

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISBN 1859 - 2953
<http://lapphap.vn>



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



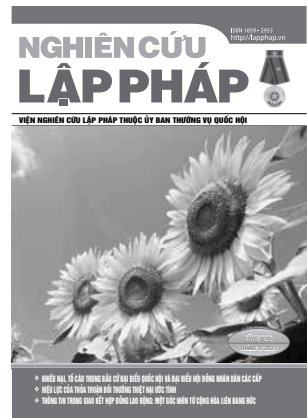
SỐ 05 (429)
THÁNG 3/2021

- ❖ KHIẾU NẠI, TỐ CÁO TRONG BẦU CỬ ĐẠI BIỂU QUỐC HỘI VÀ ĐẠI BIỂU HỘI ĐỒNG NHÂN DÂN CÁC CẤP
- ❖ HIỆU LỰC CỦA THỎA THUẬN BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI ƯỚC TÍNH
- ❖ THÔNG TIN TRONG GIAO KẾT HỢP ĐỒNG LAO ĐỘNG: MỘT GÓC NHÌN TỪ CỘNG HÒA LIÊN BANG ĐỨC

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

<http://lapphap.vn>

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



Mục lục Số 05/2021

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Khiếu nại, tố cáo trong bầu cử đại biểu Quốc hội và đại biểu Hội đồng nhân dân các cấp

TS. Nguyễn Ngọc Bích

- 8** Hoàn thiện các quy định của pháp luật liên quan đến công tác thu hồi tài sản trong các vụ án tham nhũng, kinh tế

TS. Trần Văn Dũng

- 18** Hiệu lực của thỏa thuận bồi thường thiệt hại ước tính

LS. Trương Nhật Quang

- 25** Hậu quả pháp lý của hợp đồng vô hiệu theo pháp luật Việt Nam

TS. Hồ Thị Vân Anh

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 31** Xác định giá trị thương hiệu của tổ chức tín dụng trong quá trình tái cơ cấu

ThS. Nguyễn Ngọc Yến

- 38** Một số vấn đề về hòa giải tranh chấp đất đai tại Việt Nam

ThS. Lương Thị Bích Ngân

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 42** Hoàn thiện các quy định của pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính đối với hành vi buôn bán hàng cấm là thuốc lá điều nhập lậu

ThS. Huỳnh Văn Trung

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 47** Thông tin trong giao kết hợp đồng lao động: một góc nhìn từ Cộng hòa liên bang Đức

TS. Lê Nguyễn Gia Thiện

- 53** Pháp luật về điện toán đám mây trong thương mại điện tử ở một số quốc gia và Việt Nam

**Nguyễn Mai Linh - Ngô Thị Hương Giang;
Nguyễn Quý Cảnh - Nguyễn Phương Anh**

CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG

- 60** Quỹ đầu tư phát triển địa phương

ThS. Phạm Tuấn Kiệt

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. Nguyễn Văn Hiến (Chủ tịch)
TS. Nguyễn Văn Giàu
PGS. TS. Nguyễn Thanh Hải
PGS. TS. Đinh Văn Nhã
TS. Nguyễn Văn Luật
TS. Lê Hải Đương
TS. Lương Minh Tuấn (Thư ký)
PGS. TS. Vũ Công Giao
PGS. TS. Ngô Huy Cương
PGS. TS. Vũ Hồng Anh

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. LƯƠNG MINH TUÂN

TRỤ SỞ:

35 NGŨ QUYỀN - HOÀN KIẾM - HÀ NỘI.
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@quochoi.vn
Website: <http://lapphap.vn>

THIẾT KẾ:

NGỌC HÀ

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

TÀI KHOẢN:

0991000023097
VIỆN NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP
NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI CỔ PHẦN
NGOẠI THƯƠNG VIỆT NAM
(VIETCOMBANK), CHI NHÁNH TÂY HỒ
MÃ SỐ THUẾ: 0104003894

IN TẠI NHÀ MÁY IN BỘ QUỐC PHÒNG

GIÁ: **25.000 ĐỒNG**

Ảnh bìa:

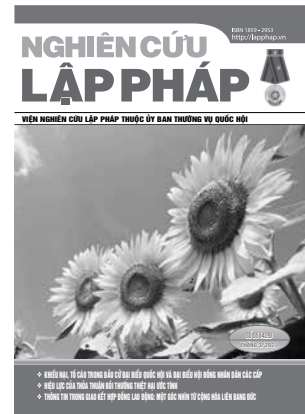
Hoa hướng dương

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 5/2021

STATE AND LAW

- 3** Complaints and Denunciations in Election of National Assembly Deputies and Deputy of People's Councils at all Levels

