấp tỉnh. Điều này bộc lộ sự không bình đẳng về địa vị pháp lý giữa các

Ủy viên là người đứng đầu cơ quan chuyên môn với những Ủy viên không là người đứng đầu cơ quan chuyên môn thuộc UBND cấp tỉnh. Luật TCCQĐP năm 2015 đã khắc phục sự bất bình đẳng này, và quy định tất cả Ủy viên UBND cấp tỉnh đều là người đứng đầu cơ quan chuyên môn thuộc UBND cấp tỉnh. Tuy nhiên, quy định này chưa được nhìn nhận thấu đáo dưới góc độ pháp lý.

Điều 19, Điều 40 Luật TCCQĐP năm 2015 quy định, HĐND cấp tỉnh bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm các Ủy viên UBND cấp tỉnh. Theo Điều 13 Nghị định số 24/2014/NĐ-CP ngày 04/04/2014 quy định về tổ chức các cơ quan chuyên môn thuộc UBND tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương thì Chủ tịch UBND cấp tỉnh bổ nhiệm người đứng đầu, cấp phó của người đứng đầu cơ quan chuyên môn thuộc UBND cấp tỉnh (Giám đốc Sở, Phó Giám đốc Sở). Như vậy, quy trình này sẽ được tiến hành như thế nào: HĐND cấp tỉnh sẽ bầu ra các Ủy viên UBND cấp tỉnh, sau đó, Chủ tịch UBND cấp tỉnh căn cứ vào danh sách các Ủy viên UBND cấp tỉnh để bổ nhiệm người đứng đầu các cơ quan chuyên môn thuộc UBND cấp tỉnh? Nếu vậy thì quyền bổ nhiệm người đứng đầu các cơ quan chuyên môn thuộc UBND cấp tỉnh của Chủ tịch UBND cấp tỉnh lại trở thành một quyền “*hình thức*”.

Trường hợp người đứng đầu cơ quan chuyên môn thuộc UBND cấp tỉnh vi phạm pháp luật thì có thể bị áp dụng hình thức kỷ luật cách chức và người có thẩm quyền xử lý kỷ luật là Chủ tịch UBND cấp tỉnh<sup>18</sup>. Giả sử một Giám đốc Sở có hành vi sử dụng

<sup>16</sup> Trần Thị Thu Hà, *Bản về nhiệm vụ, quyền hạn của Thủ tướng Chính phủ theo Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015*, Tạp chí Khoa học pháp lý số 4, năm 2016.

<sup>17</sup> Điều 127 Luật Tổ chức HĐND và UBND năm 2003.

<sup>18</sup> Xem thêm Điều 8, 13, 15 Nghị định số 34/2011/NĐ-CP ngày 17/5/2011 của Chính phủ quy định về xử lý kỷ luật đối với công chức.

giấy tờ không hợp pháp để được bổ nhiệm chức vụ, và hành vi này bị Chủ tịch UBND cấp tỉnh xử lý kỷ luật bằng hình thức cách chức. Vậy, khi bị cách chức thì người này có còn là Ủy viên UBND cấp tỉnh hay không? Theo chúng tôi, khi bị cách chức Giám đốc Sở thì người này cũng không thể là Ủy viên UBND cấp tỉnh. Do đó, HĐND cấp tỉnh nhất thiết phải bãi nhiệm tư cách Ủy viên UBND cấp tỉnh của người này. Cơ chế phối hợp giữa Chủ tịch UBND cấp tỉnh với HĐND cấp tỉnh trong việc kỷ luật cách chức Giám đốc Sở và bãi nhiệm tư cách Ủy viên UBND cấp tỉnh của người này được thể hiện như thế nào cũng cần phải được làm rõ.

*Thứ ba*, trước đây, điểm b khoản 1 Điều 127 Luật Tổ chức HĐND và UBND năm 2003 quy định: “*Chủ tịch UBND cấp tỉnh có quyền quyết định các vấn đề thuộc nhiệm vụ, quyền hạn của UBND cấp mình, trừ các vấn đề quy định tại Điều 124 của Luật này*”. Với quy định này, thẩm quyền của Chủ tịch UBND cấp tỉnh không gói gọn trong phạm vi 07 loại nhiệm vụ, quyền hạn được nêu ở Điều 127 Luật Tổ chức HĐND và UBND năm 2003. Tuy nhiên, quy định tiến bộ này không có trong Luật TCCQPĐP năm 2015. Chúng tôi cho rằng, đây là một bước thụt lùi khi tăng cường “*chủ nghĩa tập thể*”, làm mờ nhạt vai trò của cá nhân Chủ tịch UBND cấp tỉnh trong tổ chức và hoạt động của UBND cấp tỉnh. Theo Luật TCCQPĐP năm 2015 thì mọi việc thuộc thẩm quyền của UBND cấp tỉnh đều thảo luận tập thể và biểu quyết theo đa số; chỉ khi số phiếu ngang nhau mới phát huy vai trò Chủ tịch UBND cấp tỉnh.

Vì vậy, xuất phát từ tính chủ động, sáng tạo trong hoạt động quản lý nhà nước và tính chất lãnh đạo, điều hành công việc của

UBND cấp tỉnh, Chủ tịch UBND cấp tỉnh cần được trao quyền quyết định cả những vấn đề không nằm trong phạm vi Điều 22, Điều 43 Luật TCCQPĐP năm 2015, miễn là những vấn đề này không thuộc thẩm quyền của tập thể UBND cấp tỉnh được quy định tại Điều 21, Điều 42 Luật TCCQPĐP năm 2015.

*Thứ tư*, Luật Tổ chức HĐND và UBND năm 2003 quy định: “*Chủ tịch UBND cấp tỉnh ra quyết định, chỉ thị để thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của mình*”<sup>19</sup>. Luật TCCQPĐP năm 2015 không quy định Chủ tịch UBND cấp tỉnh ban hành văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) với tên gọi là gi. Điều này chưa thực sự hợp lý, bởi ban hành VBQPPL là phương tiện không thể thiếu của các chủ thể quản lý nhà nước, trong đó có Chủ tịch UBND cấp tỉnh.

Theo khoản 5, Điều 22 Luật TCCQPĐP năm 2015, Chủ tịch UBND cấp tỉnh có quyền đình chỉ việc thi hành hoặc bãi bỏ văn bản trái pháp luật của cơ quan chuyên môn thuộc UBND tỉnh và văn bản trái pháp luật của UBND cấp huyện (trong đó có VBQPPL của tập thể UBND cấp huyện). Trong khi đó, Chủ tịch UBND cấp tỉnh không có quyền ban hành VBQPPL<sup>20</sup>. Vì vậy, quyết định của Chủ tịch UBND cấp tỉnh đình chỉ, bãi bỏ VBQPPL của tập thể UBND cấp huyện là quyết định cá biệt. Với quy định của pháp luật hiện hành sẽ xuất hiện không ít trường hợp các chủ thể có thẩm quyền dùng quyết định cá biệt để đình chỉ, bãi bỏ VBQPPL. Theo chúng tôi, quy định này mâu thuẫn với Điều 12 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015.

<sup>19</sup> Khoản 7 Điều 127 Luật Tổ chức HĐND và UBND năm 2003.

<sup>20</sup> Điều 4 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015.

Trong thời gian tới, để thống nhất và tinh giản các chủ thể có thẩm quyền ban hành VBQPPL ở địa phương thì chỉ nên quy định cho Chủ tịch UBND cấp tỉnh. Quy định cho Chủ tịch UBND cấp tỉnh được quyền ban hành VBQPPL sẽ hạn chế việc “trao quyền” tràn lan cho UBND cấp huyện và cấp xã<sup>21</sup>, vì thực tế, cấp huyện và cấp xã cũng chỉ là các chủ thể chuyển tải các quy định của trung ương và UBND cấp tỉnh vào cuộc sống mà ít khi ban hành các quy phạm mới<sup>22</sup>.

Chủ tịch UBND cấp tỉnh có vai trò rất quan trọng trong việc quản lý, điều hành ở địa phương, nhưng lại không được trao quyền ban hành VBQPPL là một điều không hợp lý. Khoản 9 Điều 22 Luật TCCQĐP năm 2015 quy định: “*Chủ tịch UBND cấp tỉnh chỉ đạo thực hiện các biện pháp bảo vệ môi trường, phòng, chống cháy, nổ; chỉ đạo và áp dụng các biện pháp để giải quyết các công việc đột xuất, khẩn cấp trong phòng, chống thiên tai, dịch bệnh, an ninh, trật tự, an toàn xã hội trên địa bàn tỉnh theo quy định của pháp luật*”. Trong những trường hợp khẩn cấp này, Chủ tịch UBND cấp tỉnh phải ban hành quyết định mang tính quy phạm (chứa đựng các quy tắc xử sự chung) mới có thể đạt hiệu quả cao. Lâu nay, tuy không được

trao quyền ban hành VBQPPL, nhưng do nhu cầu cấp bách của hoạt động quản lý, cá nhân Chủ tịch UBND vẫn ban hành VBQPPL, nhưng lại được ký dưới dạng văn bản của tập thể UBND<sup>23</sup>.

Ngoài ra, quy định quyền ban hành VBQPPL cho Chủ tịch UBND cấp tỉnh còn hạn chế tình trạng tập thể UBND cấp tỉnh ban hành VBQPPL trái pháp luật, nhưng không thể xác định trách nhiệm cụ thể thuộc về ai. Có ý kiến lo ngại khi trao quyền ban hành VBQPPL cho cá nhân Chủ tịch UBND cấp tỉnh sẽ dẫn đến tình trạng Chủ tịch UBND cấp tỉnh chủ quan, nóng vội, đưa ra phương án không chính xác điều chỉnh hành vi trong VBQPPL. Theo chúng tôi, điều này có thể được loại trừ nếu đội ngũ tham mưu, giúp việc cho Chủ tịch UBND cấp tỉnh thực hiện tốt công việc của mình. Và trong thời đại công nghệ thông tin như hiện nay, khi các quan hệ xã hội phát triển như vũ bão thì việc ban hành VBQPPL cũng cần nhanh chóng, khẩn trương, kịp thời mới có thể đáp ứng yêu cầu điều chỉnh. Điều này chỉ có thể có được khi quy định quyền ban hành VBQPPL cho cá nhân Chủ tịch UBND cấp tỉnh.

<sup>21</sup> Theo số liệu báo cáo số 158/UBTVQH12 ngày 16/10/2008 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội, hiện nay ở nước ta có 63 đơn vị hành chính cấp tỉnh, hơn 700 đơn vị hành chính cấp huyện và hơn 10.000 đơn vị hành chính cấp xã. Nếu mỗi đơn vị hành chính lại có quyền ban hành VBQPPL thì số lượng UBND có thẩm quyền ban hành VBQPPL là gần 11.000. Một số lượng chủ thể khổng lồ.

<sup>22</sup> Cao Vũ Minh, *Hoàn thiện các quy định về việc ban hành các VBQPPL của chính quyền địa phương*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 11, năm 2013.

<sup>23</sup> Đỗ Hoàng Yến, *Bàn về thẩm quyền ban hành VBQPPL của Chủ tịch UBND*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 5, năm 2004.

# PHÁP LUẬT VỀ DI SẢN VĂN HÓA PHI VẬT THỂ Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

*Đỗ Thanh Hương\**

**Tóm tắt:** Bài viết phân tích thực trạng pháp luật về di sản văn hóa phi vật thể ở Việt Nam hiện nay, qua đó nhận diện những bất cập còn tồn tại và đề xuất giải pháp hoàn thiện.

**Abstract:** This article analyses current law and regulation on intangible heritage in Vietnam nowadays. It then identifies relevant shortcomings and makes proposals for those shortcomings.

1. Là quốc gia đa tộc người chung sống, Việt Nam có một kho tàng di sản văn hóa dân tộc gồm hai thành tố là di sản văn hóa vật thể và di sản văn hóa phi vật thể (DSVHPVT). Tính đến năm 2015, Bộ Văn hóa, Thể thao và Du lịch đã công nhận 3.308 di tích lịch sử, kiến trúc nghệ thuật, khảo cổ, danh lam thắng cảnh<sup>1</sup>, và tồn tại song hành với các di sản văn hóa vật thể là DSVHPVT phong phú, đa dạng, bao gồm nhiều loại hình của các dân tộc, Đại hội đồng Tổ chức Giáo dục, Khoa học và Văn hóa của Liên hiệp quốc (UNESCO) đã chính thức đưa 8 di sản vật thể của Việt Nam vào Danh mục Di sản Văn hóa và Thiên nhiên thế giới và 8 DSVHPVT vào Danh mục Di sản văn hóa phi vật thể đại diện của nhân loại<sup>2</sup>.

Thời gian qua, nhiều văn bản quy phạm pháp luật đã được Nhà nước ta ban hành nhằm bảo tồn và phát huy giá trị văn hóa cả về lĩnh vực vật thể và phi vật thể. Sự ra đời của Luật Di sản văn hóa năm 2001 và Luật

sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Di sản văn hóa năm 2009 cùng với các văn bản hướng dẫn thi hành đã tạo cơ sở pháp lý quan trọng cho công tác bảo vệ và phát huy di sản văn hóa quý báu này.

Chính phủ cũng đã ban hành Nghị định số 92/2002/NĐ-CP ngày 11/11/2002 quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Di sản văn hóa; Nghị định số 98/2010/NĐ-CP ngày 21/9/2010 quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Di sản văn hóa và Luật sửa đổi bổ sung một số điều của Luật Di sản văn hóa; Thủ tướng Chính phủ ban hành Quyết định số 581/QĐ-TTg ngày 06/5/2009 về việc phê duyệt Chiến lược phát triển văn hóa đến năm 2020; Nghị định số 62/2014/NĐ-CP ngày 25/6/2014 của Chính phủ quy định về xét tặng danh hiệu “Nghệ nhân nhân dân”, “Nghệ nhân ưu tú” trong lĩnh vực DSVHPVT. Những quy định này đã khẳng định quan điểm của nhà nước ta trong vấn đề bảo tồn và phát huy di sản văn hóa dân tộc, trong đó có DSVHPVT.

Trong bối cảnh hội nhập quốc tế hiện nay, các văn bản quy phạm pháp luật về di sản văn hóa của Việt Nam cơ bản phù hợp với các điều ước quốc tế mà chúng ta đã tham gia. Việt Nam là một trong số các

\* ThS., Trường Đại học Văn hóa TP. Hồ Chí Minh.

<sup>1</sup> Công thông tin điện tử, Bộ Văn hóa, Thể thao và Du lịch, <http://bvhttdl.gov.vn>.

<sup>2</sup> Website của Cục di sản văn hóa, <http://dsvh.gov.vn>.

quốc gia sớm phê chuẩn Công ước về Bảo vệ DSVHPVT năm 2003 của UNESCO (phê chuẩn năm 2005); Việt Nam cũng là thành viên của Ủy ban Liên chính phủ tham gia xây dựng phương hướng hoạt động và các chính sách quốc tế có liên quan đến Công ước này. Cùng với việc tham gia Công ước là sự đảm bảo các quy định của Công ước được nội luật hóa vào pháp luật của quốc gia.

2. Các văn bản quy phạm pháp luật điều chỉnh lĩnh vực DSVHPVT dù đã được xây dựng khá đồng bộ, nhưng vẫn còn tồn tại một số bất cập, hạn chế:

*Thứ nhất*, tiêu chí xác định các DSVHPVT chưa được quy định rõ. Điều 1 Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Di sản văn hóa năm 2009 đưa ra khái niệm: “DSVHPVT là sản phẩm tinh thần gắn với cộng đồng hoặc cá nhân, vật thể và không gian văn hóa liên quan, có giá trị lịch sử, văn hóa, khoa học, thể hiện bản sắc của cộng đồng, không ngừng được tái tạo và được lưu truyền từ thế hệ này sang thế hệ khác bằng truyền miệng, truyền nghề, trình diễn và các hình thức khác”. Như vậy “DSVHPVT là sản phẩm tinh thần... không ngừng được tái tạo”. Tiêu chí này thể hiện DSVHPVT là di sản “sống”, gắn liền với đời sống của cộng đồng, không chỉ ở quá khứ mà cả trong cuộc sống hiện tại. Tuy nhiên, hiểu thế nào là “tái tạo” (?) giới hạn của sự tái tạo (?) cần được xác định cụ thể trong Luật. Tiếp đó, các di sản cần được chuyển giao qua bao nhiêu thế hệ thì sẽ được coi là phù hợp với tiêu chí DSVHPVT được lưu truyền từ thế hệ này sang thế hệ khác, cũng cần phải làm rõ.

*Thứ hai*, chưa có nhận thức thống nhất về phát triển DSVHPVT. Ví dụ tháng

7/2009, tỉnh Hà Nam thực hiện dự án nâng cấp lễ hội đền Lảnh Giang (Thôn Yên Lạc, xã Mộc Nam, huyện Duy Tiên). Lễ hội được phục dựng theo hướng bên cạnh những yếu tố truyền thống còn có thêm các yếu tố mới của nghệ thuật biểu diễn đương đại như âm thanh, hiệu ứng, kỹ thuật<sup>3</sup>. Sự kiện này đã nhận được khá nhiều ý kiến trái chiều. Có ý kiến cho rằng, đó là lai căng, làm mất đi tính chất truyền thống của lễ hội. Tuy nhiên, Ban tổ chức lễ hội lại cho rằng, việc tái hiện lễ hội Lảnh Giang trong một hình thức mới hơn và đầy đủ hơn là một hướng thử nghiệm phục hồi và bảo tồn DSVHPVT. Trường hợp này đã cho thấy quan điểm phát triển DSVHPVT chưa có sự thống nhất. Luật Di sản văn hóa hiện hành chưa đưa ra được định hướng chung về nguyên tắc, cách thức phát triển DSVHPVT để đảm bảo các giá trị di sản có thể “sống khỏe mạnh” trong xã hội hiện đại. Các quy định mới chỉ giới hạn phát triển DSVHPVT ở việc không được hủy hoại và làm giảm giá trị của loại hình di sản văn hóa này.

*Thứ ba*, còn thiếu văn bản quy phạm pháp luật điều chỉnh các vấn đề liên quan tới bảo tồn và phát huy DSVHPVT; thiếu các quy định cụ thể về chức năng, nhiệm vụ của cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong việc tổ chức thực hiện hoạt động bảo tồn và phát huy DSVHPVT cũng như xử lý những hành vi gây hủy hoại và làm giảm giá trị DSVHPVT. Theo quy định tại khoản 3, Điều 55 Luật Di sản văn hóa năm 2001 thì Chính phủ quy định cụ thể trách nhiệm của

<sup>3</sup> Thông cáo báo chí lễ hội truyền thống đền Lảnh Giang – Hà Nam được nâng cấp và mang màu sắc văn hóa đương đại, nguồn: <http://viettems.com>, ngày 08/7/2009.

các bộ, cơ quan ngang bộ, cơ quan thuộc Chính phủ trong việc phối hợp với Bộ Văn hoá – Thông tin<sup>4</sup> thực hiện thống nhất quản lý nhà nước về di sản văn hoá. Tuy nhiên, hiện nay vẫn chưa có văn bản nào hướng dẫn về vấn đề này. Tương tự, khoản 3, Điều 24 Luật Di sản văn hóa năm 2001 quy định Nhà nước ban hành văn bản quy phạm pháp luật để bảo vệ sự trong sáng của tiếng Việt và phát triển tiếng Việt nhưng đến nay vẫn chưa có văn bản quy phạm pháp luật hướng dẫn cụ thể. Hoặc Nghị định số 98/2010/NĐ-CP ngày 21/9/2010 của Chính phủ chỉ ra những hành vi được coi là có nguy cơ hủy hoại và làm giảm giá trị DSVHPVT như: “tùy tiện đưa những yếu tố không phù hợp làm giảm giá trị di sản”<sup>5</sup>, tuy nhiên, Nghị định không quy định đơn vị nào có chức năng đánh giá hành vi trên. Hay công tác quản lý lễ hội dân gian dưới góc độ là DSVHPVT cần có những văn bản hướng dẫn cụ thể và quy định rõ ràng, để có thể vừa bảo tồn được hoạt động lễ hội nói chung, vừa phát huy được giá trị riêng của DSVHPVT là lễ hội dân gian.

3. Từ những phân tích trên, nhằm tiếp tục hoàn thiện pháp luật về di sản văn hóa nói chung và DSVHPVT nói riêng, chúng tôi đưa ra một số đề xuất:

Một là, về khái niệm DSVHPVT, Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Di sản văn hóa năm 2009 cần làm rõ tiêu chí “DSVHPVT là sản phẩm tinh thần... không ngừng được tái tạo”. Tiêu chí tái tạo trong DSVHPVT cần được hiểu là phản ánh lại nhưng chân thực (giữ nguyên dạng như nó

từng có) và sinh động (sử dụng những giá trị cổ truyền để phát triển). Làm rõ được tiêu chí đó sẽ làm rõ được hai thái độ đối xử với DSVHPVT. Thứ nhất, DSVHPVT được tái tạo theo hướng phản ánh lại chân thực, nguyên dạng như nó từng có để phát huy trong cuộc sống hiện tại. Thứ hai, DSVHPVT được tái tạo theo hướng phản ánh lại sinh động, nghĩa là kế thừa những giá trị cổ truyền theo cách sử dụng đương đại nhưng đảm bảo quá trình tiếp nối và bổ sung giá trị của DSVHPVT mà không phải là thay thế.

Về tiêu chí “Di sản văn hóa phi vật thể ... được lưu truyền từ thế hệ này sang thế hệ khác”, có thể nhận thấy, xác định số thế hệ được chuyển giao các giá trị văn hóa DSVHPVT được dựa trên kí ức của cộng đồng, của những người lưu giữ và truyền tải di sản nên việc xác định thế hệ chuyển tiếp chỉ có tính chất tương đối. Theo ý kiến của các nhà nghiên cứu, trong xã hội cận hiện đại và truyền thống cần ba thế hệ, còn trong xã hội hiện đại thì chỉ hai thế hệ. Chúng tôi đồng ý với tiêu chí ba thế hệ, vì xã hội của chúng ta ngày nay chưa đạt chuẩn một xã hội hiện đại. Với những phân tích trên, có thể đưa ra khái niệm về DSVHPVT như sau: “*Di sản văn hóa phi vật thể là sản phẩm tinh thần gắn với cộng đồng hoặc cá nhân, vật thể và không gian văn hóa liên quan, có giá trị lịch sử, văn hóa, khoa học, thể hiện bản sắc của cộng đồng, không ngừng được tái tạo chân thật và sinh động, được lưu truyền qua ba thế hệ trở lên bằng truyền miệng, truyền nghề, trình diễn và các hình thức khác*”.

(Xem tiếp trang 17)

<sup>4</sup> Nay là Bộ Văn hóa, Thể thao và Du lịch.

<sup>5</sup> Điểm b, khoản 2, Điều 4 Nghị định số 98/2010/NĐ-CP ngày 21/9/2010.

# HIỆU LỰC VỀ KHÔNG GIAN THEO QUY ĐỊNH CỦA BỘ LUẬT HÌNH SỰ NĂM 2015 – MỘT SỐ BÌNH LUẬN TỪ GÓC ĐỘ PHÁP LUẬT QUỐC TẾ

*Nguyễn Thị Thuận\**

**Tóm tắt:** Bài viết phân tích, bình luận các quy định về hiệu lực không gian của Bộ luật Hình sự năm 2015 từ góc độ pháp luật quốc tế. Qua đó, tác giả chỉ ra một số điểm cần cân nhắc, xem xét trong quá trình chỉnh sửa Bộ luật này để đảm bảo tính tương thích với các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên.

**Abstract:** This article analyses and makes comment on territorial effect of the Penal Code of 2015 from the perspective of international law. On that basis, it identifies some points for consideration in the process of the amendment of this Code for its compatibility with treaties to which Vietnam is a member.

**G**ióng như Bộ luật Hình sự năm 1999, hiệu lực về không gian của Bộ luật Hình sự Việt Nam năm 2015 cũng được quy định tập trung tại Điều 5 và Điều

6. Tuy nhiên, so với Bộ luật Hình sự năm 1999 thì quy định về hiệu lực không gian của Bộ luật Hình sự năm 2015 có một số điểm mới như sau:

ĐIỀU LUẬT	BỘ LUẬT NĂM 1999	BỘ LUẬT NĂM 2015
Khoản 1 Điều 5	Không quy định về áp dụng đối với hành vi phạm tội/hậu quả của hành vi phạm tội xảy ra trên tàu bay, tàu biển mang quốc tịch Việt Nam ...	Có quy định.
Khoản 2 Điều 5: Đối với người nước ngoài phạm tội... thuộc đối tượng được hưởng quyền ưu đãi miễn trừ...	Trách nhiệm hình sự được giải quyết bằng con đường ngoại giao.	Trách nhiệm hình sự được giải quyết theo quy định của điều ước quốc tế hoặc theo tập quán quốc tế; nếu điều ước không quy định hoặc không có tập quán quốc tế thì giải quyết bằng con đường ngoại giao.
Khoản 1 Điều 6	Không quy định về trách nhiệm hình sự của pháp nhân thương mại Việt Nam phạm tội ngoài lãnh thổ Việt Nam.	Có quy định.

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

Khoản 2 Điều 6	Không quy định về trách nhiệm hình sự của pháp nhân thương mại nước ngoài phạm tội ngoài lãnh thổ Việt Nam.	Có quy định.
Điều 6	Chỉ có 2 khoản quy định trường hợp công dân Việt Nam/người không quốc tịch thường trú tại Việt Nam phạm tội ở ngoài lãnh thổ Việt Nam và người nước ngoài phạm tội ở ngoài lãnh thổ Việt Nam.	Bổ sung thêm khoản 3 quy định về hành vi phạm tội/hậu quả của hành vi phạm tội xảy ra trên tàu bay, tàu biển không mang quốc tịch Việt Nam đang ở tại biển cả hoặc vùng trời nằm ngoài lãnh thổ Việt Nam.

Để xác định thẩm quyền tài phán hình sự đối với các tội phạm hình sự<sup>1</sup>, pháp luật quốc tế nói chung và Luật hình sự quốc tế nói riêng đã ghi nhận một số nguyên tắc như nguyên tắc quốc tịch<sup>2</sup>, nguyên tắc lãnh thổ, nguyên tắc an ninh quốc gia, nguyên tắc thẩm quyền tài phán toàn cầu<sup>3</sup>. Các nguyên tắc này được quy định ở các mức độ khác nhau trong pháp luật hình sự của mỗi quốc gia và trong các điều ước quốc tế song phương hoặc đa phương, như Công ước Luật Biển năm 1982, Công ước Tokyo năm 1963 về các hành vi phạm tội và một số hành vi khác thực hiện trên tàu bay<sup>4</sup>, Công ước Montreal năm 1971 về ngăn chặn các hành vi bất hợp pháp chống lại an toàn hoạt động hàng không dân dụng<sup>5</sup>... Tuy nhiên, khi thực thi thẩm quyền tài phán hình sự,

tòa án hình sự quốc gia chỉ áp dụng Luật hình sự quốc gia<sup>6</sup>.

Đối chiếu quy định của pháp luật hình sự quốc tế với nội dung của Điều 5 và Điều 6 Bộ luật Hình sự năm 2015, có thể đưa ra một số đánh giá tổng quát sau đây:

*Thứ nhất*, đối với các hành vi phạm tội trên lãnh thổ Việt Nam, có thể thấy Bộ luật Hình sự năm 2015 (khoản 1 Điều 5) đã áp dụng nguyên tắc lãnh thổ khá triệt để. Vấn đề cần bàn ở đây là, phải tính tới quy định trong một số điều ước quốc tế mà điển hình là Công ước Luật Biển năm 1982. Thẩm quyền tài phán hình sự của quốc gia tại lãnh hải - bộ phận lãnh thổ biển của quốc gia ven bờ có những đặc thù riêng. Cụ thể, đối với các vi phạm hình sự xảy ra trên tàu thuyền nước ngoài đi qua lãnh hải, “*quốc gia ven biển không được thực hiện quyền tài phán hình sự của mình*” ngoại trừ một số trường hợp: “*nếu hậu quả của vụ vi phạm đó mở rộng đến quốc gia ven biển; nếu vụ vi phạm có tính chất phá hoại hòa bình của đất nước hay trật tự trong lãnh hải; nếu thuyền*

<sup>1</sup> Tội phạm hình sự trong Luật hình sự bao gồm tội phạm hình sự chung, tội phạm hình sự có tính chất quốc tế và tội phạm quốc tế (tội ác quốc tế).

<sup>2</sup> Nguyên tắc quốc tịch trong thực tiễn bao gồm quốc tịch của kẻ phạm tội (quốc tịch chủ động) và quốc tịch của nạn nhân (quốc tịch thụ động).

<sup>3</sup> Một số tài liệu sử dụng thuật ngữ thẩm quyền tài phán phổ quát.

<sup>4</sup> Việt Nam gia nhập năm 1979.

<sup>5</sup> Việt Nam gia nhập năm 1979.

<sup>6</sup> Theo quy định của Quy chế Roma năm 1998, Tòa án hình sự quốc tế ngoài việc áp dụng Luật quốc tế cũng có thể áp dụng Luật quốc gia.

trường hay một viên chức ngoại giao hoặc một viên chức lãnh sự của quốc gia mà tàu mang cờ yêu cầu sự giúp đỡ của các nhà đương cục địa phương hoặc nếu các biện pháp này là cần thiết để trấn áp việc buôn lậu chất ma túy hay các chất kích thích”<sup>7</sup>. Về cơ bản, các vi phạm hình sự trên tàu sẽ thuộc thẩm quyền tài phán của quốc gia mà tàu mang cờ theo nguyên tắc “luật cờ tàu”; quốc gia ven biển chỉ được thực thi quyền tài phán hình sự trong các trường hợp liệt kê từ điểm a tới d khoản 1 Điều 27 Công ước Luật Biển năm 1982. Như vậy, Công ước đã cố gắng hạn chế một cách tối đa sự can thiệp của quốc gia ven biển đối với tàu thuyền đi qua không gây hại; quốc gia ven biển không thể viện dẫn việc thực thi quyền tài phán đối với một vụ việc vi phạm hình sự trên tàu thuyền nước ngoài để cản trở việc đi qua không gây hại của tàu thuyền đó. Tuy nhiên, việc đánh giá khi nào một vụ vi phạm trên tàu “mở rộng đến quốc gia ven biển” hay “có tính chất phá hoại hòa bình của đất nước hay trật tự trong lãnh hải”<sup>8</sup> lại tùy thuộc quyền hạn và các quy định của luật quốc gia ven biển<sup>9</sup>.

*Thứ hai*, đoạn 2 của khoản 1 Điều 5 quy định: “... hoặc tại vùng đặc quyền kinh tế, thềm lục địa của Việt Nam”. Công ước Luật Biển năm 1982 được xây dựng theo hướng, càng xa bờ thẩm quyền tài phán của quốc gia ven bờ sẽ càng hạn chế. Ngay trong lãnh hải, thẩm quyền tài phán hình sự của quốc gia ven bờ cũng chỉ đặt ra trong một số trường hợp. Về nguyên tắc, quốc gia ven bờ chỉ thực hiện quyền tài phán (trong đó có tài

phán hình sự) đối với những hành vi vi phạm quyền chủ quyền của mình tại vùng đặc quyền kinh tế cũng như thềm lục địa<sup>10</sup>. Nội luật hóa Công ước Luật Biển năm 1982, Luật Biển Việt Nam năm 2012 cũng quy định cấm các cá nhân, tổ chức không được tiến hành một số hoạt động trong vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa Việt Nam<sup>11</sup>. Như vậy, không phải bất kỳ hành vi phạm tội hay hậu quả của hành vi phạm tội nào xảy ra trên tàu biển nước ngoài tại vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa Việt Nam cũng “bị” áp dụng Bộ luật Hình sự theo quy định của khoản 1 Điều 5. Đoạn 2 của khoản 1 Điều 5 do đó phải được bổ sung thêm cụm từ “có thể” để đảm bảo chặt chẽ và bao quát hơn.

*Thứ ba*, khoản 2 Điều 5 mới chỉ đề cập đến người nước ngoài thuộc đối tượng được hưởng quyền ưu đãi miễn trừ ngoại giao, lãnh sự. Tuy nhiên, theo quy định của pháp luật quốc tế, người nước ngoài là viên chức làm việc trong các cơ quan đại diện của các tổ chức quốc tế cũng được hưởng các quyền ưu đãi và miễn trừ trên cơ sở điều ước quốc tế về thành lập và hoạt động của tổ chức và điều ước quốc tế được ký kết giữa tổ chức quốc tế với quốc gia mà tại đó có trụ sở của tổ chức<sup>12</sup>. Nội luật hóa các điều ước quốc tế trong lĩnh vực này, Việt Nam cũng đã ban hành Pháp lệnh về quyền ưu đãi và miễn trừ ngoại giao, ưu đãi và miễn trừ lãnh sự, ưu đãi và miễn trừ dành cho các cơ quan và viên chức làm việc trong các tổ chức quốc

<sup>7</sup> Khoản 1 Điều 27 Công ước Luật Biển năm 1982.

<sup>8</sup> Điểm a, b khoản 1 Điều 27 Công ước Luật Biển năm 1982.

<sup>9</sup> Haiji Yang, Jurisdiction of the Coastal State over Foreign Merchant Ships, tr.251.

<sup>10</sup> Điều 59 Công ước Luật Biển năm 1982 cũng quy định về cơ sở giải quyết các tranh chấp trong trường hợp Công ước không quy định rõ các quyền và quyền tài phán trong vùng đặc quyền kinh tế.

<sup>11</sup> Xem thêm Điều 37 Luật Biển Việt Nam năm 2012.

<sup>12</sup> Điển hình như Hiệp định năm 1946 đặt trụ sở của Liên hợp quốc giữa Liên hợp quốc và Mỹ, Hiệp định năm 1976 về thành lập Ban thư ký của ASEAN.

tế tại Việt Nam năm 1993. Mặt khác, trong pháp luật quốc tế về ngoại giao và lãnh sự, địa vị pháp lý của những cá nhân này luôn được đề cập một cách nhất quán trong chế định về quyền ưu đãi và miễn trừ. Vì vậy, việc chỉ dùng thuật ngữ “quyền miễn trừ” cũng cần cân nhắc thêm.

*Thứ tư*, đối với hành vi phạm tội ở ngoài lãnh thổ nước Việt Nam, Bộ luật Hình sự năm 2015 áp dụng cả nguyên tắc quốc tịch (khoản 1 Điều 6)<sup>13</sup>, nguyên tắc an ninh quốc gia (khoản 2 Điều 6), nguyên tắc thẩm quyền tài phán toàn cầu (khoản 3 Điều 6). Đánh giá từ phương diện kỹ thuật lập pháp cũng như trong mối quan hệ với các quy định của điều ước quốc tế liên quan<sup>14</sup>, việc Bộ luật Hình sự năm 2015 sử dụng thuật ngữ “có thể bị truy cứu...” tại Điều 6 là hoàn toàn chính xác. Do hành vi phạm tội/hậu quả của hành vi phạm tội xảy ra bên ngoài lãnh thổ Việt Nam, nên quốc gia nước ngoài cũng có thể có thẩm quyền tài phán hình sự theo nguyên tắc lãnh thổ, nguyên tắc thẩm quyền tài phán toàn cầu hoặc nguyên tắc quốc tịch. Quy định về hiệu lực của Bộ luật Hình sự năm 2015 trong trường hợp này không chỉ ghi nhận cơ sở xác định phạm vi áp dụng Bộ luật Hình sự mà còn khẳng định thẩm quyền tài phán hình sự của Nhà nước Việt Nam đối với công dân Việt Nam mà không phụ thuộc vào nơi cư trú của họ, cũng như đối với người nước ngoài có hành vi xâm hại lợi ích của công dân Việt Nam và Nhà nước Việt Nam ngay cả khi hành vi đó được thực hiện ở nước

ngoài<sup>15</sup>. Thậm chí, ngay cả khi Bộ luật Hình sự không quy định thì Việt Nam vẫn có thể thực thi thẩm quyền tài phán hình sự và áp dụng Bộ luật Hình sự đối với hành vi phạm tội nếu trong điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên có quy định. Quy định này thực chất là việc Bộ luật Hình sự đã thừa nhận áp dụng nguyên tắc thẩm quyền tài phán toàn cầu. Trong thực tiễn quốc tế cũng như pháp luật hình sự của nhiều quốc gia, nguyên tắc này thường được áp dụng đối với các tội ác quốc tế như tội diệt chủng, tội xâm lược... hoặc tội cướp biển<sup>16</sup>.

Với các phân tích trên, có thể thấy so với Bộ luật Hình sự năm 1999, các quy định về hiệu lực không gian của Bộ luật Hình sự năm 2015 đã có một số thay đổi theo hướng phù hợp hơn với pháp luật quốc tế nói chung và Luật hình sự quốc tế nói riêng. Tuy nhiên, trong khi đa số các văn bản quy phạm pháp luật khác như Bộ luật Dân sự, Luật Quốc tịch, Luật Thương mại, Bộ luật Hàng hải... đều có điều khoản quy định về việc áp dụng điều ước quốc tế khi có sự khác nhau giữa luật Việt Nam và điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên thì Bộ luật Hình sự lại không có điều khoản này. Do thuộc lĩnh vực luật công nên trong lĩnh vực hình sự, không thể có xung đột pháp luật mặc dù có thể có xung đột thẩm quyền tài phán. Vì vậy, quy định về hiệu lực theo không gian tại Điều 5, Điều 6 Bộ luật Hình sự năm 2015 cũng nên cân nhắc, xem xét sửa đổi, bổ sung để đảm bảo sự tương thích

<sup>13</sup> Cụ thể là quốc tịch chủ động.

<sup>14</sup> Là thành viên của một số điều ước quốc tế về phòng chống tội phạm, Việt Nam có nghĩa vụ tận tâm, thiện chí thực thi các nghĩa vụ phát sinh từ các điều ước quốc tế này.

<sup>15</sup> Việc áp dụng nguyên tắc an ninh quốc gia đối với hành vi phạm tội ở ngoài lãnh thổ Việt Nam được ghi nhận tại khoản 2 Điều 6 là quy định mới của Bộ luật Hình sự năm 2015. Hiện nay, nhiều quốc gia cũng ghi nhận nguyên tắc này trong pháp luật hình sự.

<sup>16</sup> Đây là nhóm tội phạm thuộc thẩm quyền tài phán của Tòa án hình sự quốc tế theo quy định của Quy chế Roma năm 1998.

với quy định trong các điều ước mà Việt Nam là thành viên. Mặt khác, khi phê chuẩn hoặc gia nhập một số điều ước quốc tế đa phương, Việt Nam cũng đã bảo lưu một số điều khoản có liên quan đến Bộ luật Hình sự. Chẳng hạn như, Việt Nam đã bảo lưu Điều 26 liên quan đến trách nhiệm hình sự

của pháp nhân trong Công ước của Liên hợp quốc về phòng, chống tham nhũng năm 2003. Vì vậy, cùng với việc khắc phục những khiếm khuyết của Bộ luật Hình sự năm 2015, cần thực hiện rà soát những bảo lưu có liên quan đến Bộ luật Hình sự của Việt Nam như đối với bảo lưu trên.

---

*(Tiếp theo trang 12 - Pháp luật về di sản văn hóa...)*

*Hai là*, cần có sự thống nhất trong nhận thức pháp luật về bảo vệ và phát triển DSVHPVT. Dưới góc độ lí luận, DSVHPVT được coi là “di sản sống” bởi chúng không ngừng được tái tạo (theo hướng chân thật và sinh động) để đáp ứng nhu cầu của xã hội, nhu cầu của cộng đồng dân cư. Tính “thích nghi” với xã hội hay phù hợp với cuộc sống là mục đích của việc phát triển DSVHPVT. Công ước về bảo vệ DSVHPVT của UNESCO năm 2003 đã khẳng định: “Di sản văn hóa phi vật thể... được các cộng đồng và các nhóm người không ngừng tái tạo để thích nghi với môi trường và mối quan hệ qua lại giữa cộng đồng với tự nhiên và lịch sử của họ”. Do vậy, Luật Di sản văn hóa cần quy định thêm về việc bảo vệ và phát triển DSVHPVT thích nghi với nhu cầu xã hội, nhu cầu của cộng đồng dân cư. Quy định này được bổ sung sẽ cho thấy sự tiệm cận hơn của Luật với Công ước của UNESCO; đồng thời

cũng cho thấy, nếu phát triển DSVHPVT với các yếu tố mới thích nghi với cộng đồng dân cư vì mục đích đúng đắn cần được khuyến khích. Tuy nhiên, các yếu tố mới phải mang tính bền vững.

*Ba là*, cần kịp thời ban hành các văn bản quy phạm pháp luật trong lĩnh vực này như: (i) Văn bản hướng dẫn trách nhiệm của các bộ, cơ quan ngang bộ, cơ quan trực thuộc Chính phủ trong việc phối hợp với Bộ Văn hóa, Thể thao và Du lịch để thực hiện thống nhất quản lý nhà nước về di sản văn hoá; (ii) Văn bản quy phạm pháp luật về sự trong sáng của tiếng Việt và phát triển tiếng Việt; (iii) Quy định rõ cơ quan có trách nhiệm đánh giá những hành vi có nguy cơ hủy hoại và làm giảm giá trị của DSVHPVT Đây là vấn đề khá nhạy cảm, phức tạp, bởi cộng đồng là chủ thể có quyền quyết định đến sức sống của DSVHPVT. Vì vậy, sự can thiệp của cơ quan quản lý nhà nước cần linh hoạt, sáng tạo mới có tác dụng.

