

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP



VIỆN NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP THUỘC ỦY BAN THƯỜNG VỤ QUỐC HỘI



77
năm

1945-2022

KHÔNG CÓ GÌ QUÝ HƠN
ĐỘC LẬP, TỰ DO

**NHIỆT LIỆT CHÀO MỪNG 77 NĂM NGÀY CÁCH MẠNG THÁNG TÁM THÀNH CÔNG
VÀ NGÀY QUỐC KHÁNH NƯỚC CỘNG HÒA XÃ HỘI CHỦ NGHĨA VIỆT NAM**

- ❖ SỰ CẢN THIẾT CHUYỂN ĐỔI MÔ HÌNH QUẢN LÝ NHÀ NƯỚC Ở VIỆT NAM HIỆN NAY SANG MÔ HÌNH QUẢN TRỊ QUỐC GIA TỐT
- ❖ KHAI THÁC NGUỒN LỰC TÀI CHÍNH TỪ ĐẤT ĐAI THÔNG QUA CHUYỂN NHƯỢNG DỰ ÁN ĐẦU TƯ GẮN VỚI CHUYỂN NHƯỢNG QUYỀN SỬ DỤNG ĐẤT

Số 16 (464)

Kỳ 2 - Tháng 8/2022

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

<http://lapphap.vn>

VIỆN NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP THUỘC ỦY BAN THƯỜNG VỤ QUỐC HỘI

Mục lục Số 16/2022

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 03** Sự cần thiết chuyển đổi mô hình quản lý nhà nước ở Việt Nam hiện nay sang mô hình quản trị quốc gia tốt

TS. Nguyễn Văn Quân – Nguyễn Thị Thanh Thảo

- 11** Tác động của Hiệp định đối tác kinh tế toàn diện khu vực đối với thương mại điện tử Việt Nam

Nguyễn Minh Trang

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 18** Khai thác nguồn lực tài chính từ đất đai thông qua chuyển nhượng dự án đầu tư gắn với chuyển nhượng quyền sử dụng đất

Huyền Thị Kim Thoa

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 27** Xác định chủ thể của hợp đồng tín dụng trong quá trình giải quyết tranh chấp tại tòa án

PGS. TS. Phan Trung Hiền – ThS. Lê Văn Cư

- 35** Bất cập trong quy định của pháp luật về thành lập, tổ chức và hoạt động của Quỹ bảo lãnh tín dụng cho doanh nghiệp nhỏ và vừa

ThS. Bùi Khắc Tuấn

- 40** Biện pháp thay thế xử lý vi phạm hành chính

ThS. Đặng Thị Thu Trang

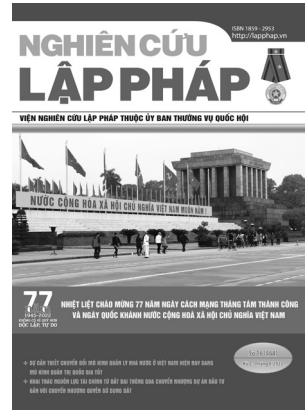
KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 49** Pháp luật Cộng hòa Pháp về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ liên quan đến động sản: quyền cầm giữ, bảo lưu quyền sở hữu và giá trị tham khảo cho Việt Nam

PGS. TS. Nguyễn Ngọc Điện

- 59** Cơ quan chuyên trách quốc gia về hợp tác công – tư tại một số quốc gia châu Á và kiến nghị đối với Việt Nam

ThS. Lê Xuân Tùng – Nguyễn Đức Tài



HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. Nguyễn Văn Hiến (Chủ tịch)
GS. TSKH. Đào Trí Úc
GS. TS. Nguyễn Minh Đức
TS. Hoàng Xuân Hòa
TS. Lê Hải Đường
TS. Lương Minh Tuấn (Thư ký)
PGS. TS. Trương Hồ Hải
PGS. TS. Bùi Nguyên Khánh
PGS. TS. Tô Văn Hòa
PGS. TS. Vũ Công Giao
PGS. TS. Ngô Huy Cương
PGS. TS. Vũ Hồng Anh

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. LƯƠNG MINH TUẤN

TRỤ SỞ:

35 NGÕ QUYÊN - HOÀN KIẾM - HÀ NỘI.
ĐT: 08048376; 024.32121203
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@quochoi.vn
Website: <http://lapphap.vn>

THIẾT KẾ:

NGUYỄN VĂN SƠN

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

Số 438/GP-BTTTT NGÀY 29-10-2013
CỦA BỘ THÔNG TIN VÀ TRUYỀN THÔNG

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 0243.2121202; 08044732

TÀI KHOẢN:

07000943928
TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP
NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI CỔ PHẦN
ĐẠI CHỨNG VIỆT NAM
(PVCOMBANK), CHI NHÁNH HỘI SỞ CHÍNH

MÃ SỐ THUẾ: 0104003894

IN TẠI CÔNG TY CP PHÁT TRIỂN CÔNG NGHỆ
IN NGUYỄN KHANG

GIÁ: 25.000 ĐỒNG

Ảnh bìa: Quảng trường Ba Đình Hà Nội

Ảnh: ST

LEGISLATIVE STUDIES

<http://lapphap.vn>

INSTITUTE FOR LEGISLATIVE STUDIES UNDER THE STANDING COMMITTEE OF THE NATIONAL ASSEMBLY OF THE S.R. VIETNAM

Legis No 16/2022

STATE AND LAW

- 03** Necessity of Transition from State Management to Good National Governance

Dr. Nguyen Van Quan – Nguyen Thi Thanh Thao

- 11** Impacts of Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement on E-commerce of Vietnam

Nguyen Minh Trang

DISCUSSION OF BILLS

- 18** Exploitation of Financial Resources from Land through Transfer of Investment Projects associated with Transfer of Land Use Rights

Huynh Thi Kim Thoa

LEGAL PRACTICE

- 27** The Subjects of Credit Contract during Dispute Settlement Process at Court

Prof. Dr. Phan Trung Hien – LLM. Le Van Cu

- 35** Inadequacies in Legal Regulations on Establishment, Organization and Operation of Credit Guarantee Fund for Small and Medium Enterprises

LLM. Bui Khac Tuan

- 40** Alternative Measures for Handling of Administrative Violations

LLM. Dang Thi Thu Trang

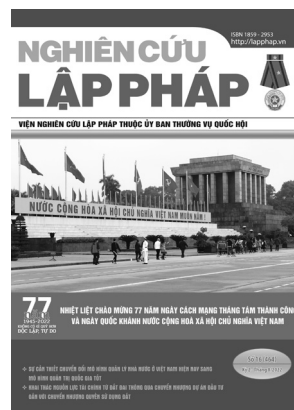
FOREIGN EXPERIENCE

- 49** Law of the French Republic on Secured Transaction of Chattels: Retention Right, Reservation of Title and Reference for Vietnam

Prof. Dr. Nguyen Ngoc Dien

- 59** National Specialized Agency of Public - Private Partnership in Asian Countries and Recommendations for Vietnam

LLM. Le Xuan Tung – Nguyen Duc Tai



EDITORIAL BOARD:

Dr. Nguyen Van Hien (Chairman)
Prof. Dr. Dao Tri Uc
Prof. Dr. Nguyen Minh Duc
Dr. Hoang Xuan Hoa
Dr. Le Hai Duong
Dr. Luong Minh Tuan (Secretary)
Prof. Dr. Truong Ho Hai
Prof. Dr. Bui Nguyen Khanh
Prof. Dr. To Van Hoa
Prof. Dr. Vu Cong Giao
Prof. Dr. Ngo Huy Cuong
Prof. Dr. Vu Hong Anh

CHIEF EDITOR IN CHARGE:

DR. LUONG MINH TUAN

OFFICE:

35 NGO QUYEN - HOAN KIEM - HA NOI.
ĐT: 08048376; 024.32121203
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@quochoi.vn
Website: <http://lapphap.vn>

DESIGN:

NGUYEN VAN SON

LICENSE OF PUBLISHERMENT:

Nº 438/GP-BTTTT DATE 29-10-2013
MINISTRY OF INFORMATION
AND COMMUNICATION

DISTRIBUTION

HA NOI: 0243.2121202; 08044732

ACCOUNT NUMBER:

07000943928
JOURNAL OF LEGISLATIVE STUDIES
VIETNAM PUBLIC JOINT STOCK
COMMERCIAL BANK
(PVCOMBANK)

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY NGUYEN KHANG PRINTING
TECHNOLOGY DEVELOPMENT JOINT STOCK
COMPANY

PRICE: **25.000 VND**

SỰ CẦN THIẾT CHUYỂN ĐỔI MÔ HÌNH QUẢN LÝ NHÀ NƯỚC Ở VIỆT NAM HIỆN NAY SANG MÔ HÌNH QUẢN TRỊ QUỐC GIA TỐT

Nguyễn Văn Quân*

Nguyễn Thị Thanh Thảo**

*TS. Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội

** Học viên cao học Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Quản trị quốc gia, quản trị tốt, quản trị công.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 30/06/2022

Biên tập : 16/07/2022

Duyệt bài : 18/07/2022

Tóm tắt:

Một trong những xu hướng phổ biến trong tổ chức và hoạt động của nhà nước đương đại là chuyển dịch từ mô hình quản lý sang quản trị. Tại Việt Nam, quá trình này cũng đã được manh nha trong những năm gần đây, xuất phát từ nhiều nguyên nhân khác nhau. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích sự cần thiết của việc chuyển đổi từ quản lý nhà nước sang quản trị quốc gia tại Việt Nam, cũng như những khó khăn và thách thức của quá trình này.

Article Information:

Keywords: National governance; good governance; public governance.

Article History:

Received : 30 Jun 2022

Edited : 16 Jul. 2022

Approved : 18 Jul. 2022

Abstract:

The shift from management to a governance model is one of the popular trends in the organization and operation of the contemporary state. This process has also started in Vietnam in recent years, springing from several different reasons. Within scope of this article, the authors provide an analysis of the necessity of the transition from state management to national governance in Vietnam and also give out a number of the difficulties and challenges of this process.

1. Hạn chế của mô hình quản lý nhà nước truyền thống và xu hướng chuyển đổi

Mặc dù có những điều chỉnh, đổi mới, mô hình quản lý nhà nước hiện nay ở Việt Nam vẫn còn ít nhiều chịu ảnh hưởng của cơ chế tập trung quan liêu bao cấp, cũng như mô hình hành chính công truyền thống. Mô hình quản

lý công truyền thống có đặc điểm¹: 1) khép kín với môi trường và cố gắng giảm thiểu sự ảnh hưởng của môi trường; 2) nhấn mạnh sự phân tách giữa chính trị và hành chính; 3) coi trọng lý tính công cụ và hiệu quả; 4) nhấn mạnh chuyên môn hoá và phân công; 5) tập trung quyền lực và nhấn mạnh tầm quan trọng của trình tự và quy tắc bất biến.

¹ Zhang Chenfu (2014), *On Open Governance*, Journal of Renmin University of China, Beijing, no. 4, p. 82, dẫn theo Nguyễn Trọng Bình (2018), *Hành chính công và quản trị công: một số vấn đề lý luận và thực tiễn*, Nxb. Chính trị quốc gia Sự thật, tr. 18.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

Trong thực tiễn hoạt động, quản lý nhà nước truyền thống thể hiện sự tách rời giữa hành chính (chính quyền) với xã hội, hành chính với công dân và tính khép kín của bản thân hệ thống hành chính nhà nước². Những yếu tố này dẫn tới “hiệu quả thấp, năng lực đáp ứng không cao, không bảo đảm tính chính đáng, thiếu hụt nguồn lực, suy giảm về năng lực quản lý của chính quyền”³. Điều này cũng dẫn tới việc không huy động được các nguồn lực tốt nhất cho phát triển kinh tế và tìm kiếm phúc lợi chung, buộc các quốc gia phải tìm kiếm phương thức điều chỉnh xã hội mới. Trong bối cảnh đó, quản trị quốc gia nổi lên như là sự bù đắp, thay thế cho mô hình quản lý công truyền thống. Bởi vì, quản trị đặc trưng bởi tính đa tầng, đa chủ thể, khuyến khích sự tham gia của mọi thành phần trong xã hội, đề cao tính hiệu quả⁴. Những yếu tố này của phương thức quản trị có thể là chìa khoá để khắc phục những hạn chế của phương thức quản lý nhà nước truyền thống vốn mang tính chỉ đạo đơn phương, mệnh lệnh, có thứ bậc⁵.

Giáo sư người Anh Bob Jessop cho rằng⁶, việc chuyển đổi từ quản lý sang quản trị hình thành từ những năm 1970, liên quan đến 05 xu hướng chuyển đổi:

Thứ nhất là xu hướng phi trật tự, phi hệ thống hoá nhà nước (*de-hierarchization of the state*⁷). Trong quá trình này, nhà nước hoặc các

nhà quản lý tìm cách duy trì hoặc khôi phục quyền kiểm soát đối với xã hội bằng cách chuyển sang các hình thức quản trị khác đối với lãnh thổ và dân cư, đặc biệt là sử dụng phương thức đối tác công-tư trong hoạch định, thực thi chính sách và dự án.

Thứ hai là xu hướng điều chỉnh lại quyền lực nhà nước. Theo đó, chính quyền sử dụng rộng rãi hơn các mạng lưới và các phương thức quản trị khác như một cách để duy trì hiệu quả trong bối cảnh xã hội ngày càng phát triển phức tạp.

Thứ ba là xu hướng dịch chuyển từ hệ thống quản lý nhà nước chiều dọc truyền thống sang “mạng lưới” thể chế, thể hiện thông qua việc chuyển đổi từ mô thức nhà nước có thứ bậc sang cách thức quản trị theo mạng lưới. Sự thay đổi này gắn liền với sự phối hợp theo chiều dọc và chiều ngang, với nhiều tác nhân và nguồn lực khác nhau. Người ta cũng nhấn mạnh đến sự phụ thuộc lẫn nhau giữa các nguồn lực vốn có của nhà nước và những nguồn lực thuộc về các nhóm xã hội khác.

Thứ tư là xu hướng tách bạch giữa nhà nước thể chế, chính trị và chính sách. Theo đó, nhà nước mời gọi hoặc cho phép các tổ chức xã hội khác tham gia vào quá trình ra quyết định chính sách.

² Nguyễn Trọng Bình (2018), *Hành chính công và quản trị công: một số vấn đề lý luận và thực tiễn*, Nxb. Chính trị quốc gia Sự thật, tr. 19.

³ Xem: Zhang Chenfu (2014).

⁴ Vũ Công Giao, Nguyễn Hoàng Anh, Đặng Minh Tuấn, Nguyễn Minh Tuấn (Đồng chủ biên, 2017), *Quản trị tốt – Lý luận và thực tiễn*, Nxb. Chính trị Quốc gia Sự thật, tr. 40.

⁵ Vũ Công Giao (Chủ biên, 2019), *Quản trị tốt và phòng, chống tham nhũng*, Nxb. Chính trị Quốc gia Sự thật, tr. 29.

⁶ Bob Jessop (2016), *The State: Past, Present, Future*, Polity Press, p. 174.

⁷ Christopher Ansell, Jacob Torfing (ed, 2016), *Handbook on Theories of Governance*, Edward Elgar Publishing Limited, p. 77.

Thứ năm là xu hướng chuyển dịch năng lực quản lý của chính quyền sang hình thức tự do và đa dạng các phương pháp quản trị, từ trực tiếp, mệnh lệnh sang gián tiếp hơn, đặc biệt là để thu hút nguồn lực của các tổ chức xã hội⁸.

Bên cạnh đó, sự dịch chuyển sang quản trị xuất phát một phần từ khủng hoảng về khả năng quản trị (Problem of Governability)⁹ vào những năm 1980 tại phương Tây. Theo đó, quản lý truyền thống với hệ thống cấp bậc, tính chất công kênh và mang tính can thiệp của bộ máy hành chính không còn phù hợp với môi trường kinh tế, xã hội và văn hóa đang có những biến đổi nhanh chóng. Môi trường này đặc trưng bởi sự phức tạp ngày càng tăng của các vấn đề, với sự tham gia ngày càng nhiều của các đối tác khu vực công cũng như tư nhân... vào hoạch định chính sách công. Bối cảnh này thúc đẩy các cải cách theo hướng đề cao các phương pháp quản trị như là phương tiện để thúc đẩy dân chủ. Bởi vì, phương pháp quản trị ghi nhận và tính đến tương tác ngày càng gay gắt giữa khu vực công, giới kinh doanh và các tổ chức xã hội, người dân. Nhờ đó, hoạt động của bộ máy nhà nước sẽ tăng hiệu quả, đáp ứng tốt hơn các đòi hỏi của công dân.

Ngoài ra, quản trị là phương thức phù hợp cho việc giải quyết các vấn đề liên quan đến xây dựng chính sách công trong xã hội hậu công nghiệp ngày càng phân hóa, với nhiều

nhóm có lợi ích khác biệt nhau¹⁰. Bởi vì, trong một xã hội ngày càng phức tạp, việc xây dựng, kiểm soát và ra quyết định phải thông qua cơ chế phối hợp để có được sự tham gia của các chủ thể đại diện cho những nhóm lợi ích khác nhau vào quá trình thương lượng, đàm phán thay cho quyết định đơn phương của nhà nước. Như vậy, quản trị tạo điều kiện cho sự tương tác giữa nhà nước và xã hội, thông qua việc đưa ra hình thức phối hợp theo chiều ngang, nhằm làm cho hoạt động công quyền có hiệu quả hơn. Cơ chế này trái ngược với cách thức quản lý truyền thống, vốn đặc trưng bởi sự áp đặt từ trên xuống¹¹.

2. Những yêu cầu đặt ra đối với việc chuyển đổi mô hình quản trị công

Một trong những yếu tố thúc đẩy sự chuyển dịch mô hình quản trị công ở nhiều quốc gia là quá trình toàn cầu hoá và hội nhập quốc tế đòi hỏi các nhà nước phải điều chỉnh cách thức can thiệp vào đời sống xã hội. Toàn cầu hóa tạo điều kiện cho sự hình thành và phát triển của các chủ thể mới trong quan hệ pháp luật như các tổ chức quốc tế, các tổ chức phi chính phủ, các tập đoàn kinh tế đa quốc gia hùng mạnh, các tổ chức xã hội-nghề nghiệp mang tính quốc tế. Các chủ thể này ngày càng lớn mạnh, sẽ tham gia cùng gánh vác, thậm chí cạnh tranh với nhà nước trong việc thực hiện một số chức năng lâu nay vốn thuộc về nhà nước, buộc nhà nước phải có những điều chỉnh trong cách

⁸ Bob Jessop (2015), *The State Past, Present, Future*, Polity, p. 175.

⁹ Renate Mayntz, "Governing Failures and the Problem of Governability: Some Comments on a Theoretical Paradigm" in J. Kooiman (Ed., 1993), *Modern Governance: New Government-Society Interactions*, London, Sage, pp.9-20.

¹⁰ Guy Hermet, Ali Kazancigil et Jean-François Prudhomme (2005), *La gouvernance. Un concept et ses applications*, Karthala, p. 8.

¹¹ Guy Hermet, Ali Kazancigil et Jean-François Prudhomme (2005).

thức điều hành và quản trị quốc gia. Theo đó, nhà nước phải sử dụng các công cụ mang tính mềm dẻo và thuyết phục thay cho cách hành động có tính chiều dọc, áp đặt trong mô hình truyền thống.

Cùng với đó, sự xuất hiện ngày càng nhiều những vấn đề có tính toàn cầu, tạo ra thách thức to lớn đối với các quốc gia và cộng đồng quốc tế như: ô nhiễm môi trường, biến đổi khí hậu, tội phạm xuyên biên giới, khủng bố... Đối mặt với những thách thức này, các quốc gia không thể đơn phương giải quyết được mà cần có sự hợp tác, tham gia của nhiều đối tác khác nhau. Bối cảnh mới buộc nhà nước phải có những điều chỉnh mô hình quản trị nhà nước cũng như mối quan hệ giữa nhà nước với xã hội.

Ngoài ra, sự phát triển mạnh mẽ của công nghệ thông tin và truyền thông, sự di chuyển của nguồn vốn, dịch vụ và lao động đã thu nhỏ sự khác biệt giữa các khu vực và giữa các quốc gia trên phạm vi toàn thế giới. Thực tế này đòi hỏi phải có những quy tắc chung, hài hòa với nhau trong phạm vi khu vực và trên toàn thế giới. Sự xích lại gần nhau hơn giữa các quốc gia đòi hỏi các quốc gia phải tự “thay đổi” để có thể giao lưu, hòa nhập tốt hơn với các quốc gia khác trong khu vực và trên thế giới.

Trên thực tế, từ những năm 1990¹², quản trị tốt được các thể chế tài chính quốc tế đánh giá như một điều kiện tiên quyết cho phát triển tại các quốc gia đang phát triển. Quản trị tốt (quản trị quốc gia tốt) có thể được hiểu là “tập hợp những tiêu chí về quản lý xã hội nhằm hướng đến mục tiêu thúc đẩy, bảo đảm sự phát triển hài hòa, bền vững của một quốc gia”¹³. Quản trị tốt được cấu thành từ các đòi hỏi về: pháp quyền, bảo vệ quyền con người, minh bạch, trách nhiệm giải trình, sự tham gia của công chúng¹⁴. Ngân hàng Thế giới (WB) là thể chế khởi xướng việc phổ biến nguyên tắc này ra phạm vi toàn cầu. Trong Báo cáo về châu Phi cận Sahara¹⁵, Ngân hàng Thế giới xác định nguyên nhân của việc không thể áp dụng chương trình điều chỉnh cơ cấu xuất phát từ “khủng hoảng về quản trị” tại các nước liên quan. Bộ máy nhà nước cần phải hoạt động hiệu quả hơn, mạnh mẽ và độc lập hơn để đủ năng lực để thực hiện các chương trình tài trợ, nhằm phát triển một nền kinh tế ổn định và cạnh tranh¹⁶. Sau đó, Ngân hàng Thế giới đề xuất cải cách thể chế tại các nước đang phát triển trong hai báo cáo “Quản trị và phát triển” (Governance and Development) vào năm 1992, và “Quản trị tốt và quan điểm của ngân hàng thế giới” (Good Governance, The World Bank’s Perspective) năm 1994. Từ đó, Ngân

¹² Jacques Chevallier (2014), *L'État post-moderne*, LGDJ, Paris, p. 212.

¹³ Vũ Công Giao, Nguyễn Hoàng Anh, Đặng Minh Tuấn, Nguyễn Minh Tuấn (Đồng chủ biên, 2017), Sđd, tr. 47.

¹⁴ Vũ Công Giao, Nguyễn Hoàng Anh, Đặng Minh Tuấn, Nguyễn Minh Tuấn (Đồng chủ biên, 2017), Sđd, tr. 53.

¹⁵ Banque Mondiale (1989), *L'Afrique sub-saharienne. De la crise à une croissance durable. Etude de prospective à long terme*, Washington.

¹⁶ Jolle Demers, Alex E. Fernandez, Jilberto & Barbara Hogenboom (2004), *Good Governance in the Era of Global Neoliberalism: Conflict and depolarization in Latin America, Eastern Europe, Asia and Africa*, Routledge, p. 183.

hàng thế giới xem “quản trị” như một yêu cầu cơ bản trong xây dựng các đề án tài trợ và cung cấp các khoản vay cho các đối tác phát triển. Sau đó, “quản trị” được nhiều tổ chức quốc tế sử dụng như Quỹ Tiền tệ quốc tế, Tổ chức Hợp tác và Phát triển kinh tế (OECD), Chương trình Phát triển Liên hợp quốc (UNDP)... sử dụng như một tiêu chí để cung cấp các tài trợ¹⁷, dù mỗi tổ chức gắn quản trị với một “đòi hỏi”, ví dụ như “quản trị tốt” (good governance) đối với Ngân hàng Thế giới, “quản trị lành mạnh” (sound governance) đối với UNDP, “quản trị dân chủ” (gouvernance démocratique) đối với Tổ chức Giáo dục, Khoa học và Văn hoá Liên hiệp quốc (UNESCO)... Quản trị tốt dần trở thành nguyên tắc mang tính phổ biến trong quản trị công đương đại¹⁸.

3. Sự cần thiết của quản trị tốt dưới góc độ kinh tế

Dưới góc độ kinh tế học, chất lượng quản trị quốc gia và thể chế ảnh hưởng rõ ràng đến khả năng tăng trưởng kinh tế và cải thiện chất lượng cuộc sống của người dân. Các nghiên cứu của những người theo trường phái kinh tế học tân thể chế (New institutional economic) đã chỉ ra rằng, thể chế và năng lực của nền hành chính quyết định sự khác biệt trong tăng trưởng ở các nước đang phát triển. Theo đó, quản trị tốt sẽ tạo ra môi trường kinh doanh tốt: Hai quốc gia có cùng nguồn lực tương đương thì quốc gia

có môi trường kinh doanh thuận lợi cho doanh nghiệp sẽ phát triển nhanh hơn quốc gia có môi trường kinh doanh kém thân thiện.

Trong tác phẩm “Vì sao các quốc gia thất bại”¹⁹, hai nhà kinh tế Daron Acemoglu và James Robinson chỉ ra rằng, một quốc gia thành công về mặt kinh tế hay không phụ thuộc chủ yếu vào thể chế. Theo đó, những quốc gia “thất bại” thường là các quốc gia có thể chế “tước đoạt” (extractive, mang tính khai thác, bóc lột, loại trừ). Còn những quốc gia thành công thường gắn liền với thể chế “dung hợp” (inclusive, mang tính dung nạp, trao quyền, tạo điều kiện tiếp cận, phân bổ phúc lợi cho phần đông dân chúng). Thể chế dung hợp tạo điều kiện và cho phép sự tham gia rộng rãi; hạn chế và kiểm soát các chính trị gia; thượng tôn pháp luật. Có một mức độ tập trung chính trị nhất định để có thể duy trì luật pháp và trật tự. Về mặt kinh tế, quyền sở hữu được bảo đảm, luật pháp và trật tự, dựa vào thị trường, nhà nước hỗ trợ thị trường; gia nhập thị trường tương đối tự do; tôn trọng hợp đồng; tiếp cận với giáo dục và cơ hội cho đại đa số công dân.

Nhiều học giả khác cũng đã chỉ ra mối liên hệ chặt chẽ giữa thu nhập bình quân đầu người và chất lượng quản trị công:

Trong một nghiên cứu về tăng trưởng tại một số nước đang phát triển, Lisa Chauvet và

¹⁷ Ali Kazancigil, “La gouvernance : itinéraires d’un concept”, in. Javier Santiso (dir.) La recherche de la démocratie: mélanges offerts à Guy Hermet.

¹⁸ Nguyễn Văn Quân (2017), *Nguồn gốc và sự phát triển của quản trị tốt*, trong sách Vũ Công Giao, Nguyễn Hoàng Anh, Đặng Minh Tuấn, Nguyễn Minh Tuấn (đồng chủ biên), *Quản trị tốt – Lý luận và thực tiễn*, Nxb. Chính trị quốc gia Sự thật, tr. 79.

¹⁹ Daron Acemoglu, James A Robinson (2013), *Tại sao các quốc gia thất bại*, Nxb. Trẻ.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

Paul Collier²⁰ chỉ ra rằng, các nước có quản trị kém có mức tăng trưởng GDP trung bình hằng năm thấp hơn 2,3% so với các nước đang phát triển khác. Tương tự, Campos và Nugent²¹ kết luận rằng, áp dụng các thành tố của mô hình quản trị góp phần thúc đẩy sự phát triển của quốc gia.

Daniel Kaufmann, Aart Kraay và Pablo Zoido-Lobaton²² chỉ ra mối liên hệ giữa quản trị tốt và phát triển kinh tế. Theo đó, việc cải thiện các chỉ số quản trị công có tác động mạnh mẽ tới tăng trưởng. Ví dụ, các tác giả này so sánh chỉ số pháp quyền thấp ở Nga với chỉ số trung bình ở Cộng hoà Séc và cho rằng, chỉ số này là một trong những yếu tố quyết định tốc độ tăng trưởng kinh tế cao của Cộng hoà Séc so với Nga; mức độ tham nhũng cao ở Indonesia so với Hàn Quốc đã tác động đến tốc độ tăng trưởng kinh tế khác biệt giữa hai quốc gia này.

Azza Ziadi²³ đã sử dụng mô hình dữ liệu của 8 quốc gia để đánh giá mối quan hệ giữa tăng trưởng kinh tế và một số chỉ số quản trị trong giai đoạn từ 1985 đến 2009. Các chỉ số quản trị được dùng để đánh giá bao gồm các quyền chính trị, sự ổn định chính trị, pháp quyền và tham nhũng. Tác giả này kết luận rằng, tham

những có ảnh hưởng tiêu cực đến tăng trưởng kinh tế và phân bổ nguồn lực một cách tối ưu. Phòng, chống tham nhũng là một trong những thành tố cơ bản của quản trị tốt.

4. Khó khăn, thách thức và một số giải pháp thúc đẩy chuyển đổi sang mô hình quản trị quốc gia tốt ở Việt Nam

Từ khi tiến hành Công cuộc Đổi mới (1986), mô hình quản lý nhà nước ở Việt Nam đã liên tục có những thay đổi sâu rộng, dần theo hướng quản trị. Sự thay đổi này diễn ra ở tất cả các phương diện, gắn với tất cả các nguyên tắc của quản trị quốc gia tốt. Có thể thấy điều đó qua những nỗ lực xây dựng nhà nước pháp quyền; bảo đảm sự tham gia của người dân vào quản lý xã hội; bảo đảm tính công khai, minh bạch, trách nhiệm giải trình của các cơ quan nhà nước; bảo đảm sự bình đẳng của các chủ thể trong xã hội và hỗ trợ các nhóm dễ bị tổn thương; bảo đảm tính kịp thời, hiệu lực, hiệu quả và sự đồng thuận xã hội trong việc hoạch định và tổ chức thực thi các chính sách, pháp luật của Nhà nước....

Quá trình hội nhập quốc tế cũng ảnh hưởng mạnh mẽ tới quá trình chuyển dịch mô hình quản lý và điều chỉnh xã hội của Nhà nước

²⁰ Lise Chauvet & Paul Collier (2004), *Development Effectiveness in Fragile States: Spillovers and Turnarounds*, Centre for the study of African Economics, Department of Economics, Oxford University, https://inee.org/sites/default/files/resources/doc_1_Development_Effectiveness_in_FS.pdf, accessed 20/3/2022.

²¹ Campos N-F. & Nugent J-B (1999); *Development Performance and the Institutions of Governance: Evidence from East Asia and Latin America*, World Development, vol. 27, no. 3, pp. 439-45

²² Daniel Kaufmann, Aart Kraay & Pablo Zoido-Lobaton (1999), *Aggregating governance Indicators*, Policy Research Working Paper, no. 2195, Washington DC, World Bank; Kaufmann D, Kraay A. & Zoido-Lobaton P (1999), *Governance Matters*, Policy Research Working Paper, No. 2196, Washington DC, World Bank; Kaufmann D. & Kraay A. (2003), *Growth Without Governance*, *Economia: The Journal of the Latin American and Caribbean Economic Association*, vol. 3, no. 1, pp. 169-215.

²³ Azza Ziadi (2016), *Governance and Economic Growth: Application of the Case of WAEMU countries*, *Journal of Academic Finance*, vol. 7, no. 2, pp. 70-82.

Việt Nam. Với tư cách là một quốc gia nhận viện trợ phát triển và vay vốn của các đối tác nước ngoài, Việt Nam buộc phải ghi nhận và áp dụng các chuẩn mực về quản trị công, quản trị quốc gia hiện đại. Đồng thời, Nhà nước Việt Nam cũng chủ động tham gia, tiếp cận các giá trị và nguyên tắc phổ quát của nhân loại như pháp quyền, dân chủ, quyền con người,... vốn là những thành tố cơ bản của quản trị quốc gia tốt²⁴.

Cùng với quá trình Đổi mới, hội nhập quốc tế, nhận thức và ý thức của người dân Việt Nam hiện nay đã thay đổi rất nhiều so với trước đây. Yêu cầu của người dân về dân chủ, pháp quyền, nhân quyền, bình đẳng xã hội, về tính minh bạch, trách nhiệm giải trình và hiệu quả hoạt động của bộ máy nhà nước đã tăng lên và ngày càng cao hơn; trong khi đó, cùng với sự phát triển hết sức nhanh chóng của công nghệ thông tin, những cơ hội hay điều kiện cho sự tham gia của người dân vào quản trị quốc gia đã trở nên dễ dàng, thuận lợi hơn bao giờ hết. Tất cả tạo ra áp lực rất lớn phải chuyển đổi mô hình từ quản lý nhà nước truyền thống sang quản trị theo những nguyên tắc của quản trị quốc gia tốt.

Vì vậy, đối với Việt Nam, quản trị quốc gia tốt phải được là một trong những nội dung độc lập, có tính chất nền tảng, chi phối các vấn đề chính trị, kinh tế, xã hội khác. Quản trị quốc gia tốt đồng thời là một nguyên tắc

nền tảng cho tổ chức và hoạt động của hệ thống chính trị²⁵. Các nguyên tắc của quản trị quốc gia tốt hiện cũng chính là nhu cầu, đòi hỏi nội tại của đất nước. Việc đề cao các nguyên tắc của quản trị quốc gia tốt cũng giúp Nhà nước củng cố được tính chính danh của mình.

Tuy nhiên, trên thực tế, chất lượng quản trị quốc gia của Việt Nam được cải thiện rất chậm. Ngân hàng Thế giới đánh giá các chỉ tiêu cơ bản của quản trị như: pháp quyền, kiểm soát tham nhũng, chất lượng các quy định của pháp luật, trách nhiệm giải trình không có nhiều tiến bộ trong 10 năm vừa qua²⁶. Đây có lẽ là một trong những nguyên nhân, “điểm nghẽn” của Việt Nam trong quá trình tăng trưởng và cất cánh kinh tế.

Để chuyển đổi sang mô hình quản trị quốc gia một cách nhanh chóng và hiệu quả, theo một số tác giả, Việt Nam cần khắc phục một số điểm nghẽn về thể chế như sau²⁷:

- *Về nguyên tắc pháp quyền*: cần chuyển từ “quan điểm hẹp” Nhà nước pháp quyền sang pháp quyền, thượng tôn pháp luật (rule of law) như là một tôn chỉ, nền tảng vận hành của toàn xã hội, chứ không chỉ bó hẹp trong khuôn khổ nhà nước, hay trong mối quan hệ giữa Nhà nước và công dân. Bản thân Nhà nước pháp quyền cũng phải được củng cố bằng các cơ chế hữu hiệu, thực chất

²⁴ Vũ Công Giao (Chủ biên, 2020), *Quản trị tốt và phòng, chống tham nhũng*, Nxb. Chính trị quốc gia Sự thật, tr.112.

²⁵ Vũ Công Giao, Nguyễn Văn Quân (2021), *Quản trị quốc gia theo tinh thần Văn kiện Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ XIII: Bước tiến mới và yêu cầu mới*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 9, tr.13.

²⁶ Đánh giá chất lượng quản trị của Việt Nam qua các năm gần đây, <https://databank.worldbank.org/source/worldwide-governance-indicators/Type/TABLE/preview/on#>.