Dr. Nguyen Ngoc Bich

- 8** Improvements of Legal Provisions on Property Recovery in Economic Law Cases and in the Corruption Ones

Dr. Tran Van Dung

- 18** Legal Validity of Liquidated Damages Clauses

Lawyer Truong Nhat Quang

- 25** Legal Consequences of Invalid Contracts according to Vietnamese Law

Dr. Ho Thi Van Anh

DISCUSSION OF BILLS

- 31** Valuation of Brand Name of Credit Institution in Restructuring Process

LLM. Nguyen Ngoc Yen

- 38** Discussions on Land Dispute Conciliation in Vietnam

LLM. Luong Thi Bich Ngan

LEGAL PRACTICE

- 42** Improvements of Legal Regulations on Handling of Administrative Violations on Trading of the Prohibited Goods as Smuggled Contraband Cigarettes

LLM. Huynh Van Trung

FOREIGN EXPERIENCE

- 47** Information in Engagement of Labour Contract: a Perspective from the Federal Republic of Germany

Dr. Le Nguyen Gia Thien

- 53** Legal Regulations on Cloud Computing in Electronic Commerce in Foreign Countries and Vietnam

Nguyen Mai Linh - Ngo Thi Huong Giang

Nguyen Quy Canh - Nguyen Phuong Anh

LOCAL GOVERNMENT ADMINISTRATION

- 60** Local Development Investment Funds

LLM. Pham Tuan Kiet

EDITORIAL BOARD:

Dr. Nguyen Van Hien (Chairman)
Dr. Nguyen Van Giau
Prof. Dr. Nguyen Thanh Hai
Prof. Dr. Dinh Van Nha
Dr. Nguyen Van Luat
Dr. Le Hai Duong
Dr. Luong Minh Tuan (Secretary)
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 - HANOI.
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@quochoi.vn
Website: <http://lapphap.vn>

DESIGN:

NGOC HA

LICENSE OF PUBLISHMENT:

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

DISTRIBUTION

HA NOI: 0243.2121202

ACCOUNT NUMBER:

0991000023097
THE INSTITUTE FOR LEGISLATIVE STUDIES
JOINT STOCK COMMERCIAL BANK FOR
FOREIGN TRADE OF VIETNAM
(VIETCOMBANK).

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY

PRICE: **25.000 VND**

KHIẾU NẠI, TỐ CÁO TRONG BẦU CỬ ĐẠI BIỂU QUỐC HỘI VÀ ĐẠI BIỂU HỘI ĐỒNG NHÂN DÂN CÁC CẤP

Nguyễn Ngọc Bích*

*TS. Khoa Pháp luật Hành chính - Nhà nước, Trường Đại học Luật Hà Nội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Bầu cử; khiếu nại, tố cáo; đại biểu Quốc hội; đại biểu Hội đồng nhân dân.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 24/02/2021
Biên tập : 27/02/2021
Duyệt bài : 04/3/2021

Article Information:

Keywords: Vote, complaints, denunciations, National Assembly deputies, People's Council deputies.

Article History:

Received : 24 Feb. 2021
Edited : 27 Feb. 2021
Approved : 04 Mar. 2021

Tóm tắt:

Bầu cử, khiếu nại, tố cáo là những quyền cơ bản của công dân được Hiến pháp quy định. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích các quy định của pháp luật hiện hành về khiếu nại, tố cáo trong bầu cử đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân các cấp và đề xuất kiến nghị nhằm bảo đảm tính khả thi của các quy định của pháp luật về khiếu nại, tố cáo trong bầu cử

Abstract:

The right to vote, the right to complaints, the right to denunciations are the fundamental ones of the citizens as stipulated in the Constitution. Under the scope of this article, the author provides an analysis of the applicable law on complaints and denunciations in the election of deputies to the National Assembly and People's Councils at all levels. Thereby, the author also provides a number of recommendations to ensure the feasibility of the provisions of the law on complaints and denunciations in the election.