# BẢO LƯU QUYỀN SỞ HỮU CỦA NGƯỜI BÁN ĐỐI VỚI TÀI SẢN MUA BÁN THEO BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2015

*Đỗ Việt Anh Thái\**

**Tóm tắt:** Bài viết phân tích vai trò và giá trị pháp lý của vấn đề chuyển quyền sở hữu đối với tài sản trong quan hệ mua bán, chỉ ra những điểm mới của Bộ luật Dân sự năm 2015 về bảo lưu quyền sở hữu của bên bán đối với tài sản mua bán và mối quan hệ giữa bảo lưu quyền sở hữu với pháp luật phá sản, đồng thời đề xuất một số kiến nghị khi Bộ luật Dân sự năm 2015 có hiệu lực áp dụng.

**Abstract:** This article clarifies the role and legal value of the transfer of property ownership in sale transactions. It then analyses new issues of the Civil Code of 2015 relating to ownership reservation with respect to sold property and relation between such property reservation and bankrupt law. Basing on that, it makes relevant proposals for efficient enforcement of this Civil Code.

## 1. Hợp đồng mua bán tài sản và vấn đề chuyển quyền sở hữu

Hợp đồng mua bán tài sản (HĐMBTS) là hợp đồng được ký kết giữa bên bán và bên mua có đối tượng là tài sản đem ra mua bán. Hiện nay, pháp luật vẫn chưa có cách hiểu thống nhất về khái niệm HĐMBTS. Pháp luật Việt Nam phân biệt hai loại hợp đồng mua bán là HĐMBTS và hợp đồng mua bán hàng hóa (HĐMBHH). HĐMBTS được quy định trong Bộ luật Dân sự (BLDS) còn HĐMBHH được quy định trong Luật Thương mại (LTM) năm 2005. Theo quy định tại Điều 428 BLDS 2005, HĐMBTS được hiểu là “*sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó bên bán có nghĩa vụ giao tài sản cho bên mua và nhận tiền, còn bên mua có nghĩa vụ nhận tài sản và trả tiền cho bên bán*”. Quy định của BLDS nhấn mạnh nghĩa vụ của bên bán phải giao tài sản cho bên mua để được nhận tiền, còn nghĩa vụ của bên mua phải trả tiền cho bên bán để được nhận tài sản; không quy định

về chuyển quyền sở hữu (QSH) đối với tài sản mua bán. Điều này dễ dẫn đến các bên mua bán không chú ý đến việc chuyển QSH vốn là đặc điểm nổi bật của HĐMBTS.

Để chuyển QSH cần xem xét tính hợp pháp của tài sản đem ra mua bán, vì chỉ khi tài sản thuộc QSH của bên bán thì bên bán mới có quyền bán cho bên mua và khi QSH đã được chuyển cho bên mua thì bên mua mới có đầy đủ cả ba quyền là quyền chiếm hữu, quyền sử dụng và quyền định đoạt<sup>1</sup> đối với tài sản đã mua. Ngoài ra, trong một số trường hợp, việc chuyển QSH cũng là chuyển rủi ro về tài sản từ bên bán sang bên mua. Vì vậy, khác với BLDS 2005, LTM 2005 đã chú ý đến vấn đề chuyển QSH trong HĐMBHH. Theo đó, khoản 8 Điều 3 LTM 2005 quy định: “*mua bán hàng hóa là hoạt động thương mại, theo đó bên bán có nghĩa vụ giao hàng, chuyển quyền sở hữu hàng hóa cho bên mua và nhận thanh toán; bên mua có nghĩa vụ thanh toán cho bên bán, nhận hàng và quyền sở hữu hàng hóa*

\* ThS., Khoa Luật, Trường Đại học Ngoại thương.

<sup>1</sup> Xem quy định tại Điều 164 BLDS 2005 và Điều 158 BLDS 2015.

*theo thỏa thuận*". Quy định của LTM nhấn mạnh nghĩa vụ của bên bán phải chuyển QSH cho bên mua bên cạnh nghĩa vụ giao hàng. Quy định này phù hợp với mua bán hàng hóa trong thương mại, vì hàng hóa thường có giá trị lớn, đa dạng, phức tạp, hàng có thể được vận chuyển qua nhiều phương tiện cả ở phạm vi trong nước và quốc tế. Đặc biệt, hàng hóa cũng có thể được bên mua bán cho người khác trên đường vận chuyển và điều này chỉ có thể thực hiện khi QSH hàng hóa đã được chuyển từ bên bán sang bên mua, dù bên mua chưa nhận hàng.

Vấn đề chuyển QSH cũng được pháp luật của nhiều nước coi trọng thông qua việc đưa vào khái niệm về HĐMBHH. Theo khoản 1 Điều 2 Luật Bán hàng năm 1979 của Anh, "*hợp đồng bán hàng là hợp đồng, theo đó người bán chuyển giao hoặc đồng ý chuyển giao quyền sở hữu hàng cho người mua và nhận lại một số tiền, gọi là giá hàng*"<sup>2</sup>. Khoản 1 Điều 2-106 Bộ luật Thương mại thống nhất của Hoa Kỳ (UCC) quy định: "*hợp đồng bán hàng bao gồm cả hợp đồng bán hàng tại thời điểm hiện tại và hợp đồng bán hàng tại một thời điểm trong tương lai. Bán hàng là sự chuyển giao quyền sở hữu từ người bán sang người mua*"<sup>3</sup>. Công ước Viên năm 1980 của Liên hợp quốc về Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế (CISG)<sup>4</sup> cũng quy định về nghĩa vụ

chuyển giao QSH của bên bán song song với nghĩa vụ giao hàng, theo đó "*bên bán có nghĩa vụ giao hàng, giao chứng từ liên quan đến hàng hoá và chuyển giao quyền sở hữu về hàng hoá theo đúng quy định của hợp đồng và của Công ước này*" (Điều 30). Như vậy, luật của Anh, Hoa Kỳ và CISG đều rất chú trọng đến vấn đề chuyển QSH và với cách quy định cụ thể, các chủ thể của hợp đồng mua bán dễ dàng xác định được quyền và nghĩa vụ của mình liên quan đến việc giao, nhận hàng và QSH của hàng hóa. Riêng BLDS Pháp, chuyển QSH không được quy định trong định nghĩa về bán hàng (Điều 1582), mà quy định tại Điều 1583, theo đó, QSH được chuyển giao ngay từ khi hợp đồng mua bán có hiệu lực.

Ở Việt Nam, Điều 430 BLDS 2015 đã bổ sung việc chuyển QSH trong khái niệm về HĐMBTS như sau: "*hợp đồng mua bán tài sản là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó bên bán chuyển quyền sở hữu tài sản cho bên mua và bên mua trả tiền cho bên bán*". Bên cạnh đó, khoản 2 Điều 431 nhấn mạnh: "*tài sản bán thuộc sở hữu của bên bán hoặc bên bán có quyền bán*". Quy định này của BLDS năm 2015 phù hợp với cách hiểu về hợp đồng mua bán nói chung trên thế giới, phù hợp với khái niệm về HĐMBHH của LTM 2005. Điểm mới này cũng góp phần loại bỏ xung đột giữa BLDS và LTM trong cách hiểu về HĐMBTS và HĐMBHH.

Vì vấn đề chuyển QSH có vai trò quan trọng nên khi giao kết HĐMBTS, các bên thường thỏa thuận cụ thể về thời điểm chuyển QSH. Nếu các bên không thỏa thuận thì thời điểm chuyển QSH sẽ do pháp

<sup>2</sup> Luật bán hàng năm 1979 của Anh (Sale of Goods Act 1979, có thể tra cứu tại <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54>).

<sup>3</sup> Bộ luật Thương mại thống nhất của Hoa Kỳ (Uniform Commercial Code, có thể tham khảo tại <https://www.law.cornell.edu/ucc>).

<sup>4</sup> Công ước Viên năm 1980 về Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế (có thể tra cứu tại: <http://thuvienphapluat.vn/van-ban/Thuong-mai/Cong-uoc-vien-Lien-Hop-quoc-mua-ban-hang-hoa-quoc-te-11-04-1980-90153.aspx>).

CISG là tên viết tắt của Công ước: The 1980 United Nations Convention on Contract for the International Sale of Goods.

luật quy định. Về vấn đề này, các quốc gia cũng có quy định không giống nhau. Ví dụ, khoản 2 Điều 2-401 UCC quy định: “trừ khi các bên có thỏa thuận khác, quyền sở hữu hàng hóa được chuyển cho bên mua tại thời điểm và nơi mà bên bán hoàn thành nghĩa vụ giao hàng”<sup>5</sup>. Hoàn thành nghĩa vụ giao hàng được hiểu là khi bên bán đã giao hàng xong cho bên mua và tùy theo thỏa thuận của các bên, đó có thể là khi bên bán đã giao hàng trực tiếp cho bên mua, giao cho người đại diện của bên mua hoặc giao hàng cho người chuyên chở. Theo Điều 1583 BLDS Pháp, “quyền sở hữu được chuyển từ bên bán sang bên mua ngay khi các bên thỏa thuận với nhau về tài sản và giá, ngay cả khi tài sản chưa được chuyển giao và tiền chưa được thanh toán”<sup>6</sup>. Điều này có nghĩa QSH sẽ được chuyển giao ngay khi HĐMBTS có hiệu lực, nếu các bên không có thỏa thuận cụ thể khác về thời điểm chuyển QSH.

Ở Việt Nam, thời điểm chuyển QSH được ghi nhận tại khoản 1 Điều 161 BLDS 2015, theo đó “trong trường hợp luật không quy định và các bên không có thỏa thuận thì thời điểm chuyển giao quyền sở hữu là thời điểm tài sản được chuyển giao”. Khoản 2 Điều 161 giải thích thêm: thời điểm tài sản được chuyển giao là “thời điểm bên có quyền hoặc người đại diện hợp pháp của họ chiếm hữu tài sản”. Như vậy, thời điểm chuyển QSH trong HĐMBTS sẽ do các bên tự thỏa thuận và nếu các bên không có thỏa thuận thì thời điểm chuyển QSH chính là thời điểm bên mua hoặc người đại diện hợp pháp của bên mua chiếm hữu tài sản, hay nói

cách khác, QSH sẽ được chuyển khi bên bán giao tài sản cho bên mua.

Những phân tích ở trên cho thấy, trong HĐMBTS, vấn đề chuyển QSH là một trong những nghĩa vụ quan trọng của người bán và thường gắn với nghĩa vụ giao tài sản. Tuy nhiên, thực tế cũng có trường hợp tài sản mua bán đã được chuyển cho bên mua, nhưng bên mua chưa trả hết tiền. Để bảo vệ quyền lợi của bên bán, pháp luật cho phép bên bán được bảo lưu QSH đối với tài sản đã bán.

## **2. Bảo lưu quyền sở hữu của người bán đối với tài sản mua bán**

### **2.1. Khái niệm và vai trò của bảo lưu quyền sở hữu**

Theo Từ điển Tiếng Việt, thuật ngữ “bảo lưu” có nghĩa là giữ lại, giữ lại như cũ<sup>7</sup>. Trong khoa học pháp lý, bảo lưu thường được sử dụng trong việc gia nhập hoặc phê chuẩn các điều ước quốc tế. Theo quy định tại khoản 1 (d) Điều 2 của Công ước Viên năm 1969 về Luật Điều ước quốc tế, “thuật ngữ “bảo lưu” dùng để chỉ một tuyên bố đơn phương, bất kể cách viết hoặc tên gọi như thế nào, của một quốc gia đưa ra khi ký kết, phê chuẩn, chấp thuận, phê duyệt hoặc gia nhập một điều ước, nhằm qua đó loại bỏ hoặc sửa đổi hiệu lực pháp lý của một số quy định của điều ước trong việc áp dụng chúng đối với quốc gia đó”<sup>8</sup>. Việt Nam đã từng có bảo lưu về một số nội dung nhất định khi gia nhập điều ước quốc tế. Ví dụ, tại Điều 1 của Quyết định số 2588/2015/QĐ-CTN ngày 24/11/2015 của Chủ tịch nước về việc gia nhập Công ước Viên năm 1980 của Liên hợp quốc về hợp

<sup>5</sup> Bộ luật Thương mại thống nhất của Hoa Kỳ (Uniform Commercial Code, có thể tham khảo tại <https://www.law.cornell.edu/ucc>).

<sup>6</sup> Bộ luật Dân sự của Pháp (Code de commerce, có thể tra cứu tại <https://www.legifrance.gouv.fr/>).

<sup>7</sup> Viện Ngôn ngữ học, *Từ điển Tiếng Việt*, Nxb. Đà Nẵng, Hà nội - Đà Nẵng, năm 1997, tr.37.

<sup>8</sup> Công ước được ký ngày 23/5/1969, có hiệu lực ngày 27/01/1980; năm 2001 Việt Nam chính thức trở thành viên của Công ước.

đồng mua bán hàng hóa quốc tế, Việt Nam đã tuyên bố: "*Bảo lưu quy định về hình thức của hợp đồng nêu tại Điều 11, Điều 29 và phần II của Công ước, phù hợp với Điều 12 và Điều 96 của Công ước*". Điều này có nghĩa là Việt Nam sẽ không áp dụng Điều 11<sup>9</sup>, Điều 29<sup>10</sup> của CISG về hình thức của HĐMBHH quốc tế. Như vậy, bảo lưu QSH là giữ lại QSH cho mình và không chuyển cho người khác, có nghĩa bên bán được giữ lại QSH của mình đối với tài sản dù tài sản đã được giao cho bên mua.

Bảo lưu QSH phù hợp với các tài sản có giá trị lớn mà bên mua không thể hoàn thành ngay nghĩa vụ thanh toán của mình mà phải thanh toán thành nhiều đợt. Pháp luật Việt Nam gọi trường hợp này là mua trả chậm, trả dần và coi như một trường hợp đặc biệt của HĐMBTS. Mua trả chậm, trả dần đã được quy định trong BLDS 2005 và tiếp tục được ghi nhận tại khoản 1 Điều 453 BLDS 2015: "*Các bên có thể thỏa thuận về việc bên mua trả chậm hoặc trả dần tiền mua trong một thời hạn sau khi nhận tài sản mua. Bên bán được bảo lưu QSH đối với tài sản bán cho đến khi bên mua trả đủ tiền, trừ trường hợp có thỏa thuận khác*". Điều này có nghĩa, bảo lưu QSH là quyền của bên bán và nếu bên bán thực hiện quyền này thì cũng đồng

thời có quyền giữ lại QSH đối với tài sản đã giao cho bên mua, cho đến khi bên mua hoàn thành nghĩa vụ thanh toán.

Việc ghi nhận quyền của bên bán về việc bảo lưu QSH đối với tài sản trong quan hệ mua bán tạo thuận lợi cho cả bên mua và bên bán. Đối với bên mua, bảo lưu QSH cho phép họ không cần trả hết tiền mà vẫn có quyền khai thác, sử dụng tài sản đó. Về phía bên bán, việc bảo lưu QSH có vai trò như một biện pháp phòng tránh rủi ro: Do QSH tài sản vẫn thuộc về bên bán, nếu bên mua không trả tiền, bên bán có quyền đòi lại tài sản<sup>11</sup>, và nếu tài sản trả lại bị hư hỏng do lỗi của bên mua thì bên bán có quyền yêu cầu bên mua bồi thường thiệt hại.

Ngoài ra, trong HĐMBTS sau khi hoàn thành nghĩa vụ giao tài sản, bên bán có quyền nhận toàn bộ tiền hàng, và đây là mục đích quan trọng nhất của bên bán khi giao kết HĐMBTS. Bảo lưu QSH khi đó có vai trò tạo ra sức ép, thúc đẩy bên mua hoàn thành nghĩa vụ thanh toán nếu muốn có được QSH đối với tài sản đã mua. Chỉ khi nào bên mua không thể hoàn thành nghĩa vụ này thì bên bán mới sử dụng các quyền khác phát sinh từ bảo lưu QSH.

## 2.2. Cơ sở pháp lý của bảo lưu quyền sở hữu

Tự do thỏa thuận là một nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự, được quy định tại khoản 2 Điều 3 BLDS 2015<sup>12</sup>. Trong BLDS 2015, không có quy định mang tính bắt buộc nào về thời điểm chuyển QSH trong

<sup>9</sup> Điều 11 CISG: "*Hợp đồng mua bán không cần phải được ký kết hoặc xác nhận bằng văn bản hay phải tuân thủ một yêu cầu nào khác về hình thức của hợp đồng. Hợp đồng có thể được chứng minh bằng mọi cách, kể cả những lời khai của nhân chứng*".

<sup>10</sup> Điều 29 CISG: "*Một hợp đồng có thể được sửa đổi hay chấm dứt bằng thỏa thuận đơn thuần giữa các bên. Một hợp đồng bằng văn bản chứa đựng một điều khoản quy định rằng mọi sự sửa đổi hoặc chấm dứt hợp đồng phải được các bên làm bằng văn bản thì không thể bị sửa đổi hay chấm dứt theo thỏa thuận giữa các bên dưới một hình thức khác. Tuy nhiên, hành vi của mỗi bên có thể không cho phép họ được viện dẫn điều khoản ấy trong chừng mực nếu bên kia căn cứ vào hành vi này*".

<sup>11</sup> Theo khoản 1 Điều 166 BLDS 2015: "*Chủ sở hữu, chủ thể có quyền khác đối với tài sản có quyền đòi lại tài sản từ người chiếm hữu, người sử dụng tài sản, người được lợi về tài sản không có căn cứ pháp luật*".

<sup>12</sup> Khoản 2 Điều 3 BLDS 2015 quy định: "*Cá nhân, pháp nhân xác lập, thực hiện, chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự của mình trên cơ sở tự do, tự nguyện cam kết, thỏa thuận*".

HĐMBTS, vì vậy, dựa trên nguyên tắc tự do thỏa thuận, các bên có quyền tự thỏa thuận QSH của hàng hóa sẽ được chuyển tại một thời điểm trong tương lai, hoặc phụ thuộc vào một điều kiện nào đó. Bảo lưu QSH ra đời trên tinh thần đó.

Quy định về bảo lưu QSH xuất hiện hai lần trong BLDS 2015 và ở cả hai lần, nguyên tắc tự do thỏa thuận đều được ghi nhận. Một là, quy định tại khoản 1 Điều 453 về mua trả chậm, trả dần: *“các bên có thể thỏa thuận về việc bên mua trả chậm hoặc trả dần tiền mua trong một thời hạn sau khi nhận tài sản mua. Bên bán được bảo lưu quyền sở hữu đối với tài sản bán cho đến khi bên mua trả đủ tiền, trừ trường hợp có thỏa thuận khác”*. Theo quy định, các bên có quyền tự do thỏa thuận về thời điểm và phương thức thanh toán trong HĐMBTS. Thông thường, việc thanh toán sẽ được thực hiện khi bên mua nhận được tài sản; tuy nhiên, các bên có thể thỏa thuận bên mua sẽ thanh toán toàn bộ giá trị tài sản cho bên bán sau một khoảng thời gian, hoặc sẽ thanh toán cho bên bán thành nhiều lần, kể từ khi nhận tài sản. Trong các trường hợp này, bên bán sẽ có quyền bảo lưu QSH đối với tài sản cho đến khi bên mua trả đủ tiền. Nghĩa là, Điều 453 coi bảo lưu QSH như một hệ quả của thỏa thuận giữa các bên về việc mua trả chậm, trả dần. Bên cạnh đó, với quy định *“trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác”* ở cuối khoản 1 Điều 453 cũng khẳng định, ngay cả khi có thỏa thuận về trả chậm, trả dần, các bên hoàn toàn có thể thỏa thuận về việc không áp dụng bảo lưu QSH. Hai là, BLDS 2015 có 4 điều, từ Điều 331 đến Điều 334 quy định về bảo lưu QSH áp dụng chung cho tất cả các loại HĐMB. Khoản 1 Điều 331 quy định: *“trong hợp đồng mua bán, quyền sở hữu tài sản có thể được bên bán bảo lưu cho đến*

*khi nghĩa vụ thanh toán được thực hiện đầy đủ”*, và bảo lưu QSH sẽ chấm dứt *“theo thỏa thuận của các bên”* (khoản 3 Điều 334). Như vậy, bảo lưu QSH đã được pháp luật ghi nhận, các bên có thực hiện quyền này hay không phụ thuộc vào ý chí tự do của các bên. Cơ sở pháp lý của bảo lưu QSH chính là sự thỏa thuận của các bên trong quan hệ mua bán tài sản.

### **2.3. Giá trị pháp lý của bảo lưu quyền sở hữu**

Một số quốc gia cho rằng, bảo lưu QSH có giá trị tương tự như một loại thời hạn pháp lý mà hết thời hạn đó QSH mới được chuyển giao cho bên mua; hoặc bảo lưu QSH được coi như một điều kiện pháp lý mà QSH chỉ được chuyển giao khi điều kiện đó được hoàn thành. Chẳng hạn, theo Luật Bán hàng năm 1979 của Anh, các bên có thể thỏa thuận: *“sự chuyển giao QSH của hàng hóa sẽ được thực hiện tại một thời điểm trong tương lai hoặc phụ thuộc vào việc hoàn thành một điều kiện nào đó”* (khoản 5 Điều 2). Như vậy, tùy vào thỏa thuận của các bên bảo lưu QSH có thể được coi là một thời hạn hay một điều kiện để chuyển giao QSH.

Với một số quốc gia khác, bảo lưu QSH lại được pháp luật thừa nhận như một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Điều 2-40 của UCC quy định: *“Bất kỳ một sự giữ lại hay bảo lưu bởi bên bán quyền sở hữu hàng hóa đã được chuyển đi hoặc được chuyển giao cho bên mua có hiệu lực giới hạn trong phạm vi một biện pháp bảo đảm. Tuân thủ quy định tại phần này và các quy định về giao dịch bảo đảm (Điều 9), QSH hàng hóa sẽ được chuyển từ bên bán cho bên mua theo cách thức và điều kiện được thỏa thuận một cách minh thị bởi các bên”*. Cũng như UCC, BLDS của Pháp liệt kê các biện pháp bảo đảm đối với động sản tại

Điều 2329, trong đó khẳng định bảo lưu QSH là một biện pháp bảo đảm. Điều 2367 BLDS Pháp còn nói rõ thêm: “*QSH của một vật có thể được giữ lại làm bảo đảm bằng một điều khoản về bảo lưu quyền sở hữu, điều khoản này sẽ tạm ngừng hiệu lực chuyển giao quyền sở hữu của hợp đồng cho đến khi nghĩa vụ tương ứng được hoàn thành*”. Điều 2367 không đề cập đến HĐMBTS hay bên bán, bên mua, cũng không cụ thể hóa nghĩa vụ thanh toán mà sử dụng thuật ngữ “*nghĩa vụ tương ứng*”. Như vậy, bảo lưu QSH không chỉ được áp dụng với HĐMBTS mà còn có thể được áp dụng với tất cả các hợp đồng có liên quan đến việc chuyển QSH<sup>13</sup>.

Tại Việt Nam, BLDS 2015 chính thức ghi nhận bảo lưu QSH là một trong chín biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ<sup>14</sup> và đây cũng là điểm mới của BLDS 2015 so với BLDS 2005.

Với ý nghĩa là một biện pháp bảo đảm, bảo lưu QSH được quy định từ Điều 331 đến Điều 334 của BLDS 2015. Khoản 1 Điều 331 quy định: “*QSH tài sản có thể được bên bán bảo lưu cho đến khi nghĩa vụ thanh toán được thực hiện đầy đủ*”. Như vậy, bảo lưu QSH thiết lập mối quan hệ giữa bên bảo đảm - bên mua và bên nhận bảo đảm - bên bán. Nghĩa vụ được bảo đảm ở đây là nghĩa vụ thanh toán một phần hoặc toàn bộ giá trị của tài sản mua bán. Tài sản được đưa ra để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ chính là QSH tài sản - đối tượng của hợp đồng mua bán. Đây là điểm đặc biệt giúp phân biệt bảo lưu QSH với các biện pháp bảo đảm khác, vì thông thường tài sản đem ra bảo đảm phải thuộc

QSH của bên có nghĩa vụ<sup>15</sup>, nhưng đối với bảo lưu QSH, QSH tài sản vẫn thuộc về bên có quyền, tức là bên bán. Quy định này của BLDS 2015 tương thích với pháp luật các nước về bảo lưu QSH.

#### **2.4. Hình thức của bảo lưu quyền sở hữu**

Theo BLDS 2015, có sự khác nhau về hình thức của thỏa thuận bảo lưu QSH đối với HĐMBTS nói chung và hợp đồng mua trả chậm, trả dần.

Với HĐMBTS nói chung, khoản 2 Điều 331 BLDS yêu cầu “*bảo lưu quyền sở hữu phải được lập thành văn bản riêng hoặc được ghi trong hợp đồng mua bán*”. Thông thường, một thỏa thuận có thể được thể hiện dưới dạng lời nói, hành vi hoặc văn bản (Điều 119), nhưng với việc sử dụng thuật ngữ “*văn bản*” và “*ghi*”, BLDS khẳng định bảo lưu QSH phải được lập thành văn bản. Nằm trong phân quy định về biện pháp bảo đảm, đây không những là điều kiện để bảo lưu QSH phát huy hiệu lực mà còn là điều kiện để thỏa thuận bảo lưu QSH có giá trị như một biện pháp bảo đảm mang tính bắt buộc. Theo quy định của BLDS 2015, “*hình thức của giao dịch dân sự là điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự trong trường hợp luật có quy định*” (khoản 2 Điều 117) và nếu “*một giao dịch dân sự vi phạm quy định điều kiện có hiệu lực về hình thức thì vô hiệu*” (Điều 129). Như vậy, nếu như các bên không lập thành văn bản thì thỏa thuận về bảo lưu QSH sẽ không có hiệu lực. Khi đó, hợp đồng được coi là không có quy định về bảo lưu QSH và như đã phân tích, QSH sẽ được chuyển từ bên bán sang cho bên mua kể từ khi tài sản được chuyển giao, trừ khi các bên có thỏa

<sup>13</sup> Ví dụ: Hợp đồng xây dựng một ngôi nhà, bên cung cấp dịch vụ xây dựng có thể bảo lưu quyền sở hữu của ngôi nhà cho đến khi bên sử dụng dịch vụ thanh toán toàn bộ chi phí xây dựng đã thỏa thuận.

<sup>14</sup> Là biện pháp thứ 6 được nêu tại Điều 292 BLDS 2015.

<sup>15</sup> Khoản 1 Điều 295 BLDS 2015: “Tài sản đảm bảo phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm, trừ trường hợp cầm giữ tài sản, bảo lưu quyền sở hữu”.

thuận khác. Bảo lưu QSH cần được thể hiện dưới dạng một điều khoản trong văn bản hợp đồng - điều khoản về bảo lưu QSH. Tuy nhiên, nếu bảo lưu QSH phát sinh sau khi các bên đã giao kết hợp thì các bên phải lập thỏa thuận bảo lưu QSH dưới dạng một văn bản riêng. Mặt khác, khoản 2 Điều 331 BLDS 2015 yêu cầu bảo lưu QSH phải được lập thành văn bản riêng, nhưng không nói rõ xem văn bản đó có cần chữ ký của cả hai bên hay không. Như vậy, nếu không có văn bản hướng dẫn cụ thể hơn về vấn đề này, cơ quan xét xử sẽ có quyền giải thích và áp dụng luật tùy vào từng hoàn cảnh thực tế. Ấn lệ của một số nước trên thế giới đã từng công nhận hiệu lực của điều khoản bảo lưu QSH được quy định trong Điều kiện giao dịch chung về bán hàng của bên bán, trên Hóa đơn mà bên bán giao cho bên mua, trong Biên bản giao nhận hàng với bên mua nếu bảo lưu QSH được viết một cách rõ ràng, nổi bật để bên mua có thể dễ dàng nhận biết<sup>16</sup>.

Riêng với hợp đồng mua trả chậm, trả dần, khoản 2 Điều 453 BLDS 2015 quy định: “*hợp đồng mua trả chậm hoặc trả dần phải được lập thành văn bản*” nhưng lại không nói đến bảo lưu QSH. Có thể hiểu, bảo lưu QSH là một hệ quả của hợp đồng mua trả chậm, trả dần, nghĩa là, chỉ cần hợp đồng có quy định việc thanh toán theo hình thức trả chậm, trả dần thì người bán mặc nhiên có quyền bảo lưu QSH đối với tài sản

mà không cần một quy định minh thị nào về việc bảo lưu QSH. Tuy nhiên, việc không tuân thủ quy định của Điều 331 về hình thức sẽ khiến cho bảo lưu QSH không có giá trị như một biện pháp bảo đảm.

Như vậy, sự khác nhau trong quy định về hình thức của bảo lưu QSH giữa hợp đồng mua trả chậm, trả dần với các HĐMBTS thông thường khác đã tạo nên sự không thống nhất trong quy định của BLDS 2015 và có nguy cơ gây khó khăn trong thực tiễn thi hành. Nên chăng, trong mọi trường hợp, bảo lưu QSH bắt buộc phải được lập thành văn bản. Một điều khoản về bảo lưu QSH rõ ràng, minh thị bằng văn bản sẽ giúp cho các bên tránh được các tranh chấp. Đặc biệt, đối với các bên khi tham gia giao kết HĐ MBTS với thỏa thuận về bảo lưu QSH, để tránh mọi rủi ro, cần soạn thảo điều khoản này ngay trong hợp đồng.

#### **2.5. Quyền và nghĩa vụ của các bên trong bảo lưu quyền sở hữu**

##### **- Quyền và nghĩa vụ của bên mua.**

Theo quy định tại Điều 333 BLDS 2015, bên mua có quyền và nghĩa vụ sau: “*1. Sử dụng tài sản và hưởng hoa lợi, lợi tức từ tài sản trong thời hạn bảo lưu QSH có hiệu lực; 2. Chịu rủi ro về tài sản trong thời hạn bảo lưu QSH, trừ trường hợp có thỏa thuận khác*”. Trong trường hợp mua trả chậm, trả dần, “*bên mua có quyền sử dụng tài sản mua trả chậm, trả dần và phải chịu rủi ro trong thời gian sử dụng, trừ trường hợp có quy định khác*” (khoản 2 Điều 453). Sử dụng tài sản và hưởng hoa lợi, lợi tức từ tài sản mua bán là mục đích chính của bên mua khi giao kết HĐMBTS. Chính vì vậy, theo Điều 333, ngay cả khi QSH chưa được chuyển giao, bên mua vẫn có quyền sử dụng và hưởng lợi từ tài sản; thỏa thuận bảo lưu QSH không gây ảnh hưởng đến các quyền đó của bên mua. Đối với trường hợp mua trả

<sup>16</sup> Phòng Thương mại và Công nghiệp thế giới (CCI), *Réserve de propriété, Guide sur les législations de 19 pays*, Nxb. CCI, năm 1989, tr. 33. Tham khảo thêm bản án của Tòa Thương mại, Tòa án tối cao Pháp số 10-28.407 ngày 31/01/2012: Dựa vào mối quan hệ lâu dài của các bên và do bên mua đã từng nhận nhiều hóa đơn từ bên bán trong đó có ghi điều khoản bảo lưu QSH mà không phản đối, cơ quan xét xử cho rằng bên mua đã đồng ý với điều khoản bảo lưu QSH của bên bán.

chậm, trả dần, BLDS chỉ khẳng định quyền sử dụng mà không đề cập đến quyền hưởng lợi từ tài sản mua bán. Đây là điểm chưa rõ ràng của BLDS 2015 về bảo lưu QSH.

Mặt khác, Điều 333 và Điều 453 quy định trong thời gian bảo lưu QSH, bên mua phải chịu rủi ro về tài sản mua bán. Đây là một điểm đặc biệt của chế định bảo lưu QSH của BLDS 2015, bởi vì về nguyên tắc, QSH tài sản thuộc về ai thì người đó phải chịu rủi ro về tài sản đó<sup>17</sup>. Pháp luật của Anh và Pháp cũng khẳng định, bên bán phải chịu rủi ro về hàng hóa cho đến khi QSH của hàng hóa được chuyển giao<sup>18</sup>. Vấn đề này cũng đã gây ra nhiều tranh luận trong quá trình soạn thảo BLDS 2015<sup>19</sup>. Tuy nhiên, Điều 333 không phải là một quy phạm có tính bắt buộc, vì vậy bên bán và bên mua có quyền tự thỏa thuận về thời điểm chuyển giao rủi ro cho phù hợp với ý muốn của các bên.

Tương tự, bên mua phải bồi thường

<sup>17</sup> Khoản 1 Điều 162 BLDS 2015: "*Chủ sở hữu phải chịu rủi ro về tài sản của mình, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc Bộ luật này, luật khác có liên quan quy định khác*".

<sup>18</sup> Khoản 1, Điều 20 Luật Bán hàng 1979 của Anh: "*Trừ khi các bên có thỏa thuận khác, người bán phải chịu rủi ro về hàng hóa cho đến khi QSH của hàng hóa được chuyển giao cho người mua, nhưng khi QSH của hàng hóa đã được chuyển giao cho người mua thì người mua phải chịu rủi ro về hàng hóa dù cho hàng hóa đã được chuyển giao hay chưa*";

Điều 1138 BLDS Pháp hiện hành: "*Nghĩa vụ giao vật [...] làm cho người có quyền trở thành chủ sở hữu của vật và phải chịu rủi ro về vật kể từ thời điểm vật được chuyển giao*";

Tham khảo thêm khoản 3, Điều 1196, Pháp lệnh 2016-131 ngày 10/02/2016 sửa đổi một số quy định của BLDS Pháp (có hiệu lực từ 01/10/2016), theo đó: "*Sự chuyển giao QSH sẽ kéo theo sự chuyển giao rủi ro*".

<sup>19</sup> PGS.TS. Đỗ Văn Đại và ThS. Lê Thị Hồng Vân, *Bình luận khoa học những điểm mới của Bộ luật Dân sự 2015* (do PGS.TS. Đỗ Văn Đại làm chủ biên), Nxb. Hồng Đức – Hội Luật gia Việt Nam, năm 2016, tr. 336.

thiệt hại cho bên bán nếu làm hư hỏng tài sản. Ngoài ra, cũng có trường hợp tài sản đảm bảo không còn nguyên vẹn trong khối tài sản của bên mua, có thể do bị biến dạng khiến cho bên bán không thể thực hiện quyền đòi lại tài sản, và khi đó, bên mua sẽ bị coi như làm mất tài sản và phải có nghĩa vụ bồi thường thiệt hại cho bên bán.

- **Quyền và nghĩa vụ của bên bán.** Là một biện pháp bảo đảm, bảo lưu QSH cho phép bên bán đòi lại tài sản trong trường hợp bên mua không thực hiện nghĩa vụ thanh toán. Điều 332 BLDS 2015 quy định: "*Trường hợp bên mua không hoàn thành nghĩa vụ thanh toán cho bên bán theo thỏa thuận thì bên bán có quyền đòi lại tài sản. Trường hợp làm mất, hư hỏng thì bên bán có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại*". Để thực hiện được quyền này, tài sản đó phải còn tồn tại nguyên vẹn trong khối tài sản của bên mua. Khi lấy lại tài sản, nếu bên mua đã thanh toán một phần tiền hàng cho bên bán thì bên bán có nghĩa vụ trả lại số tiền đó cho bên mua. Trong quá trình bên mua đã sử dụng, tài sản có thể bị giảm sút giá trị, khi đó bên bán chỉ phải trả lại số tiền bên mua đã thanh toán trừ đi giá trị hao mòn tài sản. Tuy nhiên, nếu bên mua chưa thanh toán cho bên bán nhưng tài sản đã bị hao mòn, thì khi đó bên bán có quyền đòi bên mua bồi thường thiệt hại do tài sản bị hao mòn.

- **Hiệu lực đối kháng đối với người thứ ba.** Như đã phân tích, với bảo lưu QSH, nếu bên mua không thực hiện nghĩa vụ thanh toán thì bên bán sẽ có quyền đòi lại tài sản đã giao cho bên mua. Tuy nhiên, trong thương mại, vòng quay của hàng hóa không chỉ dừng lại ở một hợp đồng mua bán, hay nói cách khác, bên mua không phải là người trực tiếp sử dụng tài sản đó mà có thể sẽ bán lại cho một người thứ ba. Câu hỏi đặt ra là, liệu bảo lưu QSH có ràng

buộc người thứ ba hay không? Ví dụ, sau khi nhận được tài sản từ bên bán, bên mua đã bán tài sản đó cho một người thứ ba trên cơ sở một HĐMBTS có hiệu lực. Vậy, bên bán trong hợp đồng đầu tiên vẫn có QSH đối với tài sản này hay không? Và trong trường hợp bên mua không trả tiền, bên bán có quyền trực tiếp gặp người thứ ba để đòi lại tài sản của mình hay không?

Về nguyên tắc, thỏa thuận bảo lưu QSH sẽ chỉ có hiệu lực đối với họ theo hợp đồng, người thứ ba ngay tình không thể biết về sự tồn tại của thỏa thuận này. Thỏa thuận bảo lưu QSH không ràng buộc đối với người thứ ba do không ảnh hưởng đến hiệu lực của hợp đồng giữa bên mua và người thứ ba, vì vậy, bên bán không thể trực tiếp đòi lại tài sản từ người thứ ba. Bên bán chỉ có thể yêu cầu bên mua bồi thường thiệt hại, mà việc đòi bồi thường thiệt hại sẽ mất nhiều thời gian hơn so với việc trực tiếp đòi lại tài sản. Vì vậy, BLDS 2015 đã đưa ra một cơ chế để bảo đảm hiệu lực của thỏa thuận bảo lưu QSH, đó là đăng ký biện pháp bảo đảm. Theo khoản 3 Điều 331 BLDS 2015, "*bảo lưu quyền sở hữu phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba kể từ thời điểm đăng ký*". Khoản 2 Điều 297 cũng khẳng định: "*khi biện pháp bảo đảm phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba thì bên nhận bảo đảm được quyền truy đòi tài sản bảo đảm*". Như vậy, để bảo vệ quyền lợi của mình trước người thứ ba, bên bán nên thực hiện việc đăng ký bảo lưu QSH.

Khi bảo lưu QSH được đăng ký như một biện pháp bảo đảm sẽ phát huy hiệu lực đối kháng với người thứ ba, và trong trường hợp có tranh chấp về QSH giữa bên bán và người thứ ba, bên bán có thể đòi lại tài sản từ người thứ ba này. Tuy nhiên, cần lưu ý rằng đòi lại tài sản không phải là mục đích

của bên bán, khi bán tài sản, bên bán muốn có tiền hàng. Hơn nữa, việc lấy lại tài sản từ người thứ ba đôi khi cũng khó khăn và phát sinh thêm chi phí cho bên bán (chẳng hạn, chi phí vận chuyển tài sản trở lại trụ sở của bên bán). Vì vậy, pháp luật của một số nước đã đưa ra giải pháp giúp cho bên bán không cần lấy lại tài sản mà vẫn bảo vệ được quyền lợi của mình. Ví dụ, luật của Pháp quy định nếu người thứ ba chưa trả tiền cho bên mua, thì bên bán thay vì lấy lại tài sản có thể lấy lại chính khoản tiền mà người thứ ba sẽ trả cho bên mua. Đây là kinh nghiệm Việt Nam có thể tham khảo.

### **3. Bảo lưu quyền sở hữu trong trường hợp bên mua phá sản**

Trong thực tế, bảo lưu QSH nảy sinh một số vấn đề trong trường hợp bên mua phá sản. Vấn đề bảo lưu QSH chỉ thực sự được đặt ra nếu bên mua không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ thanh toán, nhất là khi bên mua gặp phải khó khăn về tài chính, lâm vào tình trạng mất khả năng thanh toán và phải mở thủ tục phá sản. Với mục tiêu giúp doanh nghiệp vượt qua khó khăn để phục hồi hoạt động kinh doanh, pháp luật phá sản cho doanh nghiệp được hưởng rất nhiều đặc quyền trong giai đoạn giải quyết yêu cầu mở thủ tục và tiến hành thủ tục phá sản. Một trong các đặc quyền được Luật Phá sản năm 2014 (LPS 2014) ghi nhận là, Tòa án nhân dân theo đề nghị của chủ nợ, của doanh nghiệp, của hợp tác xã mất khả năng thanh toán, có thể ra quyết định tạm đình chỉ hoặc đình chỉ thực hiện hợp đồng nếu thấy hợp đồng có khả năng gây bất lợi cho doanh nghiệp (Điều 61). Do đó, nếu bảo lưu QSH chỉ là một thỏa thuận giữa các bên, thì thỏa thuận này có nguy cơ bị đình chỉ nếu như HĐMBTS có thể đem lại bất lợi cho bên

mua. Mặc dù LPS 2014 vẫn cho phép bên bán nhận lại tài sản nếu như tài sản vẫn tồn tại trong khối tài sản của bên mua, nhưng nếu vì một lý do nào đó tài sản không còn tồn tại (Điều 62) hoặc bên mua không thể trả lại tài sản cho bên bán (Điều 58), thì bên bán sẽ có quyền như một chủ nợ không có bảo đảm và phải tuân theo thứ tự thanh toán trong thủ tục phá sản. Thứ tự thanh toán đối với một chủ nợ không có bảo đảm sẽ là bất lợi cho bên bán<sup>20</sup>.