²⁷ Vũ Công Giao, Nguyễn Văn Quân (2021).

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

và hiệu quả, thay vì những quy định pháp lý mang tính hình thức. Trong đó, có 02 yếu tố cơ bản, thậm chí là quan trọng nhất của pháp quyền, là sự độc lập của toà án và chất lượng của pháp luật với tư cách là nền tảng của pháp quyền về mặt nội dung (rule of law substantive).

- *Về trách nhiệm giải trình*: Báo cáo chính trị của Ban Chấp hành Trung ương Đảng cộng sản Việt Nam khóa XI tại Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ XII đánh giá: “Trách nhiệm giải trình của các cấp chính quyền chưa được quy định rõ ràng...²⁸. Nghị quyết số 18-NQ/TW ngày 25/10/2017 về tiếp tục đổi mới, sắp xếp tổ chức bộ máy của hệ thống chính trị, tinh gọn, hoạt động hiệu lực, hiệu quả tiếp tục khẳng định: việc công khai, minh bạch và trách nhiệm giải trình còn hạn chế và xác định nhiệm vụ, giải pháp: xây dựng cơ chế kiểm soát quyền lực chặt chẽ bằng các quy định của Đảng, pháp luật của Nhà nước, bảo đảm dân chủ, công khai, minh bạch, đề cao trách nhiệm giải trình²⁹. Tuy nhiên, hiện nay vấn đề trách nhiệm giải trình ở Việt Nam chưa được nghiên cứu đầy đủ và toàn diện, nhiều vấn đề chưa được làm rõ, còn có những tranh luận khác nhau, chưa luận giải được thực tiễn phong phú của đời sống xã hội. Những hạn chế trong nghiên cứu lý luận đã dẫn đến nhận thức thiếu đầy đủ về trách nhiệm giải trình, từ đó làm cho hiệu quả trong thực hiện trách nhiệm giải trình của chính quyền các cấp chưa cao.

- *Về sự tham gia của công chúng vào quản trị nhà nước*: Bối cảnh phức tạp của xã hội ngày nay cần sự chung tay của nhiều chủ thể khác nhau, đặc biệt là cần huy động sự tham gia tích cực của các chủ thể phi nhà nước. Để thực hiện được điều này, cần hoàn thiện pháp luật về tổ chức và hoạt động của hội theo hướng giảm bớt sự can thiệp từ cơ quan công quyền, tôn trọng và bảo đảm tính tự quản của các tổ chức xã hội.

- *Về phòng, chống tham nhũng*: quản trị tốt không thể tồn tại nếu phòng, chống tham nhũng yếu. Quản trị tốt và phòng, chống tham nhũng như hai mặt của một vấn đề, sẽ không thực hiện được quản trị tốt nếu phòng, chống tham nhũng không hiệu quả, và ngược lại, chỉ có thể phòng, chống tham nhũng hiệu quả nếu thực hiện tốt các thành tố còn lại của quản trị tốt. Dù hệ thống pháp luật về phòng, chống tham nhũng của Việt Nam ngày càng hoàn thiện và tiệm cận hơn với các tiêu chuẩn quốc tế, nhưng việc thực thi trên thực tế vẫn còn gặp một số vướng mắc, xuất phát từ những nguyên nhân khác nhau.

- *Về hiệu lực và hiệu quả*: để đáp ứng tiêu chuẩn này của quản trị quốc gia tốt, cần sử dụng các tiêu chí định lượng của kinh tế học, quản trị học vào trong hoạt động của bộ máy nhà nước, đặc biệt là trong việc cung cấp các dịch vụ công. Việc cung cấp dịch vụ công không chỉ dựa trên tiêu chí “bảo đảm lợi ích chung” mà còn cần phải đáp ứng tiêu chí hiệu quả ■

²⁸ Ban Chấp hành Trung ương Đảng cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ XII*, tr. 243.

²⁹ Nghị quyết số 18-NQ/TW, *Một số vấn đề về tiếp tục đổi mới, sắp xếp tổ chức bộ máy của hệ thống chính trị tinh gọn, hoạt động hiệu lực, hiệu quả*.

TÁC ĐỘNG CỦA HIỆP ĐỊNH ĐỐI TÁC KINH TẾ TOÀN DIỆN KHU VỰC ĐỐI VỚI THƯƠNG MẠI ĐIỆN TỬ VIỆT NAM

Nguyễn Minh Trang

Công ty Luật TNHH Duy Ích

Thông tin bài viết:

Từ khóa: RCEP, thương mại điện tử, Hiệp định thương mại tự do.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 11/06/2022
Biên tập : 12/07/2022
Duyệt bài : 16/07/2022

Article Information:

Keywords: RCEP; e-commerce; free trade agreement.

Article History:

Received : 11 Jun 2022
Edited : 12 Jul. 2022
Approved : 16 Jul. 2022

Tóm tắt:

Thương mại điện tử là một lĩnh vực quan trọng được các bên thỏa thuận dành nhiều ưu đãi trong Hiệp định đối tác kinh tế toàn diện khu vực (RCEP). Trong bài viết này, tác giả phân tích những quy định về thương mại điện tử trong RCEP; đánh giá các tác động của RCEP đến thương mại điện tử của Việt Nam; và đề xuất một số giải pháp hoàn thiện hệ thống pháp luật để vừa phát triển thương mại điện tử theo quy định của RCEP, vừa bảo vệ được các doanh nghiệp trong nước trước bối cảnh mở cửa cho các đối tác nước ngoài.

Abstract:

E-commerce is an important channels that the parties agree to adopt preferences in the Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP). Within this article, the author provides an analysis of the regulations on e-commerce in RCEP; assessments of the impacts of RCEP on Vietnam's e-commerce; and also proposes a number of recommendations to improve the legal system so that it is to both develop e-commerce in accordance with the commitments of RCEP and protect the domestic enterprises under the context of opening up to foreign partners.

Hiệp định đối tác kinh tế toàn diện khu vực (Regional Comprehensive Economic Partnership - RCEP) được ký kết¹ giữa các quốc gia ASEAN cùng 5 đối tác đã có Hiệp định thương mại tự do (FTA) với ASEAN, gồm: Trung Quốc, Hàn Quốc, Nhật Bản, Úc và New Zealand. RCEP đặt ra những quy định về thương mại hàng hóa, thương mại dịch vụ, đầu tư, sở hữu trí tuệ, cạnh tranh, thương mại điện tử và nhiều lĩnh vực khác có liên quan. Đây là một trong những hiệp định rất quan trọng, đánh dấu bước phát triển mới của các quốc gia trong ASEAN cùng sự hợp tác liên kết với các đối tác trên thế giới.

1. Tác động của RCEP đến ngành thương mại điện tử Việt Nam

1.1. Tác động tích cực

Thứ nhất, mở rộng thị trường tham gia vào chuỗi cung ứng hàng hóa, dịch vụ. Chương 12 RCEP về thương mại điện tử đã có những cải tiến “trong các lĩnh vực như giao dịch không cần giấy tờ, truyền dữ liệu sẽ mở ra một thế giới ảo mới, thúc đẩy môi trường kinh doanh trực tuyến thuận tiện hơn, cải thiện môi trường thương mại điện tử, giải phóng các trang web, truyền dữ liệu”², từ đó giúp doanh nghiệp của

¹ RCEP được ký kết vào ngày 15/11/2020 và chính thức có hiệu lực từ ngày 01/01/2022.

² Quốc Đạt (2022), *Nhìn lại hàm ý của RCEP đối với Thương mại điện tử*, Báo điện tử Đại biểu Nhân dân, Hà Nội, https://daibieunhandan.vn/viet-nam-va-the-gioi/nhin-lai-ham-y-cua-rcep-doi-voi-thuong-mai-dien-tu-i288365/?fbclid=IwAR0ddCIHvXSuEUEDswqcA_0Udj3a8apOlaLfGnSxKjtt6zkXXXKuAn5jyuU, truy cập ngày 25/05/2022.

các quốc gia có cơ hội kết nối dễ dàng hơn. Trước Hiệp định RCEP, Việt Nam đã ký Hiệp định khung về hợp tác kinh tế toàn diện ASEAN – Trung Quốc (ACFTA), Hiệp định Thương mại tự do ASEAN –Úc- New Zealand (AZZNFTA), và Hiệp định Đối tác kinh tế Việt Nam – Nhật Bản (VJEPA). Song tại ACFTA, AZZNFTA và VJEPA các bên chưa tiến hành đàm phán, thỏa thuận để có được các cam kết về thương mại điện tử. Do đó, RCEP chính là cầu nối để các bên đạt được các thỏa thuận mở cửa thị trường thương mại điện tử, tạo điều kiện cho Việt Nam có cơ hội tham gia nhiều hơn vào thị trường Trung Quốc, Nhật Bản, Úc cũng như New Zealand, vốn là những thị trường mà trước đó Việt Nam chỉ tập trung vào lĩnh vực thương mại hàng hóa.

Thứ hai, RCEP chính là cơ hội cho các doanh nghiệp vừa và nhỏ có thể tham gia hội nhập và phát triển kinh doanh. Lần đầu tiên trong một Hiệp định thương mại tự do đa phương đã hình thành riêng một chương đề quy định về các chính sách hỗ trợ và đảm bảo quyền lợi cho nhóm đối tượng này (Chương 14 Hiệp định RCEP). Tại Chương 12 về thương mại điện tử, các quốc gia đồng thuận “*cùng hành động hướng đến việc trợ giúp cho các doanh nghiệp vừa và nhỏ vượt qua những trở ngại trong việc sử dụng thương mại điện tử*”³. Nhóm doanh nghiệp vừa và nhỏ sẽ được hưởng lợi từ RCEP thông qua các cơ hội hỗ trợ, định hướng từ các quốc gia và doanh nghiệp lớn hơn trong khu vực, nhờ đó có thể bước những nấc thang cao hơn trong chuỗi cung ứng. Thương mại điện tử và các dịch vụ kỹ thuật số sẽ mở ra cơ hội cho doanh nghiệp vừa và nhỏ quảng bá sản phẩm, tiếp cận với khách hàng mới trên toàn cầu.

³ Khoản 1 Điều 12.4.

⁴ Đinh Thu Hà (2016), *Tác động của Hiệp định đối tác kinh tế toàn diện khu vực (RCEP) đối với ngành công nghiệp điện tử Việt Nam*, Luận văn thạc sĩ Luật Kinh tế quốc tế, Trường Đại học Kinh tế - Đại học Quốc gia Hà Nội.

⁵ Khoản 1 Điều 12.11.

Thứ ba, tiếp nhận chuyển giao khoa học, công nghệ và kinh nghiệm quản lý từ các quốc gia khác. Tại Điều 12.4 của Chương 12, các quốc gia đã thống nhất hỗ trợ, tạo mọi điều kiện tốt nhất để giúp đỡ lẫn nhau về mọi khía cạnh trong hoạt động thương mại điện tử. Đây chính là cơ hội cho Việt Nam tiếp thu khoa học, công nghệ tiên tiến, đặc biệt là từ các quốc gia có ngành thương mại điện tử phát triển, nằm ngoài phạm vi ASEAN như Nhật Bản, Hàn Quốc, Trung Quốc, Úc⁴. Không những thế, Việt Nam sẽ nhận được nhiều sự hỗ trợ cả về phương thức vận hành và kinh nghiệm quản lý từ những công ty lớn tại các quốc gia đã có kinh nghiệm lâu năm trong lĩnh vực thương mại điện tử thuộc khuôn khổ RCEP.

Thứ tư, thúc đẩy và thu hút đầu tư từ nước ngoài. Trước đây, hoạt động thương mại điện tử tại Việt Nam vốn chịu sự điều chỉnh từ các quy định của WTO và CPTPP song tại cả hai biểu cam kết dịch vụ của WTO và CPTPP đều không đưa ra bất kỳ hạn chế nào cho các nhà đầu tư nước ngoài trong lĩnh vực này. Đến nay, theo các quy định tại Chương 12 của RCEP, hoạt động thương mại điện tử qua biên giới sẽ tiếp tục được thúc đẩy dựa trên một số quy định mang tính mở cửa thị trường sâu rộng hơn, tăng cường hợp tác quốc tế như: Không yêu cầu nhà cung cấp dịch vụ nước ngoài phải sử dụng hoặc đặt máy chủ thiết bị lưu trữ dữ liệu trên lãnh thổ nước sở tại như là điều kiện để thực hiện kinh doanh trên lãnh thổ nước mình, trừ khi nhằm thực hiện chính sách công hoặc để bảo vệ các lợi ích an ninh thiết yếu; không áp dụng thuế đối với việc truyền dữ liệu điện tử xuyên biên giới⁵; không ngăn cản việc chuyển các dữ liệu

điện tử qua biên giới nếu là để thực hiện hoạt động đầu tư kinh doanh giữa các nước RCEP⁶.

Bên cạnh đó, Việt Nam vẫn được xem như một thị trường tiềm năng bởi kết cấu dân số trẻ - những đối tượng khách hàng chính từ của các giao dịch thương mại điện tử; lực lượng lao động trẻ, năng động và thích nghi nhanh với các xu hướng phát triển của nền kinh tế, khoa học kỹ thuật, sẽ góp phần thu hút các nhà đầu tư nước ngoài vào thị trường Việt Nam.

1.2. Thách thức

Thứ nhất, áp lực cạnh tranh từ các đối thủ nước ngoài. Các doanh nghiệp trong nước sẽ chịu nhiều áp lực cạnh tranh trên các khía cạnh như: Trình độ công nghệ còn hạn chế, hệ thống máy móc, mạng viễn thông chưa thể bắt kịp với các đối thủ trong khu vực; cơ chế quản lý vận hành, quy trình kinh doanh có thể chưa kịp đổi mới, thích ứng với lĩnh vực thương mại điện tử; mạng lưới phân phối của các doanh nghiệp Việt Nam có phần nhỏ hơn các doanh nghiệp nước ngoài bởi họ có tệp khách hàng và mạng lưới phân phối đã được thiết lập sẵn. Thêm vào đó, nhiều doanh nghiệp nước ngoài có thể mạnh tài chính vững chắc hơn, dễ dàng thực hiện chính sách cạnh tranh trong phân phối và bán hàng...

Thứ hai, RCEP tạo ra áp lực cho chính cơ quan quản lý nhà nước trong xây dựng hành lang pháp lý và chính sách. Hiện nay, để điều chỉnh các quan hệ xã hội trong lĩnh vực thương mại điện tử, Việt Nam mới chỉ có Luật Giao dịch điện tử năm 2005. Nhằm cụ thể hóa Luật Giao dịch điện tử, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 57/2006/NĐ-CP về thương mại điện tử, sau đó là Nghị định số 52/2013/NĐ-CP ngày 16/5/2013 của Chính phủ đã được ban hành

thay thế Nghị định 57/2006/NĐ-CP. Ngày 25/09/2021, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 85/2021/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 52/2013/NĐ-CP.

Việc điều chỉnh các quan hệ xã hội thuộc lĩnh vực thương mại điện tử được ghi nhận trong nhiều văn bản khác nhau, như Luật Thương mại, Luật Sở hữu trí tuệ, Luật Quản lý thuế, Luật Cạnh tranh, Luật Đầu tư; thậm chí được quy định trong cả một số biểu cam kết dịch vụ của Việt Nam khi tham gia vào WTO hay các FTA như EVFTA, CPTPP. Tuy nhiên, các văn bản này đều được xây dựng khá lâu, thiếu sự nhất quán hoặc văn bản này lại dẫn chiếu đến văn bản khác, gây nhiều khó khăn cho chính nhà đầu tư trong nước khi tìm hiểu về các quy định liên quan, đặc biệt sẽ là trở ngại cho nhà đầu tư nước ngoài.

Thứ ba, áp lực cho các doanh nghiệp Việt Nam còn hạn chế về năng lực. Khả năng đón nhận công nghệ mới của doanh nghiệp nội địa còn thấp, trình độ lao động còn hạn chế, ít đầu tư cho R&D hoặc chưa dám thay đổi cách thức vận hành; chưa tìm hiểu sâu về các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới cũng như các chính sách ưu đãi trong đó, nhất là với lĩnh vực mới xuất hiện trong các cam kết gần đây, như thương mại điện tử. Khảo sát PCI 2021 cho thấy khoảng 49% doanh nghiệp đã từng gặp vướng mắc trong quá trình thực hiện các văn bản pháp luật liên quan đến thực thi các FTA⁷.

2. Giải pháp nâng cao hiệu quả hoạt động của thương mại điện tử thông qua RCEP

Thứ nhất, hoàn thiện các văn bản luật và văn bản hướng dẫn thi hành liên quan đến Luật Giao dịch điện tử, Nghị định về thương mại điện tử (TMĐT). Luật Giao dịch điện tử được ban hành

⁶ Khoản 2 Điều 12.15.

⁷ Báo cáo chỉ số Năng lực cạnh tranh cấp tỉnh của Việt Nam PCI 2021, <https://pcivietnam.vn/uploads//VN-Bao-cao-dai-PCI/Bao-cao-PCI-2021.pdf>.

từ năm 2005, tới nay đã có thêm rất nhiều hình thức giao dịch điện tử mới. Vì vậy, cần mở rộng phạm vi điều chỉnh của Luật Giao dịch điện tử và Nghị định về TMĐT thông qua những quy định cụ thể hơn về việc giao kết hợp đồng điện tử, điều chỉnh hoạt động của các website cung cấp dịch vụ bán hàng trực tuyến, các sàn TMĐT, quảng cáo trực tuyến, đấu giá trực tuyến. Trong đó, xác định phạm vi áp dụng luật bao gồm cả những công ty nước ngoài hoạt động trong lĩnh vực TMĐT tại Việt Nam trong trường hợp có đặt máy chủ và không đặt máy chủ tại Việt Nam.

Cần bổ sung chế tài xử lý các vấn đề liên quan đến kinh doanh hàng giả, hàng nhái hoặc các hành vi vi phạm pháp luật về TMĐT thông qua Nghị định Xử phạt hành chính trong lĩnh vực TMĐT. Đây là một trong những cam kết của Việt Nam tại Điều 12.7 của Chương 12 RCEP về việc: (i) Ban hành hoặc duy trì các quy định của pháp luật để bảo vệ người tiêu dùng nhằm ngăn chặn các hành vi gian lận và lừa đảo thương mại; (ii) Thừa nhận tầm quan trọng của hợp tác giữa các cơ quan quản lý có thẩm quyền trong lĩnh vực bảo vệ người tiêu dùng về các hoạt động liên quan đến TMĐT. Hiện nay, Việt Nam có Nghị định số 98/2020/NĐ-CP ngày 26/08/2020 của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động thương mại, sản xuất, buôn bán hàng giả, hàng cấm và bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, nhưng chưa mang tính đặc thù cho các loại hàng hóa được phân phối trên các trang TMĐT. Vì vậy, cần xây dựng Nghị định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực TMĐT, trong đó nêu ra các hành vi được xem là có tính chất lừa đảo người tiêu dùng thông qua TMĐT, các hình thức kinh doanh trái phép trên sàn TMĐT, cũng như đưa ra các mức phạt nghiêm khắc hơn với các hành vi vi phạm của các nhà cung cấp trong nước và cả nhà cung cấp nước ngoài.

Trong quá trình sửa đổi các quy định của pháp luật, cần quy định chi tiết, rõ ràng về việc phối hợp giữa các cơ quan nhà nước trong quản lý đối với hoạt động TMĐT. Hiện nay, trong Nghị định số 52/2013/NĐ-CP và Thông tư số 47/2014/TT-BTC của Bộ Công thương đã đưa ra quy định về việc quản lý các website TMĐT. Tuy nhiên, cả hai văn bản đều chưa có quy định về việc tổ chức, cá nhân bán hàng, cung cấp dịch vụ trên mạng báo cáo hay cung cấp thông tin với Bộ Công thương hoặc các cơ quan quản lý tại địa phương. Đồng thời, chưa có văn bản quy định cơ chế chia sẻ thông tin giữa các bộ, ban, ngành liên quan, tạo ra nhiều lỗ hổng cho các bên lách luật, trốn thuế. Như vậy, việc xây dựng các quy định của pháp luật điều chỉnh mối quan hệ, vai trò và trách nhiệm phối hợp giữa các cơ quan nhà nước trong việc quản lý các doanh nghiệp, cá nhân hoạt động TMĐT trên mạng xã hội là cần thiết. Trong đó xác định chi tiết nhiệm vụ của Bộ Công thương và cơ quan quản lý tại địa phương trong việc quản lý website TMĐT; xác định nhiệm vụ của cơ quan quản lý thuế trong việc xác định các loại thuế và mức đóng thuế đối với các hoạt động kinh doanh trực tuyến; quy trình trao đổi thông tin giữa các bên để kiểm soát hoạt động thu thuế.

Thứ hai, hoàn thiện quy định của pháp luật ở các lĩnh vực liên quan đến TMĐT. Bên cạnh pháp luật về giao dịch điện tử, các lĩnh vực liên quan đến hoạt động TMĐT cũng cần có sự sửa đổi, bổ sung sao cho phù hợp.

Đầu tiên, hoàn thiện các quy định trong lĩnh vực thuế và ngân hàng. Theo Luật Quản lý thuế năm 2019, các doanh nghiệp thực hiện cung cấp những dịch vụ liên quan đến các nền tảng số qua Internet, mạng viễn thông bắt buộc phải kê khai nộp thuế⁸. Tuy nhiên, hiện nay có

⁸ Xem thêm khoản 3 Điều 27 và khoản 4 Điều 42.

nhiều tổ chức/cá nhân ở nước ngoài cung cấp dịch vụ vào Việt Nam thông qua nền tảng số nhưng không có bất kỳ văn phòng đại diện nào. Vì vậy, cơ quan thuế gặp nhiều khó khăn trong việc thu hồi số tiền thất thoát từ những tổ chức/cá nhân kinh doanh trực tuyến trên mạng xã hội như Facebook, Instagram,... hoặc số tiền mà các trang mạng xã hội nhận được khi thực hiện các hoạt động quảng cáo tại Việt Nam. RCEP không áp thuế đối với việc truyền dữ liệu xuyên biên giới song không có nghĩa là không áp thuế với các hoạt động giao dịch hàng hóa. Ngày 19/10/2020, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 126/2020/NĐ-CP hướng dẫn Luật Quản lý thuế, quy định trách nhiệm của Ngân hàng Nhà nước trong việc cung cấp thông tin và chỉ đạo, hướng dẫn các ngân hàng thương mại, tổ chức tín dụng trong việc phối hợp với cơ quan thuế để cưỡng chế thuế, giám sát giao dịch thanh toán xuyên biên giới, thực hiện khấu trừ, nộp thay nghĩa vụ thuế đối với các nhà cung cấp nước ngoài, song tất cả vẫn đang dừng ở nguyên tắc, chưa có cơ chế hay hướng dẫn thực hiện. Vì vậy, trong quy định về thuế cần có sự phối hợp với Ngân hàng Nhà nước để ban hành văn bản hướng dẫn các ngân hàng thương mại, tổ chức tín dụng, tổ chức cung ứng dịch vụ là trung gian thanh toán cung cấp thông tin để cơ quan nhà nước thực hiện các biện pháp cưỡng chế thuế, thực hiện khấu trừ và nộp thay nghĩa vụ thuế đối với nhà cung cấp nước ngoài khi phát hiện giao dịch thanh toán xuyên biên giới giữa nhà cung cấp nước ngoài với người mua hàng hóa, dịch vụ Việt Nam.

Tiếp theo, hoàn thiện quy định của pháp luật sở hữu trí tuệ về quyền tác giả, bảo hộ sở hữu công nghiệp, tên miền và quảng cáo. Trong TMDT, hiện nay các quy định về bảo vệ quyền tác giả được quy định chung trong

Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 và nhiều văn bản chuyên ngành khác, như Luật Công nghệ thông tin năm 2006, Luật Giao dịch điện tử năm 2005 và các văn bản về TMDT. Điều này dẫn đến thực trạng là rất khó tra cứu và áp dụng thống nhất các quy định của pháp luật, đa phần các văn bản đều được xây dựng từ cách đây nhiều năm, chưa dữ liệu được đầy đủ về các tình huống phát sinh trong bối cảnh hiện nay. Do đó, cần thiết ban hành các quy định riêng, độc lập, thống nhất về bảo hộ quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp, cách thức đăng ký và bảo hộ tên miền, các hình thức quảng cáo tránh xâm phạm sở hữu trí tuệ trong một văn bản cụ thể và Nghị định xử lý vi phạm với các hành vi xâm phạm sở hữu trí tuệ trong hoạt động TMDT.

Đồng thời, các cơ quan nhà nước cần hoàn thiện quy định của pháp luật liên quan đến vấn đề bảo vệ thông tin người dùng và an ninh mạng. Đây cũng chính là hai nội dung quan trọng được thỏa thuận và đưa đến cam kết trong khuôn khổ RCEP. Theo RCEP, các quốc gia cần thực hiện bảo vệ thông tin cá nhân trên mạng⁹; ban hành thực thi các quy định chống tin nhắn rác¹⁰. Vì vậy, cần bổ sung hoàn thiện các cơ chế bảo vệ thông tin người dùng vì hiện nay chưa có một đạo luật riêng về vấn đề bảo vệ thông tin cá nhân. Trước đó, vấn đề này đã được ghi nhận tại một số văn bản pháp luật khác như: Bộ luật Dân sự năm 2015 (Điều 32, 38); Luật Giao dịch điện tử năm 2005, Luật Công nghệ thông tin năm 2006 (Điều 21, 22, 67, 72), Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010 (Điều 6), Luật An toàn thông tin mạng năm 2018 (Mục 2 Chương 2), Nghị định số 52/2013/NĐ-CP. Tuy nhiên, các nội dung vẫn mang tính chất khái quát, vì chủ yếu nhằm mục đích bảo vệ thông tin cá nhân

⁹ Xem thêm Điều 12.8.

¹⁰ Xem thêm Điều 12.9.

nói chung, chưa có các điều khoản cụ thể liên quan đến việc lộ bí mật, thông tin cá nhân từ giao dịch TMĐT hoặc do việc đăng ký tại các phần mềm hoặc ứng dụng di động về TMĐT. Do đó, cần xây dựng các quy định chỉ rõ các hành vi được xem là xâm phạm đến thông tin người dùng, sử dụng trái phép thông tin của người khác, các hành vi gây ức chế cả về tâm lý (ví dụ như tin nhắn rác) và đưa ra các hình thức xử lý phù hợp.

Cuối cùng, hoàn thiện các quy định về tố tụng và các cơ chế giải quyết tranh chấp. Tranh chấp phát sinh từ các hoạt động TMĐT nên được định hướng để giải quyết theo phương thức hòa giải hoặc trọng tài thương mại trong môi trường pháp lý công bằng, thuận lợi. Các cơ quan xây dựng luật cần quy định rõ về các điều kiện để thông điệp dữ liệu được coi là chứng cứ, cách thức thu thập và bảo quản, đánh giá chứng cứ điện tử vì hoạt động điều tra, truy tố, xét xử các tội phạm liên quan đến lĩnh vực TMĐT bắt buộc phải dựa trên các chứng cứ điện tử, nếu không thì việc xét xử là không thể thực hiện được.

Thứ ba, bổ sung các quy định về nhân tín nhiệm như một điều kiện kinh doanh TMĐT. Việc gắn nhân tín nhiệm này đã được thực hiện tại nhiều quốc gia trong khuôn khổ RCEP cũng như các quốc gia trên thế giới. Tại các quốc gia có trình độ phát triển cao như Hoa Kỳ, Nhật Bản, Singapore, v.v.. các tổ chức cấp chứng nhận website TMĐT uy tín thường là các tổ chức tư nhân, như Truste của Hoa Kỳ, TradeSafe của Nhật Bản, TrustSg của Singapore. Trong khi đó, tại các nước có hoạt động TMĐT đang phát triển, việc cấp chứng nhận website TMĐT uy tín hoặc của các Hiệp hội đảm nhận, điển hình là DBD của Thái Lan, AMIPCI (Mexican Internet

Association) của Mexico¹¹. Tại Việt Nam, Hiệp hội TMĐT Việt Nam (VECOM) đã phối hợp với trung tâm phát triển TMĐT thuộc Cục TMĐT và Công nghệ thông tin xây dựng hệ thống tiêu chuẩn trong giao dịch TMĐT với tên Safeweb. Chính phủ có thể tham khảo kết hợp cùng với các Bộ, Ban, ngành liên quan để xây dựng một nhân tín nhiệm mới cho các doanh nghiệp TMĐT hoạt động tại Việt Nam, hoặc sử dụng lại chính Safeweb, lấy đây là một điều kiện tiên quyết để các website, ứng dụng di động cung cấp các dịch vụ, hàng hóa được phép hoạt động.

Thứ tư, tăng cường vai trò lập pháp, quản lý, giám sát của cơ quan nhà nước. Thực hiện giải pháp cũng đồng thời hiện thực hóa cho cam kết của Việt Nam tại RCEP trong Điều 12.10 về việc: (i) Mỗi Bên sẽ thông qua hoặc duy trì một khuôn khổ pháp lý điều chỉnh các giao dịch điện tử; (ii) Mỗi Bên sẽ nỗ lực tránh các cơ chế quản lý không cần thiết làm ảnh hưởng đến các giao dịch điện tử. Như vậy, cần rà soát tổng thể các văn bản pháp luật liên quan đến lĩnh vực TMĐT, từ đó sửa đổi, bổ sung các điều khoản chưa hợp lý để tạo sự thống nhất, đồng bộ trong các quy định về TMĐT. Cần thành lập nhóm nghiên cứu bao gồm các nhà khoa học, các nhà hoạt động thực tiễn, các chuyên gia pháp lý về các lĩnh vực có liên quan đến TMĐT để đưa ra các quy định bảo đảm tính đồng bộ và thống nhất trong hệ thống pháp luật.

Trong công tác giám sát chú trọng quản lý, kiểm tra trong các hoạt động TMĐT, giao dịch thanh toán, đặc biệt là các giao dịch thanh toán xuyên biên giới nhằm phát hiện và ngăn chặn kịp thời các hành vi vi phạm trong môi trường TMĐT. Thông qua những chiến dịch kiểm tra, thanh tra, những hành vi xâm phạm

¹¹ Nguyễn Hồng Quân (2011), *Gắn nhân tín nhiệm website – công cụ khẳng định uy tín của doanh nghiệp trên môi trường kinh doanh trực tuyến*, Tạp chí Kinh tế Đối ngoại, số 47, tr. 77- 87.

đã được đẩy lùi một bước, nhưng nếu không làm thường xuyên, không đồng bộ thì không hiệu quả.

Thứ năm, tham gia tích cực hội nhập khu vực và quốc tế, kết nối thông qua hiệp định song phương/đa phương với điều khoản thúc đẩy tự do hóa TMĐT. Các quốc gia trong khuôn khổ RCEP đã quy định ngay trong chính văn kiện RCEP về việc: Tham gia tích cực vào các diễn đàn khu vực và quốc tế để thúc đẩy phát triển TMĐT¹². Tăng cường kết nối thông qua các hiệp định đa phương và song phương cũng đồng thời giúp cho Việt Nam có cơ hội nhận được nhiều sự ưu đãi với các chính sách mở cửa thị trường từ các quốc gia, các vùng lãnh thổ khác nhau.

Thứ sáu, bồi dưỡng, nâng cao trình độ, kinh nghiệm cho các cán bộ quản lý và các chuyên viên phụ trách trong lĩnh vực TMĐT. Có thể thấy đây là lĩnh vực còn mới, mang tính chuyên sâu và liên quan tới nhiều các vấn đề khác như chính sách thuế, quy định về cạnh tranh, sở hữu trí tuệ, kỹ thuật công nghệ, thương mại, nên cần thường xuyên thực hiện đào tạo và nâng cao trình độ cho các cán bộ, công chức ở từng lĩnh vực gắn với TMĐT; không gộp chung cho một cơ quan hay một cán bộ quản lý tất cả các phương diện.

Thứ bảy, tăng cường ý thức thực hiện pháp luật của các cá nhân/tổ chức tham gia vào hoạt động TMĐT. Việt Nam tham gia đàm phán và ký kết ngày càng nhiều vào các hiệp định thương mại tự do chính là đem lại lợi ích cho các doanh nghiệp về những chính sách ưu đãi, cơ hội cho các doanh nghiệp được tiếp cận với thị trường nước ngoài một cách dễ dàng hơn thông qua các cơ chế mở cửa và tạo cơ sở tiếp nhận sự hỗ trợ về tài

chính, công nghệ từ các quốc gia khác, cũng như các doanh nghiệp nước ngoài. Song để các tổ chức/cá nhân có được hiểu biết chi tiết nhất, cơ quan nhà nước cũng cần tăng cường phổ biến thông tin, kiến thức về các FTA thế hệ mới nói chung và RCEP nói riêng đến với cộng đồng, đặc biệt là các cá nhân/doanh nghiệp thực hiện các hoạt động kinh doanh có liên quan đến TMĐT. Theo đó, cần vận hành hài hòa công thông tin chính sách thương mại theo cam kết trong các FTA mà Việt Nam là thành viên, xây dựng trang thông tin riêng về TMĐT cung cấp chi tiết các chính sách pháp luật trong nước và các cam kết quốc tế của Việt Nam.

Hiện nay, các quy định của pháp luật về TMĐT và thực hiện các giao dịch điện tử còn nhiều lỗ hổng, nên có không ít những trường hợp các doanh nghiệp, cá nhân dựa vào các lỗ hổng ấy để thực hiện các hành vi vi phạm pháp luật như trốn thuế, cạnh tranh không lành mạnh. Vì vậy, chính các chủ thể tham gia kinh doanh liên quan đến lĩnh vực TMĐT và người tiêu dùng cần nâng cao ý thức chấp hành pháp luật, trong đó bao gồm các quy định của pháp luật trong nước và cam kết tại các điều ước quốc tế.

Việc triển khai xây dựng các văn bản pháp luật để nội luật hóa RCEP và quy định chi tiết hơn về lĩnh vực TMĐT, giao dịch điện tử đã và đang được các cơ quan nhà nước có thẩm quyền tại Việt Nam xây dựng. Chúng ta có thể đặt niềm tin vào sự phát triển nhanh chóng và bền vững của ngành TMĐT nói riêng, và toàn bộ nền kinh tế Việt Nam nói chung. Theo đó, ngành TMĐT Việt Nam sẽ từng bước bắt nhịp được với các quốc gia phát triển trong khuôn khổ RCEP ■

¹² Xem thêm Khoản 1 Điều 12.4.

KHAI THÁC NGUỒN LỰC TÀI CHÍNH TỪ ĐẤT ĐAI THÔNG QUA CHUYỂN NHƯỢNG DỰ ÁN ĐẦU TƯ GẮN VỚI CHUYỂN NHƯỢNG QUYỀN SỬ DỤNG ĐẤT

Huỳnh Thị Kim Thoa

Công ty Luật TNHH Sophia

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Nguồn lực tài chính từ đất đai, chuyển nhượng dự án đầu tư, chuyển nhượng quyền sử dụng đất, quyền sử dụng đất.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 09/11/2021

Biên tập : 12/06/2022

Duyệt bài : 15/06/2022

Article Infomation:

Keywords: Financial resources from land; transfer of investment projects; transfer of land use rights; land use rights.