1. Khái quát chung về khiếu nại, tố cáo trong bầu cử

“Bầu cử có một vị trí quan trọng trong nền chính trị hiện đại. Nhìn vào hệ thống bầu cử có thể hiểu được tính chất dân chủ của hệ thống chính trị mỗi nước”¹. Sau Cách mạng Tháng Tám năm 1945, ngay từ khi Nhà nước Việt Nam kiêu mới ra đời, bầu cử đã được Hiến pháp năm 1946 ghi nhận là quyền chính trị cơ bản của công

dân. Trong suốt quá trình phát triển của Nhà nước ta, bầu cử luôn là quyền hiến định của công dân. Không chỉ ghi nhận quyền bầu cử, Hiến pháp và các văn bản luật liên quan còn quy định những thiết chế, cách thức thực hiện và bảo đảm thực hiện quyền bầu cử, ứng cử của công dân, trong đó có quy định về khiếu nại, tố cáo. Khiếu nại, tố cáo là cách thức trực tiếp để công dân, những cá nhân, tổ chức khác có thể phản ánh đến các cơ quan nhà nước

¹ TS. Lưu Văn Quảng, *Hệ thống bầu cử ở Anh, Mỹ và Pháp - Lý thuyết và hiện thực*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội năm 2009, tr.5.

hành vi vi phạm pháp luật, những sai sót trong hoạt động bầu cử xâm phạm đến quyền, lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức hoặc lợi ích của Nhà nước.

Theo quy định của pháp luật về khiếu nại, tố cáo, **kiếu nại** là việc cá nhân, tổ chức đề nghị cơ quan, cá nhân có thẩm quyền xem xét lại quyết định, hành vi của cơ quan, cá nhân nếu có căn cứ cho rằng quyết định, hành vi đó vi phạm pháp luật, xâm hại đến quyền, lợi ích hợp pháp của mình; **tố cáo** là việc cá nhân báo với cơ quan, người có thẩm quyền về các hành vi vi phạm pháp luật của bất kỳ cơ quan, tổ chức, cá nhân. Nếu khiếu nại là đề nghị xem xét lại một quyết định, một hành vi để bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của người khiếu nại, thì tố cáo là thông báo đến cơ quan, người có thẩm quyền về các hành vi vi phạm pháp luật nhằm giúp các cơ quan, người có thẩm quyền phát hiện và có thông tin cần thiết để xử lý vi phạm pháp luật. Trong hoạt động bầu cử đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân, khiếu nại, tố cáo đóng vai trò sau đây:

Thứ nhất, khiếu nại, tố cáo là cách thức để bảo vệ quyền, lợi ích của cá nhân, tổ chức: Bầu cử là sự kiện quan trọng trong sinh hoạt chính trị của đất nước và nhân dân. Bầu cử bao gồm rất nhiều các hoạt động cụ thể được thực hiện bởi các cơ quan nhà nước, các tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức xã hội và các cá nhân khác, nên không thể tránh khỏi có những sai sót hoặc có thể bị cá nhân, tổ chức lợi dụng để thực hiện hành vi trái pháp luật nhằm vụ lợi. Những sai sót, vi phạm pháp luật trong bầu cử làm ảnh hưởng đến quyền, lợi ích của cử tri, của những người ứng cử và cả cá nhân, tổ chức khác. Vì vậy, quyền khiếu nại, tố cáo được xem như một cách thức bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp, chính đáng của cá nhân, tổ chức.

Thứ hai, khiếu nại, tố cáo còn là cách thức để cử tri thông tin cho các cơ quan, cá nhân có thẩm quyền về những sai sót, những hành vi vi phạm pháp luật trong bầu cử: Các cơ quan có thẩm quyền có thể phát hiện ra các thiếu sót, vi phạm trong bầu cử bằng nhiều hoạt động khác nhau như giám sát, kiểm tra, thanh tra..., nhưng với số lượng cử tri đông đảo, sinh sống, làm việc, lao động, học tập ở khắp các địa bàn, các cơ quan, tổ chức, doanh nghiệp, nguồn thông tin từ cử tri giúp cơ quan có thẩm quyền tiếp cận nhanh hơn, đa chiều hơn, giúp nhanh chóng giải quyết khách quan từng vụ việc.

Thứ ba, khiếu nại, tố cáo cũng là cách thức để công dân tham gia sâu, rộng, tích cực vào bầu cử. Bởi lẽ, chỉ khi công dân tích cực tham gia, theo dõi chặt chẽ các diễn biến của hoạt động bầu cử, mới có thể phát hiện những sai sót, vi phạm. Có thể thấy rằng, các quy định về quyền khiếu nại, tố cáo của công dân đã góp phần động viên cử tri tham gia “giám sát” hoạt động bầu cử. Khiếu nại, tố cáo là một trong các cách thức để cá nhân, tổ chức có thể giám sát các hoạt động bầu cử theo các cách thức phù hợp được pháp luật quy định. Chính tính tích cực, chủ động của cử tri, thông qua khiếu nại, tố cáo đã giúp các cơ quan nhà nước, người có thẩm quyền kịp thời phát hiện, xử lý kịp thời những sai sót, vi phạm trong hoạt động bầu cử.