Tuy nhiên, theo quy định của BLDS 2015, với ý nghĩa là một biện pháp bảo đảm, bảo lưu QSH sẽ được pháp luật bảo vệ. Quy định tại Điều 61 của LPS 2014 về đình chỉ một số hợp đồng gây bất lợi cho doanh nghiệp không có giá trị áp dụng đối với các *“trường hợp xử lý các khoản nợ có bảo đảm”*. LPS 2014 cũng ghi nhận hiệu lực các biện pháp bảo đảm trong thời gian giải quyết yêu cầu mở thủ tục và tiến hành các thủ tục về phá sản, theo đó *“khoản nợ có bảo đảm được xác lập trước khi Tòa án nhân dân thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản được thanh toán bằng tài sản bảo đảm đó”* (điểm a khoản 3 Điều 53). Như vậy, đối với HĐMBTS có bảo lưu QSH, bên bán sẽ có quyền lấy lại tài sản vì tài sản mua bán chính là tài sản bảo đảm. Bằng việc ghi nhận bảo lưu QSH có giá trị pháp lý là một biện pháp bảo đảm, BLDS 2015 đã đảm bảo quyền lợi của bên bán ngay cả khi bên

mua bị mở thủ tục phá sản.

Trong trường hợp bên mua lâm vào tình trạng mất khả năng thanh toán và phải mở thủ tục phá sản, tuy bên bán vẫn có quyền đòi lại tài sản, nhưng phải tuân theo các thủ tục liên quan đến phá sản. Trước tiên, để bảo đảm quyền lợi của mình, bên bán phải gửi giấy đòi nợ cho bên mua trong đó nêu rõ số nợ và ghi rõ hợp đồng giữa các bên có sử dụng biện pháp bảo đảm là bảo lưu QSH<sup>21</sup>. Đây vừa là quyền, vừa là nghĩa vụ của các chủ nợ tham gia vào thủ tục phá sản, nhờ đó, Tòa án có thể nắm được toàn bộ số nợ của doanh nghiệp mất khả năng thanh toán và các chủ nợ, đặc biệt là chủ nợ có bảo đảm được pháp luật bảo vệ. Thời điểm bên bán có thể lấy lại tài sản sẽ *“theo thời hạn quy định trong hợp đồng đối với hợp đồng có bảo đảm đã đến hạn”* hoặc *“đối với hợp đồng có bảo đảm chưa đến hạn thì trước khi tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã phá sản, Tòa án nhân dân đình chỉ hợp đồng và xử lý các khoản nợ có bảo đảm”* (điểm b khoản 1 Điều 53 LPS 2014). Như vậy, ngay cả trong trường hợp bên mua bị mở thủ tục phá sản thì quyền đòi lại tài sản của bên bán vẫn có hiệu lực, và bên bán sẽ có quyền lấy lại tài sản của mình khi thỏa thuận bảo lưu QSH chấm dứt hiệu lực hoặc theo quyết định của Tòa án nhân dân trong thủ tục phá sản.

#### 4. Một số kiến nghị

Ngày 01/01/2017, BLDS 2015 sẽ có hiệu lực áp dụng và bảo lưu QSH sẽ chính thức có giá trị như một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Có thể khẳng định rằng, bảo lưu QSH là một chế định quan trọng, đặc biệt trong trường hợp tài sản là đối

*(Xem tiếp trang 37)*

<sup>20</sup> Điều 54 LPS 2014 quy định thứ tự phân chia tài sản: (1) Chi phí phá sản; (2) Khoản nợ lương, trợ cấp thôi việc, bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế đối với người lao động, quyền lợi khác theo hợp đồng lao động và thỏa ước lao động tập thể đã ký kết; (3) Khoản nợ phát sinh sau khi mở thủ tục phá sản nhằm mục đích phục hồi hoạt động kinh doanh; (4) Nghĩa vụ tài chính với Nhà nước, khoản nợ không có bảo đảm phải trả cho chủ nợ trong danh sách chủ nợ, khoản nợ có bảo đảm chưa được thanh toán do giá trị tài sản đảm bảo không đủ thanh toán nợ.

<sup>21</sup> Điều 66 LPS 2014.

# NGƯỜI ĐẠI DIỆN CỦA ĐƯƠNG SỰ TRONG BỘ LUẬT TỔ TỤNG DÂN SỰ NĂM 2015

*Nguyễn Thị Thu Hà\**

**Tóm tắt:** Bài viết phân tích, bình luận các quy định mới của Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 về người đại diện của đương sự, trên cơ sở đó đưa ra các kiến nghị hoàn thiện pháp luật tố tụng dân sự về vấn đề này.

**Abstract:** This article analyses and makes comment on new issues of the Civil Procedure Code of 2015 with respect to representatives of relevant parties. Basing on that, it proposes solution to improve relevant law and regulation.

**T**rong quá trình tham gia tố tụng dân sự tại Tòa án, các đương sự có thể vì những lý do khác nhau như sức khỏe, công việc, lũ lụt, thiên tai, hỏa hoạn, thiếu kiến thức hiểu biết pháp luật, kinh nghiệm tham gia tố tụng... không thể hoặc khó có thể tham gia tố tụng tại Tòa án nên cần có người đại diện. Theo quy định tại Điều 85 Bộ luật Tố tụng Dân sự (BLTTDS) năm 2015, người đại diện theo quy định của Bộ luật Dân sự (BLDS) là người đại diện trong tố tụng dân sự bao gồm người đại diện theo pháp luật và người đại diện theo ủy quyền.

## **1. Người đại diện theo pháp luật trong tố tụng dân sự**

Khoản 2 Điều 85 BLTTDS năm 2015 tiếp tục kế thừa quy định tại khoản 2 Điều 73 BLTTDS năm 2004 về người đại diện theo pháp luật theo quy định của BLDS là người đại diện trong tố tụng dân sự, trừ trường hợp bị hạn chế quyền đại diện theo quy định của pháp luật. Như vậy, khi tham gia tố tụng tại Tòa án, tùy thuộc vào từng loại đương sự là cá nhân, pháp nhân hay các chủ thể khác mà việc xác định người đại diện theo pháp luật của đương sự khác nhau.

### **1.1. Đối với đương sự là cá nhân**

Về nguyên tắc, nếu đương sự là người có năng lực hành vi tố tụng dân sự (người từ đủ 18 tuổi trở lên và không bị mất năng lực hành vi dân sự) thì sẽ tự mình tham gia tố tụng. Tuy nhiên, theo quy định tại khoản 6 Điều 69 BLTTDS năm 2015, khi đương sự là người từ đủ 15 tuổi đến chưa đủ 18 tuổi đã tham gia lao động theo hợp đồng lao động hoặc giao dịch dân sự bằng tài sản riêng của mình thì được tự mình tham gia tố tụng về những việc có liên quan đến quan hệ lao động hoặc quan hệ dân sự đó. Nếu đương sự là người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự hoặc người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự thì họ là những người chưa có hoặc không có khả năng để tự bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình, hoặc họ bị hạn chế tham gia vào các giao dịch dân sự nên việc tham gia tố tụng tại Tòa án phải do người đại diện theo pháp luật của họ thực hiện.

Ngoài ra, Điều 23 BLDS năm 2015 bổ sung quy định mới về người có khó khăn trong nhận thức và làm chủ hành vi. Đó là người đã thành niên do có vấn đề về thể chất hoặc tinh thần dẫn tới khả năng nhận thức và làm chủ hành vi không đầy đủ nhưng chưa đến mức mất hoàn toàn năng

\* TS., Khoa Pháp luật Dân sự - Trường Đại học Luật Hà Nội.

lực hành vi dân sự”<sup>1</sup>. Họ có thể bị Tòa án tuyên bố là người có khó khăn trong nhận thức và làm chủ hành vi trên cơ sở yêu cầu của họ hoặc của người có quyền, lợi ích liên quan, hoặc cơ quan, tổ chức hữu quan và kết luận giám định pháp y tâm thần. Điều này có nghĩa là, căn cứ vào kết luận giám định pháp y tâm thần, Tòa án tuyên bố người đó là người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi và chỉ định người giám hộ, đồng thời xác định quyền và nghĩa vụ của người giám hộ.

Như vậy, đương sự là cá nhân sau đây cần có người đại diện theo pháp luật:

- Người chưa thành niên, trừ người từ đủ 15 tuổi đến chưa đủ 18 tuổi đã tham gia lao động theo hợp đồng lao động hoặc giao dịch dân sự bằng tài sản riêng của mình;
- Người mất năng lực hành vi dân sự;
- Người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự;
- Người có khó khăn trong nhận thức và làm chủ hành vi của mình.

Theo quy định của BLDS năm 2015, người đại diện theo pháp luật của các chủ thể trên được xác định như sau:

- *Người đại diện theo pháp luật của người chưa thành niên là cha, mẹ, hoặc là người giám hộ* trong trường hợp người chưa thành niên không còn cha, mẹ hoặc không xác định được cha, mẹ; có cha, mẹ nhưng cha, mẹ đều mất năng lực hành vi dân sự; cha, mẹ đều có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi; cha, mẹ đều bị hạn chế năng lực hành vi dân sự; cha, mẹ đều bị Tòa án tuyên bố hạn chế quyền đối với con; cha, mẹ đều không có điều kiện chăm sóc, giáo

dục con và có yêu cầu người giám hộ. Người giám hộ của người chưa thành niên bao gồm những người theo thứ tự sau đây: người giám hộ đương nhiên theo quy định tại Điều 52; người giám hộ do Ủy ban nhân dân (UBND) cấp xã nơi cư trú của người được giám hộ cử và người giám hộ do Tòa án chỉ định khi có tranh chấp giữa những người giám hộ quy định tại Điều 52 về người giám hộ, hoặc tranh chấp về việc cử người giám hộ (Điều 54).

- *Người đại diện theo pháp luật của người mất năng lực hành vi dân sự là người giám hộ*. Theo quy định của BLDS năm 2015, người giám hộ của người bị mất năng lực hành vi dân sự bao gồm những người theo thứ tự sau đây: người giám hộ (cá nhân, pháp nhân) do chính người bị tuyên bố chọn khi có năng lực hành vi dân sự đầy đủ (khoản 2 Điều 48); người giám hộ đương nhiên theo quy định tại Điều 53; người giám hộ do UBND cấp xã nơi cư trú của người được giám hộ có trách nhiệm cử và người giám hộ do Tòa án chỉ định khi có tranh chấp giữa những người giám hộ quy định tại Điều 53 về người giám hộ, hoặc tranh chấp về việc cử người giám hộ (Điều 54).

- *Người đại diện theo pháp luật của người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự do Tòa án chỉ định trong quyết định tuyên bố người đó bị hạn chế năng lực hành vi dân sự*.

- *Người đại diện theo pháp luật của người có khó khăn trong nhận thức và làm chủ hành vi của mình là người giám hộ được Tòa án chỉ định trong quyết định tuyên bố về người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi*. Theo quy định tại khoản 4 Điều 54 BLDS năm 2015, người giám hộ được Tòa án chỉ định bao gồm những người theo thứ tự sau: người giám hộ do chính người bị tuyên bố chọn khi có năng lực hành vi dân sự đầy đủ; người giám

<sup>1</sup> Xem: Vương Thanh Thúy (2015), “Hoàn thiện quy định về năng lực chủ thể của cá nhân trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi)”, *Tạp chí Luật học* tháng 6/2015 - Số đặc biệt về Góp ý hoàn thiện Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi), tr. 26.

hộ do Tòa án chỉ định trong những người giám hộ đương nhiên; người giám hộ do Tòa án chỉ định hoặc đề nghị là 01 pháp nhân thực hiện việc giám hộ.

### **1.2. Đối với đương sự là pháp nhân**

Về nguyên tắc, người đại diện theo pháp luật của pháp nhân sẽ thay mặt pháp nhân thực hiện việc tham gia tố tụng tại Tòa án. Tuy nhiên, điểm mới của BLDS năm 2015, Luật Doanh nghiệp năm 2014 là pháp nhân có thể có nhiều người đại diện theo pháp luật. Quy định mới này nhằm bảo đảm quyền của thành viên pháp nhân trong việc thỏa thuận, lựa chọn nhiều người đại diện theo pháp luật cho pháp nhân của mình, đồng thời tạo điều kiện cho pháp nhân nhanh chóng, thuận lợi trong xác lập, thực hiện các hành vi pháp lý, các hợp đồng, giao dịch, nhất là đối với pháp nhân hoạt động trên nhiều lĩnh vực hoặc ở nhiều địa bàn khác nhau. Tuy nhiên, để tránh việc giao kết, thực hiện các giao dịch với người không có thẩm quyền, Điều 141 BLDS năm 2015 và Điều 13 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định mỗi người đại diện theo pháp luật có quyền đại diện cho pháp nhân trong phạm vi đại diện theo quyết định của cơ quan có thẩm quyền, theo điều lệ của pháp nhân hoặc theo quy định của pháp luật. Có nghĩa, quyết định của cơ quan có thẩm quyền, điều lệ của pháp nhân hoặc quy định của pháp luật là căn cứ để xác định người đại diện theo pháp luật nào được thay mặt pháp nhân tham gia tố tụng tại Tòa án.

*Ví dụ:* Công ty trách nhiệm hữu hạn MP đăng ký kinh doanh trong lĩnh vực xây dựng, kinh doanh bất động sản. Theo điều lệ của công ty thì ông A và ông B là người đại diện theo pháp luật, trong đó ông A thực hiện các quyền và nghĩa vụ phát sinh từ giao dịch liên quan đến lĩnh vực xây dựng của công ty, đại diện cho công ty với tư

cách nguyên đơn, bị đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan trước Trọng tài, Tòa án; ông B thực hiện các quyền và nghĩa vụ phát sinh từ giao dịch liên quan đến lĩnh vực kinh doanh bất động sản của công ty, đại diện cho công ty với tư cách nguyên đơn, bị đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan trước Trọng tài, Tòa án. Do đó, nếu có những tranh chấp phát sinh từ việc kinh doanh bất động sản giữa công ty với các chủ thể khác thì theo điều lệ của công ty, ông B sẽ là người đại diện theo pháp luật của công ty MP tham gia tố tụng tại Tòa án.

### **1.3. Đối với đương sự là hộ gia đình, tổ hợp tác**

Trước đây, khoản 1 Điều 107, khoản 1 Điều 113 BLDS năm 2005 quy định chủ hộ là đại diện theo pháp luật của hộ gia đình, tổ trưởng tổ hợp tác là đại diện theo pháp luật của tổ hợp tác. Tuy nhiên, khoản 1 Điều 101 BLDS năm 2015 đã không còn ghi nhận tư cách người đại diện theo pháp luật của hộ gia đình, tổ hợp tác, thay vào đó các thành viên trong hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân có thể thỏa thuận cử người đại diện theo ủy quyền. *Việc tham gia của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức không có tư cách pháp nhân vào quan hệ dân sự thông qua cá nhân đại diện đã giải quyết được những vướng mắc, bất cập kéo dài trong nhiều năm qua liên quan đến việc tham gia các quan hệ dân sự của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân trong quá trình giải quyết tranh chấp tại Tòa án và cơ quan nhà nước khác<sup>2</sup>.* Như vậy, đối với trường hợp đương sự là hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức không có tư cách pháp nhân thì các thành

<sup>2</sup> Xem: Nguyễn Minh Hằng, Ngô Tiến Hùng, *Một số điểm mới chủ đạo của Bộ luật Dân sự năm 2015*, <http://noichinh.vn>, truy cập ngày 18/07/2016.

viên của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức không có tư cách pháp nhân có thể tự tham gia tố tụng hoặc ủy quyền cho một người đại diện tham gia tố tụng tại Tòa án.

#### **1.4. Đối với đương sự là tập thể người lao động**

Đề phù hợp với là Bộ luật Lao động năm 2012, Luật Công đoàn năm 2012 và Nghị định số 43/2013/NĐ-CP ngày 10/5/2013 quy định chi tiết thi hành Điều 10 Luật Công đoàn năm 2012, khoản 3 Điều 85 BLTTDS năm 2015 đã bổ sung quy định: Tổ chức đại diện tập thể lao động (Ban chấp hành công đoàn cơ sở hoặc Ban chấp hành công đoàn cấp trên trực tiếp cơ sở ở nơi chưa thành lập công đoàn cơ sở) là người đại diện theo pháp luật cho tập thể người lao động khởi kiện vụ án lao động, tham gia tố tụng tại Tòa án khi quyền, lợi ích hợp pháp của tập thể người lao động bị xâm phạm. Quy định này nhằm bảo vệ tối đa các quyền và lợi ích chính đáng của người lao động phát sinh từ quan hệ lao động.

#### **2. Người đại diện theo ủy quyền trong tố tụng dân sự**

Trong tố tụng dân sự, khi đương sự, người đại diện theo pháp luật của đương sự ủy quyền cho chủ thể khác tham gia tố tụng tại Tòa án thì hai bên đã thiết lập một quan hệ ủy quyền trong tố tụng dân sự. Theo đó, người được ủy quyền (người đại diện theo ủy quyền) có nghĩa vụ thay mặt người ủy quyền (người được đại diện) thực hiện các quyền và nghĩa vụ tố tụng tại Tòa án trong phạm vi ủy quyền vì lợi ích của người ủy quyền.

Khoản 1 Điều 85 BLTTDS năm 2015 tiếp tục kế thừa quy định của BLTTDS năm 2004 về người đại diện theo ủy quyền. Theo đó, người đại diện theo ủy quyền theo quy định của BLDS là người đại diện theo ủy quyền trong tố tụng dân sự. Tuy nhiên, nếu

như BLDS năm 2005, BLTTDS năm 2004 quy định người đại diện theo ủy quyền chỉ là cá nhân, thì điểm mới của BLDS năm 2015 và BLTTDS năm 2015 là người đại diện theo ủy quyền trong tố tụng dân sự còn có thể là pháp nhân (Điều 138 BLDS năm 2015, khoản 1 Điều 85 BLTTDS năm 2015). Việc đương sự được ủy quyền tham gia tố tụng dân sự cho pháp nhân nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự nhanh chóng, thuận lợi và hiệu quả hơn.

#### **2.1. Người đại diện theo ủy quyền là cá nhân**

Để thực hiện công việc được ủy quyền là tham gia tố tụng dân sự tại Tòa án, người đại diện theo ủy quyền là cá nhân phải đáp ứng các điều kiện sau:

- Là người có năng lực hành vi tố tụng dân sự theo quy định tại Điều 69 BLTTDS năm 2015. Theo đó, người đại diện theo ủy quyền là người từ đủ 18 tuổi trở lên và không bị mất năng lực hành vi dân sự.

- Không thuộc các trường hợp không được làm người đại diện theo ủy quyền quy định tại Điều 87 BLTTDS năm 2015. Theo đó, những người sau đây không được làm người đại diện theo ủy quyền:

- + Là đương sự trong cùng một vụ án với người được đại diện mà quyền và lợi ích hợp pháp của họ đối lập với quyền và lợi ích hợp pháp của người được đại diện.

- + Là người đại diện theo pháp luật trong tố tụng dân sự cho một đương sự khác mà quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự đó đối lập với quyền và lợi ích hợp pháp của người được đại diện trong cùng một vụ án.

- + Cán bộ, công chức trong các cơ quan Tòa án, Viện kiểm sát, Công an, trừ trường hợp họ tham gia tố tụng với tư cách là người đại diện cho cơ quan của họ hoặc với tư cách là người đại diện theo pháp luật.

Vấn đề đặt ra là, người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự, người khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi có thể tham gia tố tụng với tư cách người đại diện theo ủy quyền hay không? *Có ý kiến cho rằng*, theo quy định BLTTDS năm 2015 thì người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự, người khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi chưa phải là người mất năng lực hành vi dân sự hoặc chỉ bị hạn chế năng lực hành vi dân sự trong lĩnh vực nhất định, đồng thời họ cũng không nằm trong trường hợp bị pháp luật cấm không được làm người đại diện theo ủy quyền nên họ có thể tham gia tố tụng với tư cách người đại diện theo ủy quyền.

Tuy nhiên, như phân tích ở trên, một người bị Tòa án tuyên bố hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc là người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi cần phải có người đại diện theo pháp luật hoặc người giám hộ thay mặt mình thực hiện các giao dịch dân sự thì không thể đại diện cho người khác tham gia tố tụng tại Tòa án. Vì vậy, người đại diện theo ủy quyền không thể là người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự, người khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi.

Ngoài ra, cơ quan thi hành án, chấp hành viên, người giám định, người phiên dịch, người làm chứng, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự trong vụ án có thể là người đại diện theo ủy quyền không? Hoặc người đại diện theo ủy quyền có thể là người thân thích với Thẩm phán, Hội thẩm nhân dân đang tham gia giải quyết vụ án không?

Trước đây, theo Nghị quyết số 03/HĐTP của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao (TANDTC) ngày 19/10/1990 *Hướng dẫn áp dụng một số quy định của Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các*

*vụ án dân sự*, những người thuộc một trong những trường hợp sau đây không được tham gia với tư cách là người đại diện được đương sự ủy quyền:

+ Không có quốc tịch Việt Nam, không cư trú ở Việt Nam, trừ những trường hợp pháp luật có quy định khác đối với đương sự là người có quốc tịch nước ngoài, người không có quốc tịch hoặc là người Việt Nam ở nước ngoài;

+ Chưa đủ 18 tuổi;

+ Bị bệnh tâm thần;

+ Đã bị khởi tố về hình sự hoặc bị kết án nhưng chưa được xóa án;

+ Là cán bộ ngành Tòa án, ngành Kiểm sát;

+ Là người giám định, người phiên dịch, người làm chứng trong vụ án;

+ Là người thân thích với Thẩm phán, Hội thẩm nhân dân, Thư ký Tòa án, Kiểm sát viên đang tham gia giải quyết vụ án;

+ Chuyên viên tư vấn pháp luật của các Văn phòng dịch vụ pháp lý (theo hướng dẫn tại Thông tư số 1119 QLTPK ngày 24-12-1987 và Công văn số 870/CV/DVPL ngày 26-10-1988 của Bộ Tư pháp).

+ Cơ quan, tổ chức không được tham gia tố tụng với tư cách là người đại diện do đương sự ủy quyền.

+ Một người không được tham gia tố tụng cùng một lúc với hai tư cách vừa là người đại diện do đương sự ủy quyền vừa là người bảo vệ quyền lợi cho đương sự.

Chúng tôi cho rằng, hướng dẫn trong Nghị quyết số 03/HĐTP ngày 19/10/1990 có những điểm hợp lý, đó là không để những cá nhân, cơ quan, tổ chức nói trên là người đại diện theo ủy quyền bởi sự tham gia của họ sẽ ảnh hưởng đến tính khách quan, vô tư trong quá trình giải quyết vụ án. Các quan hệ tình cảm, quan hệ công việc,

quan hệ kinh tế... có thể chi phối đến Hội đồng xét xử, dẫn đến phán quyết không chính xác, công bằng đối với các bên. Hoặc một người tham gia với nhiều tư cách trong cùng một vụ án, như người đại diện theo ủy quyền đồng thời là người giám định, người phiên dịch, người làm chứng trong vụ án, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự thì những lời khai, kết luận giám định, lời dịch... sẽ gây tổn hại đến các đương sự khác. Do đó, cần bổ sung những người sau đây cũng không được làm người đại diện theo ủy quyền:

- *Người bị mất, hạn chế năng lực hành vi dân sự, người có khó khăn trong nhận thức và làm chủ hành vi;*

- *Cán bộ, công chức trong cơ quan thi hành án, trừ trường hợp họ tham gia tố tụng với tư cách là người đại diện cho cơ quan của họ hoặc với tư cách là người đại diện theo pháp luật;*

- *Là người giám định, người phiên dịch, người làm chứng trong cùng vụ án;*

- *Là người thân thích với Thẩm phán, Hội thẩm nhân dân đang tham gia giải quyết vụ án;*

- *Một người chỉ có thể tham gia tố tụng với một tư cách hoặc là người đại diện do đương sự ủy quyền hoặc là người bảo vệ quyền lợi cho đương sự, chứ không được tham gia tố tụng cùng một lúc với hai tư cách vừa là người đại diện do đương sự ủy quyền vừa là người bảo vệ quyền lợi cho đương sự.*

## **2.2. Người đại diện theo ủy quyền là pháp nhân**

Tương tự như người đại diện theo ủy quyền là cá nhân, người đại diện theo ủy quyền là pháp nhân cũng phải đáp ứng các điều kiện sau:

- Có năng lực chủ thể (năng lực pháp

luật và năng lực hành vi tố tụng dân sự) phù hợp với giao dịch được xác lập. Theo đó, pháp nhân đó phải đủ khả năng để thực hiện công việc được ủy quyền. Hay nói cách khác, pháp nhân là người đại diện theo ủy quyền phải có đăng ký kinh doanh hoặc trong nhiệm vụ, quyền hạn của pháp nhân quy định rõ về việc có thẩm quyền dịch vụ tư vấn pháp lý; đại diện theo ủy quyền trong hoặc ngoài tố tụng.

- Không thuộc các trường hợp không được làm người đại diện theo ủy quyền. Mặc dù Điều 87 BLTTDS năm 2015 chỉ quy định cá nhân là cán bộ, công chức trong các cơ quan Tòa án, Viện kiểm sát, Công an không được làm người đại diện theo ủy quyền trừ trường hợp họ tham gia tố tụng với tư cách là người đại diện cho cơ quan của họ hoặc với tư cách là người đại diện theo pháp luật mà không quy định cơ quan Tòa án, Viện kiểm sát, Công an không được làm người đại diện theo ủy quyền. Tuy nhiên, khi BLDS năm 2015 và BLTTDS năm 2015 bổ sung quy định về người đại diện theo ủy quyền là pháp nhân thì cần thiết phải có quy định về các pháp nhân không được làm người đại diện theo ủy quyền. Bởi vì, sự tham gia của các chủ thể này có thể tác động đến những người tiến hành tố tụng, ảnh hưởng đến quá trình giải quyết khách quan vụ việc. Do đó, cần có hướng dẫn cụ thể.

Khi pháp nhân đáp ứng các điều kiện để trở thành người đại diện theo ủy quyền trong tố tụng dân sự thì vấn đề đặt ra là, chủ thể nào sẽ nhân danh pháp nhân thực hiện quyền và nghĩa vụ tố tụng thay cho người được đại diện? Việc xác định người của pháp nhân thực hiện đại diện theo ủy quyền trong tố tụng dân sự như sau:

+ Đối với pháp nhân được ủy quyền là

công ty trách nhiệm hữu hạn (chẳng hạn công ty luật trách nhiệm hữu hạn), theo quy định tại Điều 13 Luật Doanh nghiệp năm 2014: nếu công ty trách nhiệm hữu hạn chỉ có 1 người đại diện theo pháp luật thì người đại diện theo pháp luật sẽ thay mặt pháp nhân thực hiện việc tham gia tố tụng dân sự tại Tòa án nhân danh người được đại diện trong phạm vi ủy quyền.

Nếu pháp nhân là công ty trách nhiệm hữu hạn có nhiều người đại diện theo pháp luật thì căn cứ vào điều lệ của công ty, giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh để xác định người đại diện theo pháp luật sẽ nhân danh công ty thực hiện việc đại diện theo ủy quyền trong tố tụng dân sự. Theo đó, người đại diện theo pháp luật đã được quy định trong điều lệ của công ty sẽ thực hiện việc ký hợp đồng ủy quyền tham gia tố tụng dân sự, thay mặt công ty thực hiện quyền và nghĩa vụ tố tụng dân sự của người được đại diện trong phạm vi ủy quyền.

+ Đối với pháp nhân được ủy quyền là công ty hợp danh (chẳng hạn như công ty luật hợp danh), theo quy định tại Điều 176 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì các thành viên hợp danh đều có quyền nhân danh công ty thực hiện việc đại diện theo ủy quyền trong tố tụng dân sự.

+ Đối với pháp nhân được ủy quyền là cơ quan thì người đại diện theo pháp luật của cơ quan sẽ thực hiện việc đại diện theo ủy quyền trong tố tụng dân sự trong phạm vi ủy quyền.

Vậy, trong trường hợp người đại diện theo pháp luật của pháp nhân vì lý do nào đó không thể nhân danh pháp nhân thực hiện việc đại diện theo ủy quyền trong tố tụng dân sự thì giải quyết thế nào?

Về vấn đề này có nhiều cách hiểu khác nhau. *Cách hiểu thứ nhất*, người đại diện

theo pháp luật của pháp nhân có thể ủy quyền lại cho người khác nhưng phải có sự đồng ý của người được ủy quyền. *Cách hiểu thứ hai*, việc người đại diện theo pháp luật của pháp nhân ủy quyền lại hay giao cho một người khác thực hiện là công việc nội bộ của pháp nhân, không cần có sự đồng ý của người được đại diện.

Theo quy định tại Điều 13 Luật Doanh nghiệp năm 2014, 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. Nếu hết thời hạn ủy quyền hoặc không có ủy quyền thì chủ sở hữu công ty, Hội đồng thành viên, Hội đồng quản trị quyết định cử người khác làm người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp. Nếu doanh nghiệp chỉ có một người đại diện theo pháp luật và người này vắng mặt tại Việt Nam quá 30 ngày mà không ủy quyền cho người khác thực hiện các quyền và nghĩa vụ của người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp hoặc bị chết, mất tích, tạm giam, kết án tù, bị hạn chế hoặc mất năng lực hành vi dân sự thì chủ sở hữu công ty, Hội đồng thành viên, Hội đồng quản trị cử người khác làm người đại diện theo pháp luật của công ty. Như vậy, người đại diện theo pháp luật của pháp nhân cũng chỉ nhân danh pháp nhân để thực hiện việc đại diện theo ủy quyền, nên nếu người đại diện theo pháp luật của pháp nhân không tham gia tố tụng dân sự được thì pháp nhân phải có trách nhiệm thông qua người đại diện theo ủy quyền hoặc các thành viên khác của pháp nhân thực hiện việc đại diện

trong tố tụng dân sự. Ủy quyền này là ủy quyền trong nội bộ của pháp nhân để thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của pháp nhân nên không nhất thiết phải có sự đồng ý của người được đại diện. Tuy nhiên, nếu người đại diện theo pháp luật của pháp nhân ủy quyền cho người khác (không phải là ủy quyền trong nội bộ pháp nhân) thì việc ủy quyền lại này phải đáp ứng các điều kiện về ủy quyền lại theo quy định tại Điều 564 BLDS năm 2015. Theo đó, bên được ủy quyền được ủy quyền lại cho người khác trong trường hợp: có sự đồng ý của bên ủy quyền; do sự kiện bất khả kháng nếu không áp dụng ủy quyền lại thì mục đích xác lập, thực hiện giao dịch dân sự vì lợi ích của người ủy quyền không thể thực hiện được. Việc ủy quyền lại không được vượt quá phạm vi ủy quyền ban đầu.

Ngoài ra, để phù hợp với là Bộ luật Lao động năm 2012, Luật Công đoàn năm 2012 và Nghị định số 43/2013/NĐ-CP ngày 10/5/2013 quy định chi tiết thi hành Điều 10 của Luật Công đoàn năm 2012, khoản 3 Điều 85 BLTTDS năm 2015 bổ sung quy định, đối với trường hợp người lao động khởi kiện vụ án lao động thì người lao động có thể ủy quyền cho tổ chức đại diện tập thể lao động. Trường hợp nhiều người lao động có cùng yêu cầu đối với người sử dụng lao động, trong cùng một doanh nghiệp, đơn vị thì được ủy quyền cho một đại diện của tổ chức đại diện tập thể lao động thay mặt họ khởi kiện vụ án lao động và tham gia tố tụng tại Tòa án. Như vậy, tổ chức đại diện tập thể lao động có thể trở thành người đại diện do đương sự ủy quyền.

### 3. Người đại diện do Tòa án chỉ định

Theo quy định tại Điều 76 BLTTDS 2004, Tòa án chỉ định người đại diện cho

đương sự khi đương sự là người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự mà không có người đại diện hoặc người đại diện theo pháp luật của họ thuộc một trong các trường hợp không được làm người đại diện. Ngoài ra, theo khoản 3 Điều 24 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 trong trường hợp một bên vợ, chồng mất năng lực hành vi dân sự mà bên kia có yêu cầu Tòa án giải quyết ly hôn thì căn cứ vào quy định về giám hộ trong BLDS, Tòa án chỉ định người khác đại diện cho người bị mất năng lực hành vi dân sự để giải quyết việc ly hôn. Hoặc theo khoản 3 Điều 78 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014, khi chấm dứt việc nuôi con nuôi thì quyền, nghĩa vụ giữa cha đẻ, mẹ đẻ và con đẻ được khôi phục kể từ thời điểm quan hệ nuôi con nuôi chấm dứt. Trường hợp cha đẻ, mẹ đẻ không còn hoặc không có đủ điều kiện để nuôi con chưa thành niên, con đã thành niên mất năng lực hành vi dân sự hoặc không có khả năng lao động và không có tài sản để tự nuôi mình thì Tòa án giải quyết việc chấm dứt nuôi con nuôi và chỉ định người giám hộ cho con theo quy định của BLDS.

Như vậy, đối với các vụ án khác (không phải là ly hôn và chấm dứt việc nuôi con nuôi) có đương sự là người mất năng lực hành vi dân sự hoặc là người chưa thành niên, nhưng không có người đại diện hoặc người đại diện theo pháp luật thuộc các trường hợp không được làm người đại diện thì Tòa án không được chỉ định người đại diện cho họ. Điều này không đảm bảo quyền bình đẳng cho các đương sự khi tham gia quá trình giải quyết các vụ việc dân sự. Chính vì vậy, BLTTDS năm 2015 đã bổ sung các trường hợp Tòa án chỉ định người đại diện. Theo đó, khi tiến hành tố tụng dân sự, nếu có đương sự là người chưa thành

niên, người mất năng lực hành vi dân sự, người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự, người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi mà không có người đại diện hoặc người đại diện theo pháp luật của họ thuộc một trong các trường hợp quy định tại khoản 1 Điều 87 BLTTDS thì Tòa án phải chỉ định người đại diện để tham gia tố tụng (khoản 1 Điều 88).

Bên cạnh đó, đối với vụ việc lao động có đương sự là người mất, hạn chế năng lực hành vi dân sự, người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi hoặc người lao động là người chưa thành niên mà không có người đại diện và Tòa án cũng không chỉ định được người đại diện theo quy định tại khoản 1 Điều 88 BLTTDS năm 2015 thì Tòa án chỉ định tổ chức đại diện tập thể lao động đại diện cho người lao động đó. Quy định này nhằm đảm bảo các đương sự thuộc trường hợp không có hoặc khó có khả năng để tự bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình sẽ có người đại diện đứng ra bảo vệ.

Tuy nhiên, cần phải phân biệt sự tham gia của người đại diện do Tòa án chỉ định trong vụ án đang giải quyết với người đại diện theo pháp luật. Khi xảy ra tranh chấp liên quan đến người chưa thành niên, người mất, hạn chế năng lực hành vi dân sự, người có khó khăn trong nhận thức và làm chủ hành vi thì những người đại diện theo pháp luật được cử, chỉ định trong các quyết định hoặc theo quy định của pháp luật sẽ là người đại diện theo pháp luật cho người được đại diện tham gia vụ án dân sự. Trong quá trình tham gia tố tụng dân sự tại Tòa án, người đại diện theo pháp luật này lại bị rơi vào tình trạng không thể đại diện hoặc không được đại diện cho người được đại diện nữa thì Tòa án sẽ chỉ định người đại diện. Người được Tòa án chỉ định trong

trường hợp này mới được gọi là người đại diện do Tòa án chỉ định. Họ chỉ được thay mặt người được đại diện trong vụ án Tòa án đang giải quyết. Đối với các vụ án dân sự khác thì về nguyên tắc, những người đại diện theo pháp luật được cử, chỉ định trong các quyết định hoặc theo quy định của pháp luật vẫn tiếp tục tham gia tố tụng thay mặt người được đại diện nếu không thuộc trường hợp bị cấm làm người đại diện hoặc không thể tham gia tố tụng.

Ví dụ: Tòa án ra quyết định tuyên bố anh A bị mất năng lực hành vi dân sự. Theo quy định tại Điều 52 BLDS năm 2015 thì anh trai cả của anh A là anh B được xác định là người đại diện theo pháp luật của anh A. Sau đó, 3 anh em ruột là A, B và C được hưởng di sản thừa kế từ ông bà ngoại, nhưng B và C có tranh chấp với nhau về việc chia di sản thừa kế vì đều định chiếm cả phần di sản của A. Khi B, C khởi kiện vụ án chia thừa kế, do A là người mất năng lực hành vi dân sự và B, C đều thuộc trường hợp không được làm người đại diện theo pháp luật cho A nên Tòa án chỉ định người khác (ông E) làm người đại diện cho A để bảo vệ quyền lợi cho A. Khi vụ án kết thúc, nếu A đi đường bị D đi ô tô đâm bị thương. Để khởi kiện D yêu cầu bồi thường thiệt hại cho A thì lúc này B với tư cách là người đại diện theo pháp luật của A có quyền khởi kiện. Như vậy, ông E chỉ được coi là người đại diện cho A trong vụ án thừa kế. Còn vụ án khác thì B vẫn được coi là người đại diện theo pháp luật thay mặt A tham gia tố tụng.

#### **4. Hậu quả do người không có quyền đại diện xác lập**

Theo quy định tại Điều 142 BLDS năm 2015, nếu người đại diện trong tố tụng dân sự thuộc trường hợp không có quyền được đại diện thì mọi quyết định của người đại

diện trong vụ án dân sự không làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của người được đại diện, trừ một trong các trường hợp sau đây:

- Người được đại diện đã công nhận;
- Người được đại diện biết mà không phản đối trong một thời hạn hợp lý;
- Người được đại diện có lỗi dẫn đến việc người đã giao dịch không biết hoặc không thể biết về việc người đã xác lập, thực hiện giao dịch dân sự với mình không có quyền đại diện.

Ví dụ: Công ty MP khởi kiện đòi công ty PH 3 tỷ tiền nợ chưa trả theo hợp đồng mua bán hàng hóa. Sau khi thụ lý, Tòa án tiến hành hòa giải thì ông B (người đại diện theo pháp luật của công ty PH) đã thỏa thuận với ông A (người đứng ra thay mặt công ty MP) là công ty PH sẽ trả 2 tỷ đồng cho công ty MP. Khi Tòa án ra quyết định công nhận sự thỏa thuận của các đương sự

thì công ty MP có đơn đề nghị người có thẩm quyền kháng nghị giám đốc thẩm hủy quyết định công nhận sự thỏa thuận của các đương sự do thỏa thuận giữa ông B với ông A không đúng thẩm quyền, vì theo điều lệ của công ty, ông A không phải là người đại diện theo pháp luật cũng như không phải là người đại diện theo ủy quyền của công ty MP. Như vậy, do thỏa thuận được xác lập với người không có thẩm quyền đại diện nên quyết định công nhận sự thỏa thuận không có hiệu lực với công ty MP, trừ trường hợp công ty MP biết ông A đứng ra thỏa thuận với công ty PH nhưng không có ý kiến gì, hoặc công ty MP có lỗi trong việc để công ty PH cho rằng ông A là người đại diện theo pháp luật của công ty MP. Trường hợp công ty PH và ông A cố ý xác lập thỏa thuận gây thiệt hại cho công ty PH thì phải chịu trách nhiệm liên đới bồi thường thiệt hại.

*(Tiếp theo trang 27 – Bảo lưu quyền sở hữu ...)*

tượng mua bán có giá trị cao và các bên thỏa thuận mua trả chậm, trả dần. Để thực hiện các quy định về bảo lưu QSH trong BLDS 2015 cũng như thực thi chế định này trong thực tế, tác giả kiến nghị:

- BLDS 2015 cần được tiếp tục rà soát để bổ sung những quy định cụ thể về bảo lưu QSH, như: i) Bổ sung quy định về hình thức văn bản của bảo lưu QSH trong mua trả chậm, trả dần để tạo sự thống nhất trong BLDS; ii) Bổ sung quy định (hoặc ban hành nghị định hướng dẫn) làm rõ việc người mua có hay không quyền hưởng lợi từ tài sản trong bảo lưu QSH; iii) Bổ sung quy định nếu người thứ ba chưa trả tiền cho bên mua trong giao dịch giữa bên mua và bên

thứ ba thì bên bán thay vì lấy lại tài sản có thể lấy lại chính khoản tiền mà người thứ ba sẽ trả cho bên mua.

- Với các bên trong HĐMBTS: i) Các bên phải thỏa thuận bảo lưu QSH dưới dạng văn bản, tốt nhất là đưa vào HĐMBTS bằng văn bản; ii) Bên bán nên thực hiện thủ tục đăng ký giao dịch bảo đảm đối với biện pháp bảo lưu QSH để có thể bảo vệ quyền lợi của mình trong trường hợp có tranh chấp với người thứ ba; iii) Trong trường hợp bên mua bị mở thủ tục phá sản, bên bán phải gửi giấy đòi nợ cho quản tài viên trong thời hạn quy định, trong đó có ghi rõ số tiền bên mua còn nợ và biện pháp bảo đảm đã được các bên thỏa thuận là bảo lưu QSH.