Article History:

Received : 09 Nov. 2021

Edited : 12 Jun 2022

Approved : 15 Jun 2022

Tóm tắt:

Trong phạm vi bài viết này, tác giả trình bày khái niệm, vai trò của khai thác nguồn lực tài chính từ đất đai thông qua chuyển nhượng dự án đầu tư gắn với chuyển nhượng quyền sử dụng đất; đồng thời, phân tích những bất cập trong quy định của pháp luật hiện hành dẫn đến thực trạng nguồn lực tài chính này chưa được khai thác hiệu quả; từ đó đề xuất một số kiến nghị.

Abstract:

Within this article, the author provides discussions of the concept and role of utilization of the financial resources from land through the transfer of investment projects associated with the transfer of land use rights; at the same time, the author also provides an analysis of the inadequacies in under the current law, which may lead to the fact of uneffective exploitation of the discussed financial resources; then proposes a number of recommendations.

1. Khái niệm và vai trò của khai thác nguồn lực tài chính từ đất đai thông qua chuyển nhượng dự án đầu tư gắn với chuyển nhượng quyền sử dụng đất

1.1. Khái niệm

Khai thác, sử dụng hợp lý, hiệu quả và tiết kiệm tài nguyên đất luôn là vấn đề trọng tâm hàng đầu của mỗi quốc gia. Các khoản thu tài chính từ đất đai hiện nay bao gồm: tiền sử dụng đất khi được Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng

đất, công nhận quyền sử dụng đất mà phải nộp tiền sử dụng đất; tiền thuê đất khi được Nhà nước cho thuê; thuế sử dụng đất; thuế thu nhập từ chuyển quyền sử dụng đất; tiền thu từ việc xử phạt vi phạm pháp luật về đất đai; tiền bồi thường cho Nhà nước khi gây thiệt hại trong quản lý và sử dụng đất đai; phí và lệ phí trong quản lý, sử dụng đất đai¹. Các khoản tài chính này được hình thành trong quá trình quản lý, sử dụng đất đai và cấu thành nguồn lực tài chính từ đất đai.

¹ Khoản 1 Điều 107 Luật Đất đai năm 2013.

Khai thác nguồn lực tài chính từ đất đai là quá trình sử dụng tổng thể các hình thức và công cụ chính sách pháp luật nhằm thu được giá trị (địa tô) từ đất đai thông qua các quan hệ kinh tế giữa các chủ thể sở hữu và sử dụng đất². Các công cụ chính sách pháp luật đó có thể mang tính trực tiếp như thu tiền sử dụng đất; tiền thuê đất; cầm cố, thế chấp quyền sử dụng đất; góp vốn bằng giá trị quyền sử dụng đất; đấu giá quyền sử dụng đất... hoặc mang tính gián tiếp như thuế sử dụng đất; thuế thu nhập từ chuyển nhượng quyền sử dụng đất; lệ phí trước bạ; lệ phí đăng ký biến động đất đai; xác định giá trị quyền sử dụng đất để tính vào giá trị tài sản của doanh nghiệp... Do đó, *khai thác nguồn lực tài chính từ đất đai thông qua chuyển nhượng dự án đầu tư gắn với chuyển nhượng quyền sử dụng đất là quá trình sử dụng tổng thể các hình thức và công cụ chính sách pháp luật nhằm thu được giá trị từ đất đai thông qua chuyển nhượng dự án đầu tư gắn với chuyển nhượng quyền sử dụng đất.*

1.2. Vai trò

Thứ nhất, đóng góp quan trọng vào nguồn thu ngân sách nhà nước.

Theo Điều 194 Luật Đất đai năm 2013, khoản 26 Điều 2 Nghị định số 01/2017/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung và quy định chi tiết thi hành Luật Đất đai), trước khi chuyển nhượng dự án đầu tư gắn với chuyển nhượng quyền sử dụng đất, nhà đầu tư phải thực hiện xong nghĩa vụ tài chính liên quan đến diện tích đất được chuyển nhượng. Quy định này góp phần thúc

đẩy các nhà đầu tư chưa hoặc chậm thực hiện nghĩa vụ tài chính về đất đai phải nhanh chóng hoàn thành để thực hiện quyền chuyển nhượng dự án đầu tư gắn với chuyển nhượng quyền sử dụng đất. Các nghĩa vụ tài chính này bao gồm: tiền sử dụng đất trong trường hợp nhà đầu tư được Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất, thực hiện chuyển mục đích sử dụng đất để chuyển nhượng dự án³; tiền thuê đất khi được Nhà nước cho thuê⁴.

Hoạt động chuyển nhượng dự án đầu tư gắn với chuyển nhượng quyền sử dụng đất còn đóng góp vào ngân sách nhà nước thông qua thuế thu nhập doanh nghiệp và thuế thu nhập cá nhân⁵. Khoản thuế này được tính trên cơ sở thu nhập mà doanh nghiệp, cá nhân nhận được từ hoạt động chuyển nhượng quyền sử dụng đất và thuế suất. Tuy khoản thu này chỉ mang tính thời điểm, phát sinh theo từng lần chuyển nhượng quyền sử dụng đất nhưng vẫn là nguồn thu quan trọng và khả thi cho Nhà nước. Bởi lẽ, số lượng chuyển nhượng dự án đầu tư gắn với chuyển nhượng quyền sử dụng đất đã và đang tăng nhanh; mức thuế suất tính thuế thu nhập là do Nhà nước ấn định nên mang tính cố định, phù hợp với chính sách thuế của Nhà nước theo từng giai đoạn của nền kinh tế⁶. Về lâu dài, hoạt động chuyển nhượng dự án đầu tư bất động sản nói chung và chuyển nhượng dự án đầu tư gắn với chuyển nhượng quyền sử dụng đất có thể càng phổ biến vì Nhà nước không còn quỹ đất để giao hoặc cho nhà đầu tư thuê đất. Khi đó, nguồn thu từ tiền sử dụng đất, tiền thuê đất giảm hoặc không còn, và được thay thế bởi thuế thu

² Trần Đức Thắng, Trần Diệu An (chủ nhiệm đề tài, 2018), *Hoàn thiện cơ chế, chính sách thu tiền sử dụng đất, tiền thuê đất, tiền thuê mặt nước theo tinh thần sửa đổi Luật Đất đai năm 2013*, Đề tài nghiên cứu khoa học cấp bộ, mã số 2018-13, Cục Quản lý công sản, tr. 20.

³ Điều 55, khoản 2 Điều 57 Luật Đất đai năm 2013, Điều 2 Nghị định số 45/2014/NĐ-CP.

⁴ Khoản 1 Điều 56 Luật Đất đai năm 2013, Điều 2 Nghị định số 46/2014/NĐ-CP.

⁵ Khoản 2 Điều 16 Thông tư số 78/2014/TT-BTC, khoản 5 Điều 2 Thông tư số 111/2013/TT-BTC.

⁶ Theo khoản 2 Điều 17 Thông tư số 78/2014/TT-BTC, khoản 2 Điều 17 Thông tư số 92/2015/TT-BTC: Thuế suất thuế thu nhập doanh nghiệp, thuế suất thuế thu nhập cá nhân đối với chuyển nhượng quyền sử dụng đất lần lượt là 20%, 2%.

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

nhập từ chuyển nhượng dự án đầu tư gắn với chuyển nhượng quyền sử dụng đất.

Ngoài ra, đối với dự án thuộc diện bảo đảm thực hiện dự án đầu tư, nhà đầu tư chuyển nhượng dự án còn phải hoàn thành nghĩa vụ ký quỹ hoặc có bảo lãnh của ngân hàng về nghĩa vụ ký quỹ để tránh trường hợp dự án bị chấm dứt hoạt động và không thể chuyển nhượng⁷. Theo khoản 2 Điều 26 Nghị định số 31/2021/NĐ-CP quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Đầu tư, mức ký quỹ để bảo đảm thực hiện dự án đầu tư được tính bằng tỷ lệ phần trăm trên vốn đầu tư của dự án đầu tư theo nguyên tắc lũy tiến từng phần như sau: (i) phần vốn đến 300 tỷ đồng, mức ký quỹ là 3%; (ii) phần vốn trên 300 tỷ đồng đến 1.000 tỷ đồng, mức ký quỹ là 2% và (iii) phần vốn trên 1.000 tỷ đồng, mức ký quỹ là 1%. Biện pháp ký quỹ hoặc bảo lãnh nghĩa vụ ký quỹ là biện pháp bảo đảm nhà đầu tư thực hiện dự án đúng tiến độ đã được phê duyệt. Bên cạnh đó, biện pháp này còn tránh được tình trạng lãng phí, bỏ hoang tài nguyên đất thực hiện dự án. Vì vậy, giá trị của đất đai được giữ gìn và khai thác. Ngoài ra, số tiền ký quỹ sẽ được nộp vào ngân sách nhà nước mà không phải hoàn trả cho nhà đầu tư trong các trường hợp: (i) Dự án bị chậm tiến độ đưa vào khai thác, vận hành theo quy định tại Quyết định chấp thuận chủ trương đầu tư, Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư mà không được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cho phép điều chỉnh tiến độ; (ii) Dự án bị chấm dứt hoạt động theo quy định tại khoản 2 Điều 48 Luật Đầu tư năm 2020, trừ trường hợp quy định tại điểm a khoản 2 Điều 47 Luật Đầu tư năm 2020⁸. Quy định này góp phần động viên tối đa nguồn thu ngân sách nhà nước từ diện tích đất sử dụng trong các dự án đầu tư.

Thứ hai, sử dụng đất hiệu quả và làm tăng thêm giá trị của đất.

Các nghĩa vụ tài chính từ đất đai còn buộc các nhà đầu tư sử dụng đất thực hiện dự án phải tính toán làm sao để giữ gìn, sử dụng đất đai hiệu quả, khai thác tối đa các tiềm năng sinh lợi từ đất... thông qua việc đầu tư xây dựng kết cấu hạ tầng trên đất, như chung cư cao cấp, nhà hàng, biệt thự du lịch, khu nghỉ dưỡng,... để việc chuyển nhượng quyền sử dụng đất (QSDĐ) của dự án dễ dàng và thu được giá cao. Giá trị của đất sử dụng cho dự án không chỉ được tăng thêm mà còn kéo theo sự tăng trưởng của giá đất tại các khu vực lân cận.

Thứ ba, giải quyết hài hoà lợi ích giữa Nhà nước và nhà đầu tư.

Nguồn lực từ đất đai chỉ được khai thác tối ưu khi đưa đất đai vận hành theo quy luật của kinh tế thị trường; trong đó, quyền chuyển nhượng QSDĐ là yếu tố quyết định đến giá trị và giá cả của đất. Trên thực tế, Nhà nước áp dụng chính sách giao đất, cho thuê đất đối với nhà đầu tư; đổi lại, nhà đầu tư phải trả tiền cho Nhà nước (tiền sử dụng đất, tiền thuê đất, thuế sử dụng đất). Trong hoạt động chuyển nhượng dự án đầu tư (DAĐT) gắn với chuyển nhượng QSDĐ, khoản tiền chuyển nhượng DADT có thể được xem là khoản cấp vốn bổ sung cho nhà đầu tư chuyển nhượng tiếp tục triển khai phần dự án còn lại (trong trường hợp chuyển nhượng một phần DADT), hoặc là nguồn cấp vốn đầu tư cho nhà đầu tư tạo lập DADT mới (trong trường hợp chuyển nhượng toàn bộ DADT). Do đó, để đối ứng quyền chuyển nhượng DADT mà Nhà nước cho phép, nhà đầu tư phải nộp vào ngân sách nhà nước thuế thu nhập từ hoạt động chuyển nhượng này.

Tuy nhiên, Nhà nước không cứng nhắc trong việc thu các khoản tài chính từ đất đai. Pháp luật vẫn quy định một số trường hợp được miễn, giảm tiền sử dụng đất, tiền thuê đất đối với nhà đầu tư

⁷ Điểm a khoản 1 Điều 46, điểm đ khoản 2 Điều 48, khoản 1 Điều 43 Luật Đầu tư năm 2020.

⁸ Khoản 10 Điều 26 Nghị định số 31/2021/NĐ-CP.

nhận chuyển nhượng dự án và thuê thu nhập từ chuyển nhượng DAĐT gắn với chuyển nhượng QSDĐ đối với nhà đầu tư chuyển nhượng dự án. Do đó, cả nhà đầu tư chuyển nhượng và nhà đầu tư nhận chuyển nhượng DAĐT vẫn có cơ hội nhận được ưu đãi, hỗ trợ của Nhà nước. Đây là một trong những cách thức điều tiết linh hoạt hoạt động khai thác nguồn lực tài chính từ đất đai của Nhà nước.

Thứ tư, tăng cường sự quản lý của Nhà nước đối với môi trường đầu tư kinh doanh bất động sản, giúp thị trường bất động sản phát triển lành mạnh và ổn định.

Trong lĩnh vực bất động sản, cái mà các chủ thể kinh doanh quan tâm chính là quyền tài sản đối với đất đai như quyền khai thác, sử dụng và giao dịch⁹. Vì vậy, số lượng giao dịch - chuyển nhượng quyền sử dụng đất cùng với chuyển nhượng DAĐT luôn có xu hướng tăng cao. Thông qua chính sách thu thuế từ chuyển nhượng DAĐT gắn với chuyển nhượng QSDĐ, Nhà nước sẽ nắm bắt được những thông tin về chuyển nhượng QSDĐ diễn ra trên thị trường và có biện pháp quản lý môi trường đầu tư kinh doanh bất động sản.

2. Những bất cập trong quy định của pháp luật liên quan

2.1. Về điều kiện chuyển nhượng dự án đầu tư gắn với chuyển nhượng quyền sử dụng đất

Khi chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ DAĐT, nhà đầu tư phải tuân thủ các điều kiện quy định tại khoản 1 Điều 46 Luật Đầu tư năm 2020. Đối với trường hợp chuyển nhượng DAĐT gắn với chuyển nhượng QSDĐ, ngoài pháp luật đầu tư, nhà đầu tư còn phải tuân thủ các điều kiện quy định trong pháp luật đất đai và pháp luật kinh doanh bất động sản. Theo Luật Đất đai năm 2013, dự án chuyển nhượng

cả QSDĐ phải tuân thủ các điều kiện: một phần hoặc toàn bộ dự án chuyển nhượng đã có giấy chứng nhận QSDĐ, đủ điều kiện quy định tại khoản 1 Điều 188 Luật Đất đai năm 2013, phải xây dựng xong các công trình hạ tầng kỹ thuật tương ứng theo tiến độ ghi trong dự án đã được phê duyệt, chủ đầu tư đã hoàn thành nghĩa vụ tài chính liên quan đến đất đai của dự án (tương ứng với một phần hoặc toàn bộ diện tích đất của dự án được chuyển nhượng)¹⁰. Các điều kiện này tương tự với Điều 49 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 (Luật KDBĐS): dự án đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt, đã có quy hoạch chi tiết 1/500 hoặc quy hoạch tổng mặt bằng được phê duyệt; dự án, phần dự án đã hoàn thành xong việc bồi thường, giải phóng mặt bằng, đối với trường hợp chuyển nhượng toàn bộ dự án đầu tư xây dựng kết cấu hạ tầng thì phải xây dựng xong các công trình hạ tầng kỹ thuật tương ứng theo tiến độ ghi trong dự án đã được phê duyệt; dự án không có tranh chấp quyền sử dụng đất, không bị kê biên để đảm bảo thi hành án hoặc để chấp hành quyết định hành chính của cơ quan nhà nước có thẩm quyền; không có quyết định thu hồi dự án, thu hồi đất của cơ quan nhà nước có thẩm quyền; trường hợp có vi phạm trong quá trình triển khai dự án thì chủ đầu tư phải chấp hành xong quyết định xử phạt.

Nhìn chung, một số điều kiện chuyển nhượng DAĐT gắn với chuyển nhượng QSDĐ quy định tại Luật Đất đai năm 2013 và Luật KDBĐS còn chung chung, chưa phù hợp, gây khó khăn cho nhà đầu tư thực hiện chuyển nhượng. Cụ thể, quy định phần đất của dự án được chuyển nhượng phải có giấy chứng nhận QSDĐ mới được chuyển nhượng là không cần thiết. Bởi lẽ, khi được Nhà nước ra quyết định giao đất, cho thuê đất để thực hiện DAĐT thì nhà đầu tư đã có QSDĐ nên việc có hay không giấy chứng

⁹ Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh (2014), *Giáo trình Luật đất đai*, Nxb. Hồng Đức, tr. 29.

¹⁰ Xem thêm: Điều 194 Luật Đất đai năm 2013, khoản 26 Điều 2 Nghị định số 01/2017/NĐ-CP.

nhận QSDĐ chỉ là vấn đề về hình thức, không làm ảnh hưởng đến bản chất QSDĐ đã được xác lập của nhà đầu tư. Ngoài ra, điều kiện chuyển nhượng là đất không có tranh chấp chưa được pháp luật hiện hành giải thích, hướng dẫn nên có thể dẫn đến cách hiểu và thực hiện không thống nhất. Thực tế, để xác định đất không có tranh chấp là dựa vào giấy xác nhận của Ủy ban nhân dân (UBND) cấp xã nơi có đất. Bên cạnh đó, Luật KDBĐS quy định nhà đầu tư nhận chuyển nhượng dự án kinh doanh bất động sản phải có đủ năng lực tài chính nhưng chưa đưa ra định nghĩa hay tiêu chí cụ thể; do đó, việc xác định hoàn toàn phụ thuộc vào ý chí đánh giá của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Mặt khác, Luật KDBĐS quy định việc chuyển nhượng không được làm thay đổi mục tiêu hoặc thay đổi nội dung dự án là không phù hợp với quy định của Luật Đầu tư, vì Điều 41 Luật Đầu tư năm 2020 cho phép nhà đầu tư được quyền thay đổi mục tiêu, nội dung dự án nếu được cơ quan nhà nước có thẩm quyền chấp thuận. Đây không chỉ là nguyên nhân gây ra thực trạng chuyển nhượng DAĐT không đúng bản chất luật định (chuyển nhượng theo hình thức chuyển nhượng vốn, bồi thường và giải phóng mặt bằng, ...) mà còn làm thất thoát các khoản thu tài chính từ đất đai vào ngân sách nhà nước đối với hoạt động này.

2.2. Về hợp đồng chuyển nhượng dự án đầu tư gắn với chuyển nhượng quyền sử dụng đất

Hiện nay, pháp luật đầu tư không quy định về hợp đồng chuyển nhượng DAĐT cũng như hợp đồng chuyển nhượng DAĐT gắn với chuyển nhượng QSDĐ. Luật KDBĐS quy định các nội dung chính bắt buộc của hợp đồng chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án bất động sản tại Điều 53¹¹ và hình thức hợp đồng này đã được cụ thể hoá theo Mẫu số 05 quy định tại Phụ lục ban hành kèm theo Nghị định số 76/2015/NĐ-CP. Tuy nhiên, theo Điều 48 Luật KDBĐS, hoạt động chuyển nhượng dự án bất động sản được tiến hành giữa các “chủ đầu tư” với nhau. Còn Luật Đầu tư năm 2020 dùng thuật ngữ “nhà đầu tư”¹² để chỉ chủ thể của hoạt động chuyển nhượng DAĐT (khoản 1 Điều 46). Việc thiếu thống nhất giữa các luật khi sử dụng thuật ngữ “chủ đầu tư”, “nhà đầu tư” có thể khiến cho các đối tượng thực hiện không có cách hiểu thống nhất về chủ thể thực hiện chuyển nhượng DAĐT gắn với chuyển nhượng QSDĐ, và khó khăn trong việc áp dụng hợp đồng chuyển nhượng DAĐT gắn với chuyển nhượng QSDĐ¹³. Hơn nữa, mẫu hợp đồng số 05 quy định tại Phụ lục ban hành kèm theo Nghị định số 76/2015/NĐ-CP chỉ căn cứ vào Luật KDBĐS, không căn cứ vào Luật Đầu tư để ký kết hợp đồng, càng làm cho các chủ thể chuyển nhượng DAĐT gắn với chuyển nhượng QSDĐ có cơ sở để “tờ chổi” áp dụng hình thức hợp đồng theo pháp luật kinh doanh bất động sản.

¹¹ Điều 53 Luật KDBĐS quy định hợp đồng chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án bất động sản phải có các nội dung chính sau đây: 1) Tên, địa chỉ của các bên; 2) Thông tin cơ bản của dự án đã được phê duyệt; 3) Thông tin chi tiết về toàn bộ dự án hoặc phần dự án chuyển nhượng; 4) Giá chuyển nhượng; 5) Phương thức và thời hạn thanh toán; 6) Thời hạn bàn giao toàn bộ hoặc một phần dự án và hồ sơ kèm theo; 7) Quyền và nghĩa vụ của các bên; 8) Trách nhiệm của các bên trong việc thực hiện các thủ tục hành chính liên quan đến quyền sử dụng đất; 9) Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng; 10) Phạt vi phạm hợp đồng; 11) Giải quyết tranh chấp; 12) Các trường hợp chấm dứt thực hiện hợp đồng và các biện pháp xử lý; 13) Thời điểm có hiệu lực của hợp đồng.

¹² Khoản 18 Điều 3 Luật Đầu tư năm 2020 định nghĩa khái niệm “nhà đầu tư” như sau: “Nhà đầu tư là tổ chức, cá nhân thực hiện hoạt động đầu tư kinh doanh, gồm nhà đầu tư trong nước, nhà đầu tư nước ngoài và tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài”.

¹³ Xem thêm: Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam (2019), *Báo cáo chông chéo pháp luật về đầu tư kinh doanh*, Hà Nội, tr. 26.

Việc pháp luật không quy định, quy định không rõ hợp đồng chuyển nhượng DABT gắn với chuyển nhượng QSDĐ dẫn đến tình trạng nhiều nhà đầu tư ký kết các loại hợp đồng chuyển nhượng DABT gắn với chuyển nhượng QSDĐ khác bản chất của hoạt động chuyển nhượng DABT để né tránh tối đa các nghĩa vụ tài chính phát sinh từ hoạt động này với Nhà nước. Có thể kể đến một vài hình thức hợp đồng như sau:

- *Hợp đồng chuyển nhượng vốn (chuyển nhượng cổ phần/phần vốn góp) có sở hữu DABT có sử dụng đất*: Hình thức này ngày càng phổ biến khi các nhà đầu tư muốn chuyển nhượng DABT nhưng dự án chưa đáp ứng đủ điều kiện chuyển nhượng, hoặc việc chuyển nhượng dự án gặp khó khăn, vướng mắc về thủ tục hành chính. Bởi lẽ, bên nhận chuyển nhượng sẽ sở hữu toàn bộ cổ phần/phần vốn góp của các cổ đông/thành viên công ty, trở thành chủ sở hữu mới đối với công ty và gián tiếp sở hữu DABT có sử dụng đất. Bên cạnh đó, DABT chuyển nhượng và các bên tham gia chuyển nhượng DABT sẽ không qua thủ tục kiểm tra, thẩm tra và cũng không phải đáp ứng điều kiện chuyển nhượng DABT theo quy định của pháp luật. Tuy nhiên, việc chuyển nhượng DABT dưới hình thức chuyển nhượng vốn đã khiến Nhà nước thất thu một khoản thu từ thuế giá trị gia tăng và thuế thu nhập. Điều 11 Thông tư số 219/2013/TT-BTC quy định khi DABT đã hoàn thành và chính thức đi vào hoạt động, phát sinh doanh thu mà nhà đầu tư chuyển nhượng DABT thì phải kê khai nộp thuế giá trị gia tăng với thuế suất là 10%, trừ trường hợp tổ chức, cá nhân chuyển nhượng DABT để sản xuất, kinh doanh hàng hoá, dịch vụ chịu thuế giá trị gia tăng cho doanh nghiệp, hợp tác xã thì không phải kê khai, nộp thuế

giá trị gia tăng¹⁴. Đối với thuế thu nhập, trên thực tế, cơ quan thuế rất khó kiểm soát và thu thuế thu nhập từ chuyển nhượng vốn, vì khó biết được giá chuyển nhượng có đúng với thực tế hay không. Đa số các trường hợp đều khai chuyển nhượng ngang giá nên không phát sinh thu nhập chịu thuế. Hơn nữa, nếu có phát sinh thu nhập chịu thuế thì Nhà nước vẫn bị mất khoản tiền thuế chênh lệch giữa thuế thu nhập được tính trên giá trị QSDĐ chuyển nhượng, và thuế thu nhập tính trên giá chuyển nhượng cổ phần, phần vốn góp có sở hữu đất đai. Ngoài ra, Nhà nước còn thất thu các khoản tài chính như lệ phí trước bạ, lệ phí địa chính, thẩm định hồ sơ chuyển nhượng dự án, lệ phí cấp giấy chứng nhận QSDĐ, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất.

- *Hợp đồng bồi thường, giải phóng mặt bằng DABT*: Trong hợp đồng này, bên chuyển nhượng sẽ chấm dứt DABT đang thực hiện, bên nhận chuyển nhượng sẽ xin phép cơ quan nhà nước có thẩm quyền cho phép thực hiện, triển khai DABT tương tự như DABT của bên chuyển nhượng. Sau khi đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền chấp thuận, cho phép thực hiện, triển khai DABT, hai bên sẽ ký hợp đồng thoả thuận bồi thường, giải phóng mặt bằng dự án và chuyển giao các tài sản của dự án từ bên chuyển nhượng sang bên nhận chuyển nhượng¹⁵. Do đó, QSDĐ của dự án ban đầu cũng được chuyển nhượng cho nhà đầu tư mới. Trên thực tế, cách thức chuyển nhượng này đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cho phép. Đơn cử là trường hợp sau: Công ty cổ phần Ngôi sao may mắn đã chuyển nhượng dự án Khu nghỉ dưỡng Holiday Inn Phú Quốc cho Công ty TNHH Một thành viên Du lịch Cosmos Phú Quốc, bằng cách xin chấm dứt hoạt động của dự án và đề nghị chuyển nhượng

¹⁴ Khoản 4 Điều 5 Thông tư số 219/2013/TT-BTC.

¹⁵ Trương Thế Côn (2019), *Chuyển nhượng dự án đầu tư theo pháp luật Việt Nam*, Luận án tiến sĩ luật học, Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội, tr. 130.

dự án này cho Công ty TNHH Một thành viên Du lịch Cosmos Phú Quốc. Nội dung này đã được Ban Quản lý đầu tư phát triển Đảo Phú Quốc chấp thuận. Trên cơ sở đó, Công ty cổ phần Ngôi sao may mắn và Công ty TNHH một thành viên Du lịch Cosmos Phú Quốc đã ký văn bản thoả thuận bồi thường QSDĐ và tài sản gắn liền với đất tại văn phòng công chứng. Vụ việc này chính là chuyển nhượng DAĐT gắn với chuyển nhượng QSDĐ, song các bên lại thoả thuận chuyển nhượng DAĐT khác với điều kiện, trình tự, thủ tục mà pháp luật đầu tư và pháp luật kinh doanh bất động sản quy định. Đối với nghĩa vụ tài chính về đất đai, nhà đầu tư chuyển nhượng phải hoàn tất việc nộp các khoản tiền sử dụng đất hoặc tiền thuê đất để làm thủ tục chấm dứt DAĐT và theo thoả thuận bồi thường quyền sử dụng đất, bên chuyển nhượng được nhận tiền bồi thường - tiền chuyển nhượng DAĐT; do đó, chỉ phát sinh nghĩa vụ thuế thu nhập doanh nghiệp của nhà đầu tư chuyển nhượng.

2.3. Về giá đất làm căn cứ tính các khoản tài chính về đất đai từ chuyển nhượng dự án đầu tư gắn với chuyển nhượng quyền sử dụng đất

Để giá đất được thống nhất trên cả nước, Nhà nước ban hành khung giá đất, bảng giá đất và quyết định giá đất cụ thể. Theo đó, khung giá đất được ban hành định kỳ 05 năm một lần, có điều chỉnh khi giá đất phổ biến trên thị trường biến động tăng giảm từ 20% trở lên so với giá tối thiểu trong khung giá đất¹⁶. Căn cứ khung giá đất, UBND cấp tỉnh xây dựng bảng giá đất cũng theo định kỳ 05 năm một lần và quy định việc điều chỉnh bảng giá đất. Tuy nhiên, khung giá đất và bảng giá đất còn chưa phù hợp, chưa sát với thực tế giá chuyển nhượng QSDĐ trên

thị trường. Bảng giá đất dường như không thay đổi trong một thời gian dài, trong khi thị trường đất đai thay đổi liên tục đã làm cho mức giá đất trên thực tế tăng lên nhanh chóng, dẫn đến sự chênh lệch lớn với giá đất theo khung giá đất, giá đất theo bảng giá đất, gây ra nhiều vướng mắc trong xác định giá đất để tính các khoản tiền sử dụng đất, tiền thuê đất, thuế sử dụng đất sau khi nhà đầu tư mới nhận chuyển nhượng và thuế thu nhập từ chuyển nhượng DAĐT gắn với chuyển nhượng QSDĐ khi nhà đầu tư chuyển nhượng dự án.

Theo Điều 17 Thông tư số 92/2015/TT-BTC, trường hợp trên hợp đồng chuyển nhượng không ghi giá đất hoặc giá đất trên hợp đồng chuyển nhượng thấp hơn giá do UBND cấp tỉnh quy định thì giá chuyển nhượng để tính thuế thu nhập cá nhân là giá đất do UBND cấp tỉnh quy định tại thời điểm chuyển nhượng theo quy định của pháp luật về đất đai. Trên thực tế, nhiều nhà đầu tư cá nhân chuyển nhượng DAĐT gắn với chuyển nhượng QSDĐ đã tìm cách “né thuế” bằng cách không ghi giá hoặc ghi giá chuyển nhượng ngang hoặc thấp hơn giá đất do UBND cấp tỉnh quy định. Bởi lẽ, giá đất theo bảng giá của UBND cấp tỉnh ban hành thấp hơn nhiều so với giá thị trường¹⁷. Điều này dẫn đến không hoặc làm phát sinh rất ít tiền thuế thu nhập cá nhân từ chuyển nhượng QSDĐ. Trường hợp cơ quan thuế phát hiện khai sai giá trị chuyển nhượng tại thời điểm nộp thuế và ấn định ngang giá đất của UBND cấp tỉnh hoặc phát hiện sau khi nộp thuế để truy thu thuế, xử phạt hành chính thì tỷ lệ thất thu cho ngân sách nhà nước vẫn rất lớn. Bởi công tác truy thu, kiểm tra, phát hiện khai sai giá trị chuyển nhượng không dễ dàng, việc truy thu thuế sai có thể gây ra khiếu kiện đối với cơ quan thuế.

¹⁶ Theo Điều 113 Luật Đất đai năm 2013.

¹⁷ Nguyễn Hoàng, Kim Thảo (2021), “Né thuế” chuyển nhượng nhà đất: Thực trạng và giải pháp ngăn chặn, <https://baoquangbinh.vn/kinh-te/202102/ne-thue-chuyen-nhuong-nha-dat-thuc-trang-va-giai-phap-ngan-ngan-chan-2185355/>, truy cập ngày 11/07/2021.

Đối với nhà đầu tư chuyển nhượng DAĐT gắn với chuyển nhượng QSDĐ là doanh nghiệp, họ có thể bị thiệt hại về số tiền thuế thu nhập doanh nghiệp. Thu nhập chịu thuế quy định tại khoản 1 Điều 17 Thông tư số 78/2014/TT-BTC được xác định bằng doanh thu từ hoạt động chuyển nhượng bất động sản trừ giá vốn của bất động sản và các khoản chi phí được trừ liên quan đến hoạt động chuyển nhượng bất động sản. Trong đó, giá vốn đối với đất nhận quyền sử dụng từ nhà đầu tư trước đây (tức trường hợp nhận chuyển nhượng để chuyển nhượng lại) mà không có hợp đồng hoặc chứng từ trả tiền hợp pháp thì giá vốn được tính theo giá đất do UBND cấp tỉnh quy định tại thời điểm doanh nghiệp nhận chuyển nhượng bất động sản. Nhưng trên thực tế, có nhiều dự án chuyển nhượng từ rất lâu. Tại thời điểm nhận chuyển nhượng, giá đất làm căn cứ tính thuế thu nhập từ chuyển nhượng QSDĐ trong DAĐT rất thấp vì tính theo giá đất do UBND cấp tỉnh ban hành. Tuy nhiên, giá đất rất thấp lại dẫn tới giá vốn mua vào của doanh nghiệp chuyển nhượng rất cao, đồng nghĩa với việc thu nhập chịu thuế của doanh nghiệp rất cao. Điều này khiến nhà đầu tư chuyển nhượng DAĐT lúng túng, không biết tính giá vốn như thế nào là đúng quy định và không gây thiệt hại cho mình. Đây là một trong những hạn chế làm cho hoạt động chuyển nhượng DAĐT gắn với chuyển nhượng QSDĐ kém sôi nổi, dẫn đến Nhà nước không thể khai thác tối đa nguồn thu tài chính từ đất đai thông qua hoạt động này.

2.4. Về quy định hạn chế tổ chức, cá nhân nước ngoài tham gia vào hoạt động chuyển nhượng dự án đầu tư gắn với chuyển nhượng quyền sử dụng đất

Hiện nay, tổ chức, cá nhân nước ngoài không được nhận chuyển nhượng QSDĐ, nhưng họ có quyền xác lập QSDĐ thông qua việc thành lập

doanh nghiệp kinh doanh bất động sản để nhận chuyển nhượng DAĐT có sử dụng đất¹⁸. Điều này góp phần lý giải vì sao số lượng tổ chức, cá nhân nước ngoài đầu tư vào lĩnh vực kinh doanh bất động sản luôn chiếm tỷ trọng cao so với các ngành, nghề đầu tư kinh doanh khác. Năm 2019, kinh doanh bất động sản đứng vị trí thứ hai trong các ngành, nghề đầu tư với tổng vốn đăng ký là 3,88 tỷ USD, chiếm 10,2% tổng vốn đầu tư đăng ký. Năm 2020, tuy lĩnh vực bất động sản rơi xuống vị trí thứ ba nhưng tổng vốn đầu tư đăng ký tăng hơn năm 2019 ở mức 4,2 tỷ USD. Riêng 6 tháng đầu năm 2021, tổng vốn đầu tư đăng ký đối với bất động sản đạt 1,15 tỷ USD, đứng vị trí thứ ba trong tổng số ngành nghề đầu tư kinh doanh¹⁹. Song song đó, hoạt động chuyển nhượng DAĐT gắn với chuyển nhượng QSDĐ đang diễn ra ngày càng phổ biến trên thị trường. Tuy nhiên, quy định của pháp luật hiện đang tạo ra rào cản làm giảm sức hút nhà đầu tư nước ngoài trong lĩnh vực này, vô hình trung, ảnh hưởng đến việc khai thác các tiềm năng sinh lợi từ đất đai thông qua hoạt động chuyển nhượng DAĐT gắn với chuyển nhượng QSDĐ.