2. Các quy định của pháp luật hiện hành về khiếu nại, tố cáo trong bầu cử

Khiếu nại, tố cáo trong bầu cử được quy định trong Luật Bầu cử đại biểu Quốc hội và đại biểu Hội đồng nhân dân năm 2015² (Luật Bầu cử). Các quy định về khiếu nại, tố cáo trong bầu cử tập trung vào các nội dung sau đây:

² Luật Bầu cử đại biểu Quốc hội và đại biểu Hội đồng nhân dân được Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam khóa XIII, kỳ họp thứ 9 thông qua ngày 25 tháng 6 năm 2015 và có hiệu lực từ ngày 1 tháng 9 năm 2015.

Thứ nhất, các trường hợp khiếu nại, tố cáo:

- Khiếu nại và giải quyết khiếu nại danh sách cử tri

Điều 33 Luật Bầu cử quy định khi kiểm tra danh sách cử tri, nếu phát hiện có sai sót thì trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày niêm yết, công dân có quyền khiếu nại với cơ quan lập danh sách cử tri. Trong thời hạn 05 ngày kể từ ngày nhận được khiếu nại, cơ quan lập danh sách cử tri phải giải quyết và thông báo cho người khiếu nại biết kết quả giải quyết. Trường hợp người khiếu nại không đồng ý về kết quả giải quyết khiếu nại hoặc hết thời hạn giải quyết mà khiếu nại không được giải quyết thì có quyền khởi kiện tại Tòa án nhân dân theo quy định của pháp luật về tố tụng hành chính.

- Khiếu nại, tố cáo và giải quyết khiếu nại, tố cáo về người ứng cử, lập danh sách người ứng cử

Theo quy định của Điều 61 Luật Bầu cử, công dân có quyền tố cáo về người ứng cử, khiếu nại, tố cáo, kiến nghị về những sai sót trong việc lập danh sách những người ứng cử. Khiếu nại, tố cáo, kiến nghị liên quan đến người ứng cử đại biểu Quốc hội, việc lập danh sách những người ứng cử đại biểu Quốc hội được gửi đến Ban bầu cử đại biểu Quốc hội, Ủy ban bầu cử ở tỉnh, Hội đồng Bầu cử quốc gia; khiếu nại, tố cáo, kiến nghị liên quan đến người ứng cử đại biểu Hội đồng nhân dân, việc lập danh sách những người ứng cử đại biểu Hội đồng nhân dân ở cấp nào thì được gửi tới Ban bầu cử đại biểu Hội đồng nhân dân ở cấp đó.

- Khiếu nại, tố cáo về kiểm phiếu

Theo quy định của Điều 75 Luật Bầu cử, trong quá trình kiểm phiếu những khiếu nại, tố cáo tại chỗ về những hành vi có dấu hiệu vi phạm pháp luật trong việc kiểm phiếu do Tổ bầu cử nhận, giải quyết và ghi nội dung giải quyết vào biên bản. Trong trường hợp Tổ bầu cử không giải quyết được thì phải ghi rõ ý kiến của Tổ bầu cử vào biên bản

giải quyết khiếu nại, tố cáo và chuyển đến Ban bầu cử.

- Giải quyết khiếu nại về kết quả bầu cử

Điều 87 Luật Bầu cử quy định khiếu nại về kết quả bầu cử đại biểu Quốc hội phải được gửi đến Hội đồng Bầu cử quốc gia chậm nhất là 05 ngày kể từ ngày công bố kết quả bầu cử đại biểu Quốc hội. Hội đồng Bầu cử quốc gia có trách nhiệm xem xét, giải quyết khiếu nại về kết quả bầu cử đại biểu Quốc hội trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày nhận được khiếu nại.

Khiếu nại về kết quả bầu cử đại biểu Hội đồng nhân dân phải được gửi đến Ủy ban Bầu cử chậm nhất là 05 ngày kể từ ngày công bố kết quả bầu cử đại biểu Hội đồng nhân dân. Ủy ban Bầu cử có trách nhiệm xem xét, giải quyết khiếu nại về kết quả bầu cử đại biểu Hội đồng nhân dân trong thời hạn 20 ngày kể từ ngày nhận được khiếu nại.