# MỘT SỐ BẤT CẬP TRONG CÁC QUY ĐỊNH VỀ MANG THAI HỘ VÌ MỤC ĐÍCH NHÂN ĐẠO CỦA LUẬT HÔN NHÂN VÀ GIA ĐÌNH NĂM 2014

*Nguyễn Huy Cường\**

**Tóm tắt:** *Chế định mang thai hộ vì mục đích nhân đạo với những giá trị nhân văn to lớn đã được ghi nhận trong Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014. Bài viết làm rõ các nội dung: i) Những bất cập trong các quy định về mang thai hộ vì mục đích nhân đạo, ii) Một số kiến nghị hoàn thiện các quy định về vấn đề này.*

**Abstract:** *Surrogacy for humanitarian purpose has been stated in the Law on Marriage and Family of 2014. This article clarifies following issues: i) Shortcomings of provisions on surrogacy for humanitarian purpose, and (ii) Proposals to improve those provisions.*

Sinh con để duy trì nòi giống là quy luật tự nhiên và cũng là nguyện vọng của các cặp vợ chồng. Tuy nhiên, “thiên chức” này không phải tất cả các cặp vợ chồng đều có thể thực hiện được bởi những nguyên nhân khác nhau.

Những năm trước đây, việc mang thai hộ không được pháp luật thừa nhận, thậm chí hành vi mang thai hộ còn được nhìn nhận là hành vi bị nghiêm cấm<sup>1</sup>.

Xuất phát từ nhu cầu thực tế hiện nay, Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 đã chính thức ghi nhận việc mang thai hộ vì mục đích nhân đạo. Tuy đem lại những giá trị tiên bộ, nhân văn nhưng các quy định về mang thai hộ vì mục đích nhân đạo của Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 đã phát sinh nhiều bất cập trong thực tiễn áp dụng cần có giải pháp xử lý thỏa đáng.

## **Thứ nhất, quan hệ về nhân thân của trẻ được sinh ra**

Theo quy định, con sinh ra trong trường hợp mang thai hộ vì mục đích nhân đạo là

con chung của vợ chồng nhờ mang thai hộ kể từ thời điểm con được sinh ra<sup>2</sup>; quyền, nghĩa vụ của bên nhờ mang thai hộ vì mục đích nhân đạo đối với con phát sinh kể từ thời điểm con được sinh ra<sup>3</sup>. Tuy nhiên, Luật cũng quy định, người mang thai hộ, chồng của người mang thai hộ có quyền, nghĩa vụ như cha mẹ trong việc chăm sóc sức khỏe sinh sản và chăm sóc, nuôi dưỡng con cho đến thời điểm giao đứa trẻ cho bên nhờ mang thai hộ<sup>4</sup>.

Thực tiễn áp dụng phát sinh trường hợp, thời điểm sinh con và thời điểm giao nhận con là hai thời điểm khác nhau, do đó quyền và nghĩa vụ của bên nhờ mang thai hộ và bên mang thai hộ cũng sẽ đan xen, chồng chéo lẫn nhau. Con khi được sinh ra là con của bên nhờ mang thai hộ, và cũng là thời điểm phát sinh quyền và nghĩa vụ cha mẹ của bên nhờ mang thai hộ. Tuy nhiên, giai đoạn này cũng phát sinh quyền chăm sóc, nuôi dưỡng con của bên mang thai hộ cho đến khi giao con.

\* Đoàn Luật sư Tỉnh Trà Vinh.

<sup>1</sup> Điều 6, Nghị định số 12/2003/NĐ-CP ngày 12/2 /2003 của Chính phủ về sinh con theo phương pháp khoa học.

<sup>2</sup> Điều 94 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014.

<sup>3</sup> Khoản 2 Điều 98 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014.

<sup>4</sup> Khoản 1 Điều 97 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014.

Nếu trường hợp, đứa trẻ sinh ra mang dị tật, bệnh lý khó điều trị được hoặc vì lý do nào khác dẫn đến việc bên nhờ mang thai hộ từ chối nhận con, bên mang thai hộ phải yêu cầu tòa án giải quyết<sup>5</sup>. Tuy nhiên, với thực tế xét xử, thì hành án hiện nay tại Việt Nam mất rất nhiều thời gian, người mang thai hộ đã phải nuôi dưỡng đứa trẻ trong suốt thời gian này cho đến khi bàn giao, và đứa trẻ này vẫn chưa được khai sinh theo quy định. Như vậy, trong giai đoạn này, quan hệ nhân thân của đứa trẻ được giải quyết như thế nào? Đứa trẻ là con ai khi chưa được đăng ký khai sinh? Luật quy định con khi sinh ra là con của bên nhờ mang thai hộ, nhưng bên nhờ mang thai hộ không thực hiện quyền và nghĩa vụ của mình, buộc bên mang thai hộ phải thực hiện nghĩa vụ thay trong khi họ không phải là cha mẹ của đứa trẻ.

Một giả định khác được đưa ra là, trong trường hợp bên nhờ mang thai hộ không nhận con và bên mang thai hộ cũng không yêu cầu tòa án buộc bên nhờ mang thai hộ nhận con thì quan hệ nhân thân của đứa trẻ này sẽ như thế nào? Thực tế tại Thái Lan cũng đã ghi nhận trường hợp một bà mẹ Thái Lan mang thai hộ cho hai vợ chồng người Australia, sau đó sinh đôi. Hai vợ chồng nước ngoài này chỉ mang theo bé gái khỏe mạnh và để lại bé trai sau khi biết bé bị bệnh down<sup>6</sup>.

### **Thứ hai, quan hệ về tài sản giữa bên nhờ mang thai hộ và bên mang thai hộ**

Theo quy định về mang thai hộ vì mục đích nhân đạo, bên nhờ mang thai hộ có nghĩa vụ chi trả các chi phí thực tế để bảo đảm việc chăm sóc sức khỏe sinh sản theo

quy định của Bộ Y tế. Như vậy, tất cả các khoản phí như viện phí, chi phí bồi dưỡng thai phụ, chăm sóc thai nhi... đều do bên nhờ mang thai hộ thanh toán. Vấn đề đặt ra là, nếu trường hợp với lý do nào đó mà bên nhờ mang thai hộ không đồng ý thanh toán vì cho rằng có khoản chi phí không hợp lý, thì người mang thai hộ phải yêu cầu giải quyết ra sao hay phải thông qua tổ tụng dân sự? Hoặc trong trường hợp giả định rằng, bên nhờ mang thai hộ thanh toán cho bên mang thai hộ số tiền nhiều hơn nhiều lần so với chi phí thực tế để đảm bảo việc chăm sóc sinh sản, thì có được xem là lợi ích vật chất và vi phạm các quy định của việc mang thai hộ vì mục đích nhân đạo?

Một vấn đề nữa không được Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 đề cập đến là thu nhập thực tế bị mất trong thời gian mang thai hộ của người mang thai hộ. Nếu người mang thai hộ là lao động có thu nhập thì trong khoảng thời gian mang thai hộ, thu nhập của họ bị mất được giải quyết như thế nào? Bên nhờ mang thai hộ có phải bồi hoàn cho họ đối với khoản thu nhập bị mất này hay không? Theo quy định hiện hành thì bên mang thai hộ không được nhận bất kỳ khoản lợi ích nào về kinh tế hoặc lợi ích khác cho việc mang thai hộ. Nếu họ nhận những khoản bù đắp từ việc bị mất thu nhập lao động thì được xem là nhận lợi ích vật chất (mang thai hộ vì mục đích thương mại), tức là hành vi bị pháp luật nghiêm cấm. Như vậy, có thể nhìn nhận khoản thu nhập bị mất (nếu có) của người mang thai hộ không được pháp luật bảo vệ do họ tự nguyện giúp người khác vì mục đích nhân đạo.

### **Thứ ba, đối tượng được nhờ mang thai hộ**

Theo quy định thì cặp vợ chồng không có con chung mới được yêu cầu thực hiện kỹ thuật mang thai hộ vì mục đích nhân đạo.

<sup>5</sup> Khoản 1, 5 Điều 97 Luật Hôn nhân và Gia đình 2014.

<sup>6</sup> Báo điện tử Vnexpress, Thái Lan sẽ cấm mang thai hộ, <http://vnexpress.net/tin-tuc/the-gioi/cuoc-song-do-day/thai-lan-se-cam-mang-thai-ho-3114050.html>, truy cập ngày 11/07/2016.

Quy định này trên thực tế có thể xảy ra 02 giả định:

- Nếu cặp vợ chồng đã có con chung, nhưng đứa con chung này chết mà người vợ không thể sinh con thêm.

- Nếu vợ chồng có con chung, nhưng đứa con này bị dị tật, khuyết tật dẫn đến không nhận thức được hoặc bệnh lý không thể điều trị..., và người vợ không thể sinh thêm con. Vậy những trường hợp này có thuộc đối tượng được nhờ mang thai hộ?

Mục đích nhân đạo của quy định về mang thai hộ nhằm giúp cho những cặp vợ chồng không thể sinh con có thể nhờ người khác mang thai cho họ. Đây là một nhu cầu chính đáng cần sớm được xem xét giải quyết.

#### **Thứ tư, xác nhận điều kiện người thân thích cùng hàng**

Một trong những điều kiện áp dụng đối với người mang thai hộ đó phải là người thân thích cùng hàng của bên vợ hoặc bên chồng nhờ mang thai hộ. Theo quy định tại Nghị định số 10/2015/NĐ-CP, người thân thích cùng hàng của vợ hoặc chồng gồm có: chị, em cùng cha mẹ, cùng cha khác mẹ, cùng mẹ khác cha; chị, em con chú, con bác, con cô, con cậu, con dì; chị dâu, em dâu của người cùng cha mẹ hoặc cùng cha khác mẹ, cùng mẹ khác cha. Nghị định số 10/2015/NĐ-CP cũng quy định, hồ sơ yêu cầu mang thai hộ phải có văn bản xác nhận của Ủy ban nhân dân về mối quan hệ thân thích cùng hàng giữa bên nhờ mang thai hộ và bên mang thai hộ.

Vấn đề được đặt ra là, Ủy ban nhân dân cấp xã nơi nào sẽ thực hiện việc xác nhận này. Bởi thực tế có thể sẽ có nhiều Ủy ban cấp xã có thể xác nhận như:

- Nơi đăng ký cư trú hiện tại của bên nhờ mang thai hộ hay bên mang thai hộ;

- Nơi đăng ký thường trú của bên nhờ mang thai hộ hay bên mang thai hộ;

- Nơi đăng ký hộ tịch ban đầu của bên nhờ mang thai hộ hay bên mang thai hộ.

Hiện Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014, Nghị định số 10/2015/NĐ-CP chưa quy định cụ thể thẩm quyền xác nhận. Do đó, trên thực tế thì một trong các Ủy ban nhân dân cấp xã nêu trên có thể thực hiện việc xác nhận này. Tuy nhiên, bên nhờ mang thai hộ và bên mang thai hộ có thể không cư trú cùng địa phương, nên Ủy ban nhân dân cấp xã nơi xác nhận rất khó có cơ sở để xác minh.

#### **Thứ năm, chế tài xử lý vi phạm**

Pháp luật quy định, nếu các bên trong quan hệ mang thai hộ vì mục đích nhân đạo vi phạm điều kiện, nghĩa vụ phải thực hiện thì tùy theo tính chất, mức độ vi phạm mà bị xử lý theo trách nhiệm dân sự, hành chính, hình sự<sup>7</sup>. Tuy nhiên, quy định về mang thai hộ vì mục đích nhân đạo đã có hiệu lực từ 01/01/2015 nhưng hiện chỉ có Bộ luật Hình sự 2015 điều chỉnh vấn đề này. Theo đó, người nào tổ chức mang thai hộ vì mục đích thương mại, thì bị phạt tiền từ 50.000.000 đồng đến 200.000.000 đồng, phạt cải tạo không giam giữ đến 02 năm hoặc phạt tù từ 03 tháng đến 02 năm, khung cao nhất là đến 05 năm (Điều 187).

Hiện nay, một số nước trong khu vực đã có những chế tài rất rõ ràng đối với hoạt động mang thai hộ. Như Thái Lan đã quy định cấm người nước ngoài thuê phụ nữ Thái Lan mang thai hộ và chỉ cho phép công dân Thái được thuê mang thai hộ khi họ chứng minh mình không thể mang thai hoặc không có họ hàng giúp đỡ; bất kỳ ai vi phạm sẽ bị kết án tới 10 năm tù giam<sup>8</sup>. Tuy

*(Xem tiếp trang 49)*

<sup>7</sup> Điều 100 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014.

<sup>8</sup> <http://www.doisongphapluat.com/the-gioi/the-gioi-24h/thai-lan-cam-nguoi-nuoc-ngoai-thue-phu-nu-mang-thai-ho-a84619.html>, truy cập ngày 10/7/2016.

# MỘT SỐ VẤN ĐỀ VỀ PHÁP LUẬT ĐIỀU CHỈNH HOẠT ĐỘNG ĐẦU TƯ, THƯƠNG MẠI CỦA DOANH NGHIỆP CÓ VỐN ĐẦU TƯ NƯỚC NGOÀI TẠI VIỆT NAM

Trần Thị Thu Phương\*

**Tóm tắt:** Bài viết phân tích những thay đổi của pháp luật Việt Nam điều chỉnh về hoạt động đầu tư, thương mại của các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài tại Việt Nam; trên cơ sở đó, đánh giá nhằm phát hiện ra những bất cập còn tồn tại giữa các văn bản pháp luật trong lĩnh vực này.

**Abstract:** This article analyses amendment of Vietnamese law and regulation on investment and commercial activities of foreign investment companies in Vietnam. Basing on that, it makes assessment to find out relevant shortcomings.

Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được hiểu là doanh nghiệp có nhà đầu tư nước ngoài trực tiếp là thành viên hoặc cổ đông. Theo quy định của pháp luật Việt Nam, các doanh nghiệp này được thừa nhận là các doanh nghiệp Việt Nam. Tuy nhiên, trong một số lĩnh vực hoạt động như đầu tư, thương mại, các doanh nghiệp này phải chịu sự điều chỉnh khác biệt so với các doanh nghiệp Việt Nam khác. Bài viết phân tích sự điều chỉnh khác biệt của pháp luật Việt Nam đối với doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài liên quan đến thủ tục thực hiện hoạt động đầu tư tại Việt Nam, và các quy định về giải quyết tranh chấp khi các doanh nghiệp này là một bên của vụ kiện.

## 1. Về thủ tục đầu tư

Ngày 26/11/2014, Quốc hội nước Cộng hòa Xã hội chủ nghĩa Việt Nam đã thông qua Luật Đầu tư 2014, có hiệu lực thi hành từ ngày 1/7/2015, thay thế Luật Đầu tư 2005.

Luật Đầu tư 2014 đã có những thay đổi trong quy định về thủ tục áp dụng đối với doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài khi

thực hiện hoạt động đầu tư theo hình thức thành lập tổ chức kinh tế hay ký kết hợp đồng hợp tác kinh doanh (BCC), hoạt động đầu tư mua cổ phần, phần vốn góp, góp vốn vào tổ chức kinh tế.

Thủ tục đầu tư áp dụng đối với doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài phụ thuộc vào tỷ lệ vốn nước ngoài trong vốn điều lệ của tổ chức kinh tế nói chung, của doanh nghiệp nói riêng. Căn cứ vào tỷ lệ vốn nước ngoài trong vốn điều lệ của doanh nghiệp, Luật Đầu tư chia tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài thành hai loại: tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài thuộc khoản 1 Điều 23 và các tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài còn lại (các tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài thuộc khoản 2 Điều 23 của Luật Đầu tư).

Trong đó, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài thuộc khoản 1 Điều 23 bao gồm:

+ Doanh nghiệp có nhà đầu tư nước ngoài nắm giữ từ 51% vốn điều lệ trở lên. Trường hợp doanh nghiệp là công ty hợp danh thì công ty đó có đa số thành viên hợp danh là cá nhân nước ngoài.

+ Doanh nghiệp có thành viên hoặc cổ đông là tổ chức kinh tế có nhà đầu tư nước

---

\* TS., Khoa Kinh tế - Luật, Đại học Thương mại.

ngoài nắm giữ từ 51% vốn điều lệ trở lên, nắm giữ ít nhất 51% vốn điều lệ trở lên.

+ Doanh nghiệp có thành viên hoặc cổ đông là công ty hợp danh có đa số thành viên hợp danh là cá nhân nước ngoài, nắm giữ ít nhất 51% vốn điều lệ trở lên.

+ Doanh nghiệp có thành viên hoặc cổ đông góp vốn cùng nhau nắm giữ từ 51% vốn điều lệ trở lên là nhà đầu tư nước ngoài và tổ chức kinh tế có nhà đầu tư nước ngoài nắm giữ từ 51% vốn điều lệ trở lên.

+ Doanh nghiệp có thành viên hoặc cổ đông góp vốn cùng nhau nắm giữ từ 51% vốn điều lệ trở lên là nhà đầu tư nước ngoài và công ty hợp danh có đa số thành viên hợp danh là cá nhân nước ngoài.

Tùy vào hình thức đầu tư mà các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài phải thực hiện các thủ tục đầu tư sau:

- *Trường hợp đầu tư theo hình thức thành lập tổ chức kinh tế hoặc ký kết hợp đồng hợp tác kinh doanh (BCC):* Thủ tục đầu tư bao gồm chấp thuận chủ trương đầu tư và đăng ký đầu tư. Tuy nhiên, không phải dự án đầu tư nào cũng cần phải làm đầy đủ các thủ tục này, thậm chí có những dự án không cần phải thực hiện cả hai thủ tục.

Đối với thủ tục chấp thuận chủ trương đầu tư, Luật Đầu tư căn cứ vào sự tác động của dự án đầu tư đến an ninh, quốc phòng, môi trường, đất đai, kinh tế - xã hội để xác định các dự án đầu tư phải thực hiện thủ tục chấp thuận chủ trương đầu tư. Các dự án phải được chấp thuận chủ trương đầu tư được liệt kê tại các điều 30, 31, 32 của Luật Đầu tư 2014. Những dự án không thuộc các trường hợp liệt kê sẽ không phải thực hiện thủ tục chấp thuận chủ trương đầu tư. Như vậy, thủ tục chấp thuận chủ trương đầu tư không căn cứ vào loại nhà đầu tư hay tỷ lệ vốn nước ngoài có trong doanh nghiệp thực hiện hoạt động đầu tư.

Đối với thủ tục đề nghị đăng ký đầu tư, các doanh nghiệp được xác định là thuộc khoản 1 Điều 23 phải thực hiện thủ tục đầu tư giống như thủ tục áp dụng đối với các nhà đầu tư nước ngoài, tức là phải thực hiện thủ tục đăng ký đầu tư khi thực hiện hoạt động đầu tư theo hình thức thành lập tổ chức kinh tế hoặc thông qua hợp đồng hợp tác kinh doanh (BCC). Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài không thuộc khoản 1 Điều 23 sẽ không phải thực hiện thủ tục này, nhưng có quyền đề nghị cơ quan có thẩm quyền cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư khi có nhu cầu. Trường hợp, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài không phải thực hiện thủ tục đăng ký đầu tư, thì phải thực hiện chế độ báo cáo theo quy định tại khoản 5 Điều 71 Luật Đầu tư trước khi bắt đầu thực hiện dự án đầu tư.

Như vậy, thủ tục đăng ký đầu tư được xác định dựa trên hình thức đầu tư và loại nhà đầu tư. Đối với cùng hình thức là thành lập tổ chức kinh tế hoặc hợp đồng hợp tác kinh doanh, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài sẽ thực hiện những thủ tục đầu tư khác nhau phụ thuộc vào quy mô vốn nước ngoài có trong vốn điều lệ của doanh nghiệp. Sự khác biệt về tỷ lệ vốn nước ngoài có trong vốn điều lệ của doanh nghiệp thực hiện hoạt động đầu tư sẽ dẫn đến thủ tục đầu tư khác nhau.

Các quy định về thủ tục đầu tư hiện nay có sự thay đổi so với Luật Đầu tư 2005. Theo quy định của Luật Đầu tư 2005, thủ tục đầu tư được xác định khác nhau dựa trên 3 tiêu chí là, nguồn vốn đầu tư (trong nước, nước ngoài), quy mô vốn đầu tư, lĩnh vực đầu tư của dự án đầu tư. Nếu dự án có quy mô vốn đầu tư dưới ba trăm tỷ đồng Việt Nam và không thuộc Danh mục lĩnh vực đầu tư có điều kiện, thì nhà đầu tư phải làm thủ tục đề nghị cấp Giấy chứng nhận đầu tư

tại cơ quan quản lý đầu tư cấp tỉnh. Dự án có vốn đầu tư nước ngoài có quy mô vốn từ ba trăm tỷ đồng Việt Nam trở lên và những dự án đầu tư thuộc Danh mục dự án đầu tư có điều kiện, thì phải thực hiện thủ tục thẩm tra trước khi có thể được cấp Giấy chứng nhận đầu tư. So với Luật Đầu tư 2005, quy định của Luật Đầu tư 2014 tạo thuận lợi hơn cho các nhà đầu tư khi thực hiện thủ tục đầu tư qua việc thu gọn tiêu chí xác định dự án đầu tư phải thực hiện thủ tục đầu tư. Những quy định này cũng góp phần làm giảm bớt các thủ tục hành chính đối với cơ quan quản lý nhà nước, tạo hiệu quả cho các hoạt động đầu tư tại Việt Nam.

- *Trường hợp đầu tư theo hình thức góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp*: Doanh nghiệp phải thực hiện thủ tục đăng ký góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp vào tổ chức kinh tế trong một số trường hợp nhất định. Cụ thể, khi việc góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp dẫn đến doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài thuộc khoản 1 Điều 23 nắm giữ từ 51% vốn điều lệ trở lên của tổ chức kinh tế đó, thì doanh nghiệp này sẽ phải thực hiện thủ tục đăng ký tại Sở Kế hoạch và Đầu tư nơi tổ chức kinh tế đặt trụ sở chính. Thủ tục đăng ký góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp vào tổ chức kinh tế là thủ tục mới của Luật Đầu tư 2014 so với Luật Đầu tư 2005. Luật Đầu tư 2005 không có quy định về thủ tục đăng ký mà áp dụng chung thủ tục đăng ký đầu tư để cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư đối với các dự án có vốn đầu tư nước ngoài. Có thể thấy, Luật Đầu tư 2014 đã giảm nhẹ thủ tục hành chính cho các nhà đầu tư nước ngoài hoặc doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài khi họ thực hiện hoạt động đầu tư dưới hình thức góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp vào tổ chức kinh tế.

Như vậy, theo quy định của Luật Đầu tư

2014, để xác định được thủ tục đầu tư áp dụng đối với doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, cần phải xác định được tỷ lệ vốn đầu tư nước ngoài trong vốn điều lệ của doanh nghiệp đó. Tỷ lệ vốn đầu tư nước ngoài tại doanh nghiệp có thể được xác định căn cứ vào hồ sơ doanh nghiệp tại Sở Kế hoạch và Đầu tư hoặc trên Cổng thông tin đăng ký doanh nghiệp quốc gia. Sở Kế hoạch và Đầu tư vừa là cơ quan đăng ký doanh nghiệp vừa là cơ quan có thẩm quyền cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư cũng như thực hiện thủ tục đăng ký góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp. Trường hợp doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài thực hiện thủ tục đăng ký đầu tư tại Ban Quản lý khu công nghiệp, khu chế xuất, khu kinh tế, các ban quản lý này có thể phối hợp với Sở Kế hoạch và Đầu tư hoặc xem xét hồ sơ doanh nghiệp trên Cổng thông tin đăng ký doanh nghiệp để kiểm soát các trường hợp doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài thuộc khoản 1 Điều 23.

Căn cứ Luật Đầu tư và Nghị định 118/2015/NĐ-CP quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Đầu tư, nhà đầu tư phải chịu trách nhiệm về tính chính xác của hồ sơ và chịu trách nhiệm về những thiệt hại phát sinh từ hành vi kê khai thông tin không chính xác, giả mạo nội dung hồ sơ, tài liệu. Trong trường hợp các thông tin kê khai trong hồ sơ không chính xác, cơ quan đăng ký đầu tư sẽ thông báo về hành vi vi phạm của nhà đầu tư và hủy bỏ Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư, nếu đây là Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư được cấp lần đầu hoặc hủy bỏ thay đổi trong nội dung Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư được ghi trên cơ sở các thông tin giả mạo và khôi phục lại Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư được cấp trên cơ sở hồ sơ hợp lệ gần nhất, đồng thời thông báo với cơ quan nhà nước có thẩm

quyền để xử lý theo quy định của pháp luật.

Hiện tại, chưa có Nghị định mới thay thế Nghị định 155/2013/NĐ-CP về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực kế hoạch và đầu tư, được ban hành trước Luật Doanh nghiệp 2014 và Luật Đầu tư 2014. Tại thời điểm này, Nghị định 155/2013/NĐ-CP vẫn là cơ sở pháp lý điều chỉnh các hành vi vi phạm quy định về đầu tư tại Việt Nam. Cụ thể, Điều 10 của Nghị định 155/2013/NĐ-CP quy định, hành vi không thực hiện báo cáo hoặc báo cáo không trung thực về hoạt động đầu tư, lập hồ sơ dự án đầu tư không trung thực hoặc hành vi triển khai thực hiện dự án đầu tư khi chưa được cấp Giấy chứng nhận đầu tư đều bị xử lý theo hình thức phạt tiền (với những mức phạt khác nhau) cùng các biện pháp khắc phục hậu quả kèm theo. Tuy nhiên, hiện nay Nghị định chưa điều chỉnh hành vi không thực hiện nghĩa vụ đăng ký việc góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp của nhà đầu tư.

## **2. Về việc thực hiện các hoạt động thương mại**

Theo quy định của pháp luật Việt Nam, các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài chịu sự điều chỉnh riêng biệt trong một số hoạt động thương mại. Cụ thể, hoạt động mua bán hàng hóa và các hoạt động liên quan trực tiếp đến mua bán hàng hóa của doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài chịu sự điều chỉnh của Nghị định 23/2007/NĐ-CP quy định chi tiết Luật Thương mại về hoạt động mua bán hàng hóa và các hoạt động liên quan trực tiếp đến mua bán hàng hóa của doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài tại Việt Nam.

Theo quy định của Nghị định 23/2007/NĐ-CP, các hoạt động mua bán hàng hóa và các hoạt động liên quan trực tiếp đến mua bán hàng hóa như hoạt động xuất khẩu, nhập khẩu, phân phối và các hoạt

động khác được quy định tại các Chương IV (Xúc tiến thương mại), Chương V (Các hoạt động trung gian thương mại), Chương VI (Một số hoạt động thương mại cụ thể khác) của Luật Thương mại sẽ phải tuân theo các quy định của Nghị định 23/2007/NĐ-CP. Để thực hiện các hoạt động thương mại này, các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài phải có Giấy phép kinh doanh hoặc có Giấy phép lập cơ sở bán lẻ thứ hai.

Tuy nhiên, do Nghị định 23/2007/NĐ-CP được ban hành trước Luật Đầu tư 2014 và Luật Doanh nghiệp 2014 nên có một số bất cập so với các đạo luật này như:

*Thứ nhất, về đối tượng áp dụng:* Có thể thấy, Nghị định 23/2007/NĐ-CP áp dụng cho tất cả các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài mà không có sự phân loại giống như trong Luật Đầu tư 2014. Tất cả các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài đều phải có Giấy phép kinh doanh hoặc Giấy phép thành lập cơ sở bán lẻ thứ hai tại Việt Nam khi thực hiện các hoạt động mua bán hàng hóa và các hoạt động liên quan trực tiếp đến mua bán hàng hóa.

Do đó, cần phải ban hành Nghị định thay thế Nghị định 23/2007/NĐ-CP cho phù hợp với các quy định của Luật Đầu tư 2014 và Luật Doanh nghiệp 2014. Nghị định thay thế này cần điều chỉnh hoạt động thương mại của doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài trên cơ sở sự phân loại theo quy định tại Điều 23 Luật Đầu tư. Trường hợp doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài thuộc khoản 1 Điều 23 mới cần phải có Giấy phép kinh doanh, hoặc phải có Giấy phép thành lập cơ sở bán buôn hoặc cơ sở bán lẻ thứ hai. Đối với những doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài thuộc khoản 2 Điều 23, thì không cần giấy phép kinh doanh, trừ trường hợp thành lập cơ sở bán buôn hoặc bán lẻ. Các quy định này sẽ phù hợp với các

cam kết của Việt Nam về mở cửa thị trường và thống nhất với quy định về điều kiện đầu tư áp dụng đối với nhà đầu tư nước ngoài, tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài theo Luật Đầu tư 2014 hiện nay. Bởi kiểm soát doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài là kiểm soát nhà đầu tư nước ngoài với tư cách cổ đông hoặc thành viên trong doanh nghiệp theo các cam kết mở cửa thị trường của Việt Nam và các điều kiện kinh doanh của pháp luật Việt Nam. Do vậy, việc áp dụng điều kiện đầu tư kinh doanh đối với các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài chỉ có thể được đặt ra nhằm thực hiện các cam kết về mở cửa thị trường của Việt Nam trong các điều ước quốc tế mà Việt Nam đã ký kết hoặc theo các quy định về điều kiện đầu tư kinh doanh của pháp luật Việt Nam.

Hiện nay, các điều kiện đầu tư kinh doanh áp dụng đối với nhà đầu tư nước ngoài được tập hợp trong các điều ước quốc tế sau:

(1) Biểu cam kết của Việt Nam trong WTO (2007);

(2) Hiệp định đầu tư toàn diện ASEAN – ACIA (2009);

(3) Hiệp định khung ASEAN về dịch vụ AFAS (2014);

(4) Hiệp định thương mại tự do (FTAs) giữa:

a. ASEAN với Trung Quốc (ACFTA – 2005);

b. ASEAN với Hàn Quốc (AKFTA – 2007);

c. ASEAN với Australia/New Zealand (AANFTA – 2009);

d. ASEAN với Ấn Độ (AAFTA – 2010);

e. Việt Nam với Hàn Quốc (VKFTA – 2015);

(5) Hiệp định về quan hệ đối tác kinh tế toàn diện giữa ASEAN và Nhật Bản (AJCEP – 2008);

(6) Hiệp định Thương mại Việt Nam – Hoa Kỳ (BTA – 2000);

(7) Hiệp định về tự do, xúc tiến và bảo hộ đầu tư Việt Nam – Nhật Bản (BIT Việt – Nhật 2003); Hiệp định đối tác kinh tế giữa Việt Nam với Nhật Bản (VJEPA – 2008).

Trong trường hợp điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên không có quy định, thì điều kiện kinh doanh áp dụng đối với nhà đầu tư nước ngoài sẽ theo quy định của pháp luật Việt Nam. Khi đó, các điều kiện đầu tư, kinh doanh cho các ngành nghề phải nhằm thực hiện một trong những mục tiêu được quy định tại Điều 7 của Luật Đầu tư, đó là vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng.

Các điều kiện về đầu tư áp dụng đối với nhà đầu tư nước ngoài bao gồm tỷ lệ sở hữu vốn điều lệ của nhà đầu tư nước ngoài trong tổ chức kinh tế; hình thức đầu tư, phạm vi đầu tư; đối tác Việt Nam tham gia thực hiện hoạt động đầu tư và điều kiện khác theo quy định tại các điều ước quốc tế về đầu tư, luật, pháp lệnh và nghị định có liên quan. Do vậy, các quy định liên quan đến Giấy phép kinh doanh hay Giấy phép thành lập cơ sở bán lẻ ngoài cơ sở bán lẻ thứ nhất trong Nghị định thay thế Nghị định 23/2007/NĐ-CP cũng phải được xây dựng thống nhất với các điều kiện trên.

*Thứ hai, về thẩm quyền cấp Giấy phép kinh doanh, Giấy phép thành lập cơ sở bán lẻ ngoài cơ sở bán lẻ thứ nhất:* Hiện nay, so với quy định của Luật Đầu tư 2014, một số quy định về thẩm quyền và thủ tục cấp phép tại Nghị định 23/2007/NĐ-CP đã không còn phù hợp. Bởi theo quy định của Luật Doanh nghiệp 2014 và Luật Đầu tư 2014, hai thủ tục đăng ký đầu tư và thủ tục thành lập doanh nghiệp đã hoàn toàn tách biệt. Do vậy, các quy định về Giấy chứng nhận đầu

tư có giá trị đồng thời là Giấy phép kinh doanh đã không còn chính xác với quy định của Luật Doanh nghiệp 2014 và Luật Đầu tư 2014. Hơn nữa, quy định của Nghị định 23/2007/NĐ-CP về việc lấy ý kiến chấp thuận bằng văn bản của Bộ Thương mại (nay là Bộ Công Thương) trước khi cấp Giấy chứng nhận đầu tư trong trường hợp này cũng không đúng với quy định tách biệt hai thủ tục nêu trên.

Trong thời gian chờ đợi Nghị định thay thế Nghị định 23/2007/NĐ-CP, các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài hiện nay vẫn chịu sự điều chỉnh của Nghị định 23/2007/NĐ-CP căn cứ vào Công văn 1315/VPCP-KTTH ngày 02/03/2016 của Văn phòng Chính phủ về việc sửa đổi, bổ sung Nghị định số 23/2007/NĐ-CP. Trong Công văn số 1315/VPCP-KTTH, Văn phòng Chính phủ giao Bộ Công Thương nghiên cứu việc quy định Sở Công Thương, Ban quản lý các khu công nghiệp, khu chế xuất, khu kinh tế và khu công nghệ cao có thẩm quyền thực hiện cấp, cấp lại, điều chỉnh các giấy phép trên. Tuy nhiên, việc cho phép Ban quản lý các khu công nghiệp, khu chế xuất, khu kinh tế có thẩm quyền cấp, cấp lại, điều chỉnh Giấy phép thành lập cơ sở bán lẻ hoặc bán buôn cũng không hoàn toàn phù hợp. Cơ quan có thẩm quyền nên là cơ quan thuộc Ủy ban nhân dân tỉnh nơi dự định đặt cơ sở bán lẻ để phù hợp với nhiệm vụ kiểm tra nhu cầu kinh tế của địa phương đó.

### **3. Về giải quyết tranh chấp trong thực hiện hoạt động đầu tư, thương mại**

Liên quan đến việc giải quyết tranh chấp về đầu tư phát sinh có một bên là doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, Luật Đầu tư 2014 có quy định về các phương thức giải quyết tranh chấp được ưu tiên sử dụng và các phương thức được quyền sử dụng tại Điều 16. Phương thức

được ưu tiên sử dụng khi có tranh chấp phát sinh là thương lượng và hòa giải. Đây là phương thức phải được sử dụng trước tiên. Chỉ khi không thể giải quyết bằng thương lượng, hòa giải, các chủ thể mới được sử dụng phương thức trọng tài hoặc tòa án.

Khi sử dụng phương thức trọng tài hoặc tòa án, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài cần lưu ý rằng, các phương thức giải quyết tranh chấp mà doanh nghiệp được quyền sử dụng có sự khác nhau phụ thuộc vào tỷ lệ vốn nước ngoài có trong doanh nghiệp. Nếu tranh chấp phát sinh giữa các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài thuộc khoản 2 Điều 23 Luật Đầu tư với nhau, giữa doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài thuộc khoản 2 Điều 23 với nhà đầu tư trong nước, với cơ quan quản lý nhà nước về đầu tư thì được giải quyết thông qua trọng tài Việt Nam hoặc tòa án Việt Nam.

Đối với những tranh chấp giữa các nhà đầu tư trong đó có ít nhất một bên là doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được qui định tại khoản 1 Điều 23 Luật Đầu tư 2014, thì phương thức giải quyết mà các bên được quyền sử dụng được mở rộng hơn. Ngoài trọng tài Việt Nam, tòa án Việt Nam, các bên còn được quyền sử dụng trọng tài nước ngoài, trọng tài quốc tế hoặc trọng tài do các bên tranh chấp thỏa thuận thành lập. Có thể thấy, các phương thức mà doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được pháp luật Việt Nam cho phép sử dụng để giải quyết tranh chấp cũng giống như các phương thức mà nhà đầu tư nước ngoài được sử dụng để giải quyết tranh chấp giữa họ.

Như vậy, tỷ lệ vốn nước ngoài trong doanh nghiệp quyết định những phương thức giải quyết tranh chấp mà các doanh nghiệp này được quyền sử dụng. Tuy nhiên, cần lưu ý rằng, những quy định về phương thức giải quyết tranh chấp áp dụng đối với

doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được nêu ở trên chỉ giới hạn ở những tranh chấp liên quan đến hoạt động đầu tư kinh doanh được thực hiện thông qua các hình thức thành lập tổ chức kinh tế, hợp đồng hợp tác kinh doanh, hợp đồng đối tác công tư (PPP), mua cổ phần, phần vốn góp, góp vốn. Nếu là các tranh chấp khác, thì các chủ thể tham gia sẽ phải tuân thủ quy định của pháp luật có liên quan.

Những quy định này không áp dụng cho các hoạt động khác, trong đó có hoạt động thương mại. Do vậy, những hạn chế về phương thức giải quyết tranh chấp đối với doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được nêu ở trên sẽ không áp dụng đối với tranh chấp phát sinh từ hoạt động thương mại mà các doanh nghiệp loại này thực hiện. Cụ thể, Luật Thương mại cho phép các bên chủ thể được quyền lựa chọn các phương thức giải quyết tranh chấp là thương lượng, hòa giải, trọng tài hoặc tòa án. Ngoài ra, về phương thức giải quyết tranh chấp bằng trọng tài, Luật Thương mại và Luật Trọng tài thương mại không có quy định cụ thể về giới hạn các phương thức giải quyết tranh chấp phát sinh từ hoạt động thương mại mà các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được sử dụng. Chính vì vậy, các doanh nghiệp này sẽ có thể cùng với bên tranh chấp lựa chọn trọng tài nước ngoài, trọng tài quốc tế hoặc trọng tài theo thỏa thuận để giải quyết tranh chấp giữa họ. Tuy nhiên, vấn đề đặt ra ở đây là pháp luật Việt Nam chưa quy định rõ về hình thức trọng tài quốc tế. Điều 3 Luật Trọng tài thương mại 2010 chỉ có giải thích về trọng tài nước ngoài mà không có giải thích về trọng tài quốc tế. Tương tự, Bộ luật Tố tụng Dân sự 2015 cũng không có quy định về việc công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài quốc tế. Như vậy, câu hỏi đặt ra là trọng

tài quốc tế được hiểu như thế nào? Phán quyết của trọng tài quốc tế có cần phải thông qua thủ tục công nhận và cho thi hành tại Việt Nam hay không? Có thể áp dụng tương tự các quy định về công nhận và cho thi hành phán quyết của Trọng tài nước ngoài đối với phán quyết của trọng tài quốc tế không? Những vấn đề này cần được pháp luật Việt Nam làm rõ.

Về phương thức giải quyết tranh chấp bằng tòa án, việc các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài khi là một bên đương sự, có quyền được lựa chọn tòa án Việt Nam hoặc tòa án nước ngoài hay không phụ thuộc vào yếu tố nước ngoài của vụ tranh chấp. Những tranh chấp mà doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài là một bên đương sự được coi là tranh chấp phát sinh từ hoạt động thương mại có yếu tố nước ngoài trong các trường hợp sau:

+ Việc xác lập, thay đổi, thực hiện hoặc chấm dứt quan hệ đó xảy ra tại nước ngoài.

+ Đối tượng của quan hệ đó ở nước ngoài.

Khi thuộc một trong hai trường hợp trên, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài có quyền thỏa thuận với bên tranh chấp để lựa chọn tòa án Việt Nam hoặc một tòa án nước ngoài bất kỳ để giải quyết tranh chấp. Những trường hợp còn lại, các bên đương sự chỉ có quyền đưa tranh chấp ra tòa án Việt Nam giải quyết, nếu không lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp bằng trọng tài.

Như vậy, có thể thấy, pháp luật Việt Nam đã có những quy định nhằm bảo đảm và thu hút đầu tư nước ngoài khi cho phép các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài thuộc khoản 1 Điều 23 có quyền lựa chọn nhiều phương thức giải quyết tranh chấp hơn so với các doanh nghiệp khác.

Ngoài ra, các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài khi là một bên đương sự có

quyền thỏa thuận lựa chọn pháp luật giải quyết tranh chấp trong một số trường hợp nhất định. Cụ thể, đối với tranh chấp liên quan đến hoạt động đầu tư, doanh nghiệp thuộc khoản 1 Điều 23 được quyền thỏa thuận áp dụng pháp luật nước ngoài hoặc tập quán đầu tư quốc tế nếu không trái với các qui định của pháp luật Việt Nam.

Đây là qui định khác biệt của Luật Đầu tư so với quy định của pháp luật chung về vấn đề này. Bởi theo quy định của pháp luật dân sự áp dụng cho quan hệ có yếu tố nước ngoài, thì tổ chức kinh tế, được thành lập ở Việt Nam, theo qui định của pháp luật Việt Nam, có nhà đầu tư nước ngoài là cổ đông hoặc thành viên sở hữu đến 100% vốn điều lệ vẫn được coi là tổ chức kinh tế Việt Nam. Hợp đồng được ký kết giữa họ với các nhà đầu tư trong nước hoặc với doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài khác không được coi là quan hệ có yếu tố nước ngoài, xét về mặt chủ thể. Quy định của Luật Đầu tư 2014 cho phép doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài thuộc khoản 1 Điều 23 được quyền lựa chọn pháp luật điều chỉnh dù theo Bộ luật Dân sự 2015 sẽ không có yếu tố nước ngoài, nếu xét về mặt chủ thể. Như vậy, quy định của Luật Đầu tư là của đạo luật chuyên ngành, được áp dụng trong trường hợp này.