So với tổ chức, cá nhân trong nước, tổ chức, cá nhân nước ngoài bị hạn chế về phạm vi kinh doanh bất động sản. Cụ thể, theo Điều 11 Luật KDBĐS, tổ chức, cá nhân nước ngoài không được mua nhà, công trình xây dựng để bán, cho thuê, cho thuê mua; không được chuyển nhượng QSDĐ dưới hình thức phân lô, bán nền; không được đầu tư xây dựng hạ tầng kỹ thuật nghĩa trang, nghĩa địa để chuyển nhượng QSDĐ gắn với hạ tầng kỹ thuật đó; không được nhận chuyển nhượng, thuê QSDĐ của tổ chức, hộ gia đình, cá nhân để đầu tư xây dựng hạ tầng kỹ thuật để chuyển nhượng, cho thuê đất đã có hạ tầng kỹ thuật đó.

Trên thực tế, có rất nhiều dự án kinh doanh bất động sản bị “đắp chiếu” vì năng lực tài chính, quản

¹⁸ Khoản 1 Điều 191 Luật Đất đai năm 2013, khoản 3 Điều 49 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014.

¹⁹ Thống kê của Cục Đầu tư nước ngoài - Bộ Kế hoạch và Đầu tư, <https://fia.mpi.gov.vn/List/CatID/f3cb5873-74b1-4a47-a57c-a491e0be4051>, truy cập ngày 09/07/2021.

trị điều hành kinh doanh,... yếu kém, buộc nhà đầu tư phải xoay sở bằng cách chuyển nhượng dự án. Như đã phân tích, hoạt động chuyển nhượng DAĐT gắn với chuyển nhượng QSDĐ luôn thu hút nhiều sự quan tâm của nhà đầu tư, đặc biệt là tổ chức, cá nhân nước ngoài muốn tham gia vào thị trường kinh doanh bất động sản tại Việt Nam. Các tổ chức, cá nhân nước ngoài luôn được đánh giá là nguồn lực đầu tư mạnh về vốn, kỹ năng quản trị điều hành, trình độ khoa học kỹ thuật và kinh nghiệm kinh doanh trên trường quốc tế. Do đó, khi các tổ chức, cá nhân nước ngoài có quyền bình đẳng về phạm vi kinh doanh bất động sản với các tổ chức, cá nhân trong nước thì hoạt động nhận chuyển nhượng DAĐT cũng trở nên dễ dàng và phổ biến hơn. Đồng thời, góp phần giải quyết nhanh chóng tình trạng DAĐT được chuyển nhượng bị chậm tiến độ, đất thực hiện dự án không được sử dụng đúng mục đích, ảnh hưởng đến quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất của Nhà nước.

3. Một số kiến nghị

Một là, sửa đổi, bổ sung quy định về điều kiện chuyển nhượng DAĐT gắn với chuyển nhượng QSDĐ. Cụ thể, Điều 194 Luật Đất đai năm 2013 cần sửa đổi theo hướng bãi bỏ điều kiện chuyển nhượng DAĐT là phải có giấy chứng nhận QSDĐ. Đồng thời, cần ban hành văn bản hướng dẫn thế nào là đất không có tranh chấp. Điều 48 Luật KDBĐS cần sửa đổi quy định về việc không được làm thay đổi mục tiêu, nội dung của DAĐT khi chuyển nhượng thành: “Trường hợp chuyển nhượng DAĐT dẫn tới thay đổi mục tiêu, nội dung của DAĐT thì phải được cơ quan nhà nước có thẩm quyền chấp thuận”. Bên cạnh đó, khoản 3 Điều 49 LKDBĐS năm 2014 nên quy định cụ thể thế nào là có đủ năng lực tài chính để nhận chuyển nhượng dự án kinh doanh bất động sản.

Hai là, sửa đổi thuật ngữ “chủ đầu tư” trong pháp luật kinh doanh bất động sản thành “nhà đầu tư” để thống nhất cách hiểu, cách sử dụng với pháp luật đầu tư. Ngoài ra, Luật Đầu tư năm 2020 cần bổ sung quy định về hợp đồng chuyển nhượng DAĐT để làm cơ sở áp dụng, thực hiện

khi chuyển nhượng các loại hình DAĐT, trong đó có chuyển nhượng DAĐT gắn với chuyển nhượng quyền sử dụng đất. Quy định về hợp đồng chuyển nhượng DAĐT nên quy định cụ thể các nội dung chính bắt buộc của hợp đồng, hình thức hợp đồng phải bằng văn bản và được công chứng, chứng thực nếu pháp luật trong ngành, nghề, lĩnh vực liên quan có quy định.

Ba là, sửa đổi quy định về giá đất. Luật Đất đai năm 2013 cần sửa đổi, bổ sung quy định về điều chỉnh khung giá đất, bảng giá đất mang tính linh hoạt, phù hợp với từng loại đất và các đối tượng sử dụng đất; bổ sung quy định về tổ chức tư vấn định giá đất độc lập để tham mưu xây dựng và cập nhật biến động giá đất trên thị trường. Đồng thời, bổ sung quy định về việc xây dựng dữ liệu về giá đất thị trường để thuận lợi cho thực hiện xác định giá đất. Bên cạnh đó, việc phân lô bán nền (bán đất thô, không có đầu tư vào đất) đã dẫn tới giá đất tăng lên; do đó, Luật Đất đai năm 2013 cần sửa đổi, bổ sung quy định về việc đất phân lô bán nền: chỉ cho phép phân lô bán nền đối với các đối tượng có thu nhập thấp ở các khu vực đô thị hoặc vùng giãn dân nông thôn.

Ngoài ra, Luật Thuế thu nhập doanh nghiệp cần bổ sung quy định về chỉ số giá điều chỉnh giá vốn bất động sản để doanh nghiệp chuyển nhượng dự án bất động sản không chịu thiệt, bảo đảm hoạt động chuyển nhượng diễn ra công bằng. Chỉ số giá điều chỉnh giá vốn bất động sản sẽ là chỉ số giá tiêu dùng được Nhà nước công bố hằng năm. Cụ thể, thu nhập chịu thuế từ chuyển nhượng bất động sản được xác định bằng doanh thu từ hoạt động chuyển nhượng bất động sản trừ giá vốn của bất động sản nhân với chỉ số giá điều chỉnh và trừ các khoản chi phí được trừ liên quan đến hoạt động chuyển nhượng bất động sản.

Bốn là, Luật KDBĐS cần sửa đổi: thống nhất phạm vi kinh doanh bất động sản của tổ chức, cá nhân trong nước và tổ chức, cá nhân ngoài nước, góp phần đảm bảo nguyên tắc bình đẳng trong đầu tư kinh doanh, tránh mâu thuẫn với quy định của Luật Đầu tư hiện hành ■

XÁC ĐỊNH CHỦ THỂ CỦA HỢP ĐỒNG TÍN DỤNG TRONG QUÁ TRÌNH GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP TẠI TÒA ÁN

Phan Trung Hiền*

Lê Văn Cư**

*PGS.TS. Khoa Luật, Trường Đại học Cần Thơ

**ThS. Phó Chánh án Tòa án nhân dân huyện Tân Hồng, tỉnh Đồng Tháp

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Hợp đồng tín dụng, chủ thể hợp đồng tín dụng, tranh chấp hợp đồng tín dụng.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 01/03/2022

Biên tập : 16/06/2022

Duyệt bài : 18/06/2022

Article Information:

Keywords: Credit contract; subject of credit contract; credit contract disputes.

Article History:

Received : 01 Mar. 2022

Edited : 16 Jun 2022

Approved : 18 Jun 2022

Tóm tắt:

Hợp đồng tín dụng là sự thỏa thuận bằng văn bản giữa các tổ chức tín dụng (bên cho vay) với pháp nhân, cá nhân (bên vay) có đủ những điều kiện do luật định. Thông qua việc phân tích những bất cập trong quá trình áp dụng pháp luật về giải quyết tranh chấp tại Tòa án liên quan đến chủ thể trong hợp đồng tín dụng, các tác giả kiến nghị một số giải pháp hoàn thiện các quy định của pháp luật về xác định chủ thể trong các hợp đồng tín dụng ở Việt Nam.

Abstract:

Credit contract is a written agreement between a credit institution (the lender) and a legal entity or individual (the borrower) that fully meets the conditions prescribed by law. The authors, based on analyses of the inadequacies in the process of applying the law on dispute settlement at the Court related to the subjects in the credit contract, provide a number of recommendations for further improvements of the provisions on identification of subjects in credit contracts in Vietnam.

1. Khái quát về hợp đồng tín dụng và chủ thể của hợp đồng tín dụng

1.1. Khái quát về hợp đồng tín dụng

Hợp đồng tín dụng về bản chất là hợp đồng vay tài sản, mà bên cho vay là các tổ chức tín dụng, chủ yếu là các Ngân hàng thương mại. Tín dụng phản ánh mối quan hệ sử dụng vốn lẫn nhau giữa các chủ thể trong nền kinh tế dựa trên cơ sở thỏa thuận. Theo đó, người cho vay chuyển giao cho người đi vay một lượng giá trị nhất định trong một thời hạn nhất định, hết thời hạn đó người đi vay phải hoàn trả cho người

cho vay một lượng giá trị lớn hơn ban đầu (tức là hoàn trả cả vốn lẫn lãi). Có nhiều loại hình tín dụng khác nhau như: tín dụng ngân hàng, tín dụng thương mại... Trong đó, tín dụng ngân hàng là hình thức tín dụng chủ yếu của nền kinh tế thị trường, vì nó đáp ứng nhu cầu về vốn đa dạng của các chủ thể khác nhau. Tín dụng ngân hàng là hình thức cho vay giữa một bên là các tổ chức tín dụng và một bên là các tổ chức, cá nhân trong nền kinh tế; trong đó, tổ chức tín dụng thực hiện việc chuyển giao các nguồn tiền tệ hoặc tài sản cho bên đi vay trong một thời gian nhất định theo nguyên tắc

có hoàn trả cả vốn và lãi vay. Qua đó, tạo môi trường kinh doanh thuận lợi cho các doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế, góp phần phát triển bền vững và nâng cao năng lực cạnh tranh của nền kinh tế.

Tín dụng ngân hàng là hoạt động kinh doanh đặc thù, riêng có của các tổ chức tín dụng. Trong đó, cấp tín dụng là việc thỏa thuận để tổ chức, cá nhân sử dụng một khoản tiền hoặc cam kết cho phép sử dụng một khoản tiền theo nguyên tắc có hoàn trả bằng nghiệp vụ cho vay, chiết khấu, cho thuê tài chính, bao thanh toán, bảo lãnh ngân hàng và các nghiệp vụ cấp tín dụng khác¹. Trong số các hoạt động cấp tín dụng thì nghiệp vụ cho vay đối với khách hàng được thực hiện nhiều nhất và chiếm tỷ lệ lớn nhất. Đây là một trong những chức năng cơ bản của hoạt động ngân hàng và các tổ chức tín dụng, hình thức pháp lý của quan hệ cấp tín dụng là hợp đồng tín dụng.

Hợp đồng tín dụng là một loại hợp đồng rất thông dụng trong đời sống, kinh tế - xã hội nhưng mang tính chất đặc thù xuất phát từ bản chất của tín dụng ngân hàng và chủ thể thực hiện hợp đồng. Hợp đồng tín dụng có bản chất pháp lý chung là hợp đồng, là sự thỏa thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự. Hợp đồng tín dụng là hình thức pháp lý của quan hệ cho vay giữa tổ chức tín dụng với khách hàng vay, gồm pháp nhân và cá nhân. Cho vay là hình thức cấp tín dụng, theo đó bên cho vay giao hoặc cam kết giao cho khách hàng một khoản tiền để sử dụng vào mục đích xác định trong một thời gian nhất định theo thỏa thuận với nguyên tắc có hoàn trả cả gốc và lãi², sự thỏa thuận này phải phù hợp với quy chế cho vay của tổ chức tín dụng với khách hàng và phù hợp quy định của pháp luật có liên quan. Có thể nói, hợp đồng tín dụng là văn bản phản ánh sự thỏa thuận bằng văn bản của tổ chức tín dụng (bên cho vay) và khách hàng (bên vay) trong việc

xác lập một quan hệ cho vay, xác lập các quyền và nghĩa vụ pháp lý cụ thể của các bên trong việc vay và hoàn trả vốn vay.

Như vậy, từ định nghĩa về hợp đồng và căn cứ vào bản chất hoạt động cho vay của các tổ chức tín dụng, có thể hiểu: *Hợp đồng tín dụng là một dạng cụ thể của hợp đồng vay tài sản; theo đó, tổ chức tín dụng là bên cho vay giao cho bên vay một khoản tiền để sử dụng vào mục đích xác định trong thời hạn nhất định theo thỏa thuận với nguyên tắc có hoàn trả cả gốc và lãi.*

1.2. Khái quát về chủ thể của hợp đồng tín dụng

Có ít nhất hai chủ thể tham gia vào quan hệ trong hợp đồng tín dụng (ngoài ra còn có bên thứ ba, bên có tài sản bảo đảm). Trong đó, hai chủ thể chính là bên cho vay (bên cấp tín dụng) và bên đi vay (bên được cấp tín dụng). Đối với bên cho vay phải là tổ chức tín dụng được thành lập và hoạt động theo quy định của Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2017 (Luật Các tổ chức tín dụng) và các quy định khác của pháp luật có liên quan. Chủ thể này là chủ thể đặc biệt vì có chức năng thực hiện một, một số hoặc toàn bộ các hoạt động ngân hàng, kinh doanh tín dụng, nhưng phải đảm bảo rất nhiều điều kiện khắt khe của pháp luật về vốn, công nghệ, tiêu chuẩn nhân sự, năng lực quản trị, điều hành, kiểm soát năng lực, chuyên môn, địa điểm và các vấn đề liên quan đến đặc thù của hoạt động kinh doanh ngân hàng.

Đối với bên đi vay, được gọi chung là khách hàng, gồm tổ chức và cá nhân thỏa mãn các điều kiện để thực hiện giao dịch dân sự, đáp ứng đủ các điều kiện về cho vay của tổ chức tín dụng. Đồng thời, theo quy định tại Bộ luật Dân sự năm 2015, chủ thể tham gia quan hệ dân sự chỉ bao gồm pháp nhân và cá nhân.

¹ Khoản 16 Điều 4 Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2017 (Luật Các tổ chức tín dụng).

² Khoản 16 Điều 4 Luật Các tổ chức tín dụng.

Theo đó, *chủ thể của hợp đồng tín dụng là hai bên tham gia vào quan hệ giao dịch bằng hợp đồng tín dụng; trong đó, bên cấp tín dụng là đại diện cho các tổ chức tín dụng được thành lập và hoạt động theo quy định của pháp luật và bên còn lại là bên được cấp tín dụng.*

Như vậy, tín dụng ngân hàng là hoạt động kinh doanh đặc thù và riêng có của các tổ chức tín dụng; cấp tín dụng là việc thỏa thuận để tổ chức, cá nhân sử dụng một khoản tiền hoặc cam kết cho phép sử dụng một khoản tiền theo nguyên tắc có hoàn trả bằng nghiệp vụ cho vay, chiết khấu, cho thuê tài chính, bao thanh toán, bảo lãnh ngân hàng và các nghiệp vụ cấp tín dụng khác³. Trong đó, chủ thể giao kết và thực hiện hợp đồng tín dụng gồm bên cho vay và bên vay, quan hệ pháp luật tín dụng là quan hệ tài sản – hàng hóa phát sinh trong quá trình sử dụng vốn tạm thời giữa tổ chức tín dụng và các tổ chức, cá nhân theo nguyên tắc có hoàn trả, dựa trên cơ sở tín nhiệm hoặc có sự bảo đảm, được các quy phạm pháp luật điều chỉnh. Tham gia quan hệ này có ít nhất gồm hai chủ thể là bên cho vay và bên vay. Trong đó, một bên chủ thể của hợp đồng tín dụng luôn là tổ chức tín dụng được thành lập và hoạt động cho vay theo quy định của pháp luật; có chức năng hoạt động kinh doanh tín dụng.

2. Quy định của pháp luật về chủ thể của hợp đồng tín dụng

Có ít nhất gồm hai chủ thể là bên cho vay và bên vay: một bên tham gia hợp đồng bao giờ cũng là tổ chức tín dụng có đủ điều kiện luật định, với tư cách là bên cho vay; còn chủ thể bên kia (bên vay) có thể là pháp nhân, cá nhân thỏa mãn những điều kiện vay vốn do pháp luật quy định.

2.1. Bên cho vay

Tổ chức tín dụng cho vay là tổ chức tín dụng được thành lập và hoạt động theo quy

định của Luật Các tổ chức tín dụng, bao gồm: Ngân hàng thương mại; Ngân hàng hợp tác xã; Tổ chức tín dụng phi ngân hàng; Tổ chức tài chính vi mô; Quỹ tín dụng nhân dân; Chi nhánh ngân hàng nước ngoài⁴. Trong hợp đồng tín dụng thì một bên chủ thể bắt buộc phải là tổ chức tín dụng được thành lập và hoạt động theo quy định của chủ thể pháp luật với tư cách là bên cho vay. Hoạt động ngân hàng (nhận tiền gửi, cấp tín dụng, cung ứng dịch vụ thanh toán qua tài khoản) là ngành nghề kinh doanh có điều kiện, nên mọi tổ chức tín dụng phải được cấp phép thành lập bởi Ngân hàng nhà nước Việt Nam với những điều kiện rất khắt khe về vốn, công nghệ, tiêu chuẩn nhân sự, năng lực quản trị, điều hành, kiểm soát năng lực, chuyên môn, địa điểm và các vấn đề liên quan đến đặc thù của hoạt động kinh doanh ngân hàng.

2.1. Bên vay

Bên vay vốn có thể là các tổ chức, cá nhân Việt Nam và nước ngoài đáp ứng đủ các điều kiện về cho vay của tổ chức tín dụng. Đồng thời, theo quy định tại Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015, chủ thể tham gia quan hệ dân sự chỉ bao gồm pháp nhân và cá nhân. Do đó, Ngân hàng nhà nước Việt Nam đã quy định để phù hợp với BLDS năm 2015 về khách hàng vay vốn tại tổ chức tín dụng là pháp nhân, cá nhân, bao gồm: Pháp nhân được thành lập và hoạt động tại Việt Nam, pháp nhân được thành lập ở nước ngoài và hoạt động hợp pháp tại Việt Nam; cá nhân có quốc tịch Việt Nam, cá nhân có quốc tịch nước ngoài. Trường hợp cho vay phục vụ hoạt động kinh doanh, hoạt động khác (sau đây gọi là hoạt động kinh doanh) là việc tổ chức tín dụng cho vay đối với khách hàng là pháp nhân, cá nhân nhằm đáp ứng nhu cầu vốn ngoài phục vụ nhu cầu đời sống, bao gồm nhu cầu vốn của pháp nhân, cá nhân đó và nhu cầu vốn của hộ kinh doanh, doanh nghiệp tư

³ Khoản 14 Điều 4 Luật Các tổ chức tín dụng.

⁴ Khoản 2 Điều 2 Thông tư số 39/TT-NHNN ngày 30/12/2016 của Ngân hàng nhà nước Việt Nam quy định về hoạt động cho vay của tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài đối với khách hàng.

nhân mà cá nhân đó là chủ hộ kinh doanh, chủ doanh nghiệp tư nhân⁵. Khách hàng là pháp nhân có năng lực pháp luật dân sự theo quy định của pháp luật. Khách hàng là cá nhân từ đủ 18 tuổi trở lên có năng lực hành vi dân sự đầy đủ theo quy định của pháp luật, hoặc từ đủ 15 tuổi đến chưa đủ 18 tuổi không bị mất hoặc hạn chế năng lực hành vi dân sự theo quy định của pháp luật⁶. Như vậy, việc quy định cụ thể về điều kiện chủ thể của hợp đồng tín dụng đối với cá nhân là điểm mới tiến bộ so với quy định trước đây.

Ngoài ra, Ngân hàng nhà nước Việt Nam đã có hướng dẫn cụ thể về quy định nêu trên, phù hợp với quy định về chủ thể tham gia giao dịch dân sự tại BLDS năm 2015. Theo đó, đối với tổ chức không có tư cách pháp nhân, thì tổ chức tín dụng xem xét cho vay đối với cá nhân (một hoặc một số cá nhân) phù hợp với Thông tư số 39/TT-NHNN ngày 30/12/2016 của Ngân hàng nhà nước Việt Nam quy định về hoạt động cho vay của tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài đối với khách hàng (Thông tư số 39/2016/TT-NHNN) và BLDS năm 2015⁷. Như vậy, điều này đồng nghĩa với việc các hộ gia đình, tổ hợp tác sẽ không đủ tư cách là chủ thể ký hợp đồng tín dụng vay vốn tại các tổ chức tín dụng.

Đối với bên vay là cá nhân, một số trường hợp phát sinh tranh chấp, dẫn đến hợp đồng tín dụng có thể bị vô hiệu khi bên vay là người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự, người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi hoặc bị hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc người có năng lực hành vi dân sự nhưng đã xác lập giao dịch vào đúng thời điểm không nhận thức và làm chủ được hành vi của mình⁸.

3. Một số bất cập liên quan đến việc xác định chủ thể hợp đồng tín dụng

Việc ký kết hợp đồng tín dụng là giữa các tổ chức tín dụng (bên cho vay) và pháp nhân, cá nhân (bên vay vốn). Do đó, tranh chấp liên quan đến chủ thể của hợp đồng tín dụng ở đây là tranh chấp giữa các tổ chức tín dụng và các pháp nhân, cá nhân. Cụ thể, đó là tranh chấp về các vấn đề như sau: Ai là người có thẩm quyền tham gia ký kết hợp đồng tín dụng; Ai là người vay vốn và có nghĩa vụ trả nợ; Tài sản thế chấp bảo đảm đã xác định đầy đủ chủ sở hữu hay người có quyền hay không? Hiện nay, các tổ chức tín dụng khi ký kết thường chưa thẩm định rõ đối với tài sản bảo đảm, dẫn đến việc ký kết hợp đồng thế chấp bằng tài sản không có đầy đủ chữ ký của những người là chủ tài sản bảo đảm, từ đó dẫn đến tranh chấp; hoặc có trường hợp các tổ chức tín dụng ký kết hợp đồng tín dụng, hợp đồng thế chấp với người không có đầy đủ năng lực hành vi dân sự, từ đó dẫn đến tranh chấp, buộc Tòa án tuyên hợp đồng thế chấp vô hiệu. Hiện nay, tổ chức tín dụng xem xét, quyết định cho vay khi khách hàng có đủ các điều kiện theo quy định; có thể hiểu, điều kiện về chủ thể của hợp đồng tín dụng là một trong những điều kiện vay vốn tại tổ chức tín dụng, cụ thể: “*Khách hàng là pháp nhân có năng lực pháp luật dân sự theo quy định của pháp luật. Khách hàng là cá nhân từ đủ 18 tuổi trở lên có năng lực hành vi dân sự đầy đủ theo quy định của pháp luật hoặc từ đủ 15 tuổi đến chưa đủ 18 tuổi không bị mất hoặc hạn chế năng lực hành vi dân sự theo quy định của pháp luật*”⁹.

Như vậy, điều kiện về chủ thể là một trong những điều kiện bắt buộc khi ký kết hợp đồng tín dụng, nếu vi phạm có thể dẫn đến hợp đồng

⁵ Khoản 5 Điều 2 Thông tư số 39/TT-NHNN.

⁶ Khoản 1 Điều 7 Thông tư số 39/TT-NHNN.

⁷ Công văn số 1576/NHNN-CSTT ngày 14/3/2017 của Ngân hàng nhà nước Việt Nam về việc giải đáp các câu hỏi liên quan đến quy định tại Thông tư số 39/2016/TT-NHNN.

⁸ Điều 125, Điều 128, Điều 131 BLDS năm 2015.

⁹ Khoản 1 Điều 7 Thông tư số 39/2016/TT-NHNN.

tín dụng bị vô hiệu. Trong đó, đối với khách hàng là pháp nhân, việc chứng minh và xác định họ có năng lực pháp luật dân sự theo quy định của pháp luật thì tương đối dễ dàng. Tuy nhiên, đối với khách hàng là cá nhân kinh doanh thì việc xác định “*năng lực hành vi dân sự theo quy định của pháp luật*” khi ký kết hợp đồng tín dụng là điều không dễ dàng đối với các tổ chức tín dụng và cơ quan, tổ chức có liên quan. Vì khi xác lập hợp đồng tín dụng hoặc hợp đồng bảo đảm, nếu bên vay cố tình cung cấp thông tin sai sự thật, hay cá nhân bị mất hoặc hạn chế năng lực hành vi dân sự theo quy định của pháp luật, nhưng vào thời điểm ký kết hợp đồng, họ toàn toàn tỉnh táo, không có dấu hiệu bị bệnh hoặc mất khả năng điều khiển hành vi của mình, họ cũng không buộc phải chứng minh bản thân có đầy đủ năng lực hành vi trước tổ chức tín dụng hay cơ quan, tổ chức công chứng, chứng thực, nhất là đối với cá nhân chỉ bị hạn chế năng lực hành vi dân sự. Điều này gây khó khăn cho tổ chức tín dụng, cơ quan, tổ chức công chứng, chứng thực khi xác định tư cách chủ thể của họ, nếu có dấu hiệu nghi ngờ thì cũng chưa có đủ căn cứ pháp lý để ngừng hoặc từ chối xác lập, công chứng giao dịch. Từ đó, làm phát sinh vướng mắc trong thực tiễn khi các bên phát sinh tranh chấp, bên vay muốn trốn tránh nghĩa vụ trả nợ thì sẽ viện dẫn lý do họ không có đầy đủ năng lực hành vi khi xác lập giao dịch, nên yêu cầu Tòa án tuyên bố hợp đồng tín dụng hoặc hợp đồng bảo đảm vô hiệu. Trường hợp này gây ảnh hưởng không nhỏ đến quyền lợi của các tổ chức tín dụng khi họ có nguy cơ bị mất vốn.

Vấn đề đặt ra, thực tiễn xét xử một số vụ án có thể xảy ra trường hợp bên vay bị mất năng lực hành vi dân sự vào thời điểm ký kết hợp đồng, thì bên vay không đáp ứng điều kiện vay vốn theo các quy định của pháp luật có liên quan. Cụ thể:

- Về điều kiện về chủ thể của hợp đồng tín dụng theo quy định,¹⁰ Tổ chức tín dụng xem xét, quyết định cho vay khi khách hàng có đủ các điều kiện sau đây: Khách hàng là cá nhân từ đủ 18 tuổi trở lên có năng lực hành vi dân sự đầy đủ theo quy định của pháp luật hoặc từ đủ 15 tuổi đến chưa đủ 18 tuổi không bị mất hoặc hạn chế năng lực hành vi dân sự theo quy định của pháp luật.

- Về điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự,¹¹ giao dịch dân sự có hiệu lực khi có đủ các điều kiện sau đây: 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.

- Về giao dịch dân sự vô hiệu do người mất năng lực hành vi dân sự xác lập, thực hiện,¹² khi giao dịch dân sự do người mất năng lực hành vi dân sự xác lập, thực hiện thì theo yêu cầu của người đại diện của người đó, Tòa án tuyên bố giao dịch đó vô hiệu nếu theo quy định của pháp luật giao dịch này phải do người đại diện của họ xác lập, thực hiện hoặc đồng ý, trừ trường hợp: Giao dịch dân sự của người chưa đủ sáu tuổi, người mất năng lực hành vi dân sự nhằm đáp ứng nhu cầu thiết yếu hàng ngày của người đó; giao dịch dân sự chỉ làm phát sinh quyền hoặc chỉ miễn trừ nghĩa vụ cho người mất năng lực hành vi dân sự với người đã xác lập, thực hiện giao dịch với họ; giao dịch dân sự được người xác lập giao dịch thừa nhận hiệu lực sau khi đã thành niên hoặc sau khi khôi phục năng lực hành vi dân sự.

Như vậy, khi xác lập hợp đồng tín dụng và hợp đồng thế chấp, ai là chủ thể có trách nhiệm chứng minh năng lực chủ thể của khách hàng là cá nhân trong hợp đồng tín dụng, bên cho vay hay bên vay? Pháp luật hiện hành chưa có hướng dẫn cụ thể, Ngân hàng không có trách nhiệm chứng minh năng lực chủ thể của bên vay, cũng không quy định buộc bên vay có trách nhiệm cung cấp tài liệu chứng minh năng

¹⁰ Khoản 1 Điều 7 Thông tư số 39/2016/TT-NHNN.

¹¹ Điểm a khoản 1 Điều 117 BLDS năm 2015.

¹² Điều 125 BLDS năm 2015.

lực chủ thể của mình khi xác lập hợp đồng. Mặt khác, tổ chức tín dụng và cơ quan, tổ chức công chứng chứng thực cũng không có năng lực chuyên môn để xác định năng lực hành vi của cá nhân khi xác lập hợp đồng, nếu bên vay cố tình cung cấp thông tin sai sự thật.

Có thể thấy, hiện nay thực trạng là bên vay lợi dụng sơ hở của pháp luật để yêu cầu Tòa án giải quyết hợp đồng tín dụng và hợp đồng thế chấp vô hiệu, gây ảnh hưởng quyền lợi của bên cho vay, khi từ món nợ bảo đảm có thể chuyển sang nợ không có bảo đảm, dẫn đến nhiều quan điểm trái chiều như sau:

- *Quan điểm thứ nhất cho rằng:* Tòa án công nhận hợp đồng sẽ đi ngược lại quy trình, thủ tục, điều kiện cấp tín dụng trong hoạt động ngân hàng, pháp luật đã quy định về thẩm định và quyết định cho vay¹³: “*Tổ chức tín dụng thẩm định khả năng đáp ứng các điều kiện vay vốn của khách hàng theo quy định tại Điều 7 Thông tư này để xem xét quyết định cho vay. Trong quá trình thẩm định, tổ chức tín dụng được sử dụng hệ thống xếp hạng tín dụng nội bộ, kết hợp với các thông tin tại Trung tâm Thông tin tín dụng quốc gia Việt Nam, các kênh thông tin khác*”. Bên vay đã vi phạm về điều kiện vay vốn tại các tổ chức tín dụng, trách nhiệm trước hết thuộc về phía khách hàng trong việc cung cấp thông tin không đầy đủ, nhưng cũng có lỗi từ phía các tổ chức tín dụng trong việc kiểm tra, thẩm định hồ sơ tín dụng; như vậy đã gián tiếp thừa nhận lỗi chủ quan của cán bộ tín dụng, do sự lơ là, thiếu trách nhiệm trong lĩnh vực tín dụng, ngân hàng.

- *Quan điểm thứ hai cho rằng:* Tòa án không công nhận hợp đồng, tuyên hợp đồng vô hiệu và giải quyết hậu quả của hợp đồng vô hiệu, điều này sẽ giúp nâng cao trách nhiệm của cán bộ tín dụng. Tuy nhiên, hệ quả của nó là sẽ tạo tiền lệ xấu trong lĩnh vực tín dụng,

ngân hàng, gây dư luận không tốt trong xã hội. Vì pháp luật đã có những quy định cụ thể về trách nhiệm của bên vay:

Về hồ sơ đề nghị vay vốn,¹⁴ khi có nhu cầu vay vốn, khách hàng phải gửi cho tổ chức tín dụng các tài liệu chứng minh đủ điều kiện vay vốn theo quy định và các tài liệu khác do tổ chức tín dụng hướng dẫn.

Về cung cấp thông tin,¹⁵ khách hàng cung cấp thông tin cho tổ chức tín dụng và chịu trách nhiệm trước pháp luật về tính chính xác, trung thực, đầy đủ của các tài liệu gửi cho tổ chức tín dụng: Các tài liệu chứng minh đủ điều kiện vay vốn theo quy định và các tài liệu khác do tổ chức tín dụng hướng dẫn; báo cáo việc sử dụng vốn vay và chứng minh vốn vay được sử dụng đúng mục đích ghi trong thỏa thuận cho vay; các tài liệu để chứng minh việc áp dụng biện pháp bảo đảm tiền vay.

Tuy nhiên, nếu khách hàng cung cấp thông tin cho tổ chức tín dụng không chính xác, trung thực, đầy đủ thì phải chịu trách nhiệm trước pháp luật như thế nào? Điển hình, trường hợp vợ chồng cùng ký kết hợp đồng tín dụng, nhưng người vợ hoặc chồng bị mất năng lực hành vi dân sự, do đó họ không có lỗi. Lỗi từ phía người chồng, vợ còn lại biết nhưng cố tình cung cấp thông tin sai sự thật thì phải chịu trách nhiệm. Nếu công nhận hợp đồng sẽ gây ảnh hưởng đến quyền lợi người vợ hoặc chồng bị mất năng lực hành vi dân sự. Vì khi họ không còn ở trong tình trạng đã bị tuyên bố, thì chính người đó hoặc người có quyền, lợi ích liên quan hoặc cơ quan, tổ chức hữu quan có quyền yêu cầu Tòa án ra quyết định hủy bỏ quyết định tuyên bố mất năng lực hành vi dân sự¹⁶.

Vì vậy, việc xem xét về điều kiện vay vốn đối với chủ thể trong hợp đồng tín dụng và hợp đồng bảo đảm là cần thiết, nhằm bảo vệ quyền

¹³ Khoản 1 Điều 17 Thông tư số 39/2016/TT-NHNN.

¹⁴ Điều 9 Thông tư số 39/2016/TT-NHNN.

¹⁵ Khoản 2 Điều 16 Thông tư số 39/2016/TT-NHNN.

¹⁶ Điều 379, Điều 380 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015.

lợi của các bên khi phát sinh tranh chấp. Từ những vướng mắc nêu trên, nhóm tác giả đồng tình với quan điểm thứ nhất, vì trách nhiệm cung cấp thông tin thuộc về bên vay, họ có trách nhiệm cung cấp đầy đủ thông tin, tài liệu chứng minh cho điều kiện vay vốn của mình. Trường hợp đã biết mà cố tình cung cấp thông tin không chính xác, trung thực, đầy đủ thì phải chịu trách nhiệm trước pháp luật về hành vi của mình, tổ chức tín dụng không biết hoặc không thể biết được nếu bên vay đã cố tình gian dối. Nếu pháp luật giải quyết không công nhận hợp đồng, tuyên hợp đồng vô hiệu và giải quyết hậu quả của hợp đồng vô hiệu, thì hệ quả tất yếu của nó sẽ ảnh hưởng không nhỏ đối với các tổ chức tín dụng, vì tổ chức tín dụng với chức năng là trung gian thanh toán, nên có thể gián tiếp tác động đến cả nền kinh tế. Vô hình trung, pháp luật đã bảo vệ quyền lợi của chủ thể gian dối, để trốn tránh trách nhiệm đã cam kết trong hợp đồng, mà không đảm bảo quyền lợi của chủ thể bị hành vi gian dối xâm phạm, gây thiệt hại hoặc đe dọa gây thiệt hại.