Quyết định giải quyết khiếu nại của Hội đồng bầu cử quốc gia, Ủy ban bầu cử là quyết định cuối cùng.

Trong trường hợp phải tổ chức bầu cử bổ sung hoặc bầu cử lại thì các khiếu nại, tố cáo, kiến nghị về bầu cử bổ sung, bầu cử lại được giải quyết theo các quy định tương ứng của Luật Bầu cử.

Thứ hai, về thẩm quyền giải quyết khiếu nại, tố cáo:

Luật Bầu cử không định ra một cơ quan chuyên trách về giải quyết khiếu nại, tố cáo cũng như thực hiện các hoạt động nghiệp vụ trong giải quyết khiếu nại, tố cáo. Thẩm quyền giải quyết khiếu nại, tố cáo có thể được thực hiện ở hai cấp; ví dụ, giải quyết khiếu nại, tố cáo về người ứng cử, lập danh sách người ứng cử; nhưng cũng có thể chỉ được thực hiện ở một cấp, ví dụ, khiếu nại về danh sách cử tri.

Theo quy định hiện hành, thẩm quyền giải quyết khiếu nại, tố cáo thuộc về Hội đồng Bầu cử quốc gia, các tổ chức bầu cử ở địa phương là Ủy ban Bầu cử, Ban bầu cử,

Tổ bầu cử đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân các cấp. Cụ thể, Tổ bầu cử chỉ có thẩm quyền giải quyết khiếu nại, tố cáo tại chỗ về kiểm phiếu.

Về khiếu nại, tố cáo, kiến nghị liên quan đến người ứng cử đại biểu Quốc hội, việc lập danh sách những người ứng cử đại biểu Quốc hội thuộc thẩm quyền giải quyết của Ban bầu cử đại biểu Quốc hội, Ủy ban bầu cử ở tỉnh, Hội đồng Bầu cử quốc gia. Trường hợp người khiếu nại, tố cáo không đồng ý với kết quả giải quyết của Ban bầu cử, Ủy ban Bầu cử thì có quyền khiếu nại đến Hội đồng Bầu cử quốc gia.

Về khiếu nại, tố cáo liên quan đến người ứng cử đại biểu Hội đồng nhân dân, việc lập danh sách những người ứng cử đại biểu Hội đồng nhân dân ở cấp nào thì thuộc thẩm quyền giải quyết của Ban bầu cử đại biểu Hội đồng nhân dân ở cấp đó. Trường hợp người khiếu nại, tố cáo, kiến nghị không đồng ý với kết quả giải quyết của Ban bầu cử thì có quyền khiếu nại đến Ủy ban Bầu cử ở cấp tương ứng.

Khiếu nại về kết quả bầu cử đại biểu Quốc hội thuộc thẩm quyền của Hội đồng Bầu cử quốc gia. Khiếu nại về kết quả bầu cử đại biểu Hội đồng nhân dân thuộc thẩm quyền của Ủy ban Bầu cử.

Với tư cách là cơ quan có thẩm quyền lập danh sách cử tri thì Ủy ban nhân dân cấp xã hoặc Ủy ban nhân dân huyện có thẩm quyền giải quyết khiếu nại về danh sách cử tri. Ngoài ra, Luật Bầu cử cũng quy định những khiếu nại, tố cáo chưa được giải quyết sẽ được Hội đồng Bầu cử quốc gia, Ủy ban Bầu cử chuyển giao cho Ủy ban thường vụ Quốc hội và Thường trực Hội đồng nhân dân khóa mới xem xét giải quyết tiếp.

Thứ ba, về thủ tục giải quyết khiếu nại, tố cáo: Do bầu cử là hoạt động chỉ diễn ra trong một giai đoạn nhất định nên Luật Bầu cử đơn giản hóa quy định về thủ tục giải quyết khiếu nại, tố cáo. Luật không quy định về hình thức khiếu nại; các hoạt động

thu thập thông tin, xác minh,... giải quyết khiếu nại, tố cáo. Bên cạnh đó, các thời hạn khiếu nại, tố cáo và giải quyết khiếu nại, tố cáo cũng được rút ngắn. Luật Bầu cử không quy định thời hạn khiếu nại, tố cáo và giải quyết khiếu nại, tố cáo về người ứng cử và danh sách người ứng cử. Tuy nhiên, Luật quy định việc xem xét giải quyết khiếu nại, tố cáo về người ứng cử, danh