Tóm lại, trong các tranh chấp liên quan đến hoạt động đầu tư, tỷ lệ vốn nước ngoài trong doanh nghiệp có vai trò quan trọng trong việc xác lập quyền của các bên đương sự về thỏa thuận pháp luật nước ngoài hoặc tập quán đầu tư quốc tế để điều chỉnh quan hệ giữa họ. Qui định của Luật Đầu tư dường như tạo nên ưu đãi về mặt pháp luật dành cho các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài thuộc khoản 1 Điều 23.

Tuy nhiên, đối với tranh chấp liên quan đến hoạt động thương mại, nguồn vốn của

doanh nghiệp không phải là tiêu chí để xác lập quyền của doanh nghiệp thỏa thuận với bên đương sự kia về pháp luật nước ngoài hay tập quán thương mại quốc tế. Tiêu chí để xác lập quyền này do Bộ luật Dân sự 2015 quy định như sau:

+ Khi ít nhất một bên chủ thể là cá nhân, pháp nhân nước ngoài, hoặc

+ Khi việc xác lập, thay đổi, thực hiện hoặc chấm dứt quan hệ đó xảy ra ở nước ngoài, hoặc

+ Khi đối tượng của quan hệ dân sự đó ở nước ngoài.

Như vậy, đối với tiêu chí thứ nhất, việc doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài là một bên tranh chấp không tạo nên yếu tố nước ngoài trong quan hệ. Đối với các tiêu chí thứ hai và thứ ba, nếu quan hệ giữa doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài với bên đối tác có một trong hai tiêu chí đó, thì các bên được quyền lựa chọn pháp luật nước ngoài hoặc tập quán thương mại quốc tế để điều chỉnh quan hệ giữa họ, mà không phụ thuộc vào tỷ lệ vốn nước ngoài có trong doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài.

#### 4. Một số kết luận

Có thể thấy, pháp luật Việt Nam hiện hành có những quy định chuyên biệt điều chỉnh về hoạt động đầu tư, thương mại của doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài tại Việt Nam. Các điều chỉnh chuyên biệt này nhằm mục tiêu thực hiện các cam kết về mở cửa thị trường của Việt Nam trong các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên hoặc trên cơ sở quy định của pháp luật Việt Nam. Tuy nhiên, qua các phân tích nêu trên, có một số vấn đề sau cần sớm được giải quyết:

+ Ban hành Nghị định mới thay thế Nghị định 155/2013/NĐ-CP để tạo nên sự đồng bộ với Luật Doanh nghiệp 2014, Luật Đầu tư 2014 và Nghị định 118/2015/NĐ-CP. Trong đó, Nghị định này cần bổ sung hành

vi không thực hiện nghĩa vụ đăng ký việc góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp.

+ Khẩn trương xây dựng Nghị định thay thế Nghị định 23/2007/NĐ-CP. Việc xây dựng Nghị định thay thế này cần tuân thủ các cam kết của Việt Nam về điều kiện đầu tư trong các điều ước quốc tế và quy định của Luật Đầu tư 2014 về điều kiện đầu tư kinh doanh. Theo đó, trong trường hợp điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên không có quy định, quy định của pháp luật Việt Nam về các điều kiện áp dụng đối với doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài phải bảo đảm thực hiện một trong các mục tiêu sau: vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội hoặc

sức khỏe cộng đồng, căn cứ vào Điều 7 của Luật Đầu tư. Nếu không nhằm thực hiện các mục tiêu này, thì không được quyền đặt ra các điều kiện kinh doanh.

+ Bổ sung quy định về trọng tài quốc tế cũng như vấn đề công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài quốc tế trên lãnh thổ Việt Nam. Việc cho phép các nhà đầu tư nước ngoài và doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được phép sử dụng trọng tài quốc tế để giải quyết tranh chấp giữa họ là một trong những bảo đảm của pháp luật đầu tư Việt Nam. Tuy nhiên, việc thiếu vắng các quy định nhằm triển khai bảo đảm đó sẽ gây khó khăn cho các chủ thể này trong việc thực hiện các quyền của mình.

*(Tiếp theo trang 40 – Một số bất cập trong ...)*

nhiên, pháp luật Việt Nam chỉ xử lý người tổ chức mang thai hộ mà không xử lý các bên trong giao dịch mang thai hộ. Vấn đề đặt ra là, nếu các bên thỏa thuận mang thai hộ vì mục đích thương mại nhưng “núp bóng” vì mục đích nhân đạo thì hiện chưa có chế tài xử lý.

Với các bất cập nêu trên, tác giả đề xuất một số kiến nghị như sau:

- *Một là*, cần ban hành văn bản hướng dẫn giải quyết quan hệ nhân thân của đứa trẻ trong trường hợp người nhờ mang thai hộ không chịu nhận con sau khi sinh. Theo Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014, con sinh ra trong trường hợp mang thai hộ là con của vợ chồng nhờ mang thai hộ. Tuy nhiên, nếu người mang thai hộ không nhận con, không làm thủ tục khai sinh cho con thì người mang thai hộ phải có nghĩa vụ chăm sóc, nuôi dưỡng đứa trẻ, nhưng họ không thể khai sinh được vì không phải là cha mẹ của đứa trẻ. Quyền về nhân thân nói chung và quyền trẻ em nói riêng đã

được pháp luật ghi nhận, vì vậy, cần sớm có hướng dẫn chi tiết để bảo vệ quyền lợi của những đứa trẻ này.

- *Hai là*, chủ thể nhờ mang thai hộ nên được mở rộng thêm. Theo đó, các cặp vợ chồng nếu đã có con chung, nhưng con chung đó chết hoặc bị bệnh tật bẩm sinh, bệnh lý không thể điều trị..., và hiện họ không thể sinh con được thì có quyền được nhờ mang thai hộ. Đề xuất này sẽ tạo thêm nhiều cơ hội cho các đôi vợ chồng khó khăn trong việc sinh con.

- *Ba là*, hiện nay còn thiếu văn bản điều chỉnh đối với những hành vi vi phạm các quy định về mang thai hộ vì mục đích nhân đạo, trong khi Luật Hôn nhân và Gia đình 2014 đã có quy định tùy theo tính chất, mức độ vi phạm mà bị xử lý về trách nhiệm dân sự, hành chính hay hình sự. Vì vậy, việc ban hành các văn bản hướng dẫn là cần thiết. Nếu chậm ban hành các chế tài xử lý vi phạm sẽ dẫn đến nhiều vụ việc mang thai hộ vi phạm mục đích nhân đạo này.

# PHÂN CHIA TÀI SẢN CỦA CON NỢ PHÁ SẢN TRONG LUẬT PHÁ SẢN NĂM 2014

*Dương Mỹ An\**

**Tóm tắt:** Bài viết nêu một số nguyên tắc căn bản về phân chia tài sản trong thủ tục phá sản; chỉ ra những điểm tiến bộ của Luật Phá sản hiện hành, những bất cập khi áp dụng vào thực tiễn, đồng thời đề xuất một số sửa đổi, bổ sung nhằm hoàn thiện.

**Abstract:** This article discusses some basic principles for asset division in a bankrupt case. It then points out good and bad points of the Law on Bankruptcy of 2014 in practice. Basing on that, it proposes some solutions for improve the Law.

## 1. Ba nguyên tắc đặc trưng của thủ tục phá sản

Phân chia tài sản của con nợ là một vấn đề phức tạp của thủ tục phá sản, cũng là một trong những nội dung pháp lý quan trọng nhất mà các nhà làm luật phải giải quyết. Điều đó cũng không có nghĩa mục tiêu của thủ tục phá sản là để đạt được một sự phân chia tài sản, mà là sự hợp tác giữa các chủ nợ nhằm tối đa hóa lợi ích cho tất cả các bên liên quan, giảm thiểu hoặc tránh những tác động bất lợi cho môi trường kinh doanh và trật tự xã hội do phá sản để lại<sup>1</sup>. Trong các mục tiêu của pháp luật Phá sản hiện đại mà Báo cáo Cork 1982<sup>2</sup> đã chỉ ra, có một số mục tiêu liên quan trực tiếp đến phân chia tài sản như:

- Hỗ trợ và bảo vệ con nợ phá sản từ bất kỳ sự quấy rối và đòi hỏi quá đáng nào

ảnh hưởng đến các quyền hợp pháp mà họ (và gia đình) cần tiếp tục được hưởng; đồng thời bảo vệ quyền của tất cả chủ nợ gặp rủi ro do phá sản gây ra;

- Ngăn chặn xung đột giữa các chủ nợ riêng lẻ;

- Phân phối số tiền thu được cho tất cả chủ nợ một cách hài hòa và công bằng, trả lại phần thừa cho con nợ;

- Bảo đảm quá trình phân chia được tiến hành một cách chuyên nghiệp, minh bạch.

Những mục tiêu trên đây xuất phát từ bản chất khác biệt của *phân chia tài sản* với *thanh toán nợ tự nguyện* (tức thi hành nghĩa vụ dân sự), mặc dù hình thức thể hiện bên ngoài đều là thực hiện trái vụ. Theo hệ thống pháp luật Anglo-Saxon, hoạt động phân chia tài sản của con nợ phá sản gắn với thủ tục *thanh lý bắt buộc* (ngoài thanh lý bắt buộc còn có thanh lý tự nguyện)<sup>3</sup>. Mặc dù pháp luật Việt Nam không phân loại thủ tục hoàn toàn giống như vậy, nhưng cũng quy định hoạt động phân chia tài sản trong phá

\* ThS., Khoa Luật, Đại học Kinh tế TP. Hồ Chí Minh.

<sup>1</sup> Thomas H. Jackson, *Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements, and the Creditors' Bargain*, The Yale Law Journal, Volume 91, Number 5, 1982, p. 857

<sup>2</sup> Report of the Review Committee on Insolvency Law and Practice (1982) Cmnd 8558, còn gọi là *Cork Report*, là một điều tra và tập hợp các kiến nghị về hiện đại hóa và cải cách pháp Luật Phá sản Vương quốc Anh, do Kenneth Cork chủ trì.

<sup>3</sup> Bourne, Nicholas, *Principles of Company Law*, Cavendish Publishing Limited, 1998, p.275-280; Phillip Lipton, Abe Herzberg, Michelle Welsh, *Understanding company law*, Thomson Reuters (Professional) Australia Limited, 2012, p.841-842.

sản do cơ quan tư pháp trực tiếp thực hiện có thủ tục chặt chẽ khác với thanh toán nợ do con nợ chủ động hoặc thỏa thuận với chủ nợ để tiến hành. Trên phương diện pháp lý, phân chia tài sản gắn liền với sự vỡ nợ và cáo chung của con nợ, là sự chấm dứt hoạt động của doanh nghiệp vĩnh viễn. Nếu con nợ phục hồi, không bị tòa tuyên bố phá sản thì đương nhiên không tồn tại hoạt động phân chia tài sản. Chính vì thế, toàn bộ quan hệ tài sản giữa con nợ và tất cả chủ nợ phải được thanh lý đồng loạt, quan hệ nghĩa vụ mang tính tập thể khác với thanh toán nợ chỉ là những quan hệ song phương.

Bao trùm lên toàn bộ thủ tục phá sản là yêu cầu phải tối đa hóa lợi ích của các bên liên quan, phải đối xử công bằng với tất cả để khơi thông dòng chảy các nguồn lực và tiếp tục nuôi dưỡng môi trường kinh doanh. Vì vậy, ba nguyên tắc đặc trưng chi phối hoạt động xử lý nợ của con nợ phá sản đã sớm hình thành, khẳng định vị trí độc lập của Luật Phá sản trong hệ thống Luật Dân sự. Đó chính là *nguyên tắc giải phóng nợ*, *nguyên tắc pari passu* và *nguyên tắc phân hạng ưu tiên các khoản nợ* trong phân chia tài sản.

#### ***Thứ nhất, nguyên tắc giải phóng nợ***

Đề lý giải vì sao các công ty thất bại, ngoài lý do chủ quan như yếu kém về quản trị, kiểm soát tài chính thì còn có nhiều yếu tố khác nằm ngoài sự kiểm soát của thương nhân, chẳng hạn do quy mô nhỏ, do khủng hoảng tín dụng toàn cầu, giá cả leo thang, do tính thời vụ của hoạt động kinh doanh hoặc sở thích khách hàng thay đổi...<sup>4</sup>. Vì

vậy, thương nhân trong hoàn cảnh đó cần sự chia sẻ của cộng đồng, sự hỗ trợ của Chính phủ. Nguyên tắc giải phóng nợ trong phá sản ra đời.

Nguyên tắc này được đưa lần đầu tiên vào Luật Phá sản của Vương quốc Anh năm 1705, kèm theo yêu cầu con nợ phải chứng minh sự trung thực của mình trước khi hưởng lợi<sup>5</sup>. Nội dung nguyên tắc cho phép con nợ phá sản chỉ phải trả nợ trên số tài sản còn lại trước khi chính thức bị loại khỏi thương trường. Con nợ đã trả giá cho thất bại của mình, mất hết vốn liếng đầu tư bao gồm cả thời gian, sức khỏe, danh dự của bản thân trong một cuộc chơi đầy rủi ro. Vì vậy, thiệt hại về số nợ vượt quá khả năng chi trả cần được những người cùng tham dự san sẻ. Nguyên tắc giải phóng nợ không chỉ có ý nghĩa nhân đạo vì không buộc con nợ phải gánh hậu quả đến cùng, mà còn là đòn bẩy khuyến khích hoạt động kinh doanh khi cho thương nhân cơ hội làm lại một khởi đầu mới.

#### ***Thứ hai, nguyên tắc pari passu***

Theo Black's Law Dictionary, *pari passu* có nghĩa là "tỷ lệ tương ứng; mức độ như nhau, không có ưu tiên". Nguyên tắc *pari passu* được áp dụng trong nhiều lĩnh vực: thừa kế, tài trợ của Chính phủ cho các doanh nghiệp đổi mới sáng tạo<sup>6</sup>, hợp đồng<sup>7</sup> và phá sản... Được áp dụng bởi các nhà

<sup>5</sup> Catherine Bridge, *Insolvency – a second chance? Why modern insolvency laws seek to promote business rescue*, Law in transition 2013, p.30.

<sup>6</sup> Thái Sơn, *Bài học từ mô hình trợ giúp doanh nghiệp nhỏ và vừa của Ireland*, <http://business.gov.vn>, truy cập ngày 31/5/2016.

<sup>7</sup> Thỏa ước tín dụng số 1155 01G cho Dự án "Đầu tư lưới điện truyền tải 2" giữa Chính phủ Việt Nam và Cơ quan Phát triển Pháp, ký tại Hà Nội, ngày 7/2/2012, có hiệu lực kể từ ngày 7/2/2013.

<sup>4</sup> Vanessa Finch, *Corporate insolvency law - Perspectives and Principles*, Cambridge University Press, 2009, p.151.

buôn người Ý, về sau mở rộng đến phần còn lại châu Âu và thế giới, thủ tục phá sản (khởi đầu chỉ áp dụng cho các thương gia - *jallimento*) đã đưa ra một quy tắc phân phối đặc biệt khác với luật chung: *phân phối theo tỷ lệ* (*the principle of proportional distribution*), còn được biết đến với những tên gọi: *pari passu*; *solutio pro rata*; *solutio per soldum et libram*<sup>8</sup>. Nội dung quy tắc yêu cầu phải đối xử bình đẳng với các chủ nợ không có bảo đảm: khi rơi vào tình trạng mất khả năng thanh toán, con nợ không phải thanh toán ngay cho bất kỳ chủ nợ nào, các chủ nợ sẽ được thanh toán một cách công bằng khi thanh lý tài sản con nợ; tất cả chủ nợ không có bảo đảm được xếp ngang hàng trong việc phân chia tài sản phá sản; nếu giá trị còn lại không đủ trả hết thì mỗi chủ nợ chỉ được nhận một phần theo tỷ lệ tương ứng số nợ. Ở Vương quốc Anh, từ giữa thế kỷ thứ XVI, đạo luật phá sản hiện đại đầu tiên *The Statute of Bankrupts 1542* đã chính thức ghi nhận quy tắc này. Kiểu phân phối *pari passu* giúp giảm hiệu ứng domino vì nó cản trở việc phá sản lây lan, tác động bất lợi của một vụ phá sản đơn lẻ lan ra trong cộng đồng và không một chủ nợ nào phải gánh toàn bộ tổn thất.

### ***Thứ ba, nguyên tắc phân hạng ưu tiên các khoản nợ***

Vì phân chia tài sản chỉ tiến hành khi tình trạng con nợ đã thực sự "vô vọng", nguy cơ không trả hết khó tránh khỏi. Trong khi đó, các khoản phải trả có thể rất đa dạng, từ nợ lương, bảo hiểm đối với nhân viên, cổ tức cho nhà đầu tư đến nợ thuế, tiền phạt vi phạm hay nợ vay ngân hàng và các

nhà cung cấp...; quy mô con nợ càng lớn thì các đối tượng chủ nợ càng phức tạp. Do vậy, phân chia tài sản như thế nào để bảo đảm được tính công bằng, dung hòa được quyền lợi của mọi đối tượng chủ nợ và kết thúc vụ việc đỡ tổn thương nhất là vấn đề khó có thể đạt được bằng thỏa thuận giữa các bên. Kinh tế luật đã chỉ ra rằng, khi không thể thỏa thuận được hoặc chi phí giao dịch là đáng kể, lợi ích của các bên cần phải được bảo vệ bởi các quy định pháp lý về quyền tài sản<sup>9</sup>. Đó là cơ sở lý giải sự tồn tại của quy định phân hạng ưu tiên các khoản nợ để làm căn cứ phân chia tài sản trong tất cả các đạo luật phá sản; kèm theo việc tước toàn bộ quyền trên tài sản của con nợ, giao cho cơ quan tư pháp tiến hành. Nội dung nguyên tắc yêu cầu phải thanh toán dứt điểm các khoản phải trả của từng hạng ưu tiên, hết hạng một rồi mới phân chia tiếp cho hạng hai, hạng ba...

### **2. Thứ tự ưu tiên thanh toán nợ: sự tương đồng và khác biệt của Luật Phá sản Việt Nam với luật các nước**

Ở thời kỳ đầu áp dụng thủ tục phá sản (được coi như luật của thương gia), phân hạng ưu tiên khá đơn giản, lần lượt là: nợ có bảo đảm, chi phí tiến hành thủ tục phá sản, nợ lương nhân viên, nợ không bảo đảm và phần thặng dư thuộc về con nợ. Tuy nhiên, cho đến khi thủ tục phá sản áp dụng mở rộng cho nhiều đối tượng (bao gồm cả con nợ không phải thương gia) thì các nước đã có những điều chỉnh không thống nhất về thứ tự ưu tiên này. Phân hạng ưu tiên đã trở nên chi tiết hơn và sự công bằng trong phân phối tài sản cũng được nhìn nhận khác nhau. Ví dụ: ưu tiên thu hồi nợ thuế có thể

<sup>8</sup> Jose<sup>c</sup> M. Garrido, *The Distributional questions in insolvency: comparative aspects*, International Insolvency Review, Volume 4, 1995, p.30

<sup>9</sup> R.H. Coase, *The Problem of Social Cost*, Journal of Law and Economics, Vol. 3 (Oct., 1960), p.1-44.

là hợp lý trong nền kinh tế này (như Na Uy, Nhật Bản...) nhưng là bất hợp lý trong các nền kinh tế khác (Việt Nam, Úc, Pháp...); nợ lương người lao động ở một số quốc gia (Nhật Bản, Pháp...) có thể được xếp loại ưu tiên, được thanh toán cùng hàng hoặc trước cả chi phí về thủ tục, trong khi luật ở các nước còn lại điều chỉnh khác. Sự thay đổi trong quy định về thứ tự phân chia tài sản qua ba đạo luật phá sản ban hành các năm 1993, 2004 và 2014 ở Việt Nam cũng phản ánh quan điểm đổi mới của nhà làm luật về tính công bằng, hợp lý trong vấn đề này. Phân chia tài sản phá sản ở nước ta có thể được nhìn nhận qua so sánh Luật hiện hành với một số nước ở các nội dung pháp lý dưới đây:

*a) Về quyền ưu tiên của chủ nợ có bảo đảm*

Trong tương quan giữa các chủ nợ, quyền ưu tiên thanh toán của chủ nợ có bảo đảm so với chủ nợ không bảo đảm là một nguyên tắc của Luật Dân sự. Vấn đề đặt ra ở đây là, chủ nợ được bảo đảm có luôn dành được quyền ưu tiên thứ hạng đầu tiên khi con nợ phá sản hay không?

Luật Phá sản nước ta luôn tách biệt việc thu hồi nợ của chủ nợ có bảo đảm ra khỏi trật tự phân chia tài sản phá sản. Trước hết, chủ nợ có bảo đảm được thu hồi nợ trong giá trị tài sản nhận đảm bảo; nếu không đủ thì mới tham gia vào trình tự phân chia và được xếp cùng hàng với các chủ nợ không bảo đảm (các điều 53, 54 và 64 Luật Phá sản 2014). Như vậy, thủ tục phân chia tài sản phá sản chỉ áp dụng đối với những khoản nợ không được (hoặc không còn được) bảo đảm bằng tài sản của con nợ tại

thời điểm phân chia<sup>10</sup>. Điều này được thể hiện khi cả ba đạo luật phá sản khước từ quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của chủ nợ có bảo đảm, đồng nghĩa với việc giải quyết quyền lợi của họ phải theo nguyên tắc của Luật Dân sự.

Trong khi đó, Luật Phá sản của nhiều quốc gia quy định nội dung phân chia tài sản phá sản (*distribution in insolvency*) bao gồm cả việc thanh toán nợ có bảo đảm. Một số quốc gia như Hoa Kỳ, Úc, ... cũng dành quyền được ưu tiên thanh toán cho chủ nợ có bảo đảm trước khi trang trải chi phí về thủ tục và các khoản phải trả khác của con nợ phá sản. Điều này góp phần mang lại sự an tâm cho các đối tác và nhà đầu tư, nhất là ngân hàng trong việc cung cấp các khoản tài trợ cho thương nhân có kèm giao dịch bảo đảm, giúp họ tiết kiệm chi phí vốn.

Ngược lại, Luật Phá sản của các quốc gia (Nhật Bản, Nga, Na Uy, Đức, Ý, Pháp, Canada, Indonesia, Brazil...) lại xếp hạng ưu tiên thanh toán cho một số "chủ nợ không bảo đảm đặc biệt", là những người có quyền yêu sách về chi phí quản lý, thanh lý tài sản, lương, trợ cấp hưu trí, trợ cấp tai nạn lao động chưa được nhận, một số khoản thuế (chẳng hạn thuế bất động sản), tiền thuê nhà... Thậm chí, trừ Na Uy quy định thanh toán nợ có bảo đảm trước các khoản trả cho người lao động, các quốc gia còn lại đều xếp hạng ưu tiên thanh toán cho người lao động trước chủ nợ có bảo đảm. Như vậy, chủ nợ có bảo đảm chỉ được thu hồi nợ trên phần thặng dư tài sản phá sản sau nhiều đối tượng không bảo đảm có đặc quyền, chỉ

<sup>10</sup> Điều 39 Luật Phá sản doanh nghiệp 1993, Điều 37 Luật Phá sản 2004 và Điều 54 Luật Phá sản 2014.

trước các chủ nợ không bảo đảm thông thường. Có quan điểm cho rằng, chế độ pháp lý thiên vị quyền lợi người lao động và một số đối tượng ưu tiên đặc biệt như trên làm giảm lợi ích của chủ nợ có bảo đảm và do đó làm tăng chi phí tín dụng, giảm đầu tư nói chung. Tuy nhiên, đối với những thể chế kinh tế phát triển tương đối hoàn thiện thì xếp hạng ưu tiên như vậy có thể được đánh giá là cần thiết, hợp lý, công bằng, và không hẳn là rào cản tín dụng, đầu tư<sup>11</sup>.

*b) Về phân hạng ưu tiên giữa các khoản nợ không bảo đảm*

Hầu hết Luật Phá sản các nước đều phân chia những khoản nợ không được bảo đảm thành hai loại: nợ thông thường và nợ được ưu tiên thanh toán.

Ở Việt Nam, Luật Phá sản doanh nghiệp 1993 quy định ba loại nợ ưu tiên là chi phí phá sản, nợ người lao động và nợ thuế. Luật Phá sản 2004 chỉ còn quy định hai hạng ưu tiên là chi phí phá sản và nợ người lao động. Đến Luật Phá sản 2014 tiếp tục không ưu tiên nợ thuế, nhưng bổ sung hạng ưu tiên của khoản nợ có tham gia vào quá trình phục hồi hoạt động của con nợ trước các khoản nợ thông thường. Nhìn chung, quy định hiện hành của Luật Việt Nam phù hợp với thông lệ quốc tế, nhưng còn mang tính khái quát, chưa chi tiết từng khoản mục cụ thể và cũng chưa thực sự sát với thực tiễn áp dụng. Luật của Đức, Na Uy, Nhật Bản, Brazil... phân hạng chi tiết hơn; ví dụ ở Đức, nợ lãi phát sinh sau khi mở thủ tục phá sản được thanh toán sau nợ thông thường, nợ cổ đông (cổ tức chưa trả) được

thanh toán sau các khoản nợ đối tác<sup>12</sup>. Những khía cạnh đặc trưng khác của Luật Phá sản 2014 được nhận diện khi phân tích từng hạng ưu tiên sau đây:

*- Thứ nhất, chi phí phá sản*

Chi phí phá sản là số tiền trang trải các khoản chi phát sinh trong quá trình tiến hành thủ tục như đăng báo, tổ chức hội nghị chủ nợ, quản lý tài sản, kiểm toán và nhiều hoạt động liên quan khác. Những khoản này là chi phí thủ tục, còn được gọi là chi phí chung (*common benefit claims*) vì đáp ứng lợi ích của tất cả các bên liên quan. Trên nguyên tắc lợi ích chung đặt trên lợi ích riêng, chi phí chung thường được xếp bậc một trong các khoản được ưu tiên thanh toán. Luật Việt Nam cũng xếp chi phí này vào hạng ưu tiên đầu trong thứ tự phân chia tài sản. Tuy nhiên, Điều 54 Luật Phá sản 2014 không liệt kê cụ thể bao gồm những khoản chi gì, chỉ trừ chi phí quản tài được quy định tại Điều 21 Nghị định 22/2015/NĐ-CP nhưng cũng là quy định mở. Trong khi đó, Luật của Thái Lan liệt kê rất cụ thể các khoản chi như: chi phí quản lý bất động sản, chi phí quản tài, chi phí thanh lý công ty, lệ phí nộp đơn...<sup>13</sup> giúp cho việc thực hiện phương án phân chia thuận lợi và có tính thống nhất cao.

Trong khi Luật Phục hồi dân sự của Nhật Bản quy định rõ khoản phí phá sản trong thứ tự phân chia là *chi phí chung chưa thanh toán (common benefit claims if not already paid)*<sup>14</sup>, thì Luật Phá sản Việt Nam không xác định đây là tổng chi phí phá sản hay chỉ là những khoản chưa được chi trả.

<sup>11</sup> Crawford, Keith, *The law and economics of orderly and effective insolvency*, PhD thesis, University of Nottingham, 2013, p.244.

<sup>12</sup> Section 39, 55 German Insolvency Code.

<sup>13</sup> Section 130, Bankruptcy Act, B.E.2483 (A.D.1940).

<sup>14</sup> Japan's Civil Rehabilitation Act.

Nếu áp dụng quy tắc *pari passu*: trường hợp giá trị tài sản không đủ thanh toán thì các đối tượng cùng một bậc ưu tiên sẽ được phân chia theo tỷ lệ tương ứng với số nợ; khi ấy chi phí phát sinh sau tuyên bố phá sản (đòi nợ, thuê định giá, dịch tài liệu, xác minh thu hồi tài sản từ giao dịch vô hiệu...) sẽ được xếp cùng hàng với *chi phí trả cho người quản tài*. Vậy chi phí quản tài ở đây chỉ bao gồm khoản phát sinh trong giai đoạn thanh lý và những giá trị chưa được thanh toán, hay là toàn bộ chi phí phải trả cho người quản tài kể từ khi mở thủ tục phá sản đến lúc hoàn thành công việc phân chia? Hai cách tính này sẽ dẫn đến tỷ lệ phân chia cho các đối tượng cùng bậc ưu tiên rất khác nhau.

Các quy định của Luật Phá sản hiện hành cho thấy một phần chi phí phá sản đã được thanh toán trong quá trình giải quyết. Nguồn thanh toán trước hết lấy từ tạm ứng phí phá sản do người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục chi trả, chỉ dùng để đăng báo và trả cho quản tài viên. Trong quá trình giải quyết, tòa án có quyền chỉ thị người quản tài bán bớt tài sản của con nợ để bảo đảm nguồn khi cần thiết<sup>15</sup>. Như vậy, toàn bộ chi phí phá sản đều lấy trực tiếp từ tài sản của con nợ, ngoài khoản tạm ứng ban đầu của chủ nợ nộp đơn (phí tạm ứng hàng chục tới hàng trăm triệu đồng). Điều kiện phải sẵn có một nguồn tài chính không nhỏ để được áp dụng thủ tục phá sản rõ ràng là một thách thức đối với cả con nợ lẫn chủ nợ ở nước ta, khi hầu hết đều là những doanh nghiệp vừa và nhỏ với năng lực vốn hạn chế. Điều này đã

phần nào giải thích vì sao Luật Phá sản rất khó đi vào đời sống.

Không như Việt Nam, Luật Phá sản của Liên bang Nga nghiêm cấm việc đưa ra yêu cầu buộc con nợ chuyển giao tài sản, thay vào đó các chủ nợ phải thu xếp nguồn trang trải. Nhà đầu tư (cổ đông, chủ nợ ...) tham gia phục hồi doanh nghiệp phải gánh vác nghĩa vụ tài chính này. Một tài khoản ký quỹ sẽ được đề xuất và Hội nghị chủ nợ sẽ chỉ định một số doanh nghiệp chuyển tiền vào để thanh toán chi phí phát sinh trong quá trình giải quyết. Như vậy, chi phí phá sản được những người nhận thực hiện kế hoạch phục hồi gánh vác, đồng thời cũng là gánh lấy rủi ro.

- Thứ hai, các khoản phải trả theo pháp luật lao động

Các hệ thống pháp lý đều bảo vệ tiền lương của người lao động và các yêu sách có liên quan. Chúng được đặt ở vị trí ưu tiên rất cao; một số quốc gia còn xếp vào hạng "siêu ưu tiên" như Tây Ban Nha, Pháp; một số quốc gia khác (Ý, Đức, Nhật Bản) thì một phần lương của người lao động được xếp vào chi phí "false" trong thứ tự thanh toán<sup>16</sup>, tức là cùng hàng với chi phí chung khác.

Luật nước ta cũng chú trọng bảo vệ quyền lợi người lao động nhưng xếp hạng sau chi phí phá sản. Tuy nhiên, quy định cũng khá quát, chưa thật chi tiết nội dung các khoản phải trả; cũng không phân biệt khoản nào cần trả trước, trả sau. Theo Điều 54 Luật Phá sản 2014, các khoản sau đây được xếp cùng hàng, đương nhiên sẽ phân

<sup>15</sup> Liên quan chi phí phá sản, xem thêm các điều 4 (khoản 14), 23, 24, 38, 105 (khoản 4) Luật Phá sản 2014.

<sup>16</sup> Jose M. Garrido, *The Distributional questions in insolvency: comparative aspects*, International Insolvency Review, Volume 4, 1995, p.44.

chia theo tỷ lệ nếu không đủ thanh toán, bao gồm: nợ lương, trợ cấp thôi việc, bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế đối với người lao động, quyền lợi khác theo hợp đồng lao động và thỏa ước lao động tập thể. Nếu như nợ lương, trợ cấp thôi việc là khoản mà con nợ chiếm dụng của người lao động thì nợ bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế là khoản phải nộp cho cơ quan bảo hiểm xã hội. Nói cách khác, đối tượng tham gia phân chia tài sản thuộc hạng ưu tiên này không chỉ có người lao động mà còn bao gồm cơ quan bảo hiểm xã hội. Việc xếp cùng hàng các đối tượng này có thực sự hợp lý? Bởi có những khoản đóng góp vào quỹ bảo hiểm xã hội (ví dụ quỹ hưu trí) chưa mang lại lợi ích cấp thiết cho người lao động như nợ lương, trợ cấp phục hồi sức khỏe do tai nạn lao động chưa được lĩnh... Ở Nhật Bản, nợ lương và trợ cấp mất việc (trong mức tối đa 3 tháng) trước khi nộp đơn ra tòa được ưu tiên thanh toán trước các khoản khác mà doanh nghiệp còn nợ người lao động.

Luật Phá sản của Trung Quốc liệt kê khá cụ thể các khoản phải trả, chẳng hạn như trợ cấp cho người bị thương tật, cho gia đình của người chết do tai nạn lao động, phí bảo hiểm tuổi già, bảo hiểm y tế còn nợ...<sup>17</sup>. Để tính đủ các khoản mà doanh nghiệp phá sản tại Việt Nam phải trả cho người lao động theo Luật Phá sản hiện hành, ngoài Bộ luật Lao động, thì hợp đồng lao động, thỏa ước và các quy chế nội bộ của doanh nghiệp phá sản cần phải tham chiếu các luật khác như: Luật Bảo hiểm xã hội, Luật Việc làm, Luật An toàn vệ sinh lao động... khá phức tạp. Vì vậy, cách liệt kê cụ thể từng khoản

như Luật Trung Quốc đáng để chúng ta tham khảo.

- *Thứ ba, quyền ưu tiên đối với các khoản nợ tham gia hoạt động phục hồi*

Mặc dù đã có nhiều cải cách pháp luật, nhưng ở hầu hết các quốc gia, sự kỳ thị đối với hành vi phá sản vẫn tồn tại. Con nợ mất khả năng thanh toán không được tin cậy, bị xem như thiếu sự thận trọng cần thiết về tài chính và điều này có thể cản trở hoạt động giải cứu con nợ, làm giảm cơ hội để con nợ có lại một "khởi đầu mới".

Và hệ quả là, con nợ phải chịu một chi phí giao dịch cao hơn cho việc tiếp tục công việc kinh doanh<sup>18</sup> trong khi tài chính túng quẫn. Trong hoàn cảnh ấy, nhà đầu tư tham gia hoạt động phục hồi con nợ (trở thành chủ nợ mới) xem như chấp nhận đương đầu với rủi ro cao hơn đi đôi với kỳ vọng hưởng lợi nhiều hơn. Đó là đánh đổi các quyền, lợi thế và chi phí trong những tình huống đặc biệt<sup>19</sup>. Vì vậy, chủ nợ tham gia giải cứu con nợ cần phải được hưởng quyền ưu tiên thanh toán so với các chủ nợ thông thường. Quyền ưu tiên này đã được công nhận tại nhiều quốc gia như Nga, Đức, Pháp, Nam Phi, Serbia, Bỉ<sup>20</sup>. Luật của Nga thậm chí còn xếp hạng ưu tiên chủ nợ mới này trước người lao động và các chủ nợ có bảo đảm.

Luật Phá sản 2014 lần đầu tiên xếp các khoản nợ mới phát sinh sau khi mở thủ tục phá sản và "*nhằm mục đích phục hồi hoạt động kinh doanh*" vào hạng ưu tiên thanh

<sup>18</sup> Myers, Stewart C. and Majluf, Nicholas S., *Corporate financing and investment decisions when firms have information that investors do not have*, Journal of Financial Economics, 1984, p.187.

<sup>19</sup> Posner R., *Economic of the Law* 3<sup>rd</sup> ed., Little Brown & Co., Boston, 1986.

<sup>20</sup> The World Bank, *Doing Business 2016 - Measuring Regulatory Quality and Efficiency*, p.100-101.

<sup>17</sup> Article 113 Enterprise Bankruptcy Law of the People's Republic of China (June 1, 2007).

toán thứ ba, sau quyền lợi người lao động. Điều này phản ánh động thái tích cực của nhà nước trong điều tiết quan hệ thị trường bằng công cụ pháp lý với mục tiêu khuyến khích, thúc đẩy hoạt động đầu tư giải cứu doanh nghiệp mắc nợ.

### 3. Một số nhận xét và khuyến nghị

Tùy theo tình hình kinh tế - xã hội, tương quan giữa các nhóm đối tượng chủ nợ, quan điểm điều tiết thị trường của nhà nước trong những điều kiện cụ thể... mà Luật Phá sản của mỗi quốc gia sẽ điều chỉnh thứ tự ưu tiên thanh toán theo những cách khác nhau. Tuy vậy, điểm chung của tất cả các phương thức phân phối tài sản này là đều dựa trên ba nguyên tắc nền tảng: nguyên tắc giải phóng nợ, nguyên tắc pari passu và nguyên tắc phân hạng ưu tiên các khoản nợ; đều hướng đến mục tiêu đảm bảo công bằng và tối ưu hóa hiệu quả kinh tế trong xử lý thất bại của thị trường, tiếp tục tạo môi trường thuận lợi cho đầu tư kinh doanh để thúc đẩy tăng trưởng kinh tế.

Mặc dù quy định về thứ tự ưu tiên trong phân chia tài sản của Luật Phá sản 2014 còn ở mức khái quát, nhưng nhìn chung phù hợp với các nguyên tắc căn bản của thủ tục phá sản và thông lệ quốc tế; đặc biệt đã kịp cập nhật xu hướng tích cực của các thủ tục phá sản hiện đại là quan tâm giải cứu con nợ<sup>21</sup>. Tuy nhiên, để phản ánh thực chất hơn nhu cầu của các đối tượng liên quan, để mục tiêu phân phối công bằng thể hiện rõ nét, hai vấn đề sau đây cần được xem xét thêm:

a) *Vấn đề thực hiện quyền ưu tiên thanh toán của chủ nợ có bảo đảm*

Việc tách khoản nợ có bảo đảm để xử lý riêng trước khi phân chia tài sản, không dành đặc quyền thanh toán trước cho một số đối tượng "siêu ưu tiên" như luật các nước phù hợp với nguyên tắc bảo vệ quyền chủ nợ theo Luật Dân sự; phù hợp với thực trạng nhiều rủi ro, thiếu an toàn trong quan hệ tín dụng; phản ánh nguồn tài trợ hạn chế của thị trường hiện tại vẫn rất cần sự bảo hộ pháp lý để tiếp tục củng cố và phát triển. Trật tự ưu tiên này đảm bảo tính công bằng trong phân phối tài sản và có lợi cho môi trường kinh doanh của thị trường Việt Nam hiện nay. Tuy nhiên, giữa thực tiễn áp dụng và quy định pháp luật đang có độ vênh nhất định, ví dụ dưới đây sẽ cho thấy điều này.

Theo quy định tại điểm h khoản 1 Điều 108 Luật Phá sản 2014, nội dung Quyết định tuyên bố phá sản phải nêu *phương án phân chia giá trị tài sản trước và sau khi tuyên bố phá sản doanh nghiệp* theo thứ tự ưu tiên. Và trên cơ sở đó, Tòa án nhân dân tỉnh Quảng Trị đã ban hành Quyết định 02/2015/QĐ-TBPS về việc tuyên bố phá sản Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên Vinacafe Quảng Trị vào ngày 29/9/2015, trong đó nêu lên hai phương án phân chia tài sản: *phương án phân chia tài sản trước khi tuyên bố phá sản* (phần I.5) và *phương án phân chia tài sản còn lại của doanh nghiệp sau khi tuyên bố phá sản* (phần I.6). Vấn đề đặt ra ở đây là, cụm từ "*phương án phân chia giá trị tài sản trước và sau khi tuyên bố phá sản*" tại Điều 108 Luật Phá sản 2014 khá mơ hồ, có thể dẫn đến hai cách giải thích khác nhau:

<sup>21</sup> Catherine Bridge, *Insolvency – a second chance? Why modern insolvency laws seek to promote business rescue*, Law in transition 2013, p.32-36.

*Cách giải thích thứ nhất:* chỉ có một phương án phân chia giá trị tài sản, bao gồm toàn bộ tài sản của con nợ, tính cả tài sản có trước và có sau thời điểm tuyên bố phá sản. Giá trị thu được sau khi con nợ phá sản có thể hình thành từ việc thu hồi tài sản bị tẩu tán hoặc từ giao dịch vô hiệu được phát hiện... Cách giải thích này gây khó khăn trong tổ chức thực hiện là đòi hỏi phải hoàn thành việc thanh lý tài sản và thanh toán xong phần nợ được bảo đảm trước khi thực hiện phân chia giá trị còn lại. Bởi nếu chưa thanh lý hết tài sản thì chi phí phá sản vẫn chưa tính đủ, trong khi thứ tự thanh toán đòi hỏi phải phải trả hết các chi phí thuộc bậc ưu tiên một mới phân chia cho bậc tiếp theo. Thực tiễn thanh lý tài sản kéo dài nhiều năm, đặc biệt còn nhiều vướng mắc khi xử lý tài sản bảo đảm, khiến các bên liên quan phải chờ đợi và chậm thu hồi số nợ bị chiếm dụng đã giải thích tính kém hiệu quả, kém khả thi của Luật Phá sản nước ta.