Bên cạnh đó, cũng có quan điểm khác cho rằng, trong trường hợp này người chồng, vợ còn lại (bị mất năng lực hành vi dân sự) có khả năng sẽ bị truy cứu trách nhiệm hình sự về hành vi lừa đảo chiếm đoạt tài sản nếu không có khả năng trả nợ. Đối với hợp đồng tín dụng (tín chấp) thì phần quyền và nghĩa vụ của họ phải được vô hiệu, bởi không thể buộc một người không có năng lực hành vi phải chịu trách nhiệm trả nợ. Trong trường hợp này tổ chức tín dụng có một phần lỗi vì đối với trường hợp vay tín chấp, người bị tuyên bố mất năng lực hành vi dân sự thì không thể nào chứng minh được thu nhập đủ để bảo đảm tín chấp cho một khoản vay nhất định, trong trường hợp tổ chức tín dụng cho khách hàng vay tín chấp mà không cần chứng minh thu nhập thì thường khoản vay không lớn và lãi suất rất cao, nên bên cho vay chấp nhận rủi ro cao. Đồng thời, căn cứ vào khả năng tiềm lực của tổ chức, mức cung cầu của thị trường tín dụng và mức độ rủi ro mà các tổ chức tín dụng

thực hiện các chính sách tín dụng khác nhau, nên cần được xem xét trong việc giải quyết rủi ro của ngân hàng. Trách nhiệm còn lại thuộc về bên có đầy đủ năng lực pháp luật và năng lực hành vi.

Đối với hợp đồng tín dụng có thế chấp bằng tài sản của đồng sở hữu, trong đó có người mất năng lực hành vi thì trên thực tế khó xảy ra bởi một người khi mất năng lực hành vi dân sự, đã được Tòa án tuyên bố và quyết định tuyên bố một người mất năng lực hành vi dân sự có hiệu lực, thì về nguyên tắc lý lịch tư pháp của một người được cập nhật (các giấy tờ về hộ tịch được ghi nhận), việc thực hiện các giao dịch đã phải thực hiện theo nguyên tắc giám hộ, việc đăng ký giao dịch bảo đảm đối với trường hợp này cũng được kiểm tra nên việc tham gia ký kết hợp đồng chỉ được thực hiện về mặt lý thuyết. Đồng thời, thực tế trường hợp này thông thường người chồng cũng là người giám hộ nếu thực hiện việc vay nợ, vì lợi ích của người được giám hộ thì khi xử lý giải quyết tài sản thế chấp thì tài sản thế chấp đó vẫn được phát mãi khi khách hàng không trả được nợ tín dụng. Đối với trường hợp người chồng không phải là người giám hộ, hoặc thực hiện việc vay nợ không vì lợi ích của người được giám hộ thì thủ tục đăng ký giao dịch bảo đảm không phù hợp; do đó phát sinh trách nhiệm lỗi của nhiều bên, cá nhân người vay, cán bộ thẩm định hồ sơ và cơ quan có thẩm quyền đăng ký giao dịch bảo đảm. Với nội dung này thì hợp đồng thế chấp cần phải vô hiệu một phần để đảm bảo quyền lợi cho người bị tuyên bố mất năng lực hành vi. Việc giải quyết thiệt hại khi hợp đồng thế chấp bị vô hiệu một phần thực hiện theo quy định về bồi thường thiệt hại của BLDS và Luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước.

Chính vì vậy, từ những vướng mắc, bất cập trong thực tiễn nêu trên sẽ tạo tiền lệ không tốt, làm cho bên vay có tâm lý chủ quan, xem nhẹ các quy định của pháp luật, không bảo đảm tinh thần thượng tôn pháp luật, đồng thời cũng gây tâm lý e ngại cho các tổ chức tín

dụng khi xem xét các điều kiện về vay vốn của khách hàng, gây mất niềm tin của nhân dân vào pháp luật. Vì vậy, pháp luật cần quy định cụ thể ai là người chịu trách nhiệm pháp lý đối với những cam kết? Bởi khi một người đã bị Tòa án tuyên bố mất năng lực hành vi, họ không tham gia giao dịch được thì nội dung cam kết của họ cũng không có giá trị pháp lý. Do đó, cam kết chỉ có giá trị pháp lý ràng buộc cho người có đủ năng lực pháp luật và hành vi. Do vậy, trường hợp này cũng chỉ có thể buộc người có năng lực hành vi chịu trách nhiệm cho nội dung cam kết trên phần quyền và nghĩa vụ của họ xác lập, phần vượt quá hoặc khai báo gian dối, sai sự thật nhằm chiếm đoạt tài sản nếu có thì phải xem xét xử lý trách nhiệm hình sự.

Hiện nay, có một dạng hình thức tuyên bố mất năng lực hành vi lùi thời điểm, tức theo kết quả giám định thì một người có thể mất năng lực hành vi ở một thời điểm xa trước thời điểm thực hiện tuyên bố. Do đó, hoàn toàn có khả năng một người trước khi thực hiện các giao dịch, hợp đồng tín dụng thì vẫn có năng lực hành vi, sau đó nhờ kết quả giám định và Tòa án tuyên bố mà họ lại trở thành người không có năng lực hành vi khi tham gia giao dịch, trong khi các chủ thể khác hoàn toàn không thể biết được. Điều này đẩy các cơ quan tố tụng, các chủ thể tham gia giao dịch vay tài sản, hợp đồng tín dụng... vào thế bị động mà điều cốt lõi là các kết quả giám định về tinh thần, khả năng nhận thức được thực hiện còn nhiều bất cập. Do đó, việc tuyên bố một người mất năng lực hành vi, việc giám định chính xác tình trạng năng lực hành vi của đương sự đúng sự thật khách quan mới thực sự giải quyết triệt để khó khăn trong thực tiễn.

Bên cạnh đó, liên quan đến vấn đề chủ thể ký kết hợp đồng thế chấp tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng tín dụng có tài sản chung của vợ, chồng (đã chia trong thời kỳ hôn nhân hoặc chưa chia sau ly hôn), hoặc tài sản chung của hộ gia đình,... đang gặp rất nhiều khó khăn trong thực tiễn. Bởi vì, việc xác

định ai là người có trách nhiệm phải ký kết hợp đồng thế chấp để đảm bảo hợp đồng có hiệu lực toàn bộ còn nhiều quan điểm khác nhau.

4. Kiến nghị giải pháp

Từ những phân tích, đánh giá nêu trên, các tác giả đưa ra một số kiến nghị như sau:

- Sửa đổi, bổ sung Điều 9 Thông tư số 39/2016/TT-NHNN theo hướng:

“Điều 9. Hồ sơ đề nghị vay vốn

Khi có nhu cầu vay vốn, khách hàng phải gửi cho tổ chức tín dụng các tài liệu chứng minh đủ điều kiện vay vốn theo quy định tại Điều 7 Thông tư này và các tài liệu khác do tổ chức tín dụng hướng dẫn.

Trong trường hợp cần thiết, tổ chức tín dụng có quyền yêu cầu khách hàng có trách nhiệm cung cấp đầy đủ thông tin, tài liệu chứng minh cho điều kiện vay vốn của khách hàng.”.

- Sửa đổi, bổ sung khoản 2 Điều 16 Thông tư số 39/2016/TT-NHNN theo hướng:

“Điều 16. Cung cấp thông tin

1. ...

2. Khách hàng cung cấp thông tin cho tổ chức tín dụng và chịu trách nhiệm trước pháp luật về tính chính xác, trung thực, đầy đủ của các tài liệu gửi cho tổ chức tín dụng:

a) Các tài liệu quy định tại Điều 9 Thông tư này;

b) Báo cáo việc sử dụng vốn vay và chứng minh vốn vay được sử dụng đúng mục đích ghi trong thỏa thuận cho vay;

c) Các tài liệu để chứng minh việc áp dụng biện pháp bảo đảm tiền vay.

Trường hợp vì lý do chủ quan hoặc lý do khác mà bên có lỗi trong việc cung cấp thông tin, tài liệu không đảm bảo tính chính xác, trung thực, đầy đủ thì vẫn phải chịu trách nhiệm pháp lý đối với những cam kết đã thỏa thuận.” ■

BẤT CẬP TRONG QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VỀ THÀNH LẬP, TỔ CHỨC VÀ HOẠT ĐỘNG CỦA QUỸ BẢO LÃNH TÍN DỤNG CHO DOANH NGHIỆP NHỎ VÀ VỪA

Bùi Khắc Tuấn

ThS. Ủy ban Giám sát tài chính quốc gia

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Quỹ bảo lãnh tín dụng, doanh nghiệp nhỏ và vừa, ngân hàng.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 20/03/2022
Biên tập : 12/05/2022
Duyệt bài : 15/05/2022

Article Infomation:

Keywords: Credit guarantee fund; Small and Medium-sized Enterprises; banks.

Article History:

Received : 20 Mar. 2022
Edited : 12 May 2022
Approved : 15 May 2022

Tóm tắt:

Trong quá trình triển khai thi hành, Nghị định số 34/2018/NĐ-CP ngày 08/3/2018 của Chính phủ về việc thành lập, tổ chức và hoạt động của Quỹ bảo lãnh tín dụng cho doanh nghiệp nhỏ và vừa đã bộc lộ một số hạn chế, bất cập, gây ảnh hưởng đến hiệu quả hoạt động cũng như khả năng hỗ trợ tiếp cận tín dụng cho doanh nghiệp. Trong phạm vi bài viết này, tác giả trình bày các quy định chung của pháp luật về bảo lãnh và bảo lãnh ngân hàng; phân tích những bất cập của Nghị định số 34/2018/NĐ-CP và kiến nghị hoàn thiện.

Abstract:

After a period of enforcement, the Decree No. 34/2018/ND-CP dated March 8, 2018 of the Government on the establishment, organization and operation of the Credit Guarantee Fund for Small and Medium Enterprises has been revealed a number of shortcomings and inadequacies, which affects the operational efficiency as well as the ability to support the businesses for credit access. Within the scope of this article, the author presents the general provisions of the law on guarantee and bank guarantee; provides an analysis of the inadequacies of the Decree No. 34/2018/ND-CP and a number of recommendations for further improvements.

1. Quy định của pháp luật về bảo lãnh và bảo lãnh ngân hàng

Theo quy định tại Điều 292 Bộ luật Dân sự năm 2015 (BLDS), có 9 biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, bao gồm: Cầm cố tài sản, thế chấp tài sản, đặt cọc, ký cược, ký quỹ, bảo lưu quyền sở hữu, bảo lãnh, tín chấp, cầm giữ tài sản. Trong đó, biện pháp bảo lãnh được quy định cụ thể từ Điều 335 đến Điều 343 BLDS. Khoản 1 Điều 335 BLDS quy định: “Bảo lãnh

là việc người thứ ba (sau đây gọi là bên bảo lãnh) cam kết với bên có quyền (sau đây gọi là bên nhận bảo lãnh) sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ (sau đây gọi là bên được bảo lãnh), nếu khi đến thời hạn thực hiện nghĩa vụ mà bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ”.

Khoản 8, Điều 4 Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010 quy định: “bảo lãnh ngân hàng là hình thức cấp tín dụng, theo đó tổ

chức tín dụng cam kết với bên nhận bảo lãnh về việc tổ chức tín dụng sẽ thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho khách hàng khi khách hàng không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ đã cam kết; khách hàng phải nhận nợ và hoàn trả cho tổ chức tín dụng theo thỏa thuận”. Khoản 1 Điều 3 Thông tư số 07/2015/TT-NHNN giải thích cụ thể: “Bảo lãnh ngân hàng là hình thức cấp tín dụng, theo đó bên bảo lãnh cam kết với bên nhận bảo lãnh về việc sẽ thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho bên được bảo lãnh khi bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ đã cam kết với bên nhận bảo lãnh; bên được bảo lãnh phải nhận nợ và hoàn trả cho bên bảo lãnh”.

Như vậy, bảo lãnh là một thỏa thuận giữa người thứ ba (bên bảo lãnh) với người có quyền trong quan hệ nghĩa vụ chính (bên nhận bảo lãnh) và người có nghĩa vụ (bên được bảo lãnh) mà bên bảo lãnh cam kết sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên được bảo lãnh, nếu đến thời hạn thực hiện nghĩa vụ mà bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ. Nghĩa vụ ở đây có thể là việc phải chuyển giao vật, chuyển giao quyền, trả tiền hoặc giấy tờ có giá, thực hiện công việc hoặc không thực hiện công việc¹. Khi xác lập quan hệ bảo lãnh thì bên bảo lãnh thay bên nhận bảo lãnh gánh chịu rủi ro bên được bảo lãnh không có khả năng thực hiện, hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ. Điều đó có nghĩa là bên nhận bảo lãnh chỉ cần quan tâm là khả năng thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh của bên bảo lãnh, còn việc xác định khả năng thực hiện nghĩa vụ của bên được bảo lãnh là trách nhiệm của bên bảo lãnh². Đồng thời, vì bảo lãnh là một trong chín biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ nên biện

pháp này thường được thực hiện khi bên được bảo lãnh không có tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ.

2. Một số bất cập trong quy định về hoạt động của Quỹ bảo lãnh tín dụng cho doanh nghiệp nhỏ và vừa

Thứ nhất, sự không thống nhất trong quy định về vi phạm nghĩa vụ của bên được bảo lãnh.

Khoản 1 Điều 3 Nghị định số 34/2018/NĐ-CP quy định: “**bảo lãnh tín dụng là cam kết của Quỹ bảo lãnh tín dụng với tổ chức cho vay về việc thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho bên được bảo lãnh nếu đến thời hạn thực hiện nghĩa vụ mà bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng, không đầy đủ nghĩa vụ đã cam kết với bên nhận bảo lãnh được quy định tại hợp đồng bảo lãnh tín dụng và quy định của pháp luật. Bên được bảo lãnh phải nhận nợ và hoàn trả cho Quỹ bảo lãnh tín dụng số tiền đã được Quỹ bảo lãnh tín dụng trả nợ thay”.**

Khoản 6 Điều 3 Nghị định số 34/2018/NĐ-CP lại quy định: “**Hợp đồng bảo lãnh tín dụng là thỏa thuận bằng văn bản giữa 02 bên gồm: Bên bảo lãnh và bên được bảo lãnh hoặc 03 bên gồm: Bên bảo lãnh, bên nhận bảo lãnh và bên được bảo lãnh về việc bên bảo lãnh sẽ thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho bên được bảo lãnh khi bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng, không đầy đủ nghĩa vụ đã cam kết với bên nhận bảo lãnh”.** Khoản 7 Điều 3 Nghị định số 34/2018/NĐ-CP giải thích: “**Chứng thư bảo lãnh tín dụng là cam kết bằng văn bản của bên bảo lãnh với bên nhận bảo lãnh về việc sẽ thực hiện nghĩa vụ trả nợ thay cho bên được bảo lãnh khi bên được bảo lãnh không trả hoặc trả không đầy đủ, đúng hạn nợ vay đã cam kết với bên nhận bảo lãnh theo quy định tại hợp đồng bảo lãnh”.**

¹ Tuồng Duy Lượng (2018), *Bàn về nội hàm khái niệm bảo lãnh tại khoản 1 Điều 335 Bộ luật Dân sự năm 2015*, Tạp chí Kiểm sát, số 06.

² Bùi Đức Giang (2018), *Bảo lãnh theo Bộ luật Dân sự nhìn từ thực tiễn*, Tạp chí Ngân hàng, số 4.

Về vấn đề này, tác giả cho rằng, trong cùng một điều luật lại quy định không thống nhất về vi phạm nghĩa vụ của bên được bảo lãnh. Điều này gây ra sự rắc rối, thiếu tính khoa học, không chặt chẽ của văn bản quy phạm pháp luật.

Thứ hai, quy định thiếu nhất quán trong thẩm quyền phê duyệt điều lệ tổ chức và hoạt động của Quỹ bảo lãnh tín dụng.

Khoản 3 Điều 6 Nghị định số 34/2018/NĐ-CP quy định: “*Căn cứ Đề án thành lập Quỹ bảo lãnh tín dụng quy định tại khoản 1 Điều này đã được Hội đồng nhân dân cấp tỉnh chấp thuận, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh ban hành Quyết định thành lập, phê duyệt Điều lệ tổ chức và hoạt động của Quỹ bảo lãnh tín dụng*”. Tuy nhiên, Điều 7 của Nghị định này lại quy định “*Điều lệ tổ chức và hoạt động của Quỹ bảo lãnh tín dụng do Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định, phê duyệt*”. Có thể thấy, những quy định này khiến chủ thể áp dụng pháp luật gặp khó trong việc xác định thẩm quyền phê duyệt Điều lệ tổ chức và hoạt động của Quỹ bảo lãnh tín dụng.

Thứ ba, thiếu đồng bộ và thiếu quy định về việc bổ nhiệm một số chức danh quản lý của Quỹ bảo lãnh tín dụng.

Theo quy định của Nghị định số 34/2018/NĐ-CP, Chủ tịch Quỹ bảo lãnh tín dụng do **Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh bổ nhiệm** (Điều 10). Trong khi đó, Kiểm soát viên của Quỹ do **Ủy ban nhân dân cấp tỉnh bổ nhiệm** (Điều 11). Việc quy định thẩm quyền khác nhau bổ nhiệm 02 chức danh này là thực sự cần thiết, hay cũng chỉ là do sự thiếu nhất quán trong quá trình xây dựng Nghị định, như quy định về thẩm quyền phê duyệt Điều lệ tổ chức và hoạt động của Quỹ?

Bên cạnh đó, một vấn đề khác trong việc bổ nhiệm các chức danh quản lý của Quỹ bảo lãnh tín dụng là Nghị định số 34/2018/NĐ-CP không quy định thẩm quyền bổ nhiệm Giám đốc Quỹ.

Thứ tư, sự bất hợp lý trong quy định về đối tượng được cấp bảo lãnh tín dụng.

Khoản 1 Điều 15 Nghị định số 34/2018/NĐ-CP quy định: “*Đối tượng được Quỹ bảo lãnh tín dụng cấp bảo lãnh tín dụng là các doanh nghiệp nhỏ và vừa theo quy định của Luật Hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa và các văn bản hướng dẫn, có tiềm năng phát triển nhưng chưa đủ điều kiện tiếp cận tín dụng ngân hàng ở các lĩnh vực được ưu tiên cấp tín dụng theo quy định tại Nghị định này*”. Tuy nhiên, Nghị định lại không có điều khoản giải thích nội hàm thế nào là “*chưa đủ điều kiện tiếp cận tín dụng ngân hàng*”. Thêm vào đó, theo Nghị định này, trong các trường hợp bên bảo lãnh được quyền không thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh (Điều 32) có trường hợp “*bên nhận bảo lãnh vi phạm quy định của pháp luật về quy chế cho vay của tổ chức cho vay đối với khách hàng trong quá trình cấp tín dụng cho bên được bảo lãnh*”.

Như vậy, việc bên nhận bảo lãnh (ngân hàng) cho bên được bảo lãnh (doanh nghiệp) vay vốn chính là đã vi phạm quy định của pháp luật về quy chế cho vay (vi doanh nghiệp được cấp bảo lãnh tín dụng chưa đủ điều kiện tiếp cận tín dụng ngân hàng)³. Do đó, khi doanh nghiệp vi phạm nghĩa vụ, Quỹ bảo lãnh có thể viện dẫn điều khoản này để từ chối thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh đối với ngân hàng.

Thứ năm, thời gian phê duyệt cấp bảo lãnh tín dụng khá dài, gây ảnh hưởng đến khả năng hỗ trợ tiếp cận tín dụng cho doanh nghiệp nhỏ và vừa.

Khoản 3, Điều 22 Nghị định số 34/2018/NĐ-CP quy định: “*Chậm nhất sau 30 ngày kể từ khi nhận đầy đủ hồ sơ xin bảo lãnh tín dụng hợp lệ, bên bảo lãnh phải hoàn thành xem xét việc bảo lãnh tín dụng cho bên được bảo lãnh*”. Trong bối cảnh tình hình kinh tế - tài chính diễn ra nhanh chóng, việc phải chờ đợi

³ Võ Hoàng Quân (2017), *Về bảo lãnh của ngân hàng đối với trách nhiệm của nhà thầu*, Tạp chí Tài chính, số 6.

một tháng để có được bảo lãnh tín dụng đi vay vốn ngân hàng là quá dài đối với doanh nghiệp, có thể khiến doanh nghiệp bỏ lỡ cơ hội đầu tư kinh doanh. Tham khảo thông tin từ các ngân hàng thương mại cho thấy, thông thường thời gian phê duyệt vay vốn là trong khoảng 7 đến 10 ngày.

Thứ sáu, quy định về chuyển giao tài sản bảo đảm không phù hợp với pháp luật hiện hành.

Điểm d khoản 2 Điều 26 Nghị định số 34/2018/NĐ-CP quy định: “*trường hợp bên bảo lãnh nắm giữ tài sản bảo đảm thì bên bảo lãnh phải chuyển giao toàn bộ quyền nắm giữ tài sản thế chấp cho tổ chức cho vay ngay sau khi bên bảo lãnh không đồng ý trả nợ thay cho bên được bảo lãnh*”. Điểm b khoản 1 Điều 27 Nghị định số 34/2018/NĐ-CP quy định bên nhận bảo lãnh có quyền “*yêu cầu bên được bảo lãnh chuyển giao quyền tiếp nhận và xử lý tài sản bảo đảm cho khoản vay; xử lý tài sản bảo đảm trong trường hợp bên được bảo lãnh không trả được nợ cho bên bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh*”. Các quy định này có thể được hiểu là khi Quỹ bảo lãnh tín dụng từ chối thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh thì phải chuyển giao tài sản thế chấp cho ngân hàng để ngân hàng xử lý. Tuy nhiên, việc đưa ra khái niệm mới “*quyền nắm giữ tài sản thế chấp*” và “*quyền tiếp nhận và xử lý tài sản bảo đảm*” là không phù hợp với quy định hiện hành của pháp luật. Hơn nữa, các quy định này còn bất hợp lý ở chỗ không có quy định của pháp luật hiện hành về việc chuyển giao tài sản thế chấp trong trường hợp này, vì hợp đồng thế chấp ở đây được ký giữa Quỹ bảo lãnh tín dụng và doanh nghiệp; do đó, không có cơ chế để Quỹ chuyển giao tài sản hay quyền xử lý tài sản bảo đảm cho ngân hàng.

Cuối cùng, một số quy định trong Nghị định số 34/2018/NĐ-CP chưa phù hợp với quy định về bảo lãnh, khiến các ngân hàng không muốn cho doanh nghiệp vay ngay cả khi doanh nghiệp có chứng thư bảo lãnh.

Một số quy định trong Nghị định số 34/2018/NĐ-CP cho thấy, bên cho vay (ngân hàng) gánh chịu gần như toàn bộ rủi ro bất chấp việc bên vay (doanh nghiệp) có chứng thư bảo lãnh của Quỹ bảo lãnh tín dụng, và điều này chưa phù hợp với quy định của pháp luật về bảo lãnh như đã phân tích ở trên. Cụ thể, Chương 4 của Nghị định này quy định nhiều công việc và thủ tục mà bên nhận bảo lãnh (ngân hàng) phải thực hiện để được bên bảo lãnh (Quỹ bảo lãnh tín dụng) thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh khi bên được bảo lãnh (doanh nghiệp) vi phạm nghĩa vụ. Đơn cử, khoản 1 Điều 30 Nghị định số 34/2018/NĐ-CP quy định khi đến hạn, bên được bảo lãnh không trả được nợ hoặc trả nợ không đầy đủ cho bên nhận bảo lãnh theo hợp đồng tín dụng đã ký, bên nhận bảo lãnh phải xác định rõ nguyên nhân không trả được nợ, và có trách nhiệm áp dụng các biện pháp để thu hồi nợ theo thỏa thuận tại hợp đồng bảo lãnh tín dụng, chứng thư bảo lãnh. Đây là quy định định tính và Quỹ bảo lãnh hoàn toàn có thể viện dẫn lý do ngân hàng chưa xác định được nguyên nhân khách hàng không trả được nợ và chưa áp dụng đầy đủ các biện pháp thu hồi nợ để từ chối thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh.

Thêm vào đó, theo quy định tại Điều 31 và Điều 32 Nghị định số 34/2018/NĐ-CP, khi nhận đủ hồ sơ đề nghị trả nợ thay, Quỹ bảo lãnh tín dụng có 15 ngày để thẩm định hồ sơ cộng thêm 10 ngày sau khi thẩm định xong để ra văn bản thông báo chấp thuận trả nợ thay và sẽ thực hiện chuyển tiền cho bên nhận bảo lãnh *theo thời gian tại văn bản chấp thuận này*. Việc không giới hạn thời gian thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh là rất rủi ro cho ngân hàng⁴.

3. Kiến nghị hoàn thiện

Một là, cần sửa đổi Nghị định số 34/2018/NĐ-CP theo hướng quy định thống nhất về vi phạm nghĩa vụ của bên được bảo lãnh. Cụ thể, sửa đổi khoản 1, khoản 6 và khoản 7 Điều 3 lần lượt thành:

⁴ Trong khi đó, theo Thông tư số 07/2015/TT-NHNN quy định về bảo lãnh ngân hàng: “*chậm nhất sau 5*

“1. “Bảo lãnh tín dụng” là cam kết của bên bảo lãnh với bên nhận bảo lãnh về việc thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho bên được bảo lãnh khi bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ đã cam kết với bên nhận bảo lãnh.

6. “Hợp đồng bảo lãnh tín dụng” là thỏa thuận bằng văn bản giữa 02 bên gồm: bên bảo lãnh và bên được bảo lãnh hoặc 03 bên gồm: bên bảo lãnh, bên nhận bảo lãnh và bên được bảo lãnh về việc bên bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho bên được bảo lãnh khi bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ đã cam kết với bên nhận bảo lãnh.

7. “Chứng thư bảo lãnh tín dụng” là cam kết bằng văn bản của bên bảo lãnh với bên nhận bảo lãnh về việc sẽ thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho bên được bảo lãnh khi bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ đã cam kết với bên nhận bảo lãnh”.

Hai là, thống nhất giao thẩm quyền phê duyệt Điều lệ tổ chức và hoạt động của Quỹ bảo lãnh tín dụng cho Ủy ban nhân dân tỉnh vì Ủy ban nhân dân cấp tỉnh là cơ quan xây dựng đề án thành lập Quỹ bảo lãnh tín dụng. Theo đó, bỏ cụm từ “do Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định, phê duyệt và” ở câu đầu tiên Điều 7.

Ba là, về mặt lý luận, thẩm quyền bổ nhiệm một chức vụ, chức danh luôn là thẩm quyền riêng của một chủ thể⁵. Do đó, cần thống nhất giao thẩm quyền bổ nhiệm 03 chức danh chủ chốt của Quỹ bảo lãnh tín dụng, gồm Chủ tịch, Giám đốc và Kiểm soát viên, cho Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh. Cụ thể, bổ sung cụm từ “*Chủ tịch*” vào trước cụm từ “*Ủy ban nhân dân cấp tỉnh*” tại khoản 1 Điều 11 Nghị định số 34/2018/NĐ-CP. Đồng thời, có thể bổ sung khoản 1a vào trước khoản 1 Điều 12 với nội

dung “*Giám đốc Quỹ bảo lãnh tín dụng do Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh bổ nhiệm*”.

Bốn là, làm rõ nội hàm khái niệm “*chưa đủ điều kiện tiếp cận tín dụng ngân hàng*” tại khoản 1 Điều 15 Nghị định số 34/2018/NĐ-CP. Theo quy định tại Điều 7 Thông tư số 39/2016/TT-NHNN về hoạt động cho vay của tổ chức tín dụng đối với khách hàng, khách hàng phải đáp ứng 05 điều kiện để được vay vốn. Ngoài ra, khoản 2 Điều 15 Thông tư số 39/2016/TT-NHNN cũng gián tiếp quy định thêm điều kiện về bảo đảm tiền vay: “*Tổ chức tín dụng quyết định và chịu trách nhiệm về việc cho vay không áp dụng biện pháp bảo đảm tiền vay*”.

Năm là, giảm thời gian phê duyệt cấp bảo lãnh tín dụng xuống 10 ngày nhằm bảo đảm quyền lợi cho doanh nghiệp. Theo đó, thay số “30” bằng số “10” trong khoản 3 Điều 22 Nghị định số 34/2018/NĐ-CP.

Sáu là, bãi bỏ điểm d khoản 2 Điều 26 và điểm b khoản 1 Điều 27 Nghị định số 34/2018/NĐ-CP vì theo quy định của pháp luật hiện hành, không có cơ chế để bên bảo lãnh (ở đây là Quỹ bảo lãnh tín dụng) chuyển giao tài sản bảo đảm cho bên nhận bảo lãnh xử lý (ở đây là ngân hàng).

Bảy là, sửa đổi một số điều tại Chương IV theo hướng “*thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh theo quy định của pháp luật về bảo lãnh ngân hàng*”. Về bản chất, bảo lãnh tín dụng theo quy định tại Nghị định số 34/2018/NĐ-CP là một hình thức cấp tín dụng theo quy định của Luật Các tổ chức tín dụng và pháp luật có liên quan, nên việc sửa đổi quy định thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh trong trường hợp này giúp bảo đảm quyền lợi của ngân hàng cũng như nâng cao hiệu quả của bảo lãnh tín dụng doanh nghiệp nhỏ và vừa, giúp doanh nghiệp nhỏ và vừa tiếp cận tín dụng ngân hàng theo quy định của Luật Hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa ■

ngày làm việc kể từ ngày bên bảo lãnh nhận được văn bản yêu cầu thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh hợp lệ, bên bảo lãnh có trách nhiệm thực hiện đúng, đầy đủ nghĩa vụ bảo lãnh đã cam kết đối với bên nhận bảo lãnh”.

⁵ Nguyễn Cửu Việt (2005), *Cải cách hành chính: Về khái niệm thẩm quyền*, Tạp chí nghiên cứu lập pháp, số 8.

BIỆN PHÁP THAY THẾ XỬ LÝ VI PHẠM HÀNH CHÍNH

Đặng Thị Thu Trang

ThS. Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Xử lý vi phạm hành chính, biện pháp thay thế xử lý vi phạm hành chính, người chưa thành niên.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 26/05/2022

Biên tập : 17/07/2022

Duyệt bài : 19/07/2022

Article Infomation:

Keywords: Handling of administrative violations; alternative measures for handling administrative violations; minors.

Article History:

Received : 26 May 2022

Edited : 17 Jul. 2022

Approved : 19 Jul. 2022

Tóm tắt:

Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Xử lý vi phạm hành chính quy định một số điểm mới về các biện pháp thay thế xử lý vi phạm hành chính, nhằm tăng cường bảo đảm các quyền của người chưa thành niên, giúp họ có được môi trường cải tạo, giáo dục lành mạnh, nhân ái hơn. Trong bài viết này, tác giả phân tích các biện pháp thay thế xử lý vi phạm hành chính, nêu lên một số bất cập và đề xuất hướng hoàn thiện.

Abstract:

The Law on amendments of a number of provisions under the Law on Handling of Administrative Violations has stipulated a number of new provisions on alternative measures to handle administrative violations in order to enhance the guarantee of the rights of minors, helping them to have a reform environment, healthier, more compassionate education after violations of the law. Within this article, the author provides an analysis of the alternative measures to handle administrative violations, highlights of the inadequacies, and also gives out a number of recommendations for improvements.

1. Khái quát về biện pháp thay thế xử lý vi phạm hành chính

Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2020 (Luật Xử lý VPHC) đã quy định nhiều điểm mới nhằm tăng cường tính hệ thống của các quy phạm pháp luật, và tính khả thi trong việc áp dụng các quy định này vào việc xử lý VPHC. Trong đó, các biện pháp thay thế xử lý vi phạm hành chính được sửa đổi, bổ sung theo hướng mở rộng phạm vi và đối tượng áp dụng, khiến các quy định của pháp luật trở nên nhân văn hơn,

mang tính cộng đồng, tăng cường trách nhiệm của các cơ quan, tổ chức, cá nhân trong việc áp dụng các biện pháp thay thế xử lý VPHC.

Biện pháp thay thế xử lý vi phạm hành chính là biện pháp mang tính giáo dục được áp dụng để thay thế cho hình thức xử phạt vi phạm hành chính hoặc biện pháp xử lý hành chính đối với người chưa thành niên vi phạm hành chính¹.

Trước đây, Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 quy định trong Chương II của Phần thứ 5 về các biện pháp thay thế xử lý vi phạm

¹ Khoản 4 Điều 2 Luật Xử lý VPHC.

hành chính gồm: *Nhắc nhở, quản lý tại gia đình*. Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Xử lý VPHC (Luật sửa đổi, bổ sung năm 2020) đã bổ sung thêm biện pháp *giáo dục dựa vào cộng đồng*².

Có thể thấy, ba biện pháp thay thế xử lý vi phạm hành chính được nêu và bổ sung trong Luật có những đặc điểm chung như sau:

Thứ nhất, được áp dụng đối với người chưa thành niên vi phạm hành chính.

Người chưa thành niên là người chưa đủ 18 tuổi theo quy định tại Điều 21 Bộ luật Dân sự năm 2015.

Biện pháp “nhắc nhở” là biện pháp thay thế xử lý vi phạm hành chính được áp dụng đối với người chưa thành niên từ đủ 14 tuổi đến dưới 18 tuổi thực hiện hành vi vi phạm các quy định về quản lý nhà nước thuộc trường hợp bị xử phạt vi phạm hành chính³.

*Biện pháp “quản lý tại gia đình”*⁴ là biện pháp thay thế xử lý vi phạm hành chính áp dụng đối với người chưa thành niên thuộc đối tượng quy định tại khoản 3, bổ sung thêm người chưa thành niên thuộc đối tượng quy định tại khoản 4, và người từ đủ 14 tuổi đến dưới 18 tuổi sử dụng trái phép chất ma túy quy định tại khoản 5 Điều 90 Luật Xử lý VPHC. Điều đó có nghĩa là người từ đủ 14 tuổi đến dưới 18 tuổi 02 lần trở lên trong 06 tháng có hành vi trộm cắp, lừa đảo, đánh bạc, gây rối trật tự công cộng mà chưa đến mức truy cứu trách nhiệm hình sự; người nghiện ma túy dưới 18 tuổi có nơi cư trú ổn định; người từ đủ 14 tuổi đến dưới 18 tuổi sử dụng trái phép chất ma túy thực hiện hành vi

xâm phạm tài sản của cơ quan, tổ chức; tài sản, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm của công dân hoặc người nước ngoài; vi phạm trật tự, an toàn xã hội 02 lần trở lên trong 06 tháng nhưng chưa đến mức truy cứu trách nhiệm hình sự.

Biện pháp “giáo dục dựa vào cộng đồng” là biện pháp thay thế xử lý vi phạm hành chính áp dụng đối với người từ đủ 12 tuổi đến dưới 14 tuổi thuộc đối tượng quy định tại khoản 1 Điều 92 Luật Xử lý VPHC⁵, có nơi cư trú ổn định, đang theo học tại cơ sở giáo dục và cha mẹ, người giám hộ cam kết bằng văn bản về việc quản lý, giáo dục. Nghĩa là, người từ đủ 12 tuổi đến dưới 14 tuổi thực hiện hành vi có dấu hiệu của một tội phạm đặc biệt nghiêm trọng do cố ý, quy định tại Bộ luật Hình sự.