*Cách giải thích thứ hai:* có hai phương án phân chia giá trị tài sản của con nợ, bao gồm: *phương án phân chia giá trị tài sản có trước khi tuyên bố phá sản*, và *phương án phân chia giá trị tài sản có sau khi tuyên bố phá sản*; mỗi phương án đều phải bảo đảm thứ tự phân chia theo đúng quy định. Cách giải thích này thuận lợi cho việc tách quá trình thanh lý thành từng giai đoạn ngắn, giúp cơ quan chức năng giải quyết nhanh gọn, tài sản nào dễ bán thì xử lý trước, thanh lý đến đâu sẽ phân chia dần đến đó, người lao động được nhanh chóng nhận lại tiền lương và trợ cấp bị chiếm dụng để giải quyết nhu cầu thiết yếu hàng ngày, chủ nợ được nhận thanh toán một phần, nhờ đó giải tỏa bớt nhu cầu căng thẳng về vốn kinh doanh. Tuy nhiên, cách giải thích này cần

hướng dẫn rõ căn cứ xác định tài sản nào có trước, tài sản nào có sau thời điểm tuyên bố phá sản để xây dựng nội dung các phương án phân chia; qua đó tránh việc áp dụng theo cảm tính, thiếu thống nhất, dẫn đến tùy tiện của tòa án.

Thực tiễn giải quyết phá sản tại Tòa án tỉnh Quảng Trị đã phản ánh quan điểm áp dụng luật theo cách hiểu thứ hai. Điều đáng lưu ý trong tình huống này là, thứ tự ưu tiên luật định đã không được chấp hành nghiêm chỉnh, thể hiện rõ tại phương án phân chia tài sản trước khi tuyên bố phá sản. Phương án này có sự tham gia của hai chủ nợ được bảo đảm (là các chi nhánh ngân hàng) với bậc ưu tiên thứ tư, sau người lao động và Bảo hiểm xã hội huyện Hướng Hóa<sup>22</sup>.

Quyết định ngày 29/9/2015 có điểm mơ hồ là: với tổng giá trị tài sản thu được 4.600.455.468 đồng thì không rõ giá trị tài sản bảo đảm là bao nhiêu; nếu chúng bằng đúng tổng số nợ hai ngân hàng (2.843.293.000 đồng) thì nội dung là phù hợp, mặc dù về hình thức là không đúng, bởi theo Điều 64 Luật Phá sản 2014, tài sản của con nợ để phân chia không được tính phần giá trị tài sản bảo đảm tương ứng khoản nợ có bảo đảm. Nếu tài sản bảo đảm có giá trị khác thì Quyết định 02/2015/QĐ-TBPS lại không đúng luật. Ngoài ra, xếp các khoản nợ có bảo đảm vào phương án phân chia tài sản phá sản là không phù hợp quy định tại các điều 53<sup>23</sup>, 54 và 64 Luật

<sup>22</sup> Quyết định số 02/2015/QĐ-TBPS ngày 29/5/2015 của Tòa án nhân dân tỉnh Quảng Trị, <http://toaan.quangtri.gov.vn/index.php/vi/news/Tin-xet-xu/Quyết-dinh-tuyen-bo-pha-san-cong-ty-TNHH-MTV-Vinacafe-Quang-Tri-179>, truy cập ngày 22/5/2016.

<sup>23</sup> Điểm b khoản 1 Điều 53 Luật Phá sản 2014 có quy định: Đối với hợp đồng có bảo đảm chưa đến hạn thì **trước khi** tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã phá

Phá sản 2014. Theo nguyên tắc phân hạng ưu tiên, các chủ nợ có bảo đảm sẽ không thu hồi được đồng nào nếu nợ lương và bảo hiểm xã hội lớn hơn giá trị tài sản phân chia. Việc không xếp nợ lương cùng bậc với nợ bảo hiểm xã hội là trái với điểm b khoản 1 Điều 54 Luật Phá sản 2014. Tuy nhiên, phương án thanh toán nợ lương trước nợ bảo hiểm xã hội cho thấy, từ thực tiễn áp dụng, tòa án có thể phát hiện nhu cầu cần phân hạng chi tiết hơn các khoản phải trả cho người lao động.

Phương án phân chia tài sản sau khi công ty bị tuyên bố phá sản (mục 6.2 của Quyết định 02/2015/QĐ-TBPS) xác định đối tượng được phân chia là các chủ nợ có và không có bảo đảm, về hình thức là không đúng Luật hiện hành. Chủ nợ có bảo đảm chỉ được thanh toán một phần trên giá trị tài sản bảo đảm (35.100.000.000 đồng), sau khi trừ chi phí bảo quản tài sản (7.800.000 đồng). Còn các chủ nợ không bảo đảm thì được phân chia từ nguồn nợ phải thu của công ty, dự tính 16.402.458.310 đồng, theo tỷ lệ tương ứng với số nợ. Tuy xếp thành hai bậc phân chia (6.1 và 6.2) nhưng thực ra nội dung chỉ phản ánh các nguồn tài chính khác nhau dùng để thanh toán cho 2 đối tượng chủ nợ: có bảo đảm và không có bảo đảm. Ví dụ, căn cứ nào xác định vườn cây (tài sản bảo đảm) là tài sản có sau khi tuyên bố phá sản, và phân biệt ra sao với những tài sản bảo đảm thuộc phương án một? Đó là những vấn đề chưa rõ ràng, phản ánh sự "linh hoạt" của tòa án trong hoạt động phân chia tài sản, là sự thiếu chặt chẽ về hình thức trong áp dụng Luật phá sản.

*b) Vấn đề liên quan đến tài sản phân chia khi con nợ phá sản là doanh nghiệp tư nhân hoặc công ty hợp danh*

Trường hợp doanh nghiệp tư nhân hoặc công ty hợp danh bị tuyên bố phá sản, do đặc điểm của chế độ trách nhiệm vô hạn nên tài sản dùng để phân chia sẽ bao gồm cả tài sản riêng của chủ doanh nghiệp không trực tiếp dùng vào hoạt động kinh doanh. Vấn đề đặt ra là, nếu các cá nhân chủ doanh nghiệp đó cũng có những khoản nợ phải trả (nợ dân sự, có hoặc không có bảo đảm), mà tài sản riêng của những cá nhân này không đủ trang trải hết số nợ còn lại của doanh nghiệp phá sản; khi ấy chủ nợ của thành viên hợp danh và chủ doanh nghiệp tư nhân sẽ phải chịu thiệt nếu có nợ chưa đòi được (ví dụ do con nợ chây ỳ), trong khi tài sản của con nợ đã bị trưng dụng theo Luật Phá sản. Liệu trong tình huống như vậy, các chủ nợ của thành viên hợp danh và chủ doanh nghiệp tư nhân có được tham gia phân chia giá trị tài sản của doanh nghiệp? Luật Phá sản ở nước ta chưa điều chỉnh vấn đề này, trừ quy định tại Điều 114, 115 Luật Phá sản 2014 có đề cập nhưng đó là tài sản của doanh nghiệp<sup>24</sup>; quy định có tính đến tài sản của chủ doanh nghiệp hay không cần được hướng dẫn thêm. Hơn nữa, không có căn cứ pháp lý nào để xem chủ nợ của chủ doanh nghiệp cũng là chủ nợ của doanh nghiệp để đòi quyền tham gia phân chia tài sản phá sản. Vậy quyền lợi của các chủ nợ dân sự này có được luật bảo vệ? Bảo vệ như thế nào (thủ tục phá sản của Việt Nam không áp dụng cho cá nhân chủ doanh nghiệp)? Tài sản riêng của chủ doanh nghiệp dùng làm vật

sản, Tòa án nhân dân đình chỉ hợp đồng và xử lý các khoản nợ có bảo đảm.

<sup>24</sup> Điều 114 và 115 Luật Phá sản 2014 quy định về xử lý tài sản của doanh nghiệp có tranh chấp.

bảo đảm cho khoản nợ dân sự (giả định nợ đã quá hạn) có được loại trừ ra khỏi tài sản phá sản được phân chia? Câu trả lời chưa thể hiện rõ trong Luật Phá sản 2014 nên quan điểm áp dụng luật của thẩm phán phụ trách phá sản sẽ có vai trò quyết định. Lưu ý rằng, tính minh bạch trong quy định pháp luật để các chủ thể liên quan tiên đoán được hệ quả giao dịch là một đòi hỏi quan trọng.

Mặt khác, thật khó thuyết phục để khẳng định rằng, khi doanh nghiệp chỉ mới mất khả năng thanh toán (chưa phá sản) thì tài sản riêng của chủ doanh nghiệp cũng được xem là tài sản của doanh nghiệp (Điều 64 Luật Phá sản 2014). Quan điểm này cũng không đúng khi tài sản góp vốn của thành viên hợp danh đã chuyển sở hữu sang công ty và tách biệt hẳn với tài sản riêng của thành viên đó. Luật Doanh nghiệp cũng có quy định chỉ khi nào tài sản của công ty hợp danh không thanh toán hết nợ thì mới phát sinh trách nhiệm liên đới trả số nợ còn lại của các thành viên hợp danh.

Qua phân tích về thực trạng của Luật Phá sản 2014, tác giả đề xuất một số nội dung cần chỉnh sửa nhằm thống nhất trong áp dụng Luật và đáp ứng mục tiêu đối xử công bằng trong phân chia tài sản phá sản như sau:

*Một là*, bỏ quy định tại khoản 3 Điều 23 về việc Tòa án giao cho người quản tài bán một số tài sản của con nợ mất khả năng thanh toán nhằm bảo đảm chi phí phá sản, bởi con nợ đang trong tình trạng khó khăn nên sẽ không cần thủ tục phục hồi vì đã kiệt quệ, hoặc nếu có khả năng phục hồi thì cần được hỗ trợ đặc biệt về tài chính. Vì vậy, nên để các bên liên quan tự thỏa thuận và quyết định nguồn kinh phí tạm ứng giải quyết phá sản, qua đó thúc đẩy chủ nợ và các nhà đầu tư có thái độ tích cực hơn để

tham gia phục hồi con nợ. Chỉ khi con nợ nhận được sự quan tâm của nhà đầu tư có đủ nguồn lực (hoặc bản thân con nợ còn tạm đủ lực) thì phương án phục hồi mới có tính khả thi và mang lại kết quả thực sự.

*Hai là*, quy định chi tiết Điều 54 về thứ tự phân chia tài sản với một số gợi ý như sau:

- Quy định rõ chi phí phá sản được phân chia ở bậc đầu tiên là chi phí phá sản *chưa được thanh toán*. Hướng dẫn cụ thể các loại chi phí: đăng báo, trả cho người quản tài, dịch tài liệu, kiểm toán, thuê định giá tài sản... hoặc xác định khoản gọn cho người quản tài; trao quyền cho thẩm phán cân nhắc khi thỏa thuận chi phí này.

- Xếp bậc ưu tiên thanh toán nợ lương, trợ cấp các loại cho người lao động trước bởi những khoản này ảnh hưởng trực tiếp đến nhu cầu tối thiểu, thiết yếu nhất của họ; sau đó mới thanh toán nợ bảo hiểm xã hội cho cơ quan bảo hiểm xã hội. Nói cách khác, cần sắp xếp thành hai bậc ưu tiên khác nhau.

- Tiếp tục phân hạng ưu tiên giữa các khoản nợ thông thường theo hướng ưu tiên thanh toán nợ gốc cho các chủ nợ thương mại (nhà cung cấp, nhà tài trợ...). Nợ lãi (phát sinh sau khi mở thủ tục phá sản) cùng với các khoản phải trả phi thương mại khác như: tiền phạt vi phạm hợp đồng, nợ thuế... sẽ thanh toán sau.

Điều này có ý nghĩa hỗ trợ các doanh nghiệp là chủ nợ giảm thiểu bất lợi từ vụ phá sản trong bối cảnh hầu hết có quy mô nhỏ và vừa, thường khó khăn về nguồn vốn hoạt động, lại gánh nặng nhiều khoản phí: 39.4% lợi nhuận dùng để nộp thuế và bảo hiểm xã hội (cao gấp đôi doanh nghiệp Singapore, và gấp rưỡi doanh nghiệp Thái

Lan<sup>25</sup>), chưa kể các loại phí bôi trơn. Kết quả khảo sát Chỉ số khởi nghiệp toàn cầu (GEM) 2015/2016 do Hiệp hội các nhà nghiên cứu kinh doanh toàn cầu công bố cho thấy, 9 trong 12 chỉ số liên quan đến hệ sinh thái khởi nghiệp của Việt Nam có điểm dưới trung bình; trong đó *Chương trình hỗ trợ của Chính phủ* và *Tài chính cho kinh doanh* là hai trong ba chỉ số thấp điểm nhất, lần lượt là 2.14 điểm và 2.12 điểm<sup>26</sup>.

Tóm lại, từ bốn bậc ưu tiên theo quy định hiện hành, tác giả đề xuất nâng lên thành sáu bậc ưu tiên trong phân hạng các khoản nợ phải trả trước khi phân chia giá trị thặng dư cho các chủ doanh nghiệp.

*Ba là*, giải thích điểm d khoản 2 Điều 120 cụ thể hơn theo hướng, cho phép chia quá trình thanh lý con nợ phá sản thành từng giai đoạn phù hợp thực tiễn giải quyết (tác giả ủng hộ việc xây dựng hai phương án phân chia tài sản thay vì chỉ một); trên cơ sở báo cáo kết quả từng phần công việc của người quản tài, chấp hành viên thực hiện phương án phân chia tài sản theo quyết định tuyên bố phá sản. Hướng dẫn chi tiết điểm h khoản 1 Điều 108 về nội dung *phương án phân chia tài sản* trong quyết định tuyên bố phá sản: không đưa nội dung thanh toán nợ có bảo đảm vào phương án mà tách ra thành một nội dung độc lập.

*Bốn là*, sửa khoản 2 Điều 64 theo hướng không xem tài sản của thành viên

hợp danh là một bộ phận cấu thành tài sản của công ty hợp danh mất khả năng thanh toán nợ. Chỉ sau khi đã có quyết định tuyên bố phá sản, thanh lý tất cả tài sản còn lại của công ty mà giá trị thu được vẫn nhỏ hơn nợ phải trả thì thẩm phán mới quyết định xử lý tài sản riêng của các thành viên hợp danh theo nguyên tắc trách nhiệm liên đới.

Đối với doanh nghiệp tư nhân, mặc dù chủ doanh nghiệp có trách nhiệm liên đới trong việc thực hiện nghĩa vụ tài chính của doanh nghiệp nhưng không thể xem tài sản riêng của họ là một bộ phận hợp thành tài sản doanh nghiệp. Đây vốn là bản chất của loại hình doanh nghiệp này trong suốt quá trình hoạt động kinh doanh, không đợi đến khi mất khả năng thanh toán hay bị tuyên bố phá sản. Nói cách khác, cần tách quy định về doanh nghiệp tư nhân ra khỏi quy định về công ty hợp danh, bởi dù cùng thực hiện chế độ trách nhiệm vô hạn nhưng cách thực hiện nghĩa vụ tài sản của thành viên hợp danh không giống với chủ doanh nghiệp tư nhân. Có thể bổ sung một điều luật độc lập có tiêu đề "*tài sản dùng để thực hiện nghĩa vụ tài chính của doanh nghiệp tư nhân*" bằng việc liệt kê tài sản của doanh nghiệp và tài sản riêng của chủ doanh nghiệp.

*Năm là*, bổ sung thêm một trường hợp cấm thành lập, quản lý doanh nghiệp quy định tại khoản 3 Điều 130, áp dụng khi doanh nghiệp phá sản không còn đủ tài sản để thanh toán hết nợ lương người lao động, nhằm giảm bớt hiện tượng vi phạm chế độ tiền lương diễn ra phổ biến tại các doanh nghiệp.

<sup>25</sup> Thông tin từ Ban Môi trường kinh doanh, Viện nghiên cứu Quản lý kinh tế Trung ương (CIEM).

<sup>26</sup> Thế Vinh, *Ai giúp doanh nghiệp mới khởi "chết yếu"?*, <http://baodauthau.vn/doanh-nghiep/ai-giup-doanh-nghiep-moi-khoi-chet-yeu-22134.html>, truy cập ngày 21/6/2016.

# TRỌNG TÀI THƯỜNG TRỰC VÀ TRỌNG TÀI ĐƯỢC THÀNH LẬP THEO PHỤ LỤC VII CỦA CÔNG ƯỚC LUẬT BIỂN NĂM 1982 - NHỮNG ĐIỂM TƯƠNG ĐỒNG VÀ KHÁC BIỆT

*Ngô Hữu Phước\**

**Tóm tắt:** Bài viết phân tích các vấn đề pháp lý cơ bản về Trọng tài thường trực (PCA) từ khi thành lập đến nay, làm sáng tỏ những điểm tương đồng và khác biệt giữa PCA với Trọng tài được thành lập theo Phụ lục VII của Công ước Luật Biển năm 1982 (UNCLOS). Trên cơ sở đó, bài viết kiến nghị khả năng Việt Nam sử dụng thủ tục trọng tài được thành lập theo Phụ VII của UNCLOS để giải quyết các tranh chấp liên quan đến giải thích và áp dụng UNCLOS với Trung Quốc khi cần thiết.

**Abstract:** This article analyses basic legal issues of the Permanent Court of Arbitration (PCA) since its establishment and clarifies similarity and difference between the PCA and an arbitral tribunal constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS). Basing on that, it make proposal on the possibility for Vietnam to apply to an arbitral tribunal constituted under Annex VII to the UNCLOS to settle disputes against China relating to UNCLOS interpretation and enforcement.

## 1. Dẫn nhập

Một trong những nội dung đặc biệt quan trọng của Công ước Liên hợp quốc về Luật Biển - UNCLOS<sup>1</sup> chính là các biện pháp và thủ tục giải quyết tranh chấp được quy định tại phần XV và các Phụ lục (Phụ lục V về Hòa giải, Phụ lục VI về Tòa án quốc tế Luật Biển, Phụ lục VII về Trọng tài và Phụ lục VIII về Trọng tài đặc biệt). Với 101 điều (27

điều trong Mục 5 Phần XI, 21 điều trong Phần XV và 74 điều trong 04 Phụ lục), có thể khẳng định rằng, UNCLOS đã xây dựng một cơ chế giải quyết tranh chấp khá hoàn chỉnh, linh hoạt và đa dạng, bao gồm các biện pháp chính trị-ngoại giao và các biện pháp tài phán để giải quyết tranh chấp liên quan đến giải thích hay áp dụng UNCLOS.

Về nội dung, các quy định về giải quyết tranh chấp của UNCLOS đã thiết lập một hệ thống riêng biệt và hoàn toàn mới về cơ chế giải quyết tranh chấp phù hợp với thực tiễn, nhằm giúp các bên tranh chấp lựa chọn giải quyết hòa bình các tranh chấp phát sinh từ việc giải thích và áp dụng UNCLOS. Đồng thời, các quy định về giải quyết tranh chấp tại Phần XV và các Phụ lục V, VI, VII, VIII của UNCLOS là cơ sở đảm bảo cho việc giải thích và áp dụng UNCLOS thống nhất trên toàn thế giới với mục tiêu biến biến và

\* TS., Khoa Luật quốc tế, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

<sup>1</sup> United Nations Convention on the Law of the Sea- UNCLOS được thông qua tại New York và mở cho các quốc gia ký tại Montego Bay-Jamaica ngày 10/12/1982 sau 5 năm trù bị (1968 -1973) và 09 năm đàm phán chính thức (1973-1982) với 11 khóa họp. UNCLOS chính thức có hiệu lực vào ngày 16/11/1994 theo qui định tại Điều 308, Công ước có hiệu lực sau 12 tháng kể từ ngày nước thứ 60 phê chuẩn. Quốc hội Việt Nam đã phê chuẩn Công ước vào ngày 23/6/1994 và nộp lưu chiểu Liên hợp quốc vào ngày 25/7/1994.

đại dương thực sự là “ngôi nhà chung của nhân loại”.

Trong số các thủ tục giải quyết tranh chấp bằng tài phán của UNCLOS thì Trọng tài được thành lập theo Phụ lục VII là thủ tục linh hoạt, mềm dẻo nhất và ngày càng được nhiều quốc gia lựa chọn. Tuy nhiên, với bản chất và mô hình là một Trọng tài Ad hoc (trọng tài vụ việc), không có quy chế riêng nên trong quá trình giải quyết tranh chấp, Trọng tài được thành lập theo Phụ lục VII của UNCLOS thường lựa chọn Trọng tài thường trực (Permanent Court of Arbitration - gọi tắt là PCA) là cơ quan đăng ký vụ kiện và thực hiện các dịch vụ pháp lý liên quan đến quản lý vụ kiện. Liên quan đến vụ Philippines kiện Trung Quốc ra Trọng tài được thành lập theo Phụ lục VII của UNCLOS ngày 22/01/2013 và Trọng tài này đã ra phán quyết cuối cùng về vụ kiện ngày 12/7/2016 đã có rất nhiều hãng thông tấn, báo chí trong nước và quốc tế thời gian qua nhằm lần khi cho rằng, PCA là Trọng tài giải quyết vụ kiện này. Chính vì vậy, nghiên cứu các vấn đề pháp lý cơ bản về PCA, phân biệt PCA với Trọng tài được thành lập theo Phụ lục VII của UNCLOS là cần thiết, có ý nghĩa chính trị - pháp lý và tính thời sự rất lớn trong bối cảnh hiện nay, khi các quốc gia trên thế giới đang có xu hướng lựa chọn Trọng tài được thành lập theo Phụ lục VII để giải quyết các tranh chấp liên quan đến giải thích hay áp dụng UNCLOS.

## 2. Các vấn đề pháp lý cơ bản về PCA

### a. Sự hình thành và phát triển của PCA

Về lịch sử, ý tưởng thành lập một thiết chế tài phán quốc tế, là bên thứ ba làm trung gian để giải quyết các tranh chấp giữa các quốc gia hoặc các tranh chấp giữa các phe phái xung đột trong nội bộ của một quốc gia đã xuất hiện ở Tây Nam Á, Trung Quốc, Ấn

Độ từ rất sớm. Tuy nhiên, các quốc gia châu Âu mới là nơi ý tưởng này hình thành và phát triển một cách mạnh mẽ nhất, điển hình là Anh và Mỹ<sup>2</sup>. Nhằm giải quyết hiệu quả các tranh chấp phát sinh sau cuộc chiến tranh giành độc lập của Mỹ, Anh và Mỹ đã thỏa thuận ký kết Hiệp ước Jay ngày 19/11/1794 thành lập một Tòa trọng tài có chức năng giải quyết các tranh chấp liên quan giữa hai nước. Năm 1872, trên cơ sở Hiệp ước Washington năm 1871, Anh và Mỹ lại thỏa thuận thành lập một Tòa trọng tài để giải quyết vụ Alabama về việc Mỹ kiện Anh vi phạm vai trò trung lập trong cuộc chiến tranh ly khai ở Mỹ. Kể từ đó, sử dụng phương thức trọng tài để giải quyết tranh chấp dần được các quốc gia áp dụng rộng rãi<sup>3</sup>.

Ngày 14/8/1898, Nikolai Muravyov, Bộ trưởng Ngoại giao của Sa hoàng Nicolas II đã gửi cho Đức Giáo hoàng Leo XIII một Công hàm thông báo rằng, Nga muốn kết hợp với Tòa thánh để tổ chức một hội nghị quốc tế nhằm mục đích “*chấm dứt các cuộc chiến tranh và tìm mọi cách để ngăn chặn các thảm họa đe dọa thế giới*”<sup>4</sup>. Từ sáng kiến đó của Nga, lần đầu tiên một hội nghị hòa bình đã được tổ chức tại La Haye<sup>5</sup>, Hà Lan vào ngày 18/5/1899 nhằm “*tìm kiếm những phương thức hiệu quả nhất để đảm*

<sup>2</sup> Xem thêm: Bàn Quốc Tuấn (2013), “*Tòa Trọng tài Thường trực La Haye và vấn đề giải quyết tranh chấp về chủ quyền trên Biển Đông của Việt Nam*”, Tạp chí Phát triển Khoa học và Công nghệ, Tập 18, số 1/2013 tại địa chỉ website: <http://waw.vjol.info/index.php/JSTD/article/viewFile/15349/13782>.

<sup>3</sup> Xem thêm: Nguyễn Hồng Thao (2011), *Tòa án công lý quốc tế quốc tế*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr.20.

<sup>4</sup> Tuy nhiên, do sự can thiệp của Italia nên Tòa thánh không được mời tham dự hội nghị hòa bình lần thứ nhất tại La Haye ngày 18/5/1899.

<sup>5</sup> Thành phố La Haye là tên gọi bằng tiếng Pháp hay tiếng Anh là The Hague chính là thành phố Deen Haag tiếng Hà Lan.

bảo cho mọi dân tộc những lợi ích của một nền hòa bình thực sự và lâu dài, và trên tất cả, để ngăn chặn phát triển của chiến tranh”<sup>6</sup>. Một trong những mục tiêu quan trọng của hội nghị là tăng cường các cơ chế giải quyết hòa bình các tranh chấp quốc tế, đặc biệt là cơ chế trọng tài quốc tế. Với tinh thần đó, sau hơn 2 tháng đàm phán, thương lượng, hội nghị hòa bình La Haye năm 1899 đã thành công tốt đẹp. Kết quả lớn nhất và quan trọng của hội nghị này là Công ước La Haye về hòa bình giải quyết tranh chấp quốc tế đã được các quốc gia tham dự ký kết ngày 29/7/1899 (còn gọi là Công ước La Haye I)<sup>7</sup>. Công ước La Haye 1899 là cơ sở pháp lý thành lập nên PCA<sup>8</sup>, một thiết chế quốc tế phổ quát đầu tiên nhằm hỗ trợ các quốc gia giải quyết tranh chấp quốc tế<sup>9</sup>.

Tiếp đó, tại hội nghị hòa bình lần thứ hai năm 1907, các quốc gia thành viên đã

thống nhất sửa đổi, bổ sung Công ước La Haye 1899<sup>10</sup> bằng Công ước La Haye 1907 (còn gọi là Công ước La Haye II). Về nội dung, Công ước La Haye 1899 đã xây dựng các chuẩn mực pháp lý nhằm hỗ trợ các quốc gia giải quyết có hiệu quả các tranh chấp quốc tế bằng các biện pháp hòa bình<sup>11</sup>. Nội dung cơ bản của Công ước này là thành lập PCA, một thiết chế trọng tài quốc tế, giúp các quốc gia giải quyết hòa bình các tranh chấp quốc tế. Trên cơ sở Công ước La Haye 1899, PCA đã được thành lập vào năm 1900 và chính thức hoạt động từ năm 1902. Tuy nhiên, từ khi thành lập cho đến trước chiến tranh thế giới thứ hai, PCA chưa có nhiều đóng góp trong việc hỗ trợ các quốc gia giải quyết các tranh chấp quốc tế, vai trò của PCA chưa đáp ứng được kỳ vọng của các quốc gia. Bởi do quy chế hoạt động của PCA chưa thật sự linh hoạt và số lượng quốc gia mong muốn sử dụng PCA để giải quyết các tranh chấp quốc tế còn hạn chế.

Sau chiến tranh thế giới thứ hai, mặc dù Tòa án Công lý quốc tế của Liên hợp quốc (ICJ<sup>12</sup>) đã ra đời, nhưng nhu cầu về một

<sup>6</sup> Trích Lời nói đầu của Công ước La Haye 1899.

<sup>7</sup> Hội nghị có sự tham gia của 27 quốc gia, trong đó có 21 quốc gia châu Âu là: Nga, Thổ Nhĩ Kỳ, Đức, Áo, Hungary, Bỉ, Bulgaria, Đan Mạch, Tây Ban Nha, Pháp, Hy Lạp, Italia, Luxembourg, Monténégro, Na Uy, Hà Lan, Bồ Đào Nha, Roumanie, Anh, Serbie, Thụy Điển, Thụy Sĩ, và 06 quốc gia ngoài châu Âu là Trung Quốc, Hoa Kỳ, Nhật Bản, Mexico, Cộng hòa Hồi giáo Iran và Thái Lan. Việt Nam gia nhập Công ước La Haye 1899 ngày 29/12/2011.

<sup>8</sup> Điều 20 của Công ước La Haye 1899 quy định: “Mục đích dễ dàng và thành công nhất là thành lập ngay trọng tài để giải quyết các tranh chấp quốc tế mà chúng không thể giải quyết được bằng con đường ngoại giao, các cường quốc là các bên ký cam kết tổ chức một Tòa Trọng tài Thường trực, có thể áp dụng mọi lúc và có chức năng giải quyết tranh chấp, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác, phù hợp với các quy tắc về thủ tục được quy định trong Công ước này”.

<sup>9</sup> Điều 16 của Công ước La Haye 1899 đã khẳng định: “Trong các vấn đề về trật tự pháp lý quốc tế, và chủ yếu là vấn đề về giải thích và áp dụng các Công ước quốc tế, Trọng tài quốc tế là phương thức hiệu quả nhất, đồng thời các tranh chấp sẽ được giải quyết công bằng nhất nếu chúng không thể giải quyết được bằng đường ngoại giao”.

<sup>10</sup> Việt Nam gia nhập Công ước La Haye 1907 ngày 27/02/2012. Công ước La Haye 1907 chủ yếu quy định cụ thể về thủ tục tố tụng trọng tài, đặc biệt là những quy định về thẩm quyền của PCA (Điều 42); trình tự, thủ tục chọn trọng tài viên (Điều 44 - Điều 46); trình tự, thủ tục để PCA giải quyết tranh chấp (Điều 51 - Điều 85); bổ sung thêm thủ tục tố tụng trọng tài rút gọn (Điều 86 - Điều 90).

<sup>11</sup> Xem thêm Công ước Hòa bình giải quyết tranh chấp quốc tế năm 1899 tại địa chỉ website: <http://pca-cpa.org>.

<sup>12</sup> *International Court of Justice* - ICJ là một trong 06 cơ quan chính của Liên hợp quốc, tiền thân là Tòa Pháp viện Thường trực quốc tế (*Permanent Court of International Justice*) được thành lập từ năm 1922. ICJ chính thức nhận hồ sơ, thụ lý và giải quyết tranh chấp giữa các quốc gia và tư vấn pháp luật cho Đại hội đồng, Hội đồng Bảo an Liên hợp quốc, các cơ quan và tổ chức chuyên môn của Liên hợp quốc. Xem thêm Hiến chương Liên hợp quốc và Quy chế của ICJ.

thiết chế tài phán quốc tế linh hoạt, mềm dẻo hơn để giải quyết hòa bình, hiệu quả các tranh chấp giữa các quốc gia, góp phần ngăn chặn các cuộc chiến tranh cũng ngày càng trở nên cấp thiết. Chính vì vậy, PCA vẫn tiếp tục tồn tại, phát triển và là một thiết chế trọng tài quốc tế quan trọng tồn tại song song với ICJ<sup>13</sup>. Sự phát triển của PCA thể hiện qua việc số lượng các quốc gia tham gia Công ước La Haye 1899 và Công ước La Haye 1907 không ngừng tăng lên. Đến tháng 6/2016, PCA đã có 121 quốc gia thành viên<sup>14</sup>. Ngoài ra, sự phát triển của PCA còn thể hiện ở số lượng vụ việc mà PCA đã và đang hỗ trợ để giải quyết ngày càng tăng. Đặc biệt, hiện nay PCA không những hỗ trợ các quốc gia trong việc giải quyết tranh chấp quốc tế, mà còn hỗ trợ để giải quyết các tranh chấp giữa quốc gia với các công ty, tổ chức và cá nhân (tranh chấp tư pháp quốc tế). Đồng thời, với việc thông qua Bộ quy tắc trọng tài của Ủy ban Luật thương mại quốc tế của Liên hợp quốc (UNCITRAL) cũng như sự gia tăng của các mối quan hệ hợp tác về kinh tế, thương mại, các hoạt động đầu tư xuyên quốc gia trong bối cảnh toàn cầu hóa đã làm cho PCA đóng vai trò ngày càng quan trọng hơn. Từ khi thành lập đến nay, PCA đã và đang hỗ trợ cho các trọng tài quốc tế giải quyết nhiều vụ tranh chấp quốc tế, trong đó có một số vụ tranh chấp về lãnh thổ trên biển cũng như các tranh chấp liên quan đến giải thích và áp dụng UNCLOS, điển hình là các vụ việc như: vụ Hà Lan kiện Pháp theo thủ tục trọng tài liên quan đến áp dụng Công ước về bảo vệ sông Rhine chống lại sự ô nhiễm bởi

clorua ngày 03/12/1976 và Nghị định thư bổ sung ngày 25/09/1991<sup>15</sup>; vụ Ireland kiện Anh theo thủ tục trọng tài được thành lập theo Điều 287 và Điều 1 Phụ lục VII của UNCLOS liên quan đến nhiên liệu ôxit hỗn hợp (MOX) của nhà máy đặt tại cơ sở hạt nhân Sellafield ở Anh (năm 2001)<sup>16</sup>; vụ tranh chấp chủ quyền đối với quần đảo Hanish giữa Eritrea và Yemen (năm 1998 và 1999); vụ Ireland kiện Anh theo thủ tục trọng tài liên quan đến truy cập thông tin về nhà máy nhiên liệu hỗn hợp oxit (MOX) đặt tại cơ sở hạt nhân Sellafield của Anh, Tòa Trọng tài ra phán quyết ngày 02/07/2003<sup>17</sup>; vụ Malaysia kiện Singapore liên quan đến khai thác và sử dụng biển vào tháng 7 năm 2003, đã được giải quyết bằng phán quyết của Tòa Trọng tài ngày 01/9/2005<sup>18</sup>; vụ Barbados kiện Trinidad và Tobago về việc phân định ranh giới vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa (năm 2004); vụ Guyana kiện Suriname liên quan đến việc phân định biên giới trên biển giữa hai nước năm 2004; vụ Bỉ kiện Hà Lan để giải quyết tranh chấp liên quan đến tuyến đường sắt Rhine<sup>19</sup>; vụ Bangladesh kiện Ấn Độ về việc phân định biên giới biển giữa hai

<sup>15</sup> Xem <https://pcacases.com/web/view/31>.

<sup>16</sup> Xem <http://www.pcacases.com/web/view/100>.

<sup>17</sup> Xem <https://pcacases.com/web/view/34>.

<sup>18</sup> Vào những năm cuối của thế kỷ XX, Malaysia và Singapore đã xảy ra tranh chấp liên quan việc khai thác và sử dụng Biển Đông. Cụ thể, ngày 4/7/2003, Malaysia kiện Singapore theo Điều 287 và Điều 1 phụ lục VII của UNCLOS. Hai nước đã lựa chọn Tòa Trọng tài để giải quyết vụ việc với thành phần gồm 5 Trọng tài viên. Năm 2005, Tòa Trọng tài đã ra phán quyết yêu cầu Singapore phải bồi thường 374.000 ringis cho ngư dân Malaysia. Xem: Nguyễn Hồng Thao, "Thực tiễn giải quyết tranh chấp biển, đảo liên quan biển Đông bằng Trọng tài quốc tế" tại địa chỉ website: <http://www.biendong.net/binh-luan/1005-thc-tin-gii-quyt-tranh-chp-bin-o-lien-quan-bin-ong-bng-trng-tai-quc-t.html> (truy cập ngày 30/5/2013).

<sup>19</sup> Xem <https://pcacases.com/web/view/1>.

<sup>13</sup> Có nhiều ý kiến, quan điểm cho rằng, khi ICJ ra đời thì vai trò của PCA sẽ bị suy giảm. Do vậy, việc tiếp tục duy trì sự tồn tại của PCA là không cần thiết.

<sup>14</sup> Xem thêm thông tin tại địa chỉ website: <https://pca-cpa.org>

nước theo Điều 287, Phụ lục VII của UNCLOS (năm 2009)<sup>20</sup>; vụ Mauritius kiện Liên hiệp Anh và Bắc Ai Len theo thủ tục trọng tài thành lập theo Phụ lục VII của UNCLOS để giải quyết các tranh chấp về đánh cá, bảo vệ môi trường biển ở khu bảo tồn biển xung quanh quần đảo Chagos vào ngày 20/9/2010<sup>21</sup>; vụ Argentina kiện Cộng hòa Gana (*Argentine frigate ARA*) ngày 29/10/2012 theo thủ tục trọng tài được thành lập theo Phụ lục VII của UNCLOS liên quan đến vụ việc Tòa án tối cao Cộng hòa Gana ra lệnh bắt giữ và thực hiện các biện pháp tư pháp đối với Tàu khu trục của Argentina *ARA Libertad*<sup>22</sup>; vụ Cộng hòa Malta kiện Cộng hòa São Tomé-et-Príncipe theo thủ tục trọng tài được thành lập theo Phụ lục VII của UNCLOS liên quan đến việc một tàu chở dầu của Malta bị São Tomé-et-Príncipe bắt giữ (năm 2013)<sup>23</sup>; vụ Timor-Leste kiện Australia liên quan đến Hiệp ước giữa Timor-Leste và Australia

<sup>20</sup> Ngày 7/7/2014, Tòa Trọng tài thường trực (PCA) ở La Haye, Hà Lan đã ra phán quyết về biên giới trên biển giữa Bangladesh và Ấn Độ trong vịnh Bengal. Phán quyết giúp giải quyết một tranh chấp kéo dài giữa hai bên và sẽ giúp tạo cơ sở vững chắc cho việc quản lý mang tính hợp tác cũng như các nguồn tài nguyên của vịnh. Đây là ví dụ mà Việt Nam, Philipines và các bên liên quan có tranh chấp và yêu sách ở Biển Đông có thể tham khảo. Đặc biệt với Trung Quốc, thay vì phủ nhận sự tồn tại của các tranh chấp, sử dụng và đe dọa sử dụng vũ lực, nên chấp nhận giải quyết hòa bình các tranh chấp trong đó có thủ tục Trọng tài. Ngoài ra, phán quyết này đã chứng minh rằng, với ý chí chính trị và quyết tâm của quốc gia, các tranh chấp biển có thể được giải quyết một cách hòa bình trên cơ sở tôn trọng và tuân thủ luật pháp quốc tế.

<sup>21</sup> Xem: <http://www.ejiltalk.org/mauritius-v-united-kingdom-submission-of-the-dispute-on-the-marine-protected-area-around-the-chagos-archipelago-to-arbitration/>.

<sup>22</sup> Xem: <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2015/12/PCA-Annual-Report-2013.pdf>

<sup>23</sup> Xem: <http://www.pccases.com/web/sendAttach/1594>.

(năm 2013)<sup>24</sup>; vụ tranh chấp biển giữa Croatia và Slovenia, hai bên thỏa thuận giải quyết bằng Trọng tài được thành lập theo Phụ lục VII của UNCLOS (năm 2013)<sup>25</sup>; vụ Hà Lan kiện Nga theo thủ tục trọng tài được thành lập theo Phụ lục VII của UNCLOS liên quan đến việc Nga đã bắt giữ tàu và thủy thủ đoàn của tàu Arctic Sunrise trong vùng đặc quyền kinh tế của Nga (năm 2014)<sup>26</sup>; vụ Italia kiện Ấn Độ theo thủ tục trọng tài được thành lập theo Phụ lục VII của UNCLOS liên quan đến tai nạn của tàu chở dầu Italia trên vùng biển Ấn Độ (năm 2015)<sup>27</sup>; và gần đây nhất là vụ Philippines kiện Trung Quốc theo thủ tục trọng tài được thành lập theo Phụ lục VII của UNCLOS ngày 22/01/2013 và Trọng tài đã ra phán quyết cuối cùng vào ngày 12/7/2016.

Về lĩnh vực tư pháp quốc tế, trong thời gian qua, PCA đã hỗ trợ để giải quyết hàng trăm vụ tranh chấp liên quan đến thực thi các hiệp định đầu tư và Luật đầu tư, hợp đồng giữa một bên là tư nhân và một bên là nhà nước hoặc các cơ quan nhà nước<sup>28</sup>. Ngoài ra, PCA cũng tiếp nhận và giải quyết nhiều vụ việc liên quan đến việc chỉ định trọng tài theo UNCITRAL và các bộ quy tắc trọng tài khác. Bên cạnh đó, PCA còn tham gia tiến trình giải quyết nhiều vụ tranh chấp khác với tư cách là bên trung gian, hòa giải, là cơ quan đăng ký vụ việc.

<sup>24</sup> Xem: <http://www.pccases.com/web/view/37>.

<sup>25</sup> Xem: <http://www.pccases.com/web/sendAttach/237>.

<sup>26</sup> Xem: <http://www.pccases.com/web/sendAttach/1321>.

<sup>27</sup> Xem: <http://www.pccases.com/web/sendAttach/1516>.

<sup>28</sup> Riêng trong năm 2013, PCA đã giải quyết được 104 vụ, trong đó có 62 vụ liên quan đến các hiệp định đầu tư và Luật đầu tư, 30 vụ liên quan đến hợp đồng giữa một bên là tư nhân và một bên là nhà nước hoặc các cơ quan nhà nước, 8 vụ liên quan đến trọng tài giữa các quốc gia.