Như vậy, trong số ba biện pháp thay thế xử lý vi phạm hành chính thì biện pháp “giáo dục dựa vào cộng đồng” là biện pháp được áp dụng đối với người chưa thành niên có độ tuổi nhỏ nhất. Với độ tuổi này, họ chưa đến tuổi phải bị truy cứu trách nhiệm hình sự, cũng như chưa đủ tuổi để áp dụng biện pháp xử phạt vi phạm hành chính, mà chỉ có thể bị áp dụng các biện pháp xử lý hành chính.

Nếu người vi phạm trong trường hợp này đã thỏa mãn đủ các điều kiện để áp dụng biện pháp thay thế là “giáo dục dựa vào cộng đồng” thì nên ưu tiên áp dụng ngay. Trong quá trình áp dụng, người hoặc cơ quan nhà nước có thẩm quyền cũng xem xét để ưu tiên áp dụng những biện pháp thay thế xử lý vi phạm hành chính đối với người chưa thành niên. Bởi lẽ, đây là những đối tượng mà tâm sinh lý chưa ổn định, dễ bị kích động, dễ bị dụ dỗ, lôi kéo mà chưa suy nghĩ

² Bổ sung khoản 3 sau khoản 2 Điều 138 và sửa đổi, bổ sung khoản 1 Điều 140 về biện pháp quản lý tại gia đình.

³ Xem thêm khoản 2 Điều 26 Nghị định số 118/2021/NĐ-CP ngày 23/12/2021 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật Xử lý vi phạm hành chính, có quy định về đối tượng và điều kiện áp dụng biện pháp nhắc nhở.

⁴ Điều 140 Luật Xử lý VPHC.

⁵ Điều 92 quy định về đối tượng áp dụng biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng.

chín chắn về hành vi cũng như hậu quả của hành vi do mình thực hiện, bản thân họ chưa nhận thức được đầy đủ về ý nghĩa xã hội của hành vi. Những người này có thể chưa chuẩn bị tâm lý để gánh chịu những hậu quả pháp lý mà cơ quan có thẩm quyền hoặc nhà chức trách áp dụng đối với họ. Việc khoan dung với những đối tượng này sẽ có ý nghĩa to lớn trong việc giúp họ sớm hoà nhập cộng đồng, nhận thức được những lỗi lầm của mình và rèn luyện để trở thành những con người có ích cho xã hội.

Thứ hai, là biện pháp thay thế cho xử phạt vi phạm hành chính hoặc biện pháp xử lý hành chính có điều kiện.

Điều 134 Luật Xử lý VPHC quy định: “Các biện pháp thay thế xử lý vi phạm hành chính phải được xem xét áp dụng khi có đủ các điều kiện quy định tại Chương II của Phần thứ năm. Việc áp dụng biện pháp thay thế xử lý vi phạm hành chính không được coi là đã bị xử lý vi phạm hành chính”.

Việc quy định nguyên tắc xử lý ngay trong Luật đã tăng cường tính pháp chế và khiến việc áp dụng được chính xác hơn. Khi “không được coi là đã bị xử lý vi phạm hành chính” thì sẽ không bị coi là “tái phạm” và không bị tính là tình tiết tăng nặng nếu khi hết thời hạn áp dụng biện pháp thay thế xử lý vi phạm hành chính mà lại tiếp tục vi phạm pháp luật, cũng không bị áp dụng thời hạn được coi là chưa bị xử lý vi phạm hành chính.

Đối với biện pháp “nhắc nhở”: “Nhắc nhở là biện pháp thay thế xử lý vi phạm hành chính để chỉ ra những vi phạm do người chưa thành niên thực hiện, được thực hiện đối với người chưa thành niên vi phạm hành chính mà theo quy định của pháp luật phải bị xử phạt vi phạm hành chính”⁶... Đây là biện pháp duy nhất trong 3 biện

pháp thay thế cho xử lý vi phạm hành chính có tính chất thay thế cho hình thức xử phạt vi phạm hành chính, vì đối tượng được áp dụng là người chưa thành niên vi phạm hành chính mà theo quy định của pháp luật phải bị xử phạt vi phạm hành chính (cụ thể là vi phạm hành chính theo quy định bị phạt cảnh cáo), và cũng chỉ được áp dụng khi có điều kiện là người chưa thành niên vi phạm đã tự nguyện khai báo, thành thật hối lỗi về hành vi vi phạm của mình.

Có thể xem đây là biện pháp thay thế xử lý vi phạm hành chính hợp lý. Bởi vì, dựa trên tính chất của hình thức xử phạt cảnh cáo và những nguyên tắc xử lý vi phạm hành chính đối với người chưa thành niên thì việc áp dụng hình thức xử phạt cảnh cáo trong trường hợp này là không cần thiết. Thay vào đó, việc áp dụng biện pháp nhắc nhở không chỉ tạo điều kiện cho người chưa thành niên vi phạm nhận thức được lỗi lầm, mà còn giúp hạn chế những ảnh hưởng tiêu cực đến tâm lý của người vi phạm. Hành vi vi phạm cũng sẽ được giải quyết một cách nhanh chóng, công khai và khách quan⁷.

Đối với biện pháp “quản lý tại gia đình”: Đây được xem là biện pháp thay thế cho biện pháp xử lý hành chính vì đối tượng được áp dụng là những người chưa thành niên bị áp dụng biện pháp giáo dục tại xã, phường, thị trấn. Điều kiện để áp dụng biện pháp này là: Người chưa thành niên vi phạm đã tự nguyện khai báo, thành thật hối lỗi về hành vi vi phạm của mình; có môi trường sống thuận lợi cho việc thực hiện biện pháp này; cha mẹ hoặc người giám hộ có đủ điều kiện thực hiện việc quản lý và tự nguyện nhận trách nhiệm quản lý tại gia đình⁸.

Có thể thấy, đây là những điều kiện cần thiết nhưng đa phần mang tính định tính, khó có thể

⁶ Điều 139 Luật Xử lý VPHC.

⁷ Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh (2015), *Bình luận khoa học Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012*, Nxb. Đại học Quốc gia Tp. Hồ Chí Minh, tập 2, tr. 708.

⁸ Khoản 1 Điều 140 Luật Xử lý VPHC.

xác định một cách chính xác. Bởi lẽ, việc người chưa thành niên “thành thật hối lỗi về hành vi vi phạm của mình” không chỉ căn cứ vào hành vi họ “đã tự nguyện khai báo”, thái độ thành khẩn mà còn phải xem xét toàn bộ quá trình họ bị quản lý có thực sự chuyên tâm tu dưỡng bản thân để trở thành người công dân tốt hay không.

Bên cạnh đó, hành vi của những người này đã có dấu hiệu của vi phạm hành chính, thậm chí là vi phạm hình sự (nhưng chưa đến mức truy cứu trách nhiệm hình sự), nếu họ không có môi trường sống thuận lợi sẽ dễ bị dụ dỗ, lôi kéo mà tiếp tục vi phạm. Vì vậy, cần bố trí cho họ được cư trú ở những địa bàn lành mạnh, an toàn, tránh xa những nơi có nguy cơ cao về tệ nạn xã hội. Tuy nhiên, việc đánh giá “môi trường thuận lợi” thì chưa có tiêu chí cụ thể trong văn bản luật⁹.

Việc tự nguyện của cha mẹ hoặc người giám hộ trong quản lý, giám sát con em mình là điều quan trọng, vì đây là biện pháp nhằm tăng cường mối quan hệ gắn bó của cha mẹ với con cái và thể hiện trách nhiệm của cha mẹ trong vấn đề nuôi dạy, giáo dục, uốn nắn con cái. Đối với các tổ chức hoặc người giám hộ thì đây cũng là trường hợp mà họ cần nâng cao trách nhiệm và tình yêu thương đối với người được giám hộ, vì nếu lơ là, không quản lý tốt thì người chưa thành niên rất dễ tiếp tục vi phạm pháp luật, và biện pháp này sẽ không đạt được mục đích mà người có thẩm quyền buộc phải xử lý theo quy định tại khoản 5 Điều 140 Luật Xử lý VPHC.

Biện pháp này có đạt được hiệu quả hay không phụ thuộc rất nhiều vào việc cha mẹ, người giám hộ dành thời gian cho con, kiên trì

thực hiện các phương pháp cũng như các biện pháp cần thiết để hướng con mình con đường đúng đắn, an toàn, tránh xa những tệ nạn và cám dỗ, sa ngã. Biện pháp này cũng phụ thuộc vào sự “tự nguyện nhận trách nhiệm quản lý tại gia đình” của cha mẹ hoặc người giám hộ; vì vậy sẽ rất thiết thời cho người chưa thành niên nếu điều kiện về “sự tự nguyện” không đạt được thì họ sẽ có thể bị áp dụng biện pháp giáo dục tại xã, phường, thị trấn. Như vậy, gia đình, người giám hộ lúc này đã đầy trách nhiệm quản lý, giáo dục các đối tượng người chưa thành niên về phía chính quyền trong khi họ hoàn toàn có “đủ điều kiện”.

Đối với biện pháp “giáo dục dựa vào cộng đồng”: “Giáo dục dựa vào cộng đồng là biện pháp thay thế xử lý vi phạm hành chính áp dụng đối với người từ đủ 12 đến dưới 14 tuổi thuộc đối tượng quy định tại khoản 1 Điều 92 của Luật này, có nơi cư trú ổn định, đang theo học tại cơ sở giáo dục và cha mẹ, người giám hộ cam kết bằng văn bản về việc quản lý, giáo dục”¹⁰.

Đây là biện pháp thay thế xử lý vi phạm hành chính mới nhất được bổ sung vào Luật, được coi là biện pháp thay thế cho biện pháp xử lý hành chính vì đối tượng được áp dụng là người từ đủ 12 tuổi đến dưới 14 tuổi thực hiện hành vi có dấu hiệu của một tội phạm đặc biệt nghiêm trọng do cố ý quy định tại Bộ luật Hình sự, bị áp dụng biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng¹¹.

Khác với hai biện pháp trên, biện pháp thay thế xử lý vi phạm hành chính này không bắt buộc điều kiện chủ thể được áp dụng phải tự nguyện khai báo, thành thật hối lỗi về hành vi vi phạm của mình, nhưng cần chủ thể có “nơi

⁹ Điều 6 Nghị định số 120/2021/NĐ-CP của Chính phủ quy định chế độ áp dụng biện pháp xử lý hành chính giáo dục tại xã, phường, thị trấn bổ sung quy định điều kiện “gia đình có nguồn thu nhập ổn định”, “có chỗ ở”, “cha, mẹ hoặc người giám hộ có nhân thân tốt”... nhưng đây vẫn là những tiêu chí định tính mà không có minh chứng hoặc yêu cầu xác định cụ thể.

¹⁰ Khoản 1 Điều 140a Luật Xử lý VPHC.

¹¹ Khoản 1 Điều 92 Luật Xử lý VPHC.

cur trú ổn định, đang theo học tại cơ sở giáo dục và cha mẹ, người giám hộ cam kết bằng văn bản về việc quản lý, giáo dục”¹². Việc đòi hỏi phải có cam kết bằng văn bản của cha mẹ trong việc quản lý con em mình thể hiện quyết tâm, trách nhiệm của cha mẹ cũng như tăng cường sự phối kết hợp giữa phụ huynh với nhà trường (cơ sở giáo dục mà con đang theo học) và chính quyền địa phương (Ủy ban nhân dân cấp xã nơi người đó cư trú hoặc cơ sở trợ giúp trẻ em, cơ sở bảo trợ xã hội) để giám sát chặt chẽ, ngăn ngừa những hành vi vi phạm tiếp theo của trẻ, hướng trẻ tới con đường thiện lương mà không cần thiết phải đưa trẻ vào trường giáo dưỡng. Tính “cộng đồng” được thể hiện trong biện pháp này chính là sự kết hợp giữa ba trụ cột nhà trường - gia đình - chính quyền để mong đạt được hiệu quả trong việc quản lý, giáo dục đối tượng này.

Thứ ba, là biện pháp mang tính giáo dục.

“Biện pháp thay thế xử lý vi phạm hành chính là biện pháp mang tính giáo dục bởi các hành vi vi phạm và đối tượng áp dụng ở mức độ thấp hơn áp dụng biện pháp xử lý hành chính bên cạnh xử phạt hành chính”¹³. Các biện pháp thay thế xử lý vi phạm hành chính đều hướng đến việc giáo dục ý thức, tư tưởng ở người vi phạm, mong muốn trẻ vẫn được tham gia các hoạt động tại địa bàn một cách năng động và hoà nhập. Cụ thể là: “Người chưa thành niên đang quản lý tại gia đình được đi học hoặc tham gia các chương trình học tập hoặc dạy nghề

khác; tham gia các chương trình tham vấn, phát triển kỹ năng sống tại cộng đồng” và “Người chưa thành niên bị áp dụng biện pháp giáo dục dựa vào cộng đồng được đi học hoặc tham gia các chương trình học tập hoặc dạy nghề khác, tham gia các chương trình tham vấn, phát triển kỹ năng sống tại cộng đồng”¹⁴.

Những quy định này nhằm hạn chế sự kỳ thị của cộng đồng đối với người chưa thành niên vi phạm, huy động được sự quan tâm của gia đình và người thân, san sẻ gánh nặng cho các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện công tác bảo đảm an ninh, trật tự, an toàn xã hội, thể hiện tính nhân văn sâu sắc¹⁵.

2. Một số điểm khác biệt giữa các biện pháp thay thế xử lý vi phạm hành chính

- Về thẩm quyền quyết định áp dụng

Đối với biện pháp “nhắc nhở”: Người có thẩm quyền xử phạt quyết định áp dụng biện pháp nhắc nhở¹⁶.

Đối với biện pháp “quản lý tại gia đình”: Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp xã quyết định áp dụng biện pháp quản lý tại gia đình¹⁷.

Đối với biện pháp “giáo dục dựa vào cộng đồng”: Tòa án nhân dân quyết định áp dụng biện pháp giáo dục dựa vào cộng đồng¹⁸.

Thẩm quyền của các cơ quan quyết định áp dụng phụ thuộc vào tính chất của các biện pháp thay thế xử lý vi phạm hành chính, đối tượng được áp dụng và địa bàn áp dụng biện pháp đó.

¹² Khoản 1 Điều 140a Luật Xử lý VPHC.

¹³ Trần Thị Quỳnh Anh (2021), *Biện pháp thay thế xử lý vi phạm hành chính là gì? Đặc điểm của biện pháp thay thế xử lý vi phạm hành chính*, <https://luathoanganh.vn/hoi-dap-luat-dan-su/bien-phap-thay-the-xu-ly-vi-pham-hanh-chinh-la-gi-dac-diem-cua-bien-phap-thay-the-xu-ly-vi-pham-hanh-chinh-la-gi-dac-diem-cua-bien-phap-thay-the-xu-ly-vi-pham-hanh-chinh-lha1896.html>, truy cập ngày 12/05/2022.

¹⁴ Theo khoản 4 Điều 140 và khoản 4 Điều 140a Luật Xử lý VPHC.

¹⁵ Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh (2015), *Bình luận khoa học Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012*, Nxb. Đại học Quốc gia Tp. Hồ Chí Minh, tập 2, tr. 711.

¹⁶ Điều 139 Luật Xử lý VPHC.

¹⁷ Khoản 2 Điều 140 Luật Xử lý VPHC.

¹⁸ Khoản 2 Điều 140a Luật Xử lý VPHC.

- Về thời hạn áp dụng

Đối với biện pháp “nhắc nhở”: Nhắc nhở được thực hiện bằng lời nói, ngay tại chỗ¹⁹ và không phải lập thành biên bản²⁰. Vì vậy, không quy định thời hạn và người có thẩm quyền xử phạt quyết định áp dụng biện pháp nhắc nhở sẽ thi hành ngay biện pháp này đồng thời với thời điểm ra quyết định.

Đối với biện pháp “quản lý tại gia đình”: Thời hạn áp dụng biện pháp quản lý tại gia đình từ 03 tháng đến 06 tháng²¹.

Đối với biện pháp “giáo dục dựa vào cộng đồng”: Thời hạn áp dụng biện pháp giáo dục dựa vào cộng đồng từ 6 tháng đến 24 tháng²².

Thời hạn áp dụng các biện pháp thay thế xử lý VPHC “quản lý tại gia đình” và “giáo dục dựa vào cộng đồng” tương đồng với thời hạn áp dụng các biện pháp xử lý hành chính nếu người chưa thành niên vi phạm mà không được áp dụng biện pháp thay thế.

- Về cưỡng chế nhà nước khi vi phạm

Trong ba biện pháp thay thế xử lý VPHC thì chỉ có biện pháp “quản lý tại gia đình” có quy định áp dụng biện pháp cưỡng chế nếu trong thời gian thực hiện biện pháp thay thế mà còn tiếp tục vi phạm pháp luật²³. Đây cũng là quy định để đảm bảo tính nghiêm minh của pháp luật và răn đe cao hơn. Nếu người chưa thành niên được cho cơ hội để hoà nhập cộng đồng, trở thành người có ích cho xã hội nhưng không những không cải thiện bản thân mà còn tiếp tục vi phạm thì xứng đáng nhận những hậu quả pháp lý nghiêm khắc để bản thân họ tự rút kinh nghiệm, sửa chữa lỗi lầm và xã hội đảm bảo được an ninh, trật tự, an toàn.

¹⁹ Điều 139 Luật Xử lý VPHC.

²⁰ Điều 26 Nghị định số 118/2021/NĐ-CP ngày 23/12/2021 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật Xử lý VPHC.

²¹ Khoản 3, 4 Điều 140 Luật Xử lý VPHC.

²² Khoản 3, 4 Điều 140a Luật Xử lý VPHC.

²³ Khoản 5 Điều 140 Luật Xử lý VPHC.

3. Một số bất cập và kiến nghị hoàn thiện

Thứ nhất, nhắc nhở là biện pháp mang tính giáo dục được áp dụng thay thế cho hình thức xử phạt cảnh cáo đối với người chưa thành niên VPHC để người chưa thành niên nhận thức được những vi phạm của mình. Về hình thức, nhắc nhở được thực hiện bằng lời nói, ngay tại chỗ, không ban hành quyết định. Cần lưu ý, sự khác biệt giữa nhắc nhở và cảnh cáo ở chỗ, việc áp dụng hình thức phạt cảnh cáo phải bằng hình thức văn bản dưới dạng quyết định xử phạt. Theo pháp luật hiện hành, người có thẩm quyền xử phạt cảnh cáo đối với VPHC do người chưa thành niên thực hiện cũng chính là người có thẩm quyền áp dụng biện pháp nhắc nhở. Do mang tính nhắc nhở bằng lời nói nên bên cạnh việc chỉ ra hành vi vi phạm, biện pháp này còn chứa đựng những lợi ích to lớn trong việc khuyên nhủ, động viên, từ đó tạo sự chủ động, tích cực, hiệu quả trong nhận thức của người chưa thành niên. Tuy nhiên, nếu người chưa thành niên ngoài việc bị áp dụng hình thức xử phạt chính là cảnh cáo còn bị áp dụng hình thức xử phạt bổ sung hoặc biện pháp khắc phục hậu quả thì có thể thay thế bằng biện pháp nhắc nhở hay không? Hiện nay, có những quan điểm khác nhau về vấn đề này.

Quan điểm thứ nhất là biện pháp nhắc nhở chỉ được áp dụng đối với người vi phạm bị áp dụng duy nhất hình thức xử phạt chính là cảnh cáo mà không kèm theo bất cứ một hình thức xử phạt bổ sung hay biện pháp khắc phục hậu quả nào khác. Quy định này rất phù hợp với việc áp dụng hình thức xử phạt cảnh cáo, bởi suy cho cùng cảnh cáo cũng chỉ là sự nhắc nhở - tác động về mặt tinh thần đối với người vi phạm bằng hình thức văn

bản. Nếu một VPHC, ngoài áp dụng hình thức xử phạt chính là cảnh cáo lại có áp dụng hình thức xử phạt bổ sung hay biện pháp khắc phục hậu quả thì nhất thiết phải ra quyết định bằng văn bản. Một khi đã có quyết định bằng văn bản thì rõ ràng đã vô hiệu hóa tính chất “bằng lời nói” của biện pháp nhắc nhở. Do đó, để bảo đảm tính thống nhất trong thủ tục giải quyết, cần thừa nhận việc áp dụng biện pháp nhắc nhở trong trường hợp người vi phạm chỉ bị áp dụng hình thức xử phạt chính là cảnh cáo mà không kèm theo bất cứ một hình thức xử phạt bổ sung hay biện pháp khắc phục hậu quả nào khác²⁴.

Quan điểm thứ hai là nếu người chưa thành niên bị phạt cảnh cáo mà không kèm theo hình thức xử phạt bổ sung nhưng bị áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả, người chưa thành niên đã tự nguyện khai báo, thành thật hối lỗi về hành vi vi phạm của mình thì vẫn có thể áp dụng biện pháp nhắc nhở. Bởi lẽ, “việc xử lý người chưa thành niên VPHC chỉ được thực hiện trong trường hợp cần thiết nhằm giáo dục, giúp đỡ họ sửa chữa sai lầm, phát triển lành mạnh và trở thành công dân có ích cho xã hội”²⁵. Bên cạnh đó, thông thường việc áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả được ghi cụ thể trong quyết định xử phạt VPHC. Trường hợp này, nếu áp dụng biện pháp nhắc nhở sẽ không lập thành biên bản nên người có thẩm quyền phải ra quyết định áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả²⁶. Mặt khác, biện pháp khắc phục hậu quả có thể được áp dụng độc lập trong trường hợp quy định tại khoản 2 Điều 65 của Luật Xử lý VPHC²⁷. Như vậy, quan điểm này chỉ ra lỗi đến đâu, xử lý đến đó. Nếu người chưa

thành niên đã có đủ điều kiện để áp dụng biện pháp nhắc nhở thì người có thẩm quyền ưu tiên áp dụng biện pháp này, thay vì xử phạt cảnh cáo vì “việc áp dụng biện pháp thay thế xử lý VPHC không được coi là đã bị xử lý VPHC”²⁸ và điều này có lợi cho người chưa thành niên theo đúng nguyên tắc xử lý đối với người chưa thành niên được quy định trong Luật Xử lý VPHC như đã nêu ở trên. Tuy nhiên, hành vi của người chưa thành niên gây ra hậu quả thì vẫn cần áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả để tăng cường tính răn đe và tự chịu trách nhiệm về hành vi cũng như hậu quả mà người chưa thành niên gây ra. Ví dụ: theo điểm c khoản 1 Điều 7 Nghị định số 144/2021/NĐ-CP thì hành vi “Để vật nuôi, cây trồng hoặc các vật khác xâm lấn lòng đường, vỉa hè, vườn hoa, sân chơi, đô thị, nơi sinh hoạt chung trong khu dân cư, khu đô thị” sẽ bị phạt cảnh cáo hoặc phạt tiền từ 300.000 đồng đến 500.000 đồng, đồng thời người vi phạm còn bị áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu. Giả sử một người chưa thành niên 15 tuổi thực hiện vi phạm nên bị áp dụng hình thức xử phạt cảnh cáo và biện pháp khắc phục hậu quả buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu. Người vi phạm này có tình tiết “*đã tự nguyện khai báo, thành thật hối lỗi về hành vi vi phạm của mình*” thì được áp dụng biện pháp nhắc nhở để thay thế hình thức xử phạt cảnh cáo, nhưng vẫn phải thực hiện biện pháp khắc phục hậu quả buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu.

Vì vậy, theo tác giả, cần bổ sung thêm điều kiện để có thể áp dụng biện pháp nhắc

²⁴ Cao Vũ Minh (2019), *Vướng mắc về hình thức xử phạt vi phạm hành chính đối với người chưa thành niên*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 5.

²⁵ Điều 134 Luật Xử lý VPHC.

²⁶ Xem mẫu quyết định số 15 được quy định trong phụ lục kèm theo Nghị định số 118/2021/NĐ-CP ngày 23/12/2021 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật Xử lý VPHC.

²⁷ Điều 28 Luật Xử lý VPHC.

²⁸ Theo khoản 5 Điều 134 Luật Xử lý VPHC.

nhờ trong Điều 139 Luật Xử lý VPHC là: “*vi phạm hành chính theo quy định bị phạt cảnh cáo nhưng không bị áp dụng các hình thức xử phạt bổ sung hay các biện pháp khắc phục hậu quả*”.

Thứ hai, như đã phân tích ở trên, người chưa thành niên để được áp dụng các biện pháp thay thế xử lý VPHC cần đáp ứng đủ các điều kiện cần thiết được nêu trong Luật, nhưng các điều kiện này đa phần được mô tả định tính²⁹ dẫn đến khó khăn trong việc chứng minh đủ điều kiện. Trong trường hợp này, đối với biện pháp nhắc nhở vì tính chất xử lý ngay tại chỗ mà không cần có biên bản nên cũng không cần có văn bản cam kết của người vi phạm về việc đã nhận thức được hành vi vi phạm của mình và điều chỉnh hành vi để không tiếp tục vi phạm, nhưng cần quy định cam kết bằng lời nói trước cơ quan hoặc người có thẩm quyền xử phạt để thể hiện rõ sự “*thành thật hối lỗi*” của người vi phạm.

Đối với biện pháp quản lý tại gia đình, người có thẩm quyền xử phạt có thể yêu cầu người vi phạm cam kết bằng văn bản về việc đã nhận thức được hành vi vi phạm và điều chỉnh hành vi theo hướng phù hợp với quy định của pháp luật, làm căn cứ xác định vi phạm pháp luật (nếu có) xảy ra sau này. Trong Nghị định số 120/2021/NĐ-CP của Chính phủ quy định chế độ áp dụng biện pháp xử lý hành chính giáo dục tại xã, phường, thị trấn, đã quy định về điều kiện chuyển sang áp dụng biện pháp quản lý tại gia đình (Điều 6). Việc quy định thống nhất về “*môi trường sống thuận lợi*” cho việc thực hiện biện pháp quản lý tại gia

đình là một trong những điều kiện tiên quyết để đạt được mục đích trong vấn đề quản lý người chưa thành niên tại gia đình. Đã có nhiều thanh thiếu niên sa vào con đường phạm pháp vì không được sống trong một môi trường có tình yêu thương của người thân, không có người dìu dắt, giáo dục, hoặc sống trong môi trường có nhiều cám dỗ, dẫn tới vi phạm pháp luật. Tuy nhiên, đặt ra trường hợp nếu cha, mẹ hoặc người giám hộ đã cam kết đủ điều kiện để quản lý người chưa thành niên vi phạm tại gia đình thì cơ quan hoặc chủ thể nào sẽ có trách nhiệm kiểm chứng và xác nhận họ đã đủ điều kiện hoặc nếu ban đầu họ cam kết và thực sự đủ điều kiện thực hiện quản lý con em mình, nhưng chưa hết thời gian áp dụng biện pháp này vì lý do khách quan mà họ không còn đủ điều kiện như cam kết ban đầu thì việc áp dụng biện pháp này sẽ được xử lý ra sao? Trường hợp khác là cha mẹ hoặc người giám hộ thực tế có đủ điều kiện thực hiện biện pháp quản lý tại gia đình nhưng lại viện lý do không đủ điều kiện và không nhận trách nhiệm quản lý con em mình thì người chưa thành niên vi phạm trong trường hợp này sẽ bị áp dụng biện pháp giáo dục tại xã, phường, thị trấn. Những vướng mắc trên hiện chưa có quy định cụ thể trong các văn bản pháp luật của nhà nước. Vì vậy để đảm bảo quyền lợi của người chưa thành niên vi phạm, cần quy định sự phối kết hợp giữa các cơ quan có thẩm quyền để tiến hành xác minh điều kiện của cha mẹ hoặc người giám hộ có đủ điều kiện thực hiện biện pháp quản lý tại gia đình; mặt khác, cần bổ sung thêm điều kiện: “*nếu cha mẹ hoặc người giám hộ có đủ điều kiện thực hiện việc quản lý tại gia đình thì*

²⁹ Biện pháp nhắc nhở quy định tại Điều 139 Luật Xử lý VPHC nêu điều kiện “*người chưa thành niên vi phạm đã tự nguyện khai báo, thành thật hối lỗi về hành vi vi phạm của mình*”. Tuy nhiên, việc họ thực sự “*tự nguyện*” hay không không chỉ xác định bằng hành vi tự đến khai báo mà còn cần xem xét cả thái độ, sự thành khẩn của họ để xác định họ có bị ép buộc, đe dọa, xúi giục thực hiện điều này; việc “*thành thật hối lỗi*” cũng rất khó đo lường mà cần xem xét toàn bộ quá trình tu dưỡng, cải tạo sau này.

Tương tự như vậy, biện pháp quản lý tại gia đình được quy định tại Điều 140 Luật Xử lý VPHC. Điều luật này nêu các điều kiện “*tự nguyện khai báo*”, “*thành thật hối lỗi*”, “*có môi trường sống thuận lợi*”, “*cha mẹ hoặc người giám hộ có đủ điều kiện thực hiện việc quản lý và tự nguyện nhận trách nhiệm quản lý tại gia đình*”. Các tiêu chí đưa ra không được xác định cụ thể trong Luật.

khuyến khích nhận trách nhiệm quản lý tại gia đình. Nếu cha mẹ hoặc người giám hộ nhận trách nhiệm quản lý tại gia đình nhưng sau đó lại không đủ điều kiện để thực hiện đúng cam kết thì cơ quan có thẩm quyền quyết định phân công người giám hộ khác có đủ điều kiện thực hiện biện pháp này”.

Thứ ba, biện pháp giáo dục dựa vào cộng đồng là biện pháp thay thế xử lý VPHC mới nhất được bổ sung vào Luật Xử lý VPHC, đề cao sự phối kết hợp của cả gia đình, cơ sở giáo dục và cơ quan nhà nước nơi người chưa thành niên cư trú để có được hiệu quả cao trong việc giáo dục, hướng thiện, đưa người vi phạm có cơ hội hòa nhập với cộng đồng.

Để cụ thể hóa quy định về thi hành biện pháp giáo dục dựa vào cộng đồng thì Chính phủ đã ban hành Nghị định số 140/2021/NĐ-CP ngày 31/12/2021 quy định chế độ áp dụng biện pháp xử lý hành chính đưa vào trường giáo dưỡng và cơ sở giáo dục bắt buộc. Theo đó, yêu cầu cha mẹ hoặc người giám hộ của người chưa thành niên làm *bản cam kết*³⁰; đồng thời quy định trách nhiệm của các chủ thể thực hiện việc quản lý, giám sát, giáo dục người được áp dụng biện pháp giáo dục dựa vào cộng đồng³¹. Mặc dù Luật Xử lý VPHC đã quy định trong Điều 140a về điều kiện bắt buộc là đối tượng được áp dụng biện pháp giáo dục dựa vào cộng đồng phải “đang theo học tại cơ sở giáo dục”, nhưng trong Nghị định số 140/2021/NĐ-CP lại không có quy định ràng buộc trách nhiệm của cơ sở giáo dục mà người chưa thành niên vi phạm đang theo học, về việc giáo dục, quan tâm, phối hợp với các chủ thể có trách nhiệm còn lại trong việc thực hiện biện pháp này. Theo tác giả, cần bổ sung thêm quy định về trách nhiệm của cơ sở giáo dục mà người chưa thành niên vi phạm đang theo học trong việc xây dựng các chương trình giáo dục phù hợp với đối tượng này, quan tâm, giúp đỡ, động viên họ

sửa chữa sai lầm, đặc biệt là không kỳ thị, phân biệt đối xử với họ, cũng như thường xuyên phối hợp với gia đình của người chưa thành niên, cơ quan nhà nước có thẩm quyền nơi người đó cư trú và cá nhân được giao trách nhiệm giám sát người chưa thành niên.

Tương tự như quy định về việc thi hành biện pháp quản lý tại gia đình, đối với biện pháp giáo dục dựa vào cộng đồng, mặc dù đã yêu cầu cha mẹ, người giám hộ của người chưa thành niên vi phạm cam kết bằng văn bản về việc quản lý, giáo dục, nhưng không có quy định xử lý nếu thực tế không đủ điều kiện như trong cam kết, hoặc có đủ điều kiện như trong cam kết nhưng không thực hiện đúng cam kết, hay vì điều kiện khách quan mà cam kết ban đầu không thực hiện được.

Ngoài ra, biện pháp quản lý tại gia đình có quy định cưỡng chế nhà nước nếu người chưa thành niên tiếp tục vi phạm pháp luật trong thời gian quản lý³², nhưng biện pháp giáo dục dựa vào cộng đồng lại không có quy định xử lý nếu người được áp dụng biện pháp giáo dục dựa vào cộng đồng không thực hiện đúng nghĩa vụ của mình trong thời gian thực hiện biện pháp, thậm chí tiếp tục vi phạm pháp luật.

Chính vì vậy, để tăng cường tính nghiêm minh và răn đe thì cần có quy định phòng ngừa việc vi phạm của người chưa thành niên đang được áp dụng biện pháp giáo dục dựa vào cộng đồng, như người có trách nhiệm quản lý, giám sát, giáo dục người chưa thành niên nếu phát hiện có dấu hiệu vi phạm pháp luật cần báo cáo ngay cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền được biết để kịp thời ngăn chặn, hoặc khi người chưa thành niên tiếp tục vi phạm pháp luật thì người có thẩm quyền sẽ quyết định chấm dứt việc áp dụng biện pháp giáo dục dựa vào cộng đồng và xử lý theo quy định của pháp luật ■

³⁰ Khoản 3 Điều 46 Nghị định số 140/2021/NĐ-CP.

³¹ Điều 48 Nghị định số 140/2021/NĐ-CP.

³² Khoản 5 Điều 140 Luật Xử lý VPHC.

PHÁP LUẬT CỘNG HÒA PHÁP VỀ BẢO ĐẢM THỰC HIỆN NGHĨA VỤ LIÊN QUAN ĐẾN ĐỘNG SẢN: QUYỀN CẦM GIỮ, BẢO LƯU QUYỀN SỞ HỮU VÀ GIÁ TRỊ THAM KHẢO CHO VIỆT NAM

Nguyễn Ngọc Điện

Viện sĩ, PGS.TS. Trường Đại học Kinh tế - Luật,

Đại học Quốc gia Tp. Hồ Chí Minh

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, động sản, quyền cầm giữ, bảo lưu quyền sở hữu.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 14/06/2022

Biên tập : 25/07/2022

Duyệt bài : 26/07/2022

Article Information:

Keywords: Secured transaction; chattels; retention right; reservation of title.

Article History:

Received : 14 Jun 2022

Edited : 25 Jul. 2022

Approved : 26 Jul. 2022

Tóm tắt:

Trong các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ đối vật có đối tượng là động sản, có hai biện pháp đáng chú ý, đó là quyền cầm giữ và bảo lưu quyền sở hữu. Thực tiễn ghi nhận việc thực hiện các biện pháp này khá phổ biến, nhất là liên quan đến các tài sản như ô tô, xe máy, nhưng pháp luật hiện hành chưa quy định chặt chẽ và khó áp dụng. Việc tìm hiểu kỹ nội dung của các chế định bảo đảm thực hiện nghĩa vụ này trong pháp luật của Cộng hòa Pháp sẽ giúp ích cho việc hoàn thiện các chế định tương ứng trong pháp luật Việt Nam.

Abstract:

Among the secured transactions relating to chattels acknowledged in French law, there are two remarkable institutions deserving attention of law makers and law researchers in Vietnam: retention right and reservation of title. The reason is that in the current Vietnamese law, these transactions are not strictly regulated and difficult to apply; A thorough study of these institutions in French law will be helpful to the Vietnamese law makers and law researchers for the improvement of the corresponding regulation in Vietnam.

1. Tổng quan

Trong pháp luật của Cộng hòa Pháp, các biện pháp bảo đảm đối vật¹ có đối tượng là động sản được chia thành hai nhóm, tùy theo tài sản bảo đảm được hay không được bên bảo

đảm nắm giữ trong thời gian có hiệu lực của biện pháp bảo đảm.

Trong trường hợp bên bảo đảm không nắm giữ tài sản bảo đảm, thì thông thường, người nắm giữ tài sản là bên nhận bảo đảm. Cầm cố

¹ Pháp luật của Cộng hòa Pháp phân chia các biện pháp bảo đảm thành hai nhóm – bảo đảm đối vật và bảo đảm đối nhân. Biện pháp bảo đảm đối vật có tác dụng thừa nhận cho bên nhận bảo đảm quyền trực tiếp trên giá trị của tài sản bảo đảm; ví dụ điển hình là biện pháp cầm cố tài sản. Biện pháp bảo đảm đối nhân có tác dụng thừa nhận cho bên nhận bảo đảm quyền yêu cầu bên bảo đảm thực hiện nghĩa vụ thay cho bên được bảo đảm; ví dụ điển hình là biện pháp bảo lãnh. Xem, ví dụ: Ph. Simler và Ph. Delebecque (2009), *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Dalloz, Paris, tr. 12 và kế tiếp.

tài sản là ví dụ điển hình về bảo đảm nghĩa vụ bằng động sản mà bên nhận cầm cố giữ tài sản. Cũng có những trường hợp bên nhận cầm cố không giữ tài sản mà thoả thuận với bên cầm cố về việc giao tài sản cho người thứ ba nắm giữ trong thời gian cầm cố. Do tài sản không được bên bảo đảm nắm giữ mà bên nhận bảo đảm có thể yên tâm về việc bảo đảm thực hiện nghĩa vụ: nếu nợ được bảo đảm không được trả, thì tài sản bảo đảm ở trong tình trạng sẵn sàng để được xử lý; bên bảo đảm không có điều kiện để gây khó khăn cho bên nhận bảo đảm.

Trong trường hợp bên bảo đảm vẫn nắm giữ tài sản, thì vẫn sử dụng tài sản trong những điều kiện bình thường, thậm chí có thể định đoạt tài sản. Về phần mình, bên nhận bảo đảm có quyền đối với giá trị của tài sản. Tuy nhiên, để quyền này được thực hiện một cách có hiệu quả, thì phải xây dựng được khung pháp lý cho phép giải quyết được hai vấn đề: một mặt, phải làm thế nào để quyền này được mọi người biết đến; mặt khác, người có quyền phải nắm trong tay một công cụ gì đó cho phép ngăn cản việc chuyển dịch tùy tiện quyền sở hữu đối với tài sản mà không tôn trọng quyền của mình. Chẳng hạn, bên nhận cầm cố đối với ô tô giữ các giấy tờ đăng ký hành chính và do đó có điều kiện theo dõi, giám sát các giao dịch liên quan đến tài sản tại cơ quan hành chính liên quan, ngăn chặn hành vi gian lận.

Trong các biện pháp bảo đảm nghĩa vụ bằng động sản, có hai biện pháp đáng chú ý đối với người làm luật và người nghiên cứu luật ở Việt Nam. Đó là quyền cầm giữ và bảo lưu quyền sở hữu. Lý do của sự chú ý là trong pháp luật Việt Nam hiện hành, các biện pháp này chưa được quy định chặt chẽ và khó áp dụng; trong khi đó,

thực tiễn ghi nhận việc thực hiện các biện pháp này khá phổ biến, nhất là liên quan đến các tài sản như ô tô, xe máy,... Việc tìm hiểu kỹ nội dung của các chế định bảo đảm thực hiện nghĩa vụ này trong pháp luật của Cộng hòa Pháp sẽ giúp người làm luật và người nghiên cứu luật ở Việt nam rút ra những kinh nghiệm có ích cho việc hoàn thiện các chế định tương ứng trong pháp luật Việt Nam.

2. Quyền cầm giữ

2.1. Tổng quan

- Khái niệm

Không có định nghĩa chính thức: Luật viết của Cộng hòa Pháp không xây dựng một bộ quy tắc rõ ràng để điều chỉnh quyền cầm giữ và do đó, không có định nghĩa chính thức về quyền cầm giữ. Đối với người làm luật, quyền cầm giữ là quyền phát sinh trong khuôn khổ hiệu lực của một số giao dịch đặc thù. Người làm luật đặt cho quyền này một cái tên (*droit de rétention*) và mô tả nội dung của quyền này trong những trường hợp cụ thể, đặc thù mà quyền này phát sinh.

Khi tiến hành cải cách hệ thống các biện pháp bảo đảm nghĩa vụ cách nay hơn 10 năm, người làm luật hoàn thiện một bước khung pháp lý về quyền cầm giữ thông qua việc rà soát, sửa đổi, bổ sung các quy định liên quan; đặc biệt, tại Điều 2286 Bộ luật Dân sự, danh sách các chủ nợ có quyền cầm giữ bao gồm: 1. Người được giao nắm giữ tài sản cho đến khi nợ đối với người đó được trả đủ²; 2. Người mà nợ đối với người đó phát sinh từ một hợp đồng mà theo hợp đồng đó người này có nghĩa vụ giao tài sản mình đang nắm giữ³; 3. Người mà nợ đối với người đó phát sinh từ việc cầm

² Ví dụ: tài sản cầm cố được giao cho chủ nợ nhận cầm cố để bảo đảm việc trả nợ vay; chủ nợ có quyền cầm giữ tài sản chừng nào nợ vay chưa được trả đủ.

³ Ví dụ: trong hợp đồng mua bán, người bán có trách nhiệm giao tài sản bán cho người mua. Tuy nhiên, chừng nào người mua chưa trả đủ tiền, thì người bán có quyền cầm giữ, chưa giao tài sản, dù có thể theo pháp luật hoặc theo thoả thuận, quyền sở hữu đối với tài sản bán đã được xác lập cho người mua.

giữ tài sản⁴; 4. Người nhận cầm cố mà không nắm giữ tài sản về phương diện vật chất⁵.

Học thuyết pháp lý: Theo quan niệm được chấp nhận rộng rãi⁶, quyền cầm giữ là quyền giữ lại một tài sản mà người cầm giữ có nghĩa vụ giao trả. Lý do khiến người cầm giữ từ chối giao trả tài sản, đồng thời được pháp luật thừa nhận có quyền làm việc đó, là bởi chủ sở hữu tài sản không thực hiện nghĩa vụ của người này đối với mình. Ví dụ điển hình là trường hợp cầm giữ ô tô của chủ ga ra sửa xe: chủ xe không trả tiền sửa chữa xe; chủ ga ra không giao trả xe đã sửa xong như một cách phản ứng tự bảo vệ quyền chính đáng của mình.

- Đặc điểm

Biện pháp bảo đảm đặc thù: Quyền cầm giữ cho phép người có quyền được sử dụng tài sản cầm giữ như một thứ con tin nhằm gây sức ép đối với người mắc nợ (phải trả nợ thì việc cầm giữ mới được giải toả; chừng nào nợ chưa được trả thì tài sản còn bị cầm giữ). Thật ra, bên cầm giữ có nghĩa vụ giao trả tài sản; nhưng trong hoàn cảnh đặc thù, bên cầm giữ được pháp luật cho phép trì hoãn việc thực hiện nghĩa vụ, với lý do chính đáng là nghĩa vụ đối với mình chưa được thực hiện. Tuy nhiên, khác với biện pháp bảo đảm thông thường, quyền cầm giữ không bao hàm quyền xử lý tài sản, cũng không cho bên cầm giữ được ưu tiên thanh toán một khi tài sản được xử lý.

Biện pháp bảo đảm mang tính cơ hội và không bền vững: Có lợi thế trong việc đòi nợ so với các chủ nợ khác của cùng một người mắc nợ, nhưng chủ nợ cầm giữ tài sản chỉ duy trì được lợi thế đó chừng nào còn nắm giữ tài sản. Nếu bên cầm giữ tự nguyện từ bỏ việc nắm giữ tài sản; ví dụ, bằng cách giao trả tài sản cho chủ sở hữu, thì quyền cầm giữ cũng chấm dứt và bên cầm giữ trở về dưới sự chi phối của luật chung về đòi nợ. Quyền cầm giữ cũng biến mất trong trường hợp tài sản bị mất hoặc bị huỷ hoại.

Dẫu sao, quyền cầm giữ vẫn được thừa nhận là một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, thậm chí, được coi là biện pháp bảo đảm đối vật. Lý do chính là quyền này được pháp luật thừa nhận; tất cả mọi người phải tôn trọng. Pháp luật của Cộng hòa Pháp còn quy định trong trường hợp chủ sở hữu bị phá sản và tài sản cầm giữ cần được xử lý trong khuôn khổ thủ tục phá sản, thì bên cầm giữ có quyền từ chối giao tài sản cho thanh toán viên cho đến khi nhận được tiền thanh toán đối với món nợ được bảo đảm⁷.

- Đối tượng của quyền cầm giữ

Tất cả các loại tài sản cầm giữ được: Thời cổ, quyền cầm giữ chỉ được thừa nhận đối với các tài sản hữu hình. Cái tên của quyền đủ để giải thích điều này. Ngày nay, sự phát triển của quan hệ tài sản cho phép hình dung khả năng thực hiện quyền cầm giữ đối với tất cả các loại tài sản. Tư tưởng chủ đạo là một khi chủ nợ

⁴ Ví dụ: người bắt được gia súc bị thất lạc, tự bỏ tiền để nuôi dưỡng trong thời gian chờ đợi chủ sở hữu đến nhận, có quyền từ chối giao trả chừng nào chủ sở hữu chưa thanh toán chi phí nuôi giữ.

⁵ Trong pháp luật của Cộng hòa Pháp, có những trường hợp tài sản là động sản được cầm cố nhưng chủ nợ không giữ tài sản trong thời gian cầm cố, vì nhiều lý do. Chẳng hạn, ô tô được cầm cố nhưng vẫn để lại cho chủ sở hữu sử dụng. Pháp luật Việt Nam gọi trường hợp này là thế chấp.

Về bản chất của quyền cầm giữ trong trường hợp chủ nợ nhận cầm cố mà không giữ tài sản: xem tiếp mục 2.2.

⁶ Xem N. Catala (1967), *De la nature juridique du droit de rétention*, Revue trimestrielle de droit civil, p. 9; F. Perochon (1999), *Le droit de rétention, accessoire de la créance*, Mélanges Cabillac, Litec, Paris, p. 379; Ph. Simler, Ph. Delebecque (2009), *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Dalloz, Paris, p.507.

⁷ Điều L. 642 – 25 Bộ luật Thương mại Pháp.

ở trong tư thế cho phép cản trở một cách hợp pháp việc thực hiện quyền của chủ sở hữu đối với tài sản, thì quyền cầm giữ được thừa nhận cho người này. Ví dụ, trong trường hợp tài khoản chứng khoán được cầm cố và pháp luật cho phép bên nhận cầm cố yêu cầu ngân hàng phong tỏa tài khoản một khi nợ được bảo đảm đã đến hạn mà không được trả, thì có thể nói rằng việc phong tỏa tài khoản là sự thể hiện quyền cầm giữ của chủ nợ nhận cầm cố.

2.2. Xác lập quyền cầm giữ

- Điều kiện liên quan đến việc cầm giữ

Nguyên tắc cầm giữ thực tại: Quyền cầm giữ chỉ được thừa nhận cho chủ nợ trong các trường hợp mà ở thời điểm quyền này phát sinh, chủ nợ đang nắm giữ tài sản về phương diện vật chất và việc nắm giữ tài sản hoàn toàn có căn cứ, hợp lệ. Ví dụ, chủ nợ nhận cầm cố đang giữ tài sản cầm cố ở thời điểm nợ được bảo đảm đến hạn đòi. Sự nắm giữ có thể được chủ nợ tự mình thực hiện hoặc được một người khác thực hiện dưới sự quản lý của chủ nợ.

Trường hợp cầm cố mà không giao tài sản: khái niệm nắm giữ ảo (détention fictive). Pháp luật của Cộng hòa Pháp thừa nhận việc xác lập quan hệ cầm cố cả trong trường hợp bên cầm cố không giao tài sản cho bên nhận cầm cố hoặc bên thứ ba. Ví dụ điển hình là trường hợp cầm cố ô tô: chủ nợ nhận cầm cố vẫn để lại tài sản cầm cố cho bên cầm cố sử dụng. Có thể nhận thấy ngay vấn đề đối với chủ nợ là làm thế nào để quản lý được tài sản, ít nhất là về mặt pháp lý, với mục đích ngăn chặn việc đưa tài sản vào

các giao dịch có thể gây khó khăn cho chủ nợ khi cần xử lý tài sản sau này.

Có trường hợp chủ nợ không cầm giữ thực tại, nhưng bất kỳ ai quan tâm đến việc xác lập quyền sở hữu đối với tài sản đều được dẫn dắt theo quy trình xử lý tài sản đến chỗ gặp gỡ chủ nợ này. Lý do là chủ nợ giữ một vai trò mang ý nghĩa quyết định đối với việc chuyển quyền sở hữu tài sản, hoặc ít nhất là đối với việc công bố để công khai việc chuyển quyền sở hữu. Bởi vậy, học thuyết pháp lý gọi chủ nợ này là “người cầm giữ ảo” (*détenteur fictif*). Người cầm giữ ảo không phải là chủ sở hữu tài sản, và do đó không có quyền gì có tác dụng gây cản trở việc chuyển quyền sở hữu tài sản; nhưng người này có khả năng gây khó khăn cho chủ sở hữu trong việc thực hiện các quyền của chủ sở hữu đối với tài sản.

Ví dụ điển hình là việc người nhận cầm cố một tài sản có đăng ký, thay vì giữ tài sản, chỉ giữ các giấy tờ hành chính do cơ quan đăng ký cấp cho chủ sở hữu⁸: trong trường hợp muốn mua tài sản, người định mua phải quan tâm đến việc thực hiện thủ tục đăng ký, nghĩa là quan tâm đến việc giữ các giấy tờ cần thiết phải xuất trình khi tiến hành thủ tục đó; chủ nợ đang giữ giấy tờ có quyền từ chối giao giấy tờ cho đến khi nợ được trả đủ.

Pháp luật có thể có những quy định có tác dụng hỗ trợ cho việc cầm giữ ảo. Ví dụ, từ năm 2008, việc cầm cố ô tô ở Cộng hòa Pháp phải được ghi nhận bằng văn bản hợp đồng; để việc cầm cố có hiệu lực đối kháng với người thứ ba,

⁸ Có một thời ở Cộng hòa Pháp, khi cầm cố ô tô, bên cầm cố giao cho bên nhận cầm cố thẻ đăng ký phương tiện đi lại được toà thị chính cấp. Việc chủ nợ nắm giữ giấy tờ sẽ khiến cho người nhận chuyển nhượng gặp trở ngại khi đăng ký hành chính dưới tên mình: Ph. Simler, Ph. Delebecque (2009), *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Dalloz, Paris, p. 638.

Thẻ đăng ký lưu hành phương tiện đi lại như ô tô, mô tô, trong ngôn ngữ thông dụng ở Pháp gọi là thẻ xám (carte grise) do có màu xám tro. Ngoài ra, còn có thẻ xanh (carte verte), do thẻ có màu xanh lá cây, là thẻ bảo hiểm tai nạn giao thông do công ty bảo hiểm cấp. Người Việt chịu ảnh hưởng ngôn ngữ Pháp gọi thẻ đăng ký này là “cạc vẹt” hay “cà vẹt”, một kiểu phát âm từ ngữ tiếng Pháp theo cách của người Việt. Thật ra thẻ xanh không phải là thẻ đăng ký phương tiện.

phải khai báo việc cầm cố với toà thị chính nơi cấp thẻ đăng ký phương tiện. Toà thị chính cấp cho chủ nợ một biên nhận về việc tiếp nhận tờ khai và biên nhận này có ý nghĩa thừa nhận rằng chủ nợ đang nắm giữ tài sản (dù thật ra chủ nợ không nắm giữ về mặt vật chất).

- Điều kiện liên quan đến nợ được bảo đảm

Nợ chắc chắn, tính được thành tiền và đến hạn đòi: Học thuyết pháp lý của Cộng hòa Pháp cho rằng, quyền cầm giữ chỉ được thừa nhận để bảo đảm việc trả những món nợ chắc chắn, tính được thành tiền và đến hạn đòi.

Nợ chắc chắn được hiểu là nợ có thật và chính đáng. Án lệ Pháp cho rằng, không thể được coi là nợ chính đáng một khi nợ phát sinh do chủ ga ra sửa xe đã tự ý thực hiện những hoạt động sửa chữa ngoài danh mục đã thoả thuận mà không được sự đồng ý trước của chủ xe, dẫn đến việc gia tăng chi phí đáng kể. Do nợ không được coi là chính đáng mà chủ ga ra không được thừa nhận có quyền cầm giữ xe trong trường hợp chủ xe không chịu thanh toán các khoản chi phí ngoài thoả thuận.

Nợ tính được thành tiền là nợ có thể được thanh toán bằng cách trả một số tiền được xác định. Hoạ sĩ cam kết thực hiện bức tranh chân dung của khách và, để thực hiện công việc, hoạ sĩ bày bố các công cụ tại nhà của khách. Do hoạ sĩ không thực hiện công việc đúng cam kết, khách cầm giữ công cụ, không chịu giao trả. Việc cầm giữ trong trường hợp này là không hợp lệ do nghĩa vụ của chủ sở hữu tài sản bị cầm giữ không tính được thành tiền. Tuy nhiên, đòi hỏi nợ được tính thành tiền không nhất thiết có nghĩa là số tiền nợ phải được xác định ngay tại thời điểm cần thực hiện quyền cầm giữ. Điều quan trọng là nợ có thật (nghĩa là được định tính); còn việc xác định giá trị của món nợ (định lượng) có thể cần có thời gian⁹.

Nợ đến hạn đòi là nợ đã đến thời điểm mà bên mắc nợ phải thực hiện nghĩa vụ và bên chủ nợ có quyền yêu cầu bên mắc nợ thực hiện nghĩa vụ. Trên nguyên tắc, quyền cầm giữ chỉ phát sinh một khi nợ đến hạn đòi. Tuy nhiên, án lệ Pháp cũng thừa nhận quyền cầm giữ cho chủ nợ trong trường hợp nợ đến hạn, nhưng người mắc nợ được toà án cho hưởng sự gia hạn thực hiện nghĩa vụ.

- Điều kiện về mối quan hệ giữa việc nắm giữ và nợ được bảo đảm

Liên hệ có thật: Tư tưởng chủ đạo là quyền cầm giữ tài sản chỉ nhằm bảo đảm cho những nghĩa vụ có mối quan hệ liên kết với việc nắm giữ tài sản. Không thể thừa nhận cho chủ ga ra quyền cầm giữ xe ô tô như một cách gây sức ép để chủ sở hữu xe phải thanh toán số nợ phát sinh từ một hợp đồng vận chuyển trước đó. Thậm chí, không thể cầm giữ tài sản ký gửi để đòi bên ký gửi trả nợ tiền phí ký gửi lần trước mà chưa đòi được.

Thực tiễn ghi nhận mối quan hệ liên kết giữa quyền cầm giữ và nghĩa vụ được bảo đảm có thể được ghi nhận trong một trong ba dạng thức – quan hệ pháp lý, quan hệ vật chất và quan hệ kết ước.

Quan hệ pháp lý: Ví dụ điển hình về quan hệ pháp lý giữa quyền cầm giữ là nghĩa vụ được bảo đảm là quyền của chủ ga ra sửa chữa xe được cầm giữ chiếc ô tô được giao để sửa chữa. Hợp đồng dịch vụ sửa chữa tạo điều kiện cho chủ ga ra nắm giữ chiếc xe và việc thực hiện nghĩa vụ sửa chữa theo hợp đồng là căn cứ xác lập quyền đòi trả chi phí sửa chữa. Một cách tổng quát, một khi tài sản được chuyển giao cho một bên trong khuôn khổ thực hiện một giao dịch và cũng chính việc thực hiện giao dịch đó tạo ra quyền yêu cầu của bên nắm giữ tài sản đối với bên kia, thì quyền cầm giữ có điều kiện để phát sinh.

⁹ Xem Bản án ngày 12/3/1985 của Toà dân sự 3 thuộc Toà phá án, Bulletin civil, III, số 50.

Quan hệ vật chất: Có trường hợp khi nắm giữ tài sản thì giữa bên nắm giữ tài sản và chủ sở hữu tài sản không có mối quan hệ pháp lý gì đặc biệt. Nhưng trong quá trình nắm giữ tài sản, bên nắm giữ thực hiện các công việc được cho là cần thiết để việc nắm giữ được suôn sẻ, nhất là để cho tài sản được an toàn. Các công việc này đòi hỏi chi phí; bên nắm giữ ứng trước và do đó có quyền yêu cầu chủ sở hữu tài sản hoàn trả. Chừng nào chủ tài sản chưa hoàn trả chi phí, thì bên nắm giữ có quyền từ chối giao trả tài sản. Ví dụ điển hình là trường hợp người thực hiện công việc mà không có uỷ quyền, người có nghĩa vụ hoàn trả tài sản nắm giữ mà không có căn cứ pháp luật.

Quan hệ kết ước: Ví dụ điển hình nhất về quyền cầm giữ phát sinh từ quan hệ kết ước là quyền cầm giữ của chủ nhận cầm cố; theo đó, bên cầm cố giao tài sản cho bên nhận cầm cố một cách tự nguyện và các bên coi việc bên nhận cầm cố nắm giữ tài sản như là cách nhắc nhở bên có nghĩa vụ được bảo đảm phải quan tâm đến việc thực hiện nghĩa vụ một cách nghiêm chỉnh.

- Điều kiện về thái độ của bên cầm giữ

Trung thực và ngay tình. Quyền cầm giữ chỉ được thừa nhận cho bên nắm giữ tài sản một khi bên này tỏ ra trung thực và ngay tình. Bên cung ứng dịch vụ trong một hợp đồng dịch vụ dọn nhà không có quyền giữ tài sản được bên thuê dọn nhà giao để đòi tiền công trong trường hợp bên thuê dịch vụ đã đóng đủ số tiền ký quỹ để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ chi trả, đồng thời bên thuê dịch vụ cần số tài sản đó để đáp ứng các nhu cầu thiết yếu của cuộc sống¹⁰. Tuy nhiên, một nhà thầu biết rõ đang nhận thầu xây dựng trên đất của người khác vẫn có quyền cầm giữ vật liệu xây dựng để đòi bên chủ đầu tư trả tiền công¹¹. Nói rõ hơn, sự ngay tình chỉ

được đòi hỏi trong quan hệ giữa bên cầm giữ và bên có nghĩa vụ được bảo đảm.

2.3. Hiệu lực

Giữ, bảo quản tài sản và chăm sóc: Bên cầm giữ không có bất kỳ quyền gì đối với tài sản ngoài quyền nắm giữ tài sản. Tất nhiên, do tài sản không phải của mình, bên cầm giữ có trách nhiệm thực hiện các biện pháp cần thiết để bảo quản tài sản.

Điều chắc chắn là bên cầm giữ có quyền từ chối giao trả tài sản chừng nào chưa có ai trả nợ cho mình. Quyền cầm giữ có hiệu lực đối với toàn bộ tài sản và không suy giảm theo tiến độ trả nợ (cho dù nợ chỉ còn một phần nhỏ chưa trả, bên cầm giữ vẫn giữ nguyên quyền cầm giữ đối với tài sản).

Quyền từ chối giao trả tài sản của bên cầm giữ có hiệu lực đối kháng với tất cả mọi người, từ chủ sở hữu, người thừa kế của chủ sở hữu đến chủ nợ của chủ sở hữu và tất cả những người thứ ba có quan tâm. Đặc biệt, trong trường hợp chủ sở hữu phá sản hoặc chủ nợ của chủ sở hữu có được bản án buộc chủ sở hữu tài sản bị cầm giữ trả nợ và có được lệnh kê biên, xử lý tài sản trong khuôn khổ thi hành án, thì bên cầm giữ phải tôn trọng quyền xử lý của cơ quan chức năng; nhưng đổi lại, bên cầm giữ được quyền chuyển quyền cầm giữ thành quyền đối với giá trị của tài sản cầm giữ.

Quyền đối với giá trị của tài sản cầm giữ: Trên nguyên tắc, bên cầm giữ chỉ có quyền cầm giữ tài sản trong tình trạng vốn có và không có quyền tự mình xử lý tài sản bằng cách đem bán đấu giá để nhận tiền thanh toán. Tuy nhiên, nếu tài sản được đem bán trong khuôn khổ thủ tục phá sản hoặc thủ tục thi hành án, thì quyền cầm giữ của chủ nợ đối với tài sản bằng hiện vật sẽ tự động được chuyển

¹⁰ Bản án Toà thượng thẩm Aix ngày 03/12/1975, Bulletin Aix, số 332.

¹¹ Ph. Simler, Ph. Delebecque (2009), *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Dalloz, Paris, p. 518.

sang quyền được nhận tiền thanh toán từ giá bán tài sản.

Nói rõ hơn, một khi tài sản được xử lý theo thủ tục tư pháp và được đem bán, thì số tiền bán phải được ưu tiên trích để chi trả cho bên cầm giữ; số còn lại mới được dùng để trả cho các chủ nợ khác. Quyền đối với giá trị tài sản cầm giữ được thừa nhận cho bên cầm giữ là quyền giữ vị trí ưu tiên áp đảo tất cả các chủ nợ, kể cả chủ nợ có bảo đảm của chủ sở hữu tài sản.

2.4. Chấm dứt

Các trường hợp chấm dứt: Quyền cầm giữ chấm dứt một khi nợ được bảo đảm chấm dứt. Quyền cầm giữ cũng chấm dứt trong trường hợp bên cầm giữ tự nguyện chấm dứt việc nắm giữ tài sản (bao gồm nắm giữ vật chất và nắm giữ ảo). Ví dụ, bên cầm giữ kiện ra toà yêu cầu buộc bên mắc nợ trả nợ và yêu cầu thực hiện biện pháp khẩn cấp tạm thời để phong toả tài sản cầm giữ (việc phong toả có tác dụng chấm dứt tình trạng nắm giữ thực tại của bên cầm giữ). Cần nhấn mạnh rằng, một khi chấm dứt, thì quyền cầm giữ không thể tái sinh để bảo đảm cùng một nghĩa vụ. Chủ ga ra đã từng cầm giữ chiếc ô tô để đòi tiền sửa chữa; sau đó chủ ga ra lại giao trả chiếc ô tô đủ tiền sửa chữa xe chưa được trả đủ; ít lâu sau nữa, xe lại được đưa vào ga ra sửa chữa hư hỏng do nguyên nhân khác; chủ ga ra không được cầm giữ xe để đòi món nợ tiền sửa chữa xe chưa được trả đủ trước đây.

3. Bảo lưu quyền sở hữu

3.1. Tổng quan

Khái niệm: Khác với quyền cầm giữ, bảo lưu quyền sở hữu được điều chỉnh trong pháp luật của Cộng hòa Pháp có một khung pháp lý riêng biệt, cũng như bằng các quy định nằm rải rác trong các văn bản luật, chủ yếu là Bộ luật Dân sự. Khung pháp lý riêng biệt được xây dựng trong Bộ luật Dân sự từ Điều 2367 đến Điều 2372. Luật không định nghĩa biện pháp

bảo lưu quyền sở hữu mà chỉ mô tả tình huống trong đó biện pháp bảo lưu quyền sở hữu được triển khai (Điều 2367). Các tình huống này có yếu tố giống nhau là có một giao dịch chuyển quyền sở hữu tài sản và bên chuyển quyền giao tài sản về mặt vật chất, nhưng hoãn việc chuyển quyền sở hữu cho đến khi bên nhận tài sản thực hiện xong nghĩa vụ của mình.

Trong thực tiễn, biện pháp bảo lưu quyền sở hữu thường được xác lập trong hợp đồng mua bán trả chậm, trả dần: điều khoản bảo lưu quyền sở hữu có nội dung là bên bán chỉ chuyển quyền sở hữu cho bên mua một khi bên mua trả đủ tiền mua tài sản.

Tài sản mà quyền sở hữu được bảo lưu: Trên nguyên tắc, bất kỳ tài sản nào cũng có thể là đối tượng của biện pháp bảo lưu quyền sở hữu (tài sản hữu hình hoặc vô hình; vật cùng loại hoặc vật đặc định; tài sản phải đăng ký hoặc không đăng ký).

3.2. Xác lập

Lập văn bản và xác định đối tượng: Pháp luật đòi hỏi việc bảo lưu phải được lập thành văn bản (Điều 2368), cho dù hợp đồng chuyển quyền sở hữu, theo quy định của pháp luật áp dụng đối với hợp đồng loại đó, không cần được lập thành văn bản.

Tài sản đối tượng của biện pháp bảo lưu quyền sở hữu phải được xác định. Trong trường hợp đối tượng của biện pháp bảo lưu quyền sở hữu là vật cùng loại, ngoài việc được xác định rõ theo các tiêu chí áp dụng đối với vật cùng loại, còn phải được xác định về số lượng.

3.3. Hiệu lực

Quyền đòi lại tài sản: Với việc bảo lưu quyền sở hữu, bên bảo lưu có quyền đòi lại tài sản một khi bên nhận tài sản không thực hiện đầy đủ nghĩa vụ của mình, như trường hợp bên mua không nghiêm chỉnh thực hiện nghĩa vụ trả tiền mua tài sản.

Pháp luật của Cộng hòa Pháp quy định nếu bên bảo lưu quyền sở hữu thực hiện quyền đòi lại tài sản, thì giá trị của tài sản sẽ được trừ vào giá trị còn lại của khoản nợ được bảo đảm (Điều 2371). Ví dụ, A bán cho B một chiếc tủ lạnh với giá 20 triệu đồng với điều kiện trả dần và A được bảo lưu quyền sở hữu cho đến khi nhận đủ tiền mua tài sản; B trả được 10 triệu đồng rồi ngưng; A đòi lại tài sản; lúc được A nhận lại, tủ có giá trị còn lại là 10 triệu đồng. Trong trường hợp này, A không phải trả tiền lại cho B. Nếu giá trị còn lại của chiếc tủ lạnh là 12 triệu đồng, thì B nợ lại A 2 triệu đồng. Tất cả những điều này có nghĩa rằng số tiền 10 triệu đồng mà A đã trả được coi là tiền hao mòn giá trị tài sản do tài sản được bên mua sử dụng.

Hiệu lực của quyền đòi lại tài sản: Pháp luật của Cộng hòa Pháp đòi hỏi sự phân biệt giữa quyền đòi lại tài sản trong khuôn khổ bảo lưu quyền sở hữu và quyền kiện yêu cầu huỷ bỏ hợp đồng¹². Trong chừng mực nào đó, việc bên có quyền bảo lưu quyền sở hữu đòi lại tài sản chỉ được coi như một cách gây sức ép để bên mua thực hiện đầy đủ nghĩa vụ của mình. Ngay cả trong trường hợp việc đòi lại tài sản được thực hiện thông qua một vụ kiện trước toà án và có bản án buộc bên mua trả lại tài sản, thì bên có quyền bảo lưu quyền sở hữu cũng chỉ nhận lại tài sản như một cách gây sức ép. Trong trường hợp bên mua không thực hiện đúng nghĩa vụ, thì bên bán thực hiện các quyền được thừa nhận cho bên có quyền bảo lưu quyền sở hữu, như trừ giá trị còn lại của tài sản vào số nợ chưa trả,...

Chịu rủi ro về tài sản: Pháp luật của Cộng hòa Pháp vẫn cho áp dụng nguyên tắc *res perit*

domino (rủi ro về tài sản cho chủ sở hữu chịu) trong trường hợp bảo lưu quyền sở hữu. Nói cách khác, bên bảo lưu quyền sở hữu vẫn chịu rủi ro về tài sản dù tài sản đang được bên kia nắm giữ và có quyền sử dụng. Bởi vậy, thực tiễn thừa nhận rằng các bên có thể thoả thuận không áp dụng nguyên tắc *res perit domino* và bên nhận tài sản phải chịu rủi ro.

4. Vận dụng kinh nghiệm của Cộng hòa Pháp vào Việt Nam

4.1. Liên quan đến quyền cầm giữ

Mở rộng khái niệm cầm giữ: Trong pháp luật Việt Nam hiện hành, khái niệm cầm giữ được xây dựng với ý định áp dụng cho các tài sản hữu hình và cầm giữ được hiểu là nắm giữ vật lý. Pháp luật sử dụng các từ ngữ mô tả việc kiểm soát của bên cầm giữ đối với tài sản khiến người ta hình dung đến các trường hợp kiểm soát thực tại mang tính vật chất đối với tài sản: nắm giữ (Điều 346 Bộ luật Dân sự (BLDS)); chiếm giữ (khoản 2 Điều 347 BLDS); bảo quản, gìn giữ tài sản (khoản 3 Điều 348 BLDS). Với nội hàm cầm giữ được nhìn nhận như thế, thì phạm vi áp dụng của quyền cầm giữ sẽ rất hẹp. Đặc biệt, những trường hợp mà trong pháp luật của Cộng hòa Pháp gọi là “nắm giữ ảo” không được thừa nhận là những tình huống mà trong đó quyền cầm giữ có thể phát sinh.

Trong khi đó, thực tiễn ghi nhận rất nhiều trường hợp tài sản bảo đảm là động sản vẫn để lại cho bên bảo đảm giữ và được quyền sử dụng, khai thác bình thường. Pháp luật Việt Nam không gọi đó là cầm cố mà gọi là thế chấp (khoản 1 Điều 317 BLDS). Pháp luật Việt Nam hiện hành tổ chức hệ thống đăng ký giao dịch

¹² Pháp luật của Cộng hòa Pháp, khác với pháp luật Việt Nam, không trao quyền huỷ bỏ hợp đồng cho bên giao kết hợp đồng: muốn huỷ bỏ hợp đồng, bên giao kết phải kiện ra toà án yêu cầu ra bản án huỷ bỏ hợp đồng. Pháp luật Việt Nam lại thừa nhận bên giao kết có quyền tự mình huỷ bỏ hợp đồng một khi có đủ điều kiện luật định; bên kia có thể kiện ra Toà án yêu cầu vô hiệu hoá việc huỷ bỏ hợp đồng: xem Trường Đại học Mở TP. Hồ Chí Minh – Nguyễn Ngọc Điện (2022), *Giáo trình Luật dân sự - Tập 2*, Nxb. Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh, tái bản lần thứ 8, tr. 341.

bảo đảm để biện pháp thế chấp có đối tượng là các tài sản loại này có hiệu lực đối kháng với người thứ ba (khoản 1 BLDS Điều 297). Tuy nhiên, hiện nay việc đăng ký thế chấp tàu bay, tàu biển được thực hiện tại cơ quan quản lý không chỉ việc đăng ký giao dịch bảo đảm mà cả việc đăng ký chuyển quyền sở hữu¹³. Giải pháp này cho phép ngăn chặn việc chuyển nhượng tài sản thế chấp thông qua các biện pháp cảnh báo đối với các bên liên quan khi cần thiết. Trong khi đó, việc thế chấp các tài sản khác được đăng ký tại Cục Đăng ký quốc gia giao dịch bảo đảm; tác dụng của việc đăng ký này, đặc biệt liên quan đến yêu cầu tạo thuận lợi cho việc thực thi quyền xử lý tài sản bảo đảm của chủ nợ có bảo đảm, là không rõ.