*b. Về cơ cấu tổ chức*

PCA có ba cơ quan chính gồm Hội đồng hành chính thường trực, Thành viên của PCA và Ban quốc tế. Trong đó, Hội đồng hành chính thường trực là cơ quan bao gồm đại diện của cơ quan đại diện ngoại giao các quốc gia thành viên tại Hà Lan. Hội đồng hành chính thường trực là cơ quan chỉ đạo các hoạt động, giám sát việc thu chi ngân sách và hoạt động của Ban quốc tế. Thành viên của PCA thực chất là một danh sách Trọng tài viên do các quốc gia thành viên của các Công ước La Haye 1899 và 1907 chỉ định. Danh sách Trọng tài viên bao gồm các chuyên gia pháp lý có uy tín trong lĩnh vực pháp luật quốc tế, tư pháp quốc tế, thương mại quốc tế, quyền con người...do các quốc gia thành viên của PCA đề cử<sup>29</sup>. Ban quốc tế của PCA chính là Ban thư ký, gồm một đội ngũ chuyên gia giàu kinh nghiệm pháp lý và hành chính là công dân của nhiều quốc gia khác nhau trên thế giới. Đứng đầu Ban thư ký là Tổng thư ký. Ban thư ký là cơ quan có chức năng hỗ trợ các hoạt động của PCA. Cụ thể, Ban thư ký sẽ hỗ trợ các hoạt động hành chính cho các tòa án và ủy ban; cung cấp những thông báo chính thức giữa các bên và tòa trọng tài; lưu trữ hồ sơ, tài liệu. Ngoài ra, Ban thư ký còn là cơ quan cung cấp các dịch vụ đăng ký vụ kiện, dịch vụ pháp lý, dịch vụ quản trị tài

<sup>29</sup> Mỗi quốc gia thành viên được đề cử bốn cá nhân “*am hiểu sâu sắc về luật quốc tế, có danh tiếng về đạo đức cao nhất, và chấp nhận các nghĩa vụ của Trọng tài viên*” là thành viên của PCA với thời hạn sáu năm và có thể tái cử. Các quốc gia thành viên vẫn có quyền tự do lựa chọn các Trọng tài viên ngoài danh sách, và Tổng thư ký PCA là người thành lập Hội đồng Trọng tài. Danh sách các thành viên của PCA năm 2016 được liệt kê trên trang web của PCA tại <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2016/07/Current-List-Annex-1-MC-updated-20160705.pdf>.

chính, hỗ trợ hậu cần, kỹ thuật cho các phiên họp hay các phiên xét xử, dịch vụ thư ký, dịch vụ ngôn ngữ. Ban thư ký sẵn sàng cung cấp thông tin và tư vấn cho các bên có dự định giải quyết một tranh chấp, bao gồm cả những quốc gia không phải thành viên các Công ước La Haye 1899 và 1907 và cho công dân của những quốc gia đó<sup>30</sup>.

*c. Thủ tục giải quyết tranh chấp của PCA*

PCA sẽ hỗ trợ cho các bên tranh chấp quy trình, thủ tục tố tụng tài phán một cách linh hoạt. Về nguyên tắc, các bên tranh chấp sẽ tự do lựa chọn và thỏa thuận các vấn đề pháp lý quan trọng như: Lựa chọn PCA và quy tắc tố tụng áp dụng để giải quyết các vụ tranh chấp cụ thể<sup>31</sup>; lựa chọn trọng tài viên<sup>32</sup>; lựa chọn thời gian, địa điểm để giải quyết tranh chấp<sup>33</sup>; thỏa thuận chọn phương thức,

<sup>30</sup> Xem website: <https://pca-cpa.org/fr/about/structure/international-bureau/>

<sup>31</sup> Điều 30 Công ước La Haye 1899 quy định: “*Nhằm tạo điều kiện thuận lợi cho trọng tài giải quyết vụ việc, các bên ký kết thống nhất các quy tắc tố tụng được quy định tại Công ước sẽ được áp dụng trong quá trình Tòa trọng tài giải quyết vụ việc, trừ trường hợp các bên tham gia tranh chấp lựa chọn một quy tắc tố tụng khác*”.

<sup>32</sup> Điều 32 Công ước La Haye 1899, Điều 55 Công ước La Haye 1907 quy định: Các nghĩa vụ của Trọng tài viên được trao cho một Trọng tài viên duy nhất hoặc một Hội đồng trọng tài do các bên tham gia tranh chấp lựa chọn.

<sup>33</sup> Điều 36 Công ước La Haye 1899 quy định: Nơi giải quyết tranh chấp của trọng tài được chọn bởi các bên tham gia tranh chấp. Trong trường hợp các bên không thỏa thuận lựa chọn, nơi giải quyết tranh chấp sẽ tại La Haye. Chỉ trong trường hợp thật cần thiết Trọng tài mới thay đổi địa điểm giải quyết tranh chấp mà không có sự đồng ý của các bên. Điều 60 Công ước La Haye 1907 cũng quy định tương tự nhưng có một số thay đổi ở điểm này. Theo đó: Nơi giải quyết tranh chấp của trọng tài trước tiên cũng được chọn bởi các bên tham gia tranh chấp. Nếu các bên không lựa chọn thì sẽ giải quyết tại La Haye. Phiên tòa cũng có thể và chỉ có thể diễn ra ở một nước thứ ba nếu các bên đồng ý. Tuy nhiên, trong

trình tự và thời gian thực hiện việc trao đổi thông tin; thỏa thuận số tiền mỗi bên phải đặt cọc trước cho các chi phí phát sinh; thỏa thuận chọn nơi giải quyết tranh chấp; thỏa thuận để chọn ngôn ngữ sử dụng trong tiến trình giải quyết tranh chấp tại PCA...

Theo quy định của Công ước La Haye 1899, trình tự, thủ tục giải quyết một vụ tranh chấp giữa các quốc gia có thể tóm lược thành 05 bước sau đây:

*Bước 1. Các bên tranh chấp đàm phán để ký kết Thỏa thuận trọng tài*

Theo quy định tại Điều 31 Công ước La Haye 1899 và Điều 52 của Công ước La Haye 1907, nếu các bên liên quan mong muốn giải quyết tranh chấp tại PCA thì phải đàm phán để ký kết một Thỏa thuận trọng tài. Trong thực tiễn, Thỏa thuận trọng tài phải chứa đựng các nội dung cơ bản như: Nội dung tranh chấp; phạm vi thẩm quyền của Trọng tài viên; thời gian để các bên chỉ định Trọng tài viên; cách thức tiến hành tố tụng; thời gian tiến hành tố tụng; số tiền mỗi bên phải đặt cọc trước để thanh toán chi phí trọng tài... và cam kết tuân thủ phán quyết Trọng tài của các bên tranh chấp.

*Bước 2. Giải quyết các vấn đề liên quan đến Thỏa thuận trọng tài*

Việc giải quyết các vấn đề phát sinh liên quan đến Thỏa thuận trọng tài (nếu có) được quy định cụ thể tại Điều 53 Công ước La Haye 1907. Theo đó, PCA sẽ có thẩm quyền giải quyết các vấn đề liên quan đến Thỏa thuận trọng tài khi được yêu cầu. Trong trường hợp đặc biệt, việc thay đổi nội dung của Thỏa thuận trọng tài cũng sẽ được giải quyết khi một bên tranh chấp yêu cầu.

*Bước 3. Chỉ định Trọng tài viên và thành lập Hội đồng trọng tài*

mọi trường hợp, địa điểm giải quyết chỉ có thể được thay đổi khi có sự đồng ý của các bên.

Theo quy định Điều 32 Công ước La Haye 1899, các bên tranh chấp có quyền chọn 01 Trọng tài viên duy nhất hoặc một số Trọng tài viên (Hội đồng Trọng tài phải là số lẻ, thường là 5 Trọng tài viên) được các bên tranh chấp chọn trong danh sách Trọng tài viên của PCA. Mỗi bên tranh chấp sẽ chỉ định 02 Trọng tài viên, các Trọng tài viên đã được chỉ định sẽ chọn 01 Trọng tài thứ 5 làm Chủ tịch Hội đồng trọng tài. Chủ tịch Hội đồng Trọng tài phải là công dân của nước thứ ba, nước không liên quan đến vụ tranh chấp.

*Bước 4. Thủ tục tố tụng của PCA*

Theo quy định của Công ước La Haye 1899 (từ Điều 39 đến Điều 50), thủ tục tố tụng trọng tài gồm 02 giai đoạn: giai đoạn kiểm tra sơ bộ (preliminary examination) và giai đoạn tranh tụng (discussion)<sup>34</sup>. Cần lưu ý rằng, PCA không có quy định thủ tục chung để giải quyết mọi tranh chấp, mà tùy vào từng loại chủ thể tranh chấp, PCA sẽ áp dụng quy tắc tố tụng khác nhau như: Quy tắc giải quyết tranh chấp giữa các quốc gia được PCA xây dựng và thông qua năm 1992; Quy tắc giải quyết tranh chấp giữa các bên mà chỉ một bên là quốc gia được PCA xây dựng và thông qua năm 1993; Quy tắc giải quyết tranh chấp giữa quốc gia với tổ chức quốc tế, được PCA xây dựng và thông qua năm 1996, và Quy tắc giải quyết tranh chấp giữa các tổ chức quốc tế và thực thể tư nhân, được PCA xây dựng và thông qua năm 1996.

Giai đoạn kiểm tra sơ bộ (hay còn gọi là giai đoạn bào chữa) bao gồm việc mỗi bên tranh chấp gửi thông báo đến các thành viên của Hội đồng trọng tài và bên có tranh chấp liên quan kèm theo toàn bộ các văn bản

<sup>34</sup> Công ước La Haye 1907 gọi hai giai đoạn này là giai đoạn bào chữa (pleading) và giai đoạn tranh luận trực tiếp (oral discussion).

pháp lý cũng như các tài liệu có chứa đựng vấn đề gây tranh chấp. Cách thức và thời gian mà các bên gửi thông báo sẽ do Hội đồng trọng tài quyết định. Công ước La Haye 1907 quy định chi tiết hơn ở giai đoạn này, theo đó các bên tranh chấp gửi thông báo đến các thành viên của Hội đồng trọng tài và bên tranh chấp liên quan, kèm theo thông báo, các bên phải gửi tất cả tài liệu phục vụ cho tiến trình giải quyết vụ việc. Thông báo có thể gửi trực tiếp hoặc thông qua trung gian là văn phòng của PCA theo cách thức và thời gian đã được các bên thống nhất quy định trong Thỏa thuận trọng tài. Thời gian này cũng có thể thay đổi nếu được các bên liên quan đồng ý và theo hướng tạo điều kiện thuận lợi hơn để các bên thu thập thêm chứng cứ nhằm bảo vệ tốt nhất các quyền và lợi ích hợp pháp của họ trước PCA. Trong giai đoạn này, trừ trường hợp đặc biệt, Hội đồng trọng tài sẽ không gặp các bên tranh chấp.

Giai đoạn tranh tụng trực tiếp giữa các bên được thực hiện dưới sự chủ trì của Chủ tịch Hội đồng trọng tài. Nếu thấy cần thiết, Hội đồng trọng tài có thể yêu cầu người đại diện của các bên giải thích các văn bản, tài liệu mà các bên đã cung cấp. Đại diện của các bên tranh chấp có quyền tranh luận trực tiếp với Hội đồng trọng tài; trình bày quan điểm, lập luận, yêu sách có giá trị để chứng minh, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của họ. Hội đồng trọng tài cũng có quyền đặt câu hỏi với đại diện của các bên và có quyền yêu cầu các bên giải thích những quan điểm, lập luận, yêu sách mà Hội đồng trọng tài nhận định là chưa rõ ràng, chưa chắc chắn, chưa thuyết phục.

Các phiên tranh luận sẽ diễn ra công khai theo quyết định của Hội đồng trọng tài với sự đồng ý của các bên tranh chấp. Nội dung của phiên tranh luận sẽ được Thư ký

Tòa do Chủ tịch Hội đồng trọng tài chỉ định ghi lại và lập thành văn bản. Sau khi đại diện của các bên giải thích tất cả các vấn đề có liên quan đến tranh chấp, cung cấp tất cả các bằng chứng để chứng minh cho quan điểm, lập luận và yêu sách của họ, Hội đồng trọng tài sẽ tuyên bố giai đoạn tranh luận kết thúc. Quyết định của Hội đồng trọng tài là quyết định cuối cùng. Do vậy, khi giai đoạn kiểm tra sơ bộ đã kết thúc và chuyển sang giai đoạn tranh tụng thì Hội đồng trọng tài có quyền từ chối thảo luận các văn bản pháp lý và những tài liệu mới do một bên tranh chấp đề nghị cung cấp mà không có sự đồng ý của bên còn lại.

#### *Bước 5. Ra phán quyết và giá trị pháp lý của phán quyết*

Theo quy định của Công ước La Haye 1899 từ Điều 52 đến Điều 57, mỗi Trọng tài viên sẽ độc lập trong việc đưa ra quyết định<sup>35</sup>. Phán quyết của Hội đồng trọng tài được thông qua theo nguyên tắc đa số. Những ý kiến phản đối phải được ghi nhận lại trong văn bản của phiên tòa. Phán quyết trọng tài được ký bởi từng thành viên của Hội đồng trọng tài. Phán quyết của Hội đồng trọng tài sẽ được công bố công khai tại phiên họp cuối cùng.

Phán quyết của Hội đồng trọng tài có hiệu lực chung thẩm, bắt buộc các bên tranh chấp phải tuân thủ, thực hiện mà không được quyền kháng cáo. Phán quyết chỉ có giá trị pháp lý ràng buộc các bên trong vụ tranh chấp. Mọi tranh chấp phát sinh liên quan đến việc giải thích hoặc thi hành phán quyết của Trọng tài sẽ được đệ trình lên Hội đồng trọng tài xem xét, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác.

<sup>35</sup> Cách ra phán quyết của PCA cũng giống như cách ra phán quyết của Tòa án Công lý quốc tế-ICJ.

Ngoài việc hỗ trợ quy trình, thủ tục giải quyết tranh chấp thông thường, PCA còn thiết lập quy trình giải quyết tranh chấp theo thủ tục rút gọn (Arbitration by Summary Procedure) được quy định từ Điều 86 đến Điều 90 của Công ước La Haye 1907. Theo đó, trong những trường hợp cần thiết, nếu có sự đồng ý của các bên tranh chấp thì có thể áp dụng thủ tục tố tụng rút gọn. Điểm khác biệt so với thủ tục thông thường là thủ tục rút gọn không chia thành 02 giai đoạn riêng mà được gộp thành một giai đoạn tranh luận trực tiếp giữa các bên tranh chấp với sự tham gia của Hội đồng trọng tài. Sau khi nghe lập luận của các bên, Hội đồng trọng tài sẽ yêu cầu các bên giải thích nếu thấy cần thiết và đưa ra phán quyết cuối cùng theo nguyên tắc đa số.

### 3. Phân biệt PCA với Trọng tài được thành lập theo Phụ lục VII của UNCLOS

Qua nghiên cứu các vấn đề pháp lý cơ bản của PCA được quy định tại hai Công ước La Haye 1899, 1907, UNCLOS và Phụ lục VII của UNCLOS, có thể thấy PCA và Trọng tài được thành lập theo Phụ lục VII của UNCLOS (gọi tắt là Trọng tài) có những điểm khác biệt sau đây:

(i) Về cơ cấu tổ chức, nếu PCA là một tổ chức quốc tế liên chính phủ với 121 quốc gia thành viên, một thiết chế Trọng tài thường trực có danh sách trọng tài; có trụ sở cố định; có quy chế và nội quy hoạt động thì Trọng tài là một thiết chế trọng tài vụ việc, trọng tài ad hoc chỉ được thành lập khi một quốc gia là một bên tranh chấp lựa chọn nếu đáp ứng các quy định của UNCLOS.

(ii) Về chức năng hỗ trợ và giải quyết tranh chấp, nếu PCA là một thiết chế tài phán quốc tế có chức năng hỗ trợ các quốc gia, tổ chức quốc tế, pháp nhân và thể nhân giải quyết các tranh chấp phát sinh khi được

yêu cầu, thì Trọng tài lại là một thiết chế tài phán quốc tế chỉ có chức năng giải quyết các tranh chấp phát sinh giữa các quốc gia thành viên của UNCLOS.

(iii) Về phạm vi hỗ trợ và giải quyết tranh chấp, nếu PCA là một thiết chế tài phán quốc tế có thể hỗ trợ các quốc gia, tổ chức quốc tế, pháp nhân và các thể nhân trong quá trình giải quyết tranh chấp (có thể là tranh chấp về lãnh thổ, biên giới, kinh tế, thương mại, quyền con người...), thì Trọng tài chỉ là thiết chế tài phán quốc tế được thành lập để giải quyết các tranh chấp liên quan đến giải thích hay áp dụng UNCLOS giữa các quốc gia thành viên của UNCLOS;

(iv) Về bản chất, nếu PCA vừa là một thiết chế tài phán quốc tế “ảo”, là một tổ chức quốc tế liên chính phủ chuyên thực hiện các dịch vụ pháp lý, hỗ trợ các bên tranh chấp giải quyết hiệu quả các tranh chấp liên quan với vai trò là cơ quan đăng ký, cung cấp các dịch vụ pháp lý, thông cáo báo chí về các vụ kiện; đăng tải phán quyết của các Tòa trọng tài..., thì Trọng tài là một thiết chế tài phán thực chất, trực tiếp thụ lý và giải quyết các vụ tranh chấp liên quan đến giải thích hay áp dụng UNCLOS.

Bên cạnh những điểm khác biệt nói trên, giữa PCA và Trọng tài có những mối liên hệ nhất định, và chính mối liên hệ này mà có một số ý kiến và quan điểm đồng nhất hai thiết chế tài phán này với nhau. Như đã trình bày ở trên, Trọng tài là một thiết chế tài phán ad hoc chỉ có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp phát sinh giữa các quốc gia liên quan đến giải thích hoặc áp dụng UNCLOS. Dựa vào các quy định về giải quyết tranh chấp tại Phần XV của UNCLOS từ Điều 279 đến Điều 299, các quốc gia là các bên trong vụ tranh chấp về giải thích hay áp dụng UNCLOS có quyền

lựa chọn Trọng tài để giải quyết tranh chấp. Khi được thành lập phù hợp với quy định của UNCLOS và Phụ lục VII, thì Trọng tài sẽ tiến hành các thủ tục pháp lý với sự giúp đỡ, hỗ trợ của PCA. Cụ thể, nếu thấy cần thiết thì Trọng tài sẽ lựa chọn PCA là cơ quan đăng ký vụ kiện. Trên cơ sở đó, PCA sẽ thực hiện các dịch vụ pháp lý liên quan đến quản lý vụ kiện như: Chuyển giao Thông báo và Tuyên bố khởi kiện này đến quốc gia bị đơn<sup>36</sup>; cung cấp các dịch vụ hành chính trong việc hỗ trợ các bên tranh chấp và Trọng tài tiến hành thủ tục tố tụng Trọng tài; thông tin liên lạc chính thức và đảm bảo an toàn các tài liệu; quản trị tài chính, hỗ trợ về hậu cần và kỹ thuật cho các cuộc họp và các phiên điều trần, sắp xếp việc đi lại, hỗ trợ thư ký và ngôn ngữ; thư ký tòa hoặc thư ký hành chính trong vụ kiện và thực hiện các công việc hành chính theo chỉ đạo của Trọng tài; truyền đạt thông tin của các bên tới Trọng tài và giữa các bên với nhau; duy trì kho lưu trữ hồ sơ và thư tín; thực hiện các thỏa thuận liên quan đến phí Trọng tài và đặt cọc phí tham vấn cho các bên và các Trọng tài viên; giữ tiền cọc

<sup>36</sup> Liên quan đến việc thành lập Trọng tài trong vụ kiện của Philippines, căn cứ vào Thông báo và Tuyên bố khởi kiện của Philippines, phù hợp với Điều 3 Phụ lục VII của UNCLOS, Trọng tài được thành lập với năm thành viên. Philippines chọn Thẩm phán Rudiger Wolfrum, quốc tịch Đức theo quy định tại điểm b Điều 3 Phụ lục VII. Do Trung Quốc không cử một thành viên nào nên dựa vào điểm c và e Điều 3, Philippines đã yêu cầu Chánh án Tòa án quốc tế Luật Biển chọn thành viên thứ hai là Thẩm phán Stanislaw Pawlak, quốc tịch Ba Lan. Do Trung Quốc và Philippines không thể thỏa thuận chỉ định họ trong thời hạn 60 ngày theo điểm d Điều này nên Philippines đã yêu cầu Chánh án Tòa án quốc tế Luật Biển chọn 03 Trọng tài viên còn lại gồm Thẩm phán Jean-Pierre Cot (quốc tịch Pháp), Giáo sư Alfred H.A. Soons (quốc tịch Hà Lan) và Thẩm phán Thomas A. Mensah (quốc tịch Ghana), Trọng tài viên, kiêm Chánh tòa của Tòa Trọng tài.

và giải ngân chi phí và phí Trọng tài; hỗ trợ Tòa Trọng tài thiết lập thời gian, địa điểm của phiên điều trần và gửi thông báo cho các bên sau khi Tòa Trọng tài ấn định; chuẩn bị phòng họp và phòng điều trần; sắp xếp việc ghi chép, ghi âm, phiên dịch, dịch thuật và các hỗ trợ khác liên quan đến các cuộc họp hoặc phiên điều trần... và thực hiện bất kỳ công việc nào khác được các bên hoặc Trọng tài giao phó để Trọng tài giải quyết vụ tranh chấp một cách tốt nhất.

Liên quan đến vụ Philippines kiện Trung Quốc ngày 22/01/2013, dựa vào Điều 5 Phụ lục VII của UNCLOS, vì Trung Quốc và Philippines không có thỏa thuận về thủ tục tố tụng nên Trọng tài đã tự quy định thủ tục của mình. Theo đó, Chánh Tòa Trọng tài đã xác định chọn PCA đóng vai trò là cơ quan đăng ký tố tụng của vụ kiện này. Trên cơ sở đồng thuận của PCA, ngày 27/8/2013, PCA đã soạn thảo Quy tắc tố tụng của vụ kiện<sup>37</sup>. Do vậy, có thể khẳng định rằng, PCA chính là “cầu nối”, hỗ trợ, giúp đỡ các quốc gia trong việc lựa chọn các biện pháp trung gian, hòa giải, ủy ban điều tra và đặc biệt là thủ tục trọng tài, trong đó có thủ tục giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài được thành lập theo Phụ lục VII của UNCLOS. Đồng thời, PCA sẽ tư vấn, hỗ trợ cho các quốc gia liên quan trong vụ kiện về các vấn đề pháp lý khác như lựa chọn Trọng tài viên; cách thức xây dựng hồ sơ vụ kiện; chiến thuật tranh tụng tại Tòa Trọng tài... khi được yêu cầu.

#### **4. Khả năng lựa chọn PCA và Trọng tài theo Phụ lục VII của UNCLOS của Việt Nam**

Việt Nam đã gia nhập Công ước La Haye 1899 và Công ước La Haye năm 1907

<sup>37</sup> Tham khảo: PCA Case N° 2013-19, *tlđđ*, tại <http://www.pcacases.com/web/sendAttach/1506>.

và chính thức là thành viên của PCA từ năm 2011. Do vậy, Việt Nam có thể sử dụng các cơ chế được quy định tại Công ước La Haye 1899 và 1907 để giải quyết các tranh chấp phát sinh với các quốc gia trong khu vực và thế giới bằng biện pháp hòa bình. Việt Nam cũng chỉ định bốn trọng tài viên của mình làm thành viên của PCA với nhiệm kỳ sáu năm. Đồng thời, bổ nhiệm đại sứ thường trực bên cạnh PCA, tham gia các cuộc họp của Hội đồng chấp hành PCA từ năm 2012. Nhằm tạo điều kiện thuận lợi cho PCA tiến hành các hoạt động giải quyết tranh chấp quốc tế ở Việt Nam và thúc đẩy mối quan hệ hợp tác giữa hai bên, ngày 23/6/2014, Chính phủ Việt Nam và PCA đã ký kết Hiệp định nước chủ nhà và Thư trao đổi về hợp tác. Việt Nam là quốc gia thứ chín (sau Argentina, Costa Rica, Ấn Độ, Lebanon, Mauritius, Singapore, Nam Phi và Chile) ký Hiệp định nước chủ nhà với PCA và là quốc gia đầu tiên ký thỏa thuận về hợp tác với PCA. Với việc ký Hiệp định nước chủ nhà, Việt Nam đã được PCA công nhận có tư cách pháp lý cần thiết để tiến hành các hoạt động giải quyết hòa bình các tranh chấp quốc tế thông qua trọng tài, trung gian, hòa giải, ủy ban điều tra và trong việc cung cấp các hỗ trợ thích hợp khác cho các chính phủ, tổ chức liên chính phủ, và các thực thể khác, cũng như tiến hành các hoạt động hợp tác tại Việt Nam. Với việc ký Thư trao đổi về hợp tác, Việt Nam và PCA thống nhất hợp tác về đào tạo cán bộ pháp lý, trao đổi thông tin về các vấn đề hoặc hoạt động mà một hoặc cả hai bên quan tâm. PCA cũng cung cấp cho Chính phủ Việt Nam các thông tin chung hoặc tư vấn về các vấn đề thủ tục thuộc quy trình trọng tài quốc tế do PCA điều hành, nhưng không liên quan đến bất kỳ thủ tục tố tụng cụ thể nào của PCA, khi Chính phủ Việt Nam có yêu cầu.

Việc ký kết hai văn kiện trên với PCA chính là bước đi quan trọng và cần thiết nhằm cụ thể hóa chủ trương tích cực, chủ động hội nhập quốc tế, đa dạng hóa, đa phương hóa quan hệ đối ngoại của Việt Nam, phù hợp với mục tiêu thiết lập và đẩy mạnh quan hệ hợp tác với các thiết chế pháp lý quốc tế, trong đó có PCA. Trong bối cảnh Việt Nam tích cực chủ động hội nhập quốc tế, đấu tranh bảo vệ chủ quyền và các quyền lợi hợp pháp của Nhà nước và công dân Việt Nam hiện nay thì việc nghiên cứu, sử dụng các cơ chế tài phán quốc tế hỗ trợ giải quyết các tranh chấp liên quan đến Việt Nam có ý nghĩa quan trọng. Điều đó thể hiện qua việc Việt Nam cam kết giải quyết tranh chấp bằng biện pháp hòa bình phù hợp với luật pháp quốc tế, góp phần duy trì hòa bình, an ninh quốc tế, và quan hệ hữu nghị, hợp tác với các quốc gia<sup>38</sup>.

Trong thời gian gần đây, Trung Quốc đã thực hiện nhiều hành vi bất hợp pháp trên Biển Đông như: Tuyên bố đường cơ sở của quần đảo Hoàng Sa năm 1996; tuyên bố yêu sách đường chữ U 9 đoạn (đường lưỡi Bò) năm 2009; xây dựng đảo và công trình nhân tạo từ năm 2013 đến nay trên quần Trường Sa thuộc chủ quyền của Việt Nam; ban hành lệnh cấm đánh bắt cá từ ngày 16/5 đến ngày 1/8 hàng năm trong vùng biển thuộc quần đảo Hoàng Sa, chủ quyền của Việt Nam; hạ đặt giàn khoan Hải Dương 981 trong vùng đặc quyền kinh tế của Việt Nam tháng 5/2014; dùng tàu chấp pháp đâm va, sử dụng vũ lực đối với tàu cá của ngư dân Việt Nam... Về phương diện pháp lý, các hành vi này của Trung Quốc đã xâm phạm đến chủ quyền, quyền chủ quyền, quyền tài phán và các quyền, tự do khác trên

<sup>38</sup> Xem thêm các thông tin liên quan tại địa chỉ website: <http://tgvn.com.vn/pca-va-su-tham-gia-cua-viet-nam-15241.html>.

biển của Việt Nam theo quy định của Luật quốc tế nói chung và UNCLOS nói riêng. Chúng tôi cho rằng, Việt Nam có đầy đủ cơ sở pháp lý để khởi kiện các hành vi nói trên của Trung Quốc theo thủ tục trọng tài này dựa vào 05 luận điểm cơ bản sau đây:

*(1) Giữa Việt Nam và Trung Quốc hiện đang tồn tại tranh chấp về giải thích và áp dụng UNCLOS*

Mặc dù Trung Quốc đang cố tình né tránh, không thừa nhận có tranh chấp và luôn cho rằng, họ đang thực hiện các “quyền đương nhiên”, “lợi ích cốt lõi” của họ trên Biển Đông, thì thực tế hiện nay giữa Việt Nam và Trung Quốc vẫn đang tồn tại tranh chấp liên quan đến việc Trung Quốc đã giải thích và áp dụng sai UNCLOS. Đó chính là cơ sở, điều kiện cơ bản, mang tính quyết định cả về thủ tục và nội dung để Việt Nam tiến hành một vụ kiện theo thủ tục trọng tài được quy định tại Phụ lục VII của UNCLOS.

*(2) Việt Nam đã tích cực sử dụng các biện pháp chính trị - ngoại giao để giải quyết tranh chấp nhưng Trung Quốc không hợp tác và các tranh chấp đã không được giải quyết*

Căn cứ vào Phần XV- về giải quyết tranh chấp, Mục 1- Các quy định chung từ Điều 280 đến Điều 285 của UNCLOS, đặc biệt là Điều 281 đã quy định: “1. Khi các quốc gia thành viên tham gia vào một vụ tranh chấp liên quan đến việc giải thích hay áp dụng Công ước đã thỏa thuận tìm cách giải quyết tranh chấp này bằng một phương pháp hòa bình theo sự lựa chọn của mình, thì các thủ tục được trừ định trong phần này chỉ được áp dụng nếu không đạt được một cách giải quyết bằng phương pháp này và nếu sự thỏa thuận giữa các bên không loại trừ khả năng tiến hành một thủ tục khác. 2. Nếu các bên cùng thỏa thuận về một thời hạn, thì khoản 1 chỉ được áp dụng kể từ khi kết thúc

*thời hạn này”*. Theo đó, từ khi phát sinh các tranh chấp, Việt Nam đã tiến hành đàm phán, trao đổi quan điểm với Trung Quốc, nhưng Trung Quốc vẫn không thiện chí để giải quyết và không có bất kỳ thoả thuận nào với Việt Nam, dẫn tới tranh chấp không được giải quyết và ngày càng căng thẳng, phức tạp. Đây chính là căn cứ quan trọng để Việt Nam sử dụng biện pháp tài phán theo qui định tại Điều 287 của UNCLOS về giải quyết tranh chấp theo thủ tục trọng tài.

*(3) Việt Nam và Trung Quốc không bị ràng buộc bởi nghĩa vụ giải quyết tranh chấp cụ thể nào trong các điều ước quốc tế song phương hoặc đa phương*

Cho đến nay, Việt Nam và Trung Quốc không bị ràng buộc bởi nghĩa vụ giải quyết tranh chấp cụ thể nào từ các hiệp định chung, hiệp định khu vực hay song phương theo Điều 282 của UNCLOS. Trên thực tế, Việt Nam và Trung Quốc chỉ bị ràng buộc bởi Tuyên bố về cách ứng xử của các bên ở Biển Đông năm 2002 (DOC); Hiệp ước thân thiện và hợp tác giữa các quốc gia Đông Nam Á (TAC) năm 1976; Thỏa thuận về những nguyên tắc cơ bản giải quyết vấn đề biên giới, lãnh thổ giữa Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam và Cộng hòa nhân dân Trung Hoa năm 1993, và Thỏa thuận về nguyên tắc 6 điểm giải quyết các vấn đề trên biển năm 2011. Tuy nhiên, các văn bản này không quy định bất kỳ biện pháp giải quyết tranh chấp cụ thể nào mà chỉ qui định chung về hòa bình giải quyết tranh chấp trên cơ sở luật pháp quốc tế<sup>39</sup>. Trong khi đó, giải quyết tranh chấp

<sup>39</sup> Trung Quốc luôn cho rằng, DOC là điều ước quốc tế ràng buộc nghĩa vụ giải quyết tranh chấp của các bên ký kết. Tuy nhiên, Phán quyết ngày 29/10/2015 của Hội đồng Trọng tài trong vụ Philippines kiện Trung Quốc ngày 22/1/2013 đã khẳng định, DOC là một thoả thuận quốc tế, chỉ mang tính ràng buộc khi nó có ý định rõ ràng về việc tạo lập quyền và nghĩa vụ của các bên. Ý định đó phải được đánh giá dựa

bằng thủ tục trọng tài được thành lập theo Phụ lục VII của UNCLOS là biện pháp tài phán hòa bình, rất tiến bộ và văn minh.

*(4) Trọng tài được thành lập theo Phụ lục VII của UNCLOS là thủ tục mặc nhiên*

Theo quy định tại Điều 287 của UNCLOS, nêu quốc gia là một bên tranh chấp không được một tuyên bố còn hiệu lực bảo vệ thì được xem là đã chấp nhận thủ tục trọng tài được trừ định tại Phụ lục VII (khoản 2). Cho đến nay, cả Việt Nam và Trung Quốc đều không có tuyên bố nào về lựa chọn biện pháp giải quyết tranh chấp liên quan đến giải thích hay áp dụng UNCLOS theo quy định tại khoản 1 Điều 287. Do vậy, theo khoản 3 Điều 287 thì Việt Nam và Trung Quốc mặc nhiên đã chọn Trọng tài được thành lập theo Phụ lục VII của UNCLOS để giải quyết tranh chấp về giải thích và áp dụng UNCLOS.

---

trên cơ sở điều khoản thực tế của văn bản và hoàn cảnh cụ thể mà nó được thông qua. Hội đồng Trọng tài nhận định, mặc dù DOC mang nhiều dấu hiệu của một điều ước quốc tế, nhưng nội dung của DOC chỉ nhắc lại những nghĩa vụ của các bên đã có. Theo phán quyết của Tòa, “mục đích và hoàn cảnh quanh việc thông qua DOC” cho thấy “DOC không có chủ đích là tạo ra những quyền và nghĩa vụ pháp lý”. “DOC không có ý định là một thoả thuận ràng buộc về mặt pháp lý liên can đến việc giải quyết tranh chấp”. Tòa đã đưa ra các minh chứng cho thấy, chính Trung Quốc cũng đã nhiều lần gọi tên của tuyên bố này như là một văn kiện chính trị thay vì là một văn bản pháp lý. Để đảm bảo tính chắc chắn của phán quyết, Tòa cũng viện dẫn nhiều phán quyết của Tòa án quốc tế làm căn cứ cho cách thức tiếp cận của mình, như phán quyết năm 1978 về phân định thềm lục địa trên biển giữa Hy Lạp và Thổ Nhĩ Kỳ, phán quyết năm 1994 về phân định lãnh thổ trên biển giữa Qatar và Bahrain hay phán quyết năm 2002 trong vụ tranh chấp về lãnh thổ và biên giới trên biển giữa Cameroon và Nigeria. Trong tất cả các phán quyết này, Tòa án quốc tế đều nhận định rằng, việc ghi nhận giá trị pháp lý của một thoả thuận quốc tế dựa vào bản chất của hành động và giao dịch chứ không đơn thuần là hình thức thể hiện có thoả thuận.

*(5) Phạm vi và nội dung khởi kiện của Việt Nam (nếu thực hiện) về các hành vi nói trên của Trung Quốc sẽ không bị giới hạn và loại trừ theo quy định tại Điều 297 và Điều 298 của UNCLOS*

Theo quy định tại Điều 297 về giới hạn áp dụng Mục 2 (giải quyết tranh chấp theo thủ tục bắt buộc dẫn tới các quyết định bắt buộc) của UNCLOS thì phạm vi và nội dung khởi kiện của Việt Nam (nếu thực hiện) về các hành vi bất hợp pháp của Trung Quốc là hoàn toàn phù hợp với UNCLOS và Phụ lục VII. Bởi lẽ, các vụ tranh chấp nói trên là những tranh chấp liên quan đến việc giải thích và áp dụng UNCLOS. Đồng thời, nội dung các vụ kiện của Việt Nam (nếu thực hiện) sẽ không vi phạm các qui định tại Điều 298 của UNCLOS về những ngoại lệ không bắt buộc giải quyết trước các cơ quan tài phán mà Trung Quốc đã tuyên bố loại trừ ngày 25/8/2006<sup>40</sup>.

Như vậy, Việt Nam hoàn toàn có cơ sở lựa chọn giải pháp kiện Trung Quốc ra Trọng tài được thành lập theo Phụ lục VII của UNCLOS và nếu khởi kiện sẽ có một số thuận lợi như: Trọng tài này là thiết chế tài phán duy nhất có thẩm quyền giải quyết vụ kiện kể cả khi Trung Quốc không đồng ý; Việt Nam có thể học tập kinh nghiệm từ vụ kiện của các quốc gia đã và đang giải quyết tại Trọng tài được thành lập theo Phụ lục VII của UNCLOS như: Anh, Guynay, Suriname, Ấn Độ, Banglades, Maurius,

*(Xem tiếp trang 84)*

---

<sup>40</sup> Xem toàn văn Tuyên bố của Trung Quốc ngày 25/8/2006 tại: [http://www.un.org/Depts/los/convention\\_agreements/convention\\_declarations.htm#China Upon ratification](http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm#China Upon ratification). Trong tuyên bố này Trung Quốc khẳng định: “Chính phủ nước Cộng hòa Nhân dân Trung Hoa không chấp nhận bất kỳ thủ tục quy định tại Mục 2 Phần XV của Công ước đối với tất cả các loại tranh chấp quy định tại khoản 1 (a) (b) và (c) với Điều 298 của Công ước”.

# THẨM QUYỀN TRONG CÁC VỤ KIỆN FACEBOOK CỦA TÒA ÁN PHÁP: GỢI MỞ VỚI VIỆT NAM

Lý Văn Anh\*

**Tóm tắt:** Bài viết giới thiệu, phân tích hai vụ kiện Facebook được thụ lý bởi các Tòa án Pháp liên quan tới điều khoản về lựa chọn tòa án được đưa ra bởi Facebook, từ đó liên hệ tới trường hợp vụ kiện tương tự tại Tòa án Việt Nam.

**Abstract:** This article introduces and analyses two cases relating to Facebook adjudicated by French courts on the basis of a jurisdiction clause suggested by Facebook. After that, it draws out implications for Vietnam in similar cases.

Khi tiến hành đăng ký sử dụng Facebook, mạng chia sẻ xã hội lớn nhất hiện nay, cá nhân luôn được yêu cầu nhấp chuột vào ô “chấp nhận” các điều khoản sử dụng của Facebook trước khi hoàn tất việc đăng ký. Trong phần lớn các trường hợp, người nhấp chuột không đọc kỹ bản điều khoản dài khoảng chục trang, với gần 20 mục và hàng trăm tiểu mục<sup>1</sup> và sẽ không mấy người để ý đến mục thứ 15 về giải quyết tranh chấp cho đến khi tranh chấp thực sự xảy ra. Đó là điều khoản về thỏa thuận chọn tòa án và luật áp dụng để giải quyết tranh chấp giữa nhà cung cấp dịch vụ toàn cầu có trụ sở tại Mỹ (Facebook) với người sử dụng ở bất kỳ nơi nào trên trái đất, bảo đảm cho công ty Facebook tránh khỏi bị xét xử trước bất cứ tòa án nước ngoài nào<sup>2</sup>. Tuy nhiên,

trong các vụ kiện Facebook gần đây, Tòa án Pháp đã ra phán quyết có thẩm quyền xét xử bất chấp tồn tại điều khoản trên.

## 1. Các vụ kiện Facebook trước Tòa án Pháp

### 1.1. Vụ Sébastien kiện Facebook<sup>3</sup>

Sébastien R., công dân Pháp, đăng ký sử dụng tài khoản Facebook từ năm 2007. Năm 2009, tài khoản của ông này đột nhiên bị khóa mà không hề có thông báo. Sau đó, tài khoản được kích hoạt trở lại một thời gian ngắn rồi tiếp tục bị khóa vĩnh viễn. Điều này đồng nghĩa với việc toàn bộ các chia sẻ và kỷ niệm trong 2 năm của ông Sébastien bị mất hoàn toàn. Tháng 6/2010, ông này kiện lên Tòa án Bayonne địa phương đòi công ty Facebook bồi thường 1500 € cho những tổn hại do việc khóa tài khoản Facebook mà ông cho là tùy tiện, vô căn cứ. Ngược lại, đại diện công ty Facebook lập luận rằng, Tòa án Bayonne không có thẩm quyền do ông Sébastien R. đã nhấn nút

\* ThS., Khoa Luật quốc tế, Học viện Ngoại giao.

<sup>1</sup> Điều khoản sử dụng dịch vụ của Facebook: <https://www.facebook.com/legal/terms>.

<sup>2</sup> Mục 15, Bản điều khoản sử dụng dịch vụ của Facebook:

“1. Bạn sẽ chỉ giải quyết mọi khiếu nại, khiếu kiện hoặc tranh chấp (khiếu nại) phát sinh từ hay liên quan tới Tuyên bố này hoặc Facebook tại Tòa án quận phía Bắc bang California hoặc tòa án tiểu bang thuộc hạt San Mateo và bạn đồng ý tuân thủ phán quyết của những tòa án này. Luật pháp của Tiểu bang California sẽ điều chỉnh Tuyên bố này cũng như mọi khiếu nại có thể nảy sinh giữa bạn và chúng tôi, bất kể xung đột của các quy định luật pháp.