Để tránh rủi ro khi cần xử lý tài sản trong điều kiện hệ thống đăng ký giao dịch bảo đảm đối với động sản không tạo ra được hiệu quả đối kháng thiết thực, những biện pháp đặc thù thường được chọn: giữ giấy tờ đăng ký (chẳng hạn, trong trường hợp thế chấp xe máy); thường xuyên kiểm tra sổ sách kế toán (như trường hợp thế chấp kho hàng);... Những biện pháp này chỉ mang tính đối phó, tự bảo vệ. Cần có giải pháp thật sự chính quy và áp dụng được trong hoàn cảnh đặc thù của Việt Nam. Ví dụ, đối với các tài sản phải đăng ký mà không phải là máy bay, tàu biển, thì việc đăng ký chuyển dịch quyền sở hữu chỉ được cơ quan có thẩm quyền thực hiện một khi có xác nhận của Trung tâm Đăng ký giao dịch, tài sản của Cục Đăng ký quốc gia giao dịch bảo đảm thuộc Bộ Tư pháp, và trong trường hợp tài sản được thế chấp, thì phải có sự đồng ý của bên nhận thế chấp để việc đăng ký chuyển dịch tài sản được thực hiện.

Cần nhắc trường hợp tài sản cầm giữ chịu lệnh kê biên: Luật viết hiện hành không dự kiến

trường hợp tài sản được cầm giữ chịu một lệnh kê biên, phong toả hoặc được xử lý trong khuôn khổ thủ tục thi hành án. Trong khi đó, thực tiễn ghi nhận rất nhiều trường hợp bên có nghĩa vụ được bảo đảm có nghĩa vụ với nhiều người và một hoặc nhiều chủ nợ. Một trong các chủ nợ đến hạn kiện yêu cầu toà án buộc bên có nghĩa vụ phải thực hiện nghĩa vụ, và có được bản án cần thiết, sau đó tiến hành các thủ tục thi hành án, dẫn đến việc kê biên tài sản của bên phải thi hành án, bao gồm tài sản đang được cầm giữ. Có thể nghiên cứu vận dụng kinh nghiệm của Cộng hòa Pháp: trong trường hợp tài sản cầm giữ bị kê biên, xử lý trong khuôn khổ thi hành án, thì bên cầm giữ phải hợp tác. Đổi lại, bên cầm giữ được quyền ưu tiên lấy trước khoản nợ đối với mình từ số tiền bán tài sản.

4.2. Liên quan đến bảo lưu quyền sở hữu

Phạm vi áp dụng: BLDS xác định rõ phạm vi áp dụng biện pháp bảo lưu quyền sở hữu: “Trong hợp đồng mua bán...” (khoản 1 Điều 331). Bởi vậy, việc bảo lưu quyền sở hữu, như là biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, chỉ được áp dụng cho hợp đồng mua bán. Mặt khác, theo khoản 1 Điều 453 BLDS: “Các bên có thể thoả 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 thoả thuận khác”. Như vậy, chỉ cần các bên thoả thuận về việc bán trả chậm, trả dần là biện pháp bảo lưu quyền sở hữu được tự động “kích hoạt” và vận hành theo luật chung mà không cần có thoả thuận đặc biệt giữa các bên. Nếu không muốn sự vận hành tự động của cơ chế bảo đảm này, thì các bên phải có thoả thuận khác.

¹³ Theo Luật Hàng không dân dụng, việc thế chấp tàu bay được đăng ký vào Sổ đăng bạ tàu bay (khoản 1 Điều 32); Sổ này cũng ghi nhận việc đăng ký chuyển nhượng quyền sở hữu tàu bay (Điều 30). Theo Bộ luật Hàng hải, việc thế chấp tàu biển được đăng ký tại Sổ đăng ký tàu biển quốc gia (Điều 39); Sổ này cũng ghi nhận việc chuyển nhượng quyền sở hữu tàu biển (khoản 2 Điều 36).

Đối tượng của biện pháp bảo lưu quyền sở hữu: Về mặt lý thuyết, việc bảo lưu quyền sở hữu có thể được xác lập với tất cả các loại tài sản - động sản hay bất động sản; tài sản có đăng ký hay tài sản không đăng ký; tài sản hữu hình hay tài sản vô hình. Tuy nhiên, câu chữ của BLDS cho thấy người làm luật chỉ thật sự quan tâm đến việc bảo lưu quyền sở hữu đối với tài sản hữu hình. Cụ thể, Điều 322 có quy định trong trường hợp bên mua không thực hiện đúng nghĩa vụ trả tiền thì bên bán lấy lại tài sản và “hoàn trả cho bên mua số tiền bên mua đã thanh toán sau khi trừ giá trị hao mòn tài sản do sử dụng”.

Có những tài sản vô hình mà việc bảo lưu quyền sở hữu hoàn toàn khả thi, điển hình là các quyền sở hữu công nghiệp có đăng ký. Có thể thừa nhận rằng, quy định của Điều 322 chỉ nhấn mạnh trường hợp tài sản bảo đảm là tài sản hữu hình, chứ không có tác dụng giới hạn phạm vi đối tượng áp dụng của biện pháp bảo đảm này.

Trong lĩnh vực thương mại, có thể hình dung việc bảo lưu quyền sở hữu đối hàng hàng hoá, nguyên liệu để trong kho hàng. Việc bảo lưu có tác dụng bảo đảm quyền sở hữu của bên nhận bảo đảm đối với một số lượng tài sản cùng loại. Trong trường hợp bên mua không trả đủ tiền mua tài sản, thì bên bán có quyền đòi lại số tài sản cùng loại được dùng để bảo đảm nghĩa vụ mà bên mua đang nắm giữ.

Trái lại, trong lĩnh vực dân sự, việc bảo lưu quyền sở hữu đối với tài sản cùng loại là điều không có ý nghĩa, bởi thông thường, một khi mua tài sản cùng loại, thì người mua tiêu dùng tài sản đó và nếu người mua không trả tiền mua thì cũng không có tài sản cùng loại khác để trả lại cho người bán. Thậm chí, việc bảo lưu quyền sở hữu đối với tài sản đặc định nhưng

không thuộc loại phải đăng ký, cũng có thể tạo nhiều rủi ro cho bên nhận bảo đảm: bên bảo đảm có thể bán tài sản cho người khác mà bên nhận bảo đảm không hay biết; khi bên nhận bảo đảm đã biết và tài sản đã được chuyển giao cho bên mua, thì bên mua được hưởng sự bảo vệ của pháp luật dành cho người thứ ba ngay tình, và bên nhận bảo đảm không thể đòi lại tài sản bằng hiện vật.

Cần chú ý rằng, “bảo lưu quyền sở hữu phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba kể từ thời điểm đăng ký” (khoản 3 Điều 331 BLDS). Nhưng việc đăng ký được ghi nhận tại điều luật có đối tượng là biện pháp bảo đảm chứ không phải là tài sản. Việc đăng ký được thực hiện tại nơi được luật quy định, nghĩa là tại Trung tâm Đăng ký giao dịch, tài sản của Cục Đăng ký quốc gia giao dịch bảo đảm thuộc Bộ Tư pháp.

Thực hiện quyền đòi lại tài sản: Theo Điều 322 BLDS, “trường hợp bên mua không hoàn thành nghĩa vụ thanh toán cho bên bán theo thoả thuận, thì bên bán có quyền đòi lại tài sản. Bên bán hoàn trả cho bên mua số tiền bên mua đã thanh toán sau khi trừ giá trị hao mòn tài sản do sử dụng”. Có thể suy đoán, người làm luật thiên về bảo vệ quyền lợi của bên mua nhiều hơn bên bán. Nếu bên mua không thật sự có ý định mua tài sản, thì sẽ tìm cách dây dưa không trả đủ tiền, đồng thời sẽ sử dụng tài sản một cách tùy tiện, thiếu trách nhiệm và bên bán sẽ gánh chịu hậu quả.

Bởi vậy, nên quy định rằng phần chênh lệch giữa giá trị tài sản lúc bán và giá trị còn lại của tài sản là phần nợ mà bên mua phải trả cho bên bán: nếu phần này nhỏ hơn số tiền bên mua đã thực trả, thì bên bán hoàn lại cho bên mua phần sai biệt đó; ngược lại, nếu phần này lớn hơn số tiền bên mua đã trả cho bên bán, thì bên bán có quyền đòi bên mua phải trả cho đủ ■

CƠ QUAN CHUYÊN TRÁCH QUỐC GIA VỀ HỢP TÁC CÔNG - TƯ TẠI MỘT SỐ QUỐC GIA CHÂU Á VÀ KIẾN NGHỊ ĐỐI VỚI VIỆT NAM

Lê Xuân Tùng*

Nguyễn Đức Tài**

* ThS. Nghiên cứu viên, Viện khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp

** Nghiên cứu viên, Viện Nghiên cứu khoa học biển và hải đảo.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Cơ quan chuyên trách về hợp tác công - tư, hợp tác công - tư, hợp đồng xây dựng - vận hành - chuyển giao.

Tóm tắt:

Trong phạm vi bài viết này, các tác giả trình bày về cơ quan chuyên trách quốc gia liên quan đến hợp tác công - tư ở một số quốc gia châu Á, trong đó tập trung bàn về thiết chế và các tác động tương đối bao trùm lên các thỏa thuận hợp tác công - tư; và đưa ra các kiến nghị đối với Việt Nam.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 10/02/2022

Biên tập : 16/05/2022

Duyệt bài : 18/05/2022

Article Infomation:

Keywords: National specialized agency of public-private partnership; public-private partnership; build-operate-transfer contract.

Abstract:

Within the scope of this article, the authors provide discussions on a institution of national specialized agency related to public-private partnership in a number of countries in Asia, in which it is focused on the institution and its relative impacts on the contract of public-private partnership and also give out a number of recommendations for Vietnam.

Article History:

Received : 10 Feb. 2022

Edited : 16 May 2022

Approved : 18 May 2022

1. Khái quát về hình thức hợp tác công-tư

Hợp tác công - tư (*Public - Private Partnership, PPP*) là hình thức hợp tác giữa khu vực công và khu vực tư khá phổ biến hiện nay, đặc biệt là các dự án xây dựng - vận hành - chuyển giao (*build - operate - transfer, BOT*) về cơ sở hạ tầng.

Một cách khái quát, PPP được mô tả là các mối quan hệ có thể được thiết lập giữa các thực thể công và thực thể tư trong lĩnh vực xây dựng

cơ sở hạ tầng và các dịch vụ khác. Các thực thể công ở đây là các cơ quan nhà nước, gồm các bộ, ngành, chính quyền địa phương hay doanh nghiệp nhà nước. Đối tác tư nhân ở địa phương hoặc có phạm vi hoạt động quốc tế, có thể gồm các cơ sở kinh doanh và nhà đầu tư có chuyên môn kỹ thuật hay tài chính liên quan tới dự án. Các dự án PPP cũng có thể có sự tham gia của các tổ chức phi chính phủ hoặc các tổ chức cộng đồng đại diện cho bên bị ảnh hưởng bởi dự án. Phần đóng góp của chính phủ

vào dự án là vốn đầu tư (qua khoản thu thuế), tài sản hay các cam kết khác. Phía tư nhân vận dụng chuyên môn về thương mại, quản lý, vận hành và đổi mới để dự án hoạt động hiệu quả. Ngoài ra, phía tư nhân cũng có thể góp vốn tùy thuộc vào dạng hợp đồng. Việc hợp tác cần có sự phân bổ rủi ro¹.

Trên thế giới, các dự án PPP đã xuất hiện ở các lĩnh vực: sản xuất và phân phối năng lượng, nước và vệ sinh, xử lý rác, đường ống dẫn, bệnh viện, công trình trường học và thiết bị giảng dạy, sân vận động, kiểm soát không lưu, nhà tù, đường sắt, đường bộ, lập hóa đơn điện tử và các hệ thống công nghệ thông tin khác, và nhà ở².

BOT là một dạng của PPP. Theo đó, phía tư nhân thường đảm nhiệm phân thiết kế, xây dựng và tài chính của công trình có liên quan. Một khi hoàn thành, phía tư nhân tiếp tục bắt tay vào vận hành và bảo trì công trình. Trong khoảng thời gian vận hành và bảo trì đó, phía tư nhân được thu phí người sử dụng công trình hoặc cho thuê với mức thu không vượt quá mức đưa ra khi đấu thầu hoặc khi đàm phán và giao kết hợp đồng với chính phủ. Công trình được chuyển giao cho phía chính phủ sau khoảng thời gian xác định³.

Các dự án áp dụng hợp đồng BOT ở các nước thường thuộc điều chỉnh của pháp luật về PPP của quốc gia. Với tính chất quan trọng của các dự án BOT, trong quá trình đàm phán và ký kết các hợp đồng BOT và thậm chí là giải quyết tranh chấp, các quốc gia thường có các cơ quan chuyên trách PPP để chuẩn bị hợp đồng mẫu, tham vấn cho cơ quan tham gia PPP và theo dõi quá trình hình thành và thực thi hợp đồng

giữa chính phủ và đối tác tư nhân. Nhờ vậy, các thỏa thuận PPP nói chung và hợp đồng BOT nói riêng có thể được thực hiện trơn tru. Các cơ quan chuyên trách như vậy đóng một vai trò quan trọng trong xác lập và triển khai thỏa thuận PPP cũng như hợp đồng BOT.

Có thể chia thành hai loại cơ quan chuyên trách PPP: (1) Cơ quan chuyên trách về chính sách; (2) Cơ quan chuyên trách về kỹ thuật. Cơ quan làm chính sách đưa ra những định hướng chung trong lĩnh vực PPP, và cơ quan đảm trách phần kỹ thuật có thể vừa hỗ trợ làm chính sách, vừa đảm bảo thực thi các chính sách vào thực tế.

2. Cơ quan chuyên trách về hợp tác công tư tại một số quốc gia châu Á

- Hàn Quốc

Việc hợp tác công – tư ở Hàn Quốc lần đầu tiên được đề cập trong Đạo luật Đường bộ thu phí và Đạo luật Cầu cảng vào khoảng năm 1994⁴. Khung pháp lý cho hệ thống PPP được hình thành năm 1994 với việc thông qua Đạo luật Thúc đẩy đầu tư nguồn vốn tư nhân vào vốn xã hội chung. Sau cuộc khủng hoảng tài chính năm 1997, Đạo luật trên được rà soát lại và Đạo luật về sự tham gia của tư nhân vào cơ sở hạ tầng (Đạo luật PPP) ra đời, tập trung nhiều hơn vào các biện pháp hỗ trợ của Chính phủ và cơ chế chia sẻ rủi ro⁵. Đạo luật PPP được sửa đổi năm 2005. Bên cạnh đó, Nghị định thực thi Đạo luật PPP, Kế hoạch PPP cơ bản và hướng dẫn thực thi PPP cũng là các cơ sở quan trọng. Đặc biệt, Kế hoạch PPP cơ bản và hướng dẫn thực thi PPP trình bày cụ thể các phương án chính sách, các bước đấu thầu và sự hỗ trợ từ phía Chính phủ.

¹ Asian Development Bank, *Public-Private Partnership Handbook*, p. 1.

² Asian Development Bank, *Public-Private Partnership Handbook*, p. 2.

³ Dentons (2018), *Middle East & Africa PPP Guide*, p. 8.

⁴ *PPP Procurement*, Public and Private Infrastructure Investment Management Center, p. 4.

⁵ Jay-Hyung Kim, Jungwook Kim, Sunghwan Shin & Seung-yeon Lee (2011), *Public – Private Partnership Infrastructure Projects: Case studies from the Republic of Korea*, Volume 1: Institutional Arrangements and Performance, Asian Development Bank, p. 8.

Đạo luật PPP chỉ định Bộ Chiến lược và tài chính và Trung tâm Quản lý đầu tư cơ sở hạ tầng công và tư (*Public and Private Infrastructure Investment Management Center*, PIMAC) chịu trách nhiệm ban hành Kế hoạch PPP cơ bản. PIMAC được thiết lập trên cơ sở Đạo luật PPP như một đơn vị chuyên về các dự án PPP, trợ giúp về mặt kỹ thuật cho Bộ Chiến lược và tài chính và các cơ quan đầu thầu⁶. Kế hoạch PPP cơ bản đưa ra các phương án chính sách, quy trình thực thi dự án, các lựa chọn tài chính và tái cấp tài chính, các cơ chế phân bổ rủi ro, các phương án chi trả trợ cấp chính phủ, và các hướng dẫn về văn bản. PIMAC phát triển Hướng dẫn thực thi PPP để tăng tính minh bạch và khách quan trong thực thi PPP. Kế hoạch PPP cơ bản và hướng dẫn thực thi PPP được cập nhật hàng năm để phản ánh được những thay đổi về pháp lý, cơ chế và điều kiện thị trường⁷.

Cũng theo Đạo luật PPP, Ủy ban Rà soát PPP (*PPP Review Committee*, PRC) được thành lập và quản lý bởi Bộ Chiến lược và tài chính. PRC có trách nhiệm quyết định: thiết lập các chính sách PPP chủ đạo, thiết lập và sửa đổi Kế hoạch PPP cơ bản, thiết kế và hủy bỏ các dự án PPP lớn (tổng giá trị từ 20 tỷ Won trở lên), lập và sửa đổi đề nghị mời thầu cho dự án PPP lớn, chỉ định bên được nhượng quyền trong dự án PPP lớn, và các vấn đề khác mà Bộ chiến lược và tài chính đề xuất nhằm chủ động thúc đẩy các hợp tác công – tư⁸. Về cơ cấu, PRC gồm chủ tịch là Bộ trưởng Bộ Chiến lược và tài chính, các thứ trưởng của các bộ chịu trách nhiệm thực thi các dự án PPP, và các chuyên gia từ khu vực tư nhân có hiểu biết và kinh nghiệm trong các dự án PPP⁹.

Một cách khái quát, Hàn Quốc đi theo hướng giao cho một bộ ngành chịu trách nhiệm chính đối với các dự án PPP. Bộ Chiến lược và tài chính đóng vai trò cốt yếu trong hoạch định các chính sách và quy định cho mô hình hợp tác công – tư, bên cạnh chức năng liên quan đến tài chính. Hỗ trợ cho Bộ này về mặt kỹ thuật là PIMAC. Tuy vậy, có thể thấy trong chính mô hình quản lý của Hàn Quốc cũng đảm bảo các bộ ngành có thể phối hợp cùng nhau với PRC. Vị thế của PRC trong tương quan với các cơ quan chính phủ tất nhiên không lớn bằng Ủy ban Cấp cao phụ trách các dự án hợp tác công – tư (*Higher Committee for Public – Private Partnership Projects*, HC), khi xét đến thành phần và vị trí của nó. HC là một hội đồng độc lập gồm các bộ trưởng, còn PRC là một ủy ban thuộc Bộ chiến lược và tài chính có sự tham gia của thứ trưởng các bộ ngành khác.

Đối với các dự án BOT, PIMAC có thể tham gia hỗ trợ đánh giá đề xuất dự án và hỗ trợ đàm phán, ký kết hợp đồng BOT. Theo đoạn 1 Điều 20 Nghị định thực thi Đạo luật PPP, một trong các nhiệm vụ của PIMAC là cung cấp hỗ trợ liên quan đến chỉ định bên được nhượng quyền, như rà soát và đánh giá đề xuất, và ký kết thỏa thuận nhượng quyền. Ngoài ra, Phần 6 của Đạo luật PPP cũng quy định việc thành lập Ủy ban hòa giải các tranh chấp dự án PPP. Một hợp đồng BOT ở Hàn Quốc được giám sát và hỗ trợ từ khâu chuẩn bị, đến ký kết và cả giải quyết tranh chấp bởi các cơ quan chuyên trách PPP.

- Trung Quốc

Trung Quốc hiện chưa có một luật tổng hợp về PPP. Khung quy định về PPP chủ yếu

⁶ Jay-Hyung Kim, Jungwook Kim, Sunghwan Shin, Seung-yeon Lee, tldđ.

⁷ Masanori Sato, Shigeki Okatani & Yusuke Suehiro (2017), *The Public-Private Partnership Law Review*, 3rd ed., Law Business Research Ltd, London, p. 9.

⁸ Masanori Sato, Shigeki Okatani & Yusuke Suehiro (2017), *The Public-Private Partnership Law Review*, 3rd ed., Law Business Research Ltd, London, p. 10.

⁹ Masanori Sato, Shigeki Okatani & Yusuke Suehiro (2017), *The Public-Private Partnership Law Review*, 3rd ed., Law Business Research Ltd, London, p. 10.

được thể hiện trong Luật Mua sắm công, Luật Điện lực hay Luật Quản lý đất¹⁰. Có nhiều cơ quan đã ban hành các chính sách liên quan đến PPP. Tuy nhiên, đến 80% các chính sách được đưa ra bởi Quốc vụ viện (trương đương Chính phủ), Bộ tài chính và Ủy ban Cải cách và Phát triển quốc gia, một cơ quan trực thuộc Quốc vụ viện. Đây là ba cơ quan chính ban hành chính sách về PPP. Một số chính sách nhất định được đồng ban hành bởi nhiều cơ quan, nhưng thông thường một cơ quan nhất định sẽ làm chủ một quá trình ban hành chính sách¹¹.

Năm 2014, Bộ tài chính Trung Quốc thành lập Trung tâm Hợp tác công tư (Trung tâm PPP)¹². Trung tâm này chủ yếu chịu trách nhiệm nghiên cứu chính sách, tham vấn và đào tạo, xây dựng năng lực, hỗ trợ tài chính, thu thập thông tin, trao đổi quốc tế và các vấn đề khác liên quan đến PPP. Cụ thể:

- Thu thập và phân loại các lý thuyết và nghiên cứu tình huống liên quan đến PPP ở trong nước và nước ngoài; nghiên cứu thực tiễn PPP, như mua sắm chính phủ, quản lý ngân sách, cơ chế đầu tư và tài chính, quản lý rủi ro, v.v..;

- Xây dựng hướng dẫn vận hành PPP, hướng dẫn liên quan đến hợp đồng, giúp Chính phủ rà soát các ngành công nghiệp thích hợp cho PPP, lựa chọn những mô hình PPP phù hợp và thành lập quy trình dự án PPP được tiêu chuẩn hóa, tiến hành xây dựng các dự án PPP mẫu;

- Cung cấp tham vấn và đào tạo để đưa ra hỗ trợ kỹ thuật cho Chính phủ trong các khâu như

xác định, đánh giá, đấu thầu và mua sắm công, quản lý hợp đồng liên quan đến các dự án PPP; tổ chức các buổi đào tạo để cải thiện khả năng của nguồn nhân lực PPP;

- Hỗ trợ và tạo thuận lợi cho việc huy động vốn cho các dự án PPP thông qua vốn chủ sở hữu, các khoản vay, bảo đảm và các phương thức khác;

- Phát triển hợp tác và trao đổi thông tin liên quan đến PPP với các tổ chức và thiết chế quốc tế¹³.

Nhìn chung, nhiệm vụ ban hành chính sách về PPP tại Trung Quốc không được tập trung về một cơ quan chuyên môn nhất định mà tỏa về nhiều cơ quan, trong đó chủ yếu là Quốc vụ viện và hai cơ quan trực thuộc. Điều này khác biệt với một số quốc gia đã nêu ở các phần trước. Nhiệm vụ hỗ trợ kỹ thuật vẫn được giao cho một cơ quan chuyên trách riêng. Với các dự án BOT, cơ quan này sẽ xây dựng hướng dẫn liên quan đến hợp đồng, cũng như tham vấn và đào tạo để đưa ra hỗ trợ kỹ thuật trong quản lý hợp đồng, phù hợp với các chức năng như đã nêu.

- Nhật Bản

Tại Nhật Bản, Đạo luật Thúc đẩy các sáng kiến tài chính tư nhân (*Act on the Promotion of Private Finance Initiatives*, Đạo luật PFI) được thông qua năm 1999 điều chỉnh hầu hết các dự án PPP, với tên gọi là các sáng kiến tài chính tư nhân. Đạo luật này đã được sửa đổi vào các năm 2011 và 2015¹⁴.

¹⁰ PPP Knowledge Lab, <https://pppknowledgelab.org/countries/china>, accessed 25/8/2021.

¹¹ Yubo Guo, Igor Martek & Chuan Chen (2019), *Policy Evolution in the Chinese PPP Market: The Shifting Strategies of Governmental Support Measures*, Multidisciplinary Digital Publishing Institute, p. 6.

¹² Lana Xiao Yu, *China: Guidelines on Public-Private Partnerships Issued*, Library of Congress, <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2014-12-23/china-guidelines-on-public-private-partnerships-issued/>, accessed 25/8/2021.

¹³ China Public Private Partnerships Center, *Who We Are*, <http://www.cpppc.org/en/gywm.jhtml>, accessed 25/8/2021.

¹⁴ Masanori Sato, Shigeki Okatani & Yusuke Suehiro (2017), *The Public-Private Partnership Law Review*, 3rd ed., Law Business Research Ltd, London, p. 128.

Đạo luật PFI quy định việc thành lập một Hội đồng thúc đẩy các sáng kiến tài chính cá nhân và một Ủy ban thúc đẩy các sáng kiến tài chính cá nhân. Hội đồng sẽ chịu trách nhiệm soạn thảo chính sách cơ bản; phối hợp với các cơ quan liên quan về các biện pháp liên quan tới việc cung cấp các tiện ích công cộng... thông qua tối ưu hóa nguồn tài chính tư nhân, và thúc đẩy thực thi các biện pháp đó. Khi có ý định xây dựng một bản soạn thảo chính sách cơ bản, Hội đồng phải tham vấn với người đứng đầu các bộ, cơ quan, và nghe ý kiến của Ủy ban¹⁵. Hội đồng gồm chủ tịch là Thủ tướng và các Bộ trưởng do Thủ tướng bổ nhiệm vào Hội đồng¹⁶. Ủy ban có nhiệm vụ nghiên cứu và xem xét tình hình xây dựng một chính sách thực thi, lựa chọn các dự án đạt yêu cầu, đánh giá khách quan dự án và các vấn đề khác liên quan, đồng thời nêu ý kiến với Hội đồng theo quy định và có thể đưa ra ý kiến với Thủ tướng và các thủ trưởng các cơ quan liên quan. Trong trường hợp thấy cần thiết, Ủy ban có thể yêu cầu thủ trưởng các cơ quan và tổ chức liên quan hợp tác cung cấp tài liệu, nêu ý kiến và giải thích¹⁷. Ủy ban gồm chín thành viên, là những người có chuyên môn liên quan được Thủ tướng bổ nhiệm. Có vấn chuyên gia có thể được bổ nhiệm vào Ủy ban khi cần nghiên cứu một vấn đề kỹ thuật¹⁸.

Như vậy, liên quan đến các dự án PPP, Nhật Bản cũng có các cơ quan chuyên trách về chính sách và các vấn đề kỹ thuật. Tuy nhiên, Hội đồng ở Nhật Bản không trực tiếp ban hành chính sách, mà chỉ đưa ra dự thảo chính sách. Nói cách khác, cơ quan chuyên môn về chính sách PPP của Nhật Bản có điểm đặc biệt là chỉ thực hiện chức năng hỗ trợ. Về cơ quan chuyên trách các vấn đề kỹ thuật, Nhật Bản cũng thành

lập một cơ quan riêng trong Nội các (Chính phủ) giống như các quốc gia đã nêu.

3. Kiến nghị đối với Việt Nam

Việt Nam lần đầu tiên thông qua một luật về PPP vào năm 2020, Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư (Luật PPP). Luật này thay thế các quy định về PPP trong Nghị định số 63/2018/NĐ-CP ngày 4/5/2018 về đầu tư theo hình thức đối tác công tư. Trước khi có Luật PPP, khung pháp lý cho dự án PPP ở Việt Nam còn bị chia tách rải rác ở một loạt các luật, nghị định và thông tư của các bộ, ngành có liên quan đến PPP. Điều này gây khó khăn khi áp dụng và là rào cản với các nhà đầu tư, nhất là các nhà đầu tư nước ngoài. Việc Việt Nam đã có một văn bản pháp luật thống nhất và tổng hợp về PPP mở ra nhiều tiềm năng hơn cho hợp tác công tư.

Luật PPP quy định toàn diện về các vấn đề liên quan đến PPP, đã xác định các cơ quan có thẩm quyền ban hành những chính sách về PPP nói chung, BOT nói riêng. Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ thống nhất quản lý nhà nước về đầu tư theo phương thức PPP; ban hành theo thẩm quyền hoặc trình cấp có thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật về đầu tư theo phương thức PPP; tổ chức kiểm tra, thanh tra việc thực hiện đầu tư theo phương thức PPP¹⁹. Bộ Kế hoạch và Đầu tư thực hiện chức năng của cơ quan quản lý nhà nước về đầu tư theo phương thức PPP tại trung ương, chịu trách nhiệm trước Chính phủ thực hiện quản lý nhà nước về đầu tư theo phương thức PPP trên phạm vi cả nước; ban hành theo thẩm quyền hoặc trình cấp có thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật về đầu tư theo phương thức PPP; chủ trì, phối hợp với cơ quan có thẩm quyền kiểm tra, thanh tra, giám sát; hằng năm tổng hợp, đánh giá tình hình

¹⁵ Điều 83, Đạo luật PFI.

¹⁶ Điều 84, Đạo luật PFI.

¹⁷ Điều 85, Đạo luật PFI.

¹⁸ Điều 86, Đạo luật PFI.

¹⁹ Khoản 1 Điều 89 Luật PPP.

thực hiện dự án PPP trên phạm vi cả nước²⁰. Bộ Tài chính ban hành theo thẩm quyền hoặc trình cấp có thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật về cơ chế tài chính trong đầu tư theo phương thức PPP; chủ trì xây dựng và thực hiện cơ chế chia sẻ phân bổ, giảm doanh thu đối với dự án thuộc thẩm quyền quyết định chủ trương đầu tư của Quốc hội, Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng, người đứng đầu cơ quan trung ương, cơ quan khác²¹.

Luật PPP đã quy định khá rõ các cơ quan đóng vai trò chủ yếu trong ban hành các chính sách và đưa ra các quyết định quan trọng liên quan đến PPP. Có thể thấy, mô hình nhóm cơ quan chuyên trách về chính sách PPP của Việt Nam khá giống với Trung Quốc. Tuy vậy, Việt Nam vẫn chưa có một cơ quan chuyên trách về các vấn đề kỹ thuật như các quốc gia đã nêu. Hiện nay, tại Việt Nam có một số đơn vị phụ trách PPP như Vụ PPP của Bộ Giao thông Vận tải, Văn phòng PPP thuộc Cục Quản lý đấu thầu của Bộ Kế hoạch và Đầu tư; ở các địa phương có các Phòng PPP thuộc Sở Kế hoạch và Đầu tư Thành phố Hà Nội và Thành phố Hồ Chí Minh²². Song, các đơn vị này chủ yếu có vai trò xây dựng và hướng dẫn thực hiện các văn bản quy phạm pháp luật. “Việc tổ chức thực hiện các nhiệm vụ phê duyệt báo cáo nghiên cứu tiền khả thi; báo cáo nghiên cứu khả thi, ký kết và thực hiện các hợp đồng PPP do các đơn vị khác trong Bộ thực hiện”²³. Điều này dẫn đến tình trạng thiếu một cơ quan chuyên trách về kỹ thuật để hỗ trợ và theo dõi sát sao việc thực thi pháp luật về PPP và các dự án PPP, nâng

cao hiệu quả trên thực tế của các chính sách đã được ban hành.

Trên thực tế, các hợp đồng trong nhiều dự án BOT đường giao thông có nội dung khá sơ sài, không đủ để bảo vệ quyền và lợi ích, cũng như ràng buộc trách nhiệm các bên, tiềm ẩn nhiều rủi ro và gây khó cho khâu giải quyết tranh chấp²⁴. Trong trường hợp này, một cơ quan chuyên trách về mặt kỹ thuật sẽ giúp ích rất nhiều cho các bên tham gia dự án BOT trong các khâu liên quan đến hợp đồng và nội dung hợp đồng BOT. Bên cạnh đó, nhiều hợp đồng BOT giao thông được đàm phán và ký kết giữa nhà đầu tư và Nhà nước mà thiếu sự tham gia ý kiến của người dân; hợp đồng BOT thậm chí còn không được công bố, đưa các điều khoản mật để người dân không tiếp cận được²⁵. Một cơ quan chuyên trách có thể tập trung giải quyết những vấn đề kết nối các bên và minh bạch.

Vì vậy, trên cơ sở tham khảo kinh nghiệm quốc tế, các tác giả đề xuất lựa chọn một trong hai hướng thành lập cơ quan có chuyên môn kỹ thuật về PPP như sau:

- Thành lập một cơ quan phụ trách PPP trong Chính phủ, như Nhật Bản đã thực hiện. Cơ quan này độc lập với các cơ quan khác trong bộ máy Chính phủ. Các thành viên là chuyên gia được Thủ tướng bổ nhiệm; hoặc

- Thành lập một cơ quan phụ trách PPP trực thuộc một cơ quan của Chính phủ, như PIMAC của Hàn Quốc trực thuộc Viện phát triển Hàn Quốc, Trung tâm PPP của Trung Quốc trực thuộc Bộ Tài chính Trung Quốc ■

²⁰ Điều 90 Luật PPP.

²¹ Điều 91 Luật PPP.

²² Không Gia Hân, *Cần giao thêm quyền cho các đơn vị chuyên trách về PPP*, <http://thoibaotaichinhvietnam.vn/pages/nhip-song-tai-chinh/2020-03-01/can-giao-them-quyen-cho-cac-don-vi-chuyen-trach-ve-ppp-83179.aspx>, truy cập ngày 29/8/2021.

²³ Không Gia Hân, t.l.g.d.

²⁴ Thanh Nga, *Đề xuất thành lập cơ quan chuyên trách về PPP*, <https://baoxaydung.com.vn/de-xuat-thanh-lap-co-quan-chuyen-trach-ve-ppp-278889.html>, truy cập ngày 29/8/2021.

²⁵ Phạm Thanh, “Tranh chấp BOT: Không bên nào được quyền dừng dự án”, <https://tienphong.vn/tranh-chap-bot-khong-ben-nao-duoc-quyen-dung-du-an-post1068708.tpo>, truy cập ngày 31/8/2021.