2. Nếu ai đó khiếu nại chúng tôi về hành vi, nội dung hoặc thông tin của bạn trên Facebook, bạn phải bảo đảm và tránh cho chúng tôi khỏi mọi thiệt hại, tổn thất và chi phí ở bất kỳ hình thức nào (bao gồm lệ phí và phí tổn pháp lý hợp lý) liên quan đến khiếu nại đó [...]”.

<sup>3</sup> Bản án số 12-1373 ngày 23/3/2012 của Tòa phúc thẩm Pau (CA Pau, 1<sup>re</sup> Chambre, 23 mars 2012, n° 12-1373).

chấp thuận khi đăng ký tài khoản trong Bản điều khoản sử dụng dịch vụ có quy định về việc lựa chọn cơ quan giải quyết tranh chấp là Tòa án bang California.

Ngày 18/10/2011, Tòa sơ thẩm Bayonne ra phán quyết đồng tình với lập luận của Facebook và tuyên bố Tòa Bayonne không có thẩm quyền xem xét vụ việc này. Không đồng tình với phán quyết, ngày 28/10/2011, ông Sébastien đã kháng cáo lên Tòa phúc thẩm Pau.

Ngày 23/3/2012, Tòa phúc thẩm Pau ra phán quyết đảo ngược bản án sơ thẩm, bác bỏ hiệu lực của điều khoản lựa chọn tòa án giải quyết tranh chấp và tuyên bố Tòa án Pháp có thẩm quyền xem xét vụ việc có yếu tố nước ngoài (YTNN) này.

**Lập luận của Tòa phúc thẩm Pau:** Tòa án đồng ý rằng, Bản điều khoản sử dụng dịch vụ Facebook là một hợp đồng giữa công ty Facebook và người sử dụng Facebook. Tòa án xem xét trước hết đến giá trị của điều khoản thỏa thuận chọn tòa án mà công ty Facebook viện dẫn và bác bỏ hiệu lực của điều khoản này.

Tòa án cũng xem xét các căn cứ để kết luận Tòa án Pháp có thẩm quyền đối với vụ tranh chấp có YTNN này:

- **Về điều khoản thỏa thuận chọn tòa án của Facebook:** Tòa án căn cứ Điều 48 Bộ luật Tố tụng Dân sự (BLTTDS) Pháp về tính vô hiệu của thỏa thuận chọn tòa án để xem xét hiệu lực của điều khoản do Facebook ấn định. Điều 48 quy định như sau: “Mọi điều khoản, trực tiếp hay gián tiếp, loại trừ áp dụng các quy định về thẩm quyền lãnh thổ sẽ vô hiệu trừ phi điều khoản đó được thỏa thuận giữa các bên của hợp đồng với tư cách thương nhân và phải được thông báo một cách rõ ràng với bên có liên quan”<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Nguyên văn tiếng Pháp: “Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de

Câu hỏi mà Tòa đặt ra là, liệu người dùng Facebook khi nhấp chuột vào nút “chấp nhận” Bản điều khoản sử dụng, có ý thức rõ về điều khoản này hay không? Theo Tòa phúc thẩm Pau, điều khoản về thẩm quyền xét xử và luật áp dụng nằm ở trang 12 của Bản điều khoản sử dụng dịch vụ của Facebook không thể coi là “thông báo một cách rõ ràng” tới nguyên đơn; điều này càng khó khăn hơn khi người đọc phải đọc nó trên màn hình máy tính bảng hoặc điện thoại, và việc chấp thuận lại chỉ đơn giản là một cú nhấp chuột. Hơn nữa, Tòa án cho rằng, điều khoản về thẩm quyền này bị chìm khuất trong vô số các điều khoản không hề được đánh số, khiến cho người đọc không thể phân biệt nó với các điều khoản khác. Đồng thời, điều khoản này được thể hiện bằng tiếng Anh, không phải là ngôn ngữ của ông Sébastien<sup>5</sup>. Từ tất cả các yếu tố trên, Tòa phúc thẩm Pau kết luận điều khoản về lựa chọn tòa án của Facebook vô hiệu do không đáp ứng điều kiện đã “thông báo một cách rõ ràng” theo Điều 48 BLTTDS Pháp<sup>6</sup>.

- **Về thẩm quyền tài phán quốc tế của Tòa án Pháp:** Tiếp đó, Tòa phúc thẩm Pau xem xét về thẩm quyền của Tòa án Pháp đối với vụ tranh chấp có YTNN trên cơ sở Điều 46 BLTTDS Pháp<sup>7</sup> quy định về thẩm quyền

---

*compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée”.*

<sup>5</sup> Vào thời điểm vụ kiện, các Điều khoản sử dụng dịch vụ của Facebook chưa được dịch ra các thứ tiếng khác.

<sup>6</sup> Bản án số 12-1373, tLĐĐ, tr. 6 và 8.

<sup>7</sup> Quy định như sau:

“Ngoài Tòa án nơi bị đơn cư trú, nguyên đơn có thể lựa chọn: [...] Tòa án nơi giao hàng thực tế hoặc nơi dịch vụ được cung cấp, đối với các vụ việc liên quan đến hợp đồng”. Nguyên văn tiếng Pháp: “Le demandeur peut saisir à son choix, outre la

lãnh thổ đối với các tranh chấp hợp đồng dịch vụ. Công ty Facebook phản đối việc cho rằng đây là một hợp đồng dịch vụ do tính chất “miễn phí” của Facebook. Tuy nhiên, Tòa phúc thẩm Pau lại có quan điểm khác. Thứ nhất, theo Tòa án, một “dịch vụ” có thể được cung cấp “miễn phí”. Thứ hai, Tòa viện dẫn Điều khoản sử dụng Facebook, theo đó công ty này có thể sử dụng các thông tin của người dùng vì mục đích thương mại, và rõ ràng việc xử lý và khai thác các thông tin của người dùng là một nguồn thu quan trọng của công ty; do đó, dịch vụ miễn phí mà Facebook cung cấp cho người dùng đem lại các lợi ích về tài chính nhất định cho công ty này<sup>8</sup>.

Cùng với lập luận đó, Tòa phúc thẩm Pau cũng cho rằng, công ty Facebook trên thực tế đang “cung cấp dịch vụ từ xa và trực tuyến ở Pháp một cách ổn định, lâu dài cho người dùng Internet của Pháp”<sup>9</sup>. Do đó, hoàn toàn có căn cứ để áp dụng Điều 46 và kết luận Tòa án Pháp có thẩm quyền xem xét vụ tranh chấp này.

**Bình luận**<sup>10</sup>: Bản án ngày 23/3/2012 của Tòa phúc thẩm Pau mở ra một tiền lệ quan trọng cho người dùng Facebook ở Pháp, báo hiệu một sự bùng nổ các vụ kiện

---

*jurisdiction du lieu où demeure le défendeur: [...] en matière contractuelle, la jurisdiction du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service”.*

<sup>8</sup> Bản án số 12-1373, tldt, tr.8

<sup>9</sup> Như trên.

<sup>10</sup> Đọc thêm: Cédric MANARA, “Facebook n'est pas ami avec le Code de procédure civile français”, Dalloz actualité 16 avril 2012 ; Edouard TREPPOZ, “Note de l'arrêt CA de Pau, 23 mars 2012: Quel juge pour Facebook?”, *Revue des contrats*, 2012, tr.1340 ; Frédéric PICARD, “Facebook face aux juridictions françaises, un chapitre qui s'intitule compétence”, <http://www.haas-avocats.com/actualite-juridique/facebook-face-aux-juridictions-francaises-un-chapitre-qui-sintitule-competence/>.

giữa người sử dụng và nhà cung cấp dịch vụ Facebook trong tương lai.

Trong vụ kiện này, Tòa phúc thẩm chủ yếu áp dụng các quy định của luật chung, cụ thể là Điều 46 và 48 BLTTDS Pháp. Một số học giả lo ngại rằng, lập luận của Tòa chủ yếu căn cứ vào Điều 48 BLTTDS, theo đó, điều khoản lựa chọn tòa án của Facebook vi phạm điều kiện về tính rõ ràng, dễ nhận thấy, có thể mở ra cho Facebook một “lối thoát”, đó là nếu điều khoản chọn tòa án của Facebook được soạn một cách rõ ràng, dễ đọc, dễ hiểu hơn, thì người sử dụng Pháp sẽ bắt buộc phải nộp đơn kiện tại Tòa California<sup>11</sup>.

Tòa phúc thẩm Pau cũng không làm rõ tư cách của nguyên đơn (là thương nhân hay không), bởi nếu nguyên đơn không phải là thương nhân thì điều khoản lựa chọn tòa án đương nhiên vô hiệu do không thỏa mãn điều kiện đầu tiên (“... *điều khoản đó được thỏa thuận giữa các bên của hợp đồng với tư cách thương nhân...*”), mà không cần phải chứng minh vi phạm điều kiện thứ hai về tính rõ ràng của điều khoản (Án lệ số 10-25765 ngày 17/11/2011 của Tòa tối cao Pháp đã khẳng định các điều khoản thỏa thuận chọn tòa án sẽ vô hiệu nếu một bên của thỏa thuận không phải là thương nhân<sup>12</sup>). Tuy nhiên, theo một số bình luận, dường như Tòa phúc thẩm Pau muốn đi xa hơn trong lập

---

<sup>11</sup> Thực vậy, hiện nay, các bản điều khoản sử dụng dịch vụ của Facebook đều đã được đánh đề mục rõ ràng và dịch ra các thứ tiếng khác nhau.

<sup>12</sup> Cour de cassation, Chambre civile 1, 17 novembre 2011, n° de pourvoi 10-25765. Trong vụ này, Hiệp hội AVS kiện Công ty Charveron frère về vi phạm hợp đồng giữa hai bên lên Tòa thượng thẩm Bobigny căn cứ theo Điều 12 hợp đồng về thỏa thuận chọn tòa án. Tòa tối cao Pháp đã bác bỏ thỏa thuận chọn tòa án này với lý do Hiệp hội AVS là một Hiệp hội thành lập căn cứ theo Luật năm 1901, hoạt động với mục đích phi lợi nhuận, do đó, không có tư cách thương nhân. Vì vậy, căn cứ theo Điều 48 BLTTDS Pháp, điều khoản thỏa thuận chọn tòa án vô hiệu.

luận của mình nhằm tính tới các vụ kiện có thể xảy ra trong tương lai giữa các thương nhân với công ty Facebook<sup>13</sup>.

Một số học giả cũng lấy làm tiếc khi Tòa phúc thẩm Pau đã không áp dụng luật chuyên ngành là Bộ luật tiêu dùng<sup>14</sup>. Bởi, sự bác bỏ của Tòa phúc thẩm đối với điều khoản chọn tòa án của Facebook là không triệt để (vì chỉ dựa trên tính chất không rõ ràng của điều khoản, nếu được giải quyết thì điều khoản vẫn có khả năng có hiệu lực). Trong trường hợp này, Tòa nên nhấn mạnh tới bản chất của hợp đồng (người dùng chỉ có thể chấp nhận hoặc từ chối chứ không thể thay đổi hay có ý kiến nào khác) và quyền được bảo vệ của người tiêu dùng với tư cách là bên yếu thế nhằm bác bỏ một cách triệt để điều khoản này theo luật chuyên ngành. Việc áp dụng Bộ luật tiêu dùng trong vụ tranh chấp này cũng sẽ đặt ra một số khó khăn mà Tòa án cần phải lường trước, đó là việc định danh Bản điều khoản sử dụng dịch vụ của Facebook là hợp đồng tiêu dùng và liệu Bộ luật tiêu dùng có áp dụng cho các hợp đồng quốc tế? Tương tự như vậy, liệu các quy định tại Điều 46 và 48 của BLTTDS có áp dụng cho những vụ việc có YTN? Những câu hỏi này đã được Tòa phúc thẩm Paris giải đáp trong một vụ việc tương tự sau đó, vụ *Frédéric D. kiện Công ty Facebook*.

### 1.2. Vụ *Frédéric D. kiện Facebook*<sup>15</sup>

Nguyên đơn, ông Frédéric, có tài khoản Facebook từ ngày 15/10/2008 và tài khoản này đã bị khóa sau khi ông đăng trên trang Facebook của mình ảnh chụp bức tranh *L'origine du monde* (*Nguồn gốc của thế*

*giới*)<sup>16</sup>, với lý do vi phạm các quy định về điều kiện sử dụng dịch vụ Facebook là nghiêm cấm đăng tải các hình ảnh đồi trụy. Tháng 2/2011, ông Frédéric đã kiện công ty Facebook lên Tòa án Paris vì lý do vi phạm quyền tự do biểu đạt và yêu cầu Facebook khôi phục lại tài khoản của ông. Công ty Facebook lập luận bác bỏ thẩm quyền của Tòa án Paris với lý do vụ việc chỉ có thể được giải quyết tại Tòa án California căn cứ theo điều khoản lựa chọn tòa án mà nguyên đơn đã chấp nhận.

Tháng 3/2015, Tòa sơ thẩm Paris ra phán quyết bác bỏ điều khoản lựa chọn tòa án với lý do điều khoản này xâm phạm tới quyền lợi người tiêu dùng và khẳng định Tòa án Paris có thẩm quyền. Công ty Facebook kháng cáo lên Tòa phúc thẩm Paris.

Ngày 12/2/2016 vừa qua, Tòa phúc thẩm Paris đã ra phán quyết khẳng định phán quyết sơ thẩm, căn cứ trên các quy định của Bộ luật tiêu dùng và văn bản của Hội đồng châu Âu về bảo vệ người tiêu dùng.

**Lập luận của Tòa phúc thẩm Paris:** Tòa án xem xét trước tiên đến tính hợp lệ của điều khoản lựa chọn tòa án trên cơ sở Bộ luật tiêu dùng và sau khi kết luận rằng, điều khoản này vi phạm quyền lợi của người tiêu dùng, Tòa áp dụng một Quy định của Hội đồng châu Âu để xác lập thẩm quyền của Tòa đối với vụ việc.

- **Về điều khoản thỏa thuận chọn tòa án của Facebook:** Trước hết, Tòa phúc thẩm Paris khẳng định, đồng tình với các lập luận của Tòa sơ thẩm, theo đó hợp đồng của Facebook được coi là hợp đồng tiêu

<sup>13</sup> Frédéric PICARD, tldd, tr. 2.

<sup>14</sup> Edouard TREPPOZ, tldd, tr. 3-4.

<sup>15</sup> Bản án số 2610-58 ngày 12/2/2016 của Tòa phúc thẩm Paris (CA Paris, Pôle 2 - Chambre 2, 12 février 2016, n° 2610-58).

<sup>16</sup> Bức tranh dầu của họa sĩ người Pháp Gustave Courbet (1819-1877) vẽ vào năm 1866, khắc họa bộ phận nhạy cảm của một người đàn bà (thông tin từ trang chủ của Bảo tàng Orsay Paris: [http://www.musee-orsay.fr/en/collections/works-in-focus/search/commentaire/commentaire\\_id/the-origin-of-the-world-3122.html](http://www.musee-orsay.fr/en/collections/works-in-focus/search/commentaire/commentaire_id/the-origin-of-the-world-3122.html)).

dùng và do đó, điều khoản thỏa thuận chọn tòa án của Facebook đã vi phạm quyền lợi của người tiêu dùng, căn cứ theo Điều L132-1 và R132-2 của Bộ luật tiêu dùng.

Đại diện Công ty Facebook lập luận rằng, Bản điều khoản sử dụng không thể được coi là hợp đồng tiêu dùng do dịch vụ mà Facebook cung cấp cho người dùng là miễn phí. Tòa phúc thẩm đồng ý với lập luận của Tòa sơ thẩm theo đó, mặc dù dịch vụ mà Facebook cung cấp là miễn phí, song Công ty vẫn thu lợi nhuận nhờ khai thác các hoạt động của mình như quảng cáo, các ứng dụng trả tiền, điều này chứng minh tính chất kinh doanh trong các hoạt động của Công ty<sup>17</sup>.

Về tính chất vi phạm của một điều khoản hợp đồng, Điều L132-1 Bộ luật tiêu dùng quy định như sau: Trong các hợp đồng ký giữa bên kinh doanh và bên không kinh doanh hoặc người tiêu dùng, các điều khoản được soạn thảo nhằm mục đích hoặc hệ quả là tạo ra một sự thiên lệch nghiêm trọng giữa các quyền và nghĩa vụ của các bên, gây bất lợi cho bên không kinh doanh hoặc người tiêu dùng<sup>18</sup>. Tòa cũng dẫn Điều R132-2 liệt kê các trường hợp điều khoản sẽ bị coi là vi phạm nếu nguyên đơn không chứng minh được điều ngược lại, trong đó có các điều khoản nhằm mục đích hoặc hệ quả là “tước bỏ hoặc ngăn cản người tiêu dùng thực hiện

quyền khiếu kiện, khiếu nại”<sup>19</sup>.

Trên cơ sở hai quy định này, Tòa kết luận điều khoản lựa chọn tòa án California của Facebook là một điều khoản vi phạm tới quyền lợi của người tiêu dùng (buộc người tiêu dùng phải khiếu kiện tại một tòa án xa xôi và phải chịu những chi phí quá lớn so với giá trị của hợp đồng được ký vì nhu cầu cá nhân hoặc gia đình; các chi phí và khó khăn thực tế sẽ khiến người tiêu dùng không thể thực hiện quyền khiếu kiện của mình). Do đó, điều khoản này không được pháp luật công nhận<sup>20</sup>.

- *Về thẩm quyền tài phán quốc tế của Tòa án Pháp:* Tòa phúc thẩm Paris viện dẫn Quy định số 44/2001 ngày 22/12/2000 của Hội đồng châu Âu<sup>21</sup> (về thẩm quyền xét xử, công nhận và thi hành các phán quyết dân sự và thương mại) để trả lời câu hỏi liệu Tòa án Pháp có thẩm quyền trong vụ việc này?

Căn cứ Điều 15<sup>22</sup> và 16<sup>23</sup> của Quy định này và sau khi xem xét các tình tiết cung cấp, Tòa phúc thẩm Paris kết luận rằng, ông

<sup>17</sup> Bản án số 2610-58 ngày 12/2/2016 của Tòa phúc thẩm Paris, tr. 4.

<sup>18</sup> Nguyên văn tiếng Pháp (trích): “*Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. [...] Ces dispositions sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies*”.

<sup>19</sup> Nguyên văn tiếng Pháp (trích): “*Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont présumées abusives au sens des dispositions du premier et du deuxième alinéas de l'article L. 132-1, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, les clauses ayant pour objet ou pour effet de: [...] Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur [...]*”.

<sup>20</sup> Bản án số 2610-58 ngày 12/2/2016 của Tòa phúc thẩm Paris, tr.5-6.

<sup>21</sup> Règlement CE n° 44/2001 du 22 décembre 2000 (concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale).

<sup>22</sup> Đối với hợp đồng được ký giữa một người tiêu dùng và một bên có hoạt động kinh doanh thương mại tại lãnh thổ của quốc gia thành viên (EU) nơi người tiêu dùng đang cư trú, hoặc liên quan tới những hoạt động mà bên kinh doanh cung cấp đến quốc gia này, nếu bên kinh doanh không đóng trụ sở hoặc có trụ sở tại một quốc gia thành viên (EU) nhưng có chi nhánh hoặc văn phòng đại diện tại đây, thì bên kinh doanh được coi như đóng trụ sở tại lãnh thổ của quốc gia này.

Frédéric là một người tiêu dùng (mở tài khoản Facebook không vì mục đích kinh doanh) và hoạt động của Facebook là cung cấp dịch vụ mạng xã hội cho người dùng ở khắp nơi trên thế giới. Do đó, Bản điều khoản giữa ông Frédéric và công ty Facebook là một hợp đồng tiêu dùng theo nghĩa của Điều 15 và 16, căn cứ vào đó, ông Frédéric có quyền lựa chọn Tòa án Paris là Tòa án nơi ông ta thường trú<sup>24</sup>.

- **Về pháp luật của Pháp có giá trị áp dụng như thế nào đối với vụ việc dân sự có YTNN<sup>25</sup>?** Câu hỏi này được giải đáp bởi Tòa sơ thẩm Paris vào tháng 3/2015<sup>26</sup> khi xem xét hiệu lực của điều khoản lựa chọn tòa án của Facebook. Thứ nhất, theo thẩm phán sơ thẩm, luật áp dụng để xem xét hiệu lực của điều khoản thỏa thuận chọn tòa án là *luật nơi có tòa án xem xét vụ việc*, trong trường hợp này là luật của Pháp. Thứ hai, thẩm phán cũng khẳng định rằng các quy định về thẩm quyền lãnh thổ của tòa án Pháp không áp dụng cho một tranh chấp có YTNN, *trừ một số điều khoản áp dụng bắt buộc<sup>27</sup>*.

**Bình luận:** Từ nội dung các phán quyết đối với hai vụ kiện có cùng tính chất, có thể nhận thấy, các Tòa án Paris (2015, 2016) đã

có cách tiếp cận hoàn toàn khác biệt so với Tòa phúc thẩm Pau (2012), mặc dù các bản án đều cùng hướng tới kết luận bác bỏ hiệu lực điều khoản thỏa thuận chọn tòa án của Facebook và khẳng định thẩm quyền của tòa án Pháp.

Nếu như Tòa phúc thẩm Pau áp dụng luật chung (BLTTDS) về thẩm quyền để làm căn cứ cho phán quyết của mình, thì các Tòa án Paris lại lựa chọn áp dụng luật chuyên ngành, cụ thể trong vụ này là Bộ luật tiêu dùng.

Nhưng, sự khác biệt căn bản nằm ở cách tiếp cận về Tư pháp quốc tế (TPQT). Nếu như Tòa phúc thẩm Pau viện dẫn Điều 46 và 48 của BLTTDS Pháp, cho rằng pháp luật của Pháp hoàn toàn có thể được áp dụng cho các vụ việc có YTNN, thì các Tòa án Paris lại có quan điểm ngược lại. Thực vậy, tại bản án sơ thẩm năm 2015, Tòa án Paris đã nhắc lại Điều 48 về điều kiện hiệu lực của thỏa thuận lựa chọn tòa án, nhưng cho rằng: “Điều 48 BLTTDS là một quy định thẩm quyền *trong nước*; quy định này không áp dụng cho các *tranh chấp YTNN*”<sup>28</sup>. Vì lẽ đó, Tòa sơ thẩm Paris đã viện dẫn các quy định của Bộ luật tiêu dùng liên quan tới các điều khoản vi phạm quyền lợi của người tiêu dùng, với tư cách là các *quy phạm áp dụng bắt buộc*, để bác bỏ hiệu lực điều khoản lựa chọn tòa án của Facebook. Tương tự như vậy, về thẩm quyền của Tòa án Pháp đối với vụ việc có YTNN, các Tòa án Paris không nhắc tới Điều 46 BLTTDS Pháp, mà viện dẫn một văn bản quốc tế là Quy định của Hội đồng châu Âu năm 2000 về thẩm quyền của các tòa án quốc gia thuộc Liên

<sup>23</sup> Người tiêu dùng có thể có hai lựa chọn là khiếu kiện tại tòa án của nước thành viên nơi bên ký kết kia thường trú; hoặc tòa án của nước thành viên nơi người tiêu dùng thường trú; trong khi bên ký kết kia chỉ có thể khiếu kiện người tiêu dùng lên tòa án của nước thành viên nơi người tiêu dùng thường trú.

<sup>24</sup> Bản án số 2610-58 ngày 12/2/2016 của Tòa phúc thẩm Paris, tr.4-5.

<sup>25</sup> Pháp không có luật riêng về TPQT, các quy phạm TPQT của Pháp hầu hết được phát triển qua án lệ trên cơ sở giải thích và áp dụng các quy định của luật Pháp và các văn bản của Liên minh châu Âu.

<sup>26</sup> Bản án số 12/12401 ngày 5/3/2015 của Tòa sơ thẩm Paris (Ordonnance du juge de la mise en état n° 12/12401 rendue le 5 mars 2015). Vấn đề này không bị kháng cáo nên bản án phúc thẩm không đề cập tới.

<sup>27</sup> Bản án số 12/12401, tldđ, tr. 4.

<sup>28</sup> Như trên. Nguyên văn tiếng Pháp: “*l’article 48 du code de procédure civile est une règle de compétence territoriale interne, cette disposition n’est pas applicable en matière de litiges internationaux*”.

minh châu Âu (EU) đối với các vụ việc về dân sự và thương mại. Cách tiếp cận của Tòa án Paris (2015, 2016) về cơ bản thuyết phục hơn Tòa phúc thẩm Pau (2012) về mặt TPQT<sup>29</sup>, đồng thời cũng đưa ra một giải pháp triệt để hơn về hiệu lực của điều khoản lựa chọn tòa án của Facebook: sự vô hiệu của điều khoản nằm ở bản chất quan hệ giữa các bên chứ không đơn giản là nằm ở sai sót về mặt trình bày.

Tuy nhiên, Điều 48 liệu có được coi là một quy định của luật áp dụng đã được Tòa án xác định (“luật của nước nơi có tòa án xét xử vụ việc được áp dụng để xem xét hiệu lực của điều khoản lựa chọn tòa án”<sup>30</sup>)? Với cách hiểu như vậy, Tòa án Pháp hoàn toàn có thể áp dụng Điều 48 để xem xét hiệu lực của điều khoản về thỏa thuận chọn tòa án nước ngoài này. Cách diễn giải như vậy sẽ có lợi hơn, bởi vì nếu như phán quyết vô hiệu của Tòa án Paris chỉ áp dụng cho các điều khoản thỏa thuận chọn tòa án trong các hợp đồng tiêu dùng, thì việc áp dụng Điều 48 (điều chỉnh các hợp đồng ký giữa các bên kinh doanh) sẽ giúp bảo vệ cho người kinh doanh Pháp khỏi sự áp đặt một điều khoản giải quyết tranh chấp mà họ không có cơ hội sửa đổi, thậm chí có thể còn không nhận thức sự tồn tại của nó, do những nguyên nhân mà Tòa phúc thẩm Pau đã phân tích ở trên.

## 2. Liên hệ với Việt Nam

### 2.1. Đặt vấn đề

Điều khoản sử dụng Facebook có thể được coi là một hợp đồng gia nhập<sup>31</sup> mà

người dùng Facebook chỉ có sự lựa chọn là chấp nhận hay không chấp nhận, chứ không có quyền tham gia soạn thảo hay sửa đổi. Và với điều khoản quy định việc tranh chấp chỉ được giải quyết trước Tòa án California, khả năng người dùng Facebook tại Việt Nam khiếu kiện để được bảo vệ quyền lợi là rất khó do vấn đề chi phí và am hiểu luật Hoa Kỳ. Liệu pháp luật Việt Nam có những điều khoản để bảo vệ quyền lợi của người dùng Facebook tại Việt Nam trong mối quan hệ có YTNN này? Tòa án Việt Nam có thể vận dụng những quy định nào, cũng như giải thích chúng ra sao để bác bỏ điều khoản thỏa thuận chọn tòa án bất lợi cho người dùng Việt Nam này và cho phép người dùng Facebook tại Việt Nam có thể khiếu kiện lên Tòa án Việt Nam để bảo vệ quyền lợi của mình?

### 2.2. Điều khoản lựa chọn tòa án của Facebook xem xét dưới góc độ tư pháp quốc tế Việt Nam

#### - Về hiệu lực của điều khoản lựa chọn tòa án của Facebook

BLTTDS 2015 lần đầu tiên công nhận quyền của các bên trong vụ việc dân sự có YTNN được thỏa thuận lựa chọn tòa án<sup>32</sup>. Quyền này được ghi nhận một cách gián tiếp tại điểm c khoản 1, Điều 470<sup>33</sup> và điểm a khoản 1, Điều 472<sup>34</sup> của Bộ luật.

<sup>29</sup> Quy định 2000 mới thực sự là quy phạm TPQT có khả năng điều chỉnh vấn đề thẩm quyền quốc tế của Tòa án Pháp. Trong khi Điều 46 BLTTDS chỉ điều chỉnh về thẩm quyền trên lãnh thổ Pháp của tòa án.

<sup>30</sup> Bản án số 12/12401, tldd, tr. 4.

<sup>31</sup> *Contract of Adhesion* (tiếng Anh), *Contrat d'adhésion* (tiếng Pháp).

<sup>32</sup> Mặc dù trên thực tế, đây chỉ có thể coi là sự thừa nhận các quy định trong các luật chuyên ngành về quyền lựa chọn tòa án, như Luật Hàng không dân dụng (khoản 1 Điều 172) hay Bộ luật Hàng hải (khoản 2 Điều 5). Nhưng việc ghi nhận trong Bộ luật về quyền này được coi là một cải cách cho phép quyền thỏa thuận chọn tòa án. Về thỏa thuận chọn tòa án trong pháp luật Việt Nam, đọc thêm Bình Quốc Tuấn, “Quyền thỏa thuận lựa chọn tòa án giải quyết tranh chấp dân sự có yếu tố nước ngoài”, Tạp chí Khoa học Đại học quốc gia Hà Nội, Luật học 28, 2012.

<sup>33</sup> Tòa án Việt Nam có thẩm quyền riêng biệt đối với vụ việc có YTNN mà các bên được lựa chọn Tòa án Việt Nam để giải quyết theo pháp luật Việt Nam

Nếu vụ kiện tương tự xảy ra, cần xem xét quy định về thỏa thuận lựa chọn tòa án nước ngoài trong BLTTDS 2015<sup>35</sup>. Điểm a khoản 1, Điều 472 BLTTDS chứa đựng nội dung quan trọng về thỏa thuận chọn tòa án nước ngoài.

*Thứ nhất*, các đương sự có quyền thỏa thuận lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp đối với quan hệ này hay không cần phải căn cứ vào pháp luật áp dụng. Theo điều khoản giải quyết tranh chấp của Facebook, pháp luật áp dụng là Luật của bang California. Tuy nhiên, điều khoản thỏa thuận chọn luật áp dụng cũng phải tuân theo những điều kiện nhất định, trong trường hợp điều khoản này vô hiệu hoặc việc chọn luật áp dụng không được pháp luật Việt Nam chấp nhận<sup>36</sup>, thì Tòa án phải tìm kiếm pháp luật áp dụng khác. Lúc này vấn đề sẽ trở nên phức tạp với câu hỏi: xác định cơ quan có thẩm quyền trước hay xác định pháp luật áp dụng trước?

*Thứ hai*, luật Việt Nam chưa có quy định nào điều chỉnh về hiệu lực của các thỏa thuận lựa chọn Tòa án. Nếu coi thỏa thuận này là một giao dịch dân sự, căn cứ Điều 117 Bộ luật Dân sự 2015 về điều kiện hiệu lực của giao dịch<sup>37</sup>, có thể thấy, thỏa thuận

---

hoặc điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên và các bên đồng ý lựa chọn Tòa án Việt Nam.

<sup>34</sup> Tòa án Việt Nam trả lại đơn kiện hoặc đình chỉ giải quyết vụ việc dân sự có YTNN nếu vụ việc dân sự thuộc thẩm quyền chung trong trường hợp các đương sự được thỏa thuận lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp theo quy định của pháp luật áp dụng đối với quan hệ dân sự có YTNN và đã lựa chọn Tòa án nước ngoài giải quyết vụ việc đó.

<sup>35</sup> Vụ việc này không thuộc thẩm quyền riêng biệt của Tòa án Việt Nam theo Điều 470 nên có thể áp dụng thỏa thuận lựa chọn tòa án nước ngoài của các bên.

<sup>36</sup> Sẽ được xem xét ở phần sau.

<sup>37</sup> Quy định như sau:

“1. Giao dịch dân sự có hiệu lực khi có đủ các điều kiện sau đây:

chọn tòa án California trong Bản điều khoản sử dụng của Facebook không vi phạm điều kiện nào. Về mặt lý thuyết, nếu không chứng minh được thỏa thuận lựa chọn tòa án nước ngoài vô hiệu, người dùng Facebook Việt Nam sẽ phải tìm đến Tòa án California nếu muốn khởi kiện Công ty Facebook.

Ngoài BLTTDS, liệu pháp luật Việt Nam có quy định nào có thể vận dụng để bảo vệ quyền lợi của người sử dụng Facebook tại Việt Nam trước một điều khoản lựa chọn tòa án hoàn toàn bất lợi cho họ? Có thể tìm thấy câu trả lời tại Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng<sup>38</sup>. Điểm b khoản 1 Điều 16 của Luật này quy định về các trường hợp điều khoản của hợp đồng tiêu dùng không có hiệu lực như sau:

**“Điều 16. Điều khoản của hợp đồng giao kết với người tiêu dùng, điều kiện giao dịch chung không có hiệu lực**

1. Điều khoản của hợp đồng giao kết với người tiêu dùng, điều kiện giao dịch chung không có hiệu lực trong các trường hợp sau đây:

[...]

b) Hạn chế, loại trừ quyền khiếu nại, khởi kiện của người tiêu dùng”.

Với việc buộc người sử dụng Facebook tại Việt Nam phải giải quyết tranh chấp với công ty Facebook tại một Tòa án xa xôi, với những chi phí vượt quá khả năng khiến

---

a) Chủ thể có năng lực pháp luật dân sự, năng lực hành vi dân sự phù hợp với giao dịch dân sự được xác lập;

b) Chủ thể tham gia giao dịch dân sự hoàn toàn tự nguyện;

c) Mục đích và nội dung của giao dịch dân sự không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội.

2. Hình thức của giao dịch dân sự là điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự trong trường hợp luật có quy định”.

<sup>38</sup> Luật số 59/2010/QH12, được Quốc hội thông qua ngày 7/10/2010, có hiệu lực từ ngày 1/7/2011.

người dùng Facebook tại Việt Nam hầu như không thể thực hiện quyền khiếu kiện của mình, điều khoản giải quyết tranh chấp của Facebook có thể được coi là một điều khoản “hạn chế quyền khiếu nại, khởi kiện của người tiêu dùng”.

Tuy nhiên, để vận dụng Điều 16 Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, cần chứng minh hai điểm: Bản điều khoản sử dụng của Facebook là một “hợp đồng giao kết với người tiêu dùng” và Điều 16 có thể được áp dụng cho QHDS có YTNN.

Một là, Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng không đưa ra định nghĩa về “hợp đồng giao kết với người tiêu dùng”. Tuy nhiên, căn cứ vào các quy định của Bộ luật Dân sự 2015 và các quy định khác của Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, có thể chứng minh Bản điều khoản sử dụng Facebook là một “hợp đồng giao kết với người tiêu dùng”. Người dùng Facebook cho mục đích của cá nhân hoặc gia đình, không phải mục đích kinh doanh, được coi là “người tiêu dùng” theo định nghĩa tại khoản 1 Điều 3 Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng (“*Người tiêu dùng* là người mua, sử dụng hàng hóa, dịch vụ cho mục đích tiêu dùng, sinh hoạt của cá nhân, gia đình, tổ chức”). Theo định nghĩa tại khoản 2 Điều 3 Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, Công ty Facebook được coi là “tổ chức kinh doanh dịch vụ”<sup>39</sup> bởi, như các tòa án Pháp đã phân tích, hoạt động của Facebook là cung ứng dịch vụ mạng xã hội và tuy người tiêu dùng không phải trả tiền, nhưng điều này không thay đổi bản chất hoạt động sinh lời của công ty thông qua

việc kinh doanh các ứng dụng trả tiền, dịch vụ quảng cáo và khai thác các dữ liệu cá nhân của người sử dụng Facebook<sup>40</sup>.

Hai là, Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng không có quy định hoặc phần riêng về QHDS có YTNN. Tuy nhiên, phạm vi điều chỉnh và đối tượng áp dụng của Luật này khá rộng, có thể điều chỉnh hợp đồng có YTNN<sup>41</sup>.

Như vậy, Luật này có hiệu lực áp dụng đối với bất cứ mối quan hệ tiêu dùng nào, miễn là “liên quan tới hoạt động bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trên lãnh thổ Việt Nam”. Như vậy, có thể vận dụng các quy định của Luật nhằm bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng Facebook tại Việt Nam.

Cuối cùng, mặc dù có thể vận dụng Luật Bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng để bác bỏ điều khoản lựa chọn tòa án của Facebook, song quy định của Luật này chỉ có thể áp dụng cho trường hợp người sử dụng Facebook vì mục đích cá nhân, chứ không thể bảo vệ cho đối tượng sử dụng vì mục đích kinh doanh. Trong trường hợp người dùng Facebook để quảng cáo hoặc bán hàng qua mạng, quan hệ này sẽ trở thành hợp đồng dịch vụ do đặc điểm sử dụng dịch vụ có “trả tiền”<sup>42</sup>. Tuy nhiên, các quy định của Bộ luật Dân sự liên quan đến hợp đồng không có

<sup>40</sup> Xem mục 1 bài viết này.

<sup>41</sup> “**Điều 1. Phạm vi điều chỉnh**

Luật này quy định về quyền và nghĩa vụ của người tiêu dùng; trách nhiệm của tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ đối với người tiêu dùng; trách nhiệm của tổ chức xã hội trong việc tham gia bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng; giải quyết tranh chấp giữa người tiêu dùng và tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ; trách nhiệm quản lý nhà nước về bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng.

**Điều 2. Đối tượng áp dụng**

Luật này áp dụng đối với người tiêu dùng; tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ; cơ quan, tổ chức, cá nhân có liên quan đến hoạt động bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trên lãnh thổ Việt Nam”.

<sup>39</sup> “Tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ là tổ chức, cá nhân thực hiện một, một số hoặc tất cả các công đoạn của quá trình đầu tư, từ sản xuất đến tiêu thụ hàng hóa hoặc cung ứng dịch vụ trên thị trường nhằm mục đích sinh lợi”.

trường hợp nào có thể vận dụng như đối với Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng.

**- Về thẩm quyền tài phán của Tòa án Việt Nam**

Nếu điều khoản thỏa thuận chọn tòa án nước ngoài bị bác bỏ, liệu Tòa án Việt Nam có thẩm quyền đối với vụ tranh chấp có thể xảy ra giữa người dùng Facebook ở Việt Nam và công ty Facebook? Điều 469 BLTTDS 2015 liệt kê các trường hợp thuộc thẩm quyền chung của Tòa án Việt Nam, trong đó, có thể viện dẫn điểm đ và e khoản 1 đối với vụ việc này.

Điểm đ khoản 1 quy định: Tòa án Việt Nam có thẩm quyền đối với “vụ việc về QHDS mà việc xác lập, thay đổi, chấm dứt quan hệ đó xảy ra ở Việt Nam”. Trong trường hợp này, cần chứng minh QHDS giữa người Việt Nam và công ty Facebook được xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt tại Việt Nam. Ở đây lại một lần nữa đặt ra khó khăn trong việc xác định địa điểm đối với những hành vi trên mạng. Việc hoàn thành đăng ký mở tài khoản Facebook (sau khi đã nhấn nút chấp nhận Bản điều khoản sử dụng) có thể

được coi là hành vi xác lập QHDS, nhưng làm sao để xác định được địa điểm xảy ra hành vi đó? Nếu người sử dụng thực hiện đăng ký mở tài khoản Facebook tại Việt Nam thì có thể cho rằng, việc xác lập QHDS là tại Việt Nam, nhưng nếu người dùng mở tài khoản Facebook tại một nước khác, ví dụ như trong thời gian đi du lịch, thì liệu có thể nói QHDS được xác lập tại Việt Nam, hay là tại một nước khác? Khó khăn tương tự cũng đặt ra đối với việc xác định địa điểm nơi QHDS được thay đổi hay chấm dứt. Tuy nhiên, điểm e khoản 1 đã bổ sung thêm giải pháp, theo đó, ngay cả khi việc xác lập, thay đổi, chấm dứt QHDS xảy ra ở nước ngoài thì Tòa án Việt Nam vẫn sẽ có thẩm quyền nếu QHDS đó có liên quan đến quyền và nghĩa vụ của cơ quan, tổ chức, cá nhân Việt Nam, hoặc có trụ sở, nơi cư trú tại Việt Nam.

Như vậy, căn cứ vào các quy định trên, có thể khẳng định, Tòa án Việt Nam sẽ có thẩm quyền giải quyết tranh chấp dân sự giữa người sử dụng Facebook Việt Nam hoặc đang cư trú hay có trụ sở tại Việt Nam với Công ty Facebook.

---

<sup>42</sup> Điều 513 Bộ luật Dân sự 2015 quy định: “Hợp đồng dịch vụ là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó bên cung ứng dịch vụ thực hiện công việc cho bên sử dụng dịch vụ, bên sử dụng dịch vụ phải trả tiền dịch vụ cho bên cung ứng dịch vụ”.

---

***(Tiếp theo trang 74 – Trọng tài thường trực và ...)***

Croatia, Slovenia, Hà Lan, Liên bang Nga, Malta, Timor-Leste, Australia, Italia..., đặc biệt là Philipines trong việc chuẩn bị hồ sơ khởi kiện và chiến thuật tranh tụng tại Tòa; Việt Nam sẽ nhận được sự hỗ trợ về quy trình, thủ tục, cách thức chọn trọng tài viên và các thủ tục pháp lý khác trên cơ sở Hiệp định hợp tác giữa Chính phủ nước Cộng

hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam với PCA ngày 23/6/2014; phán quyết trọng tài có lợi cho Việt Nam sẽ có ý nghĩa chính trị-pháp lý rất lớn trong việc ngăn ngừa các hành động tiếp theo của Trung Quốc, tạo niềm tin và nguồn động viên to lớn đối với nhân dân Việt Nam trong công cuộc bảo vệ chủ quyền, quyền chủ quyền biển đảo hiện nay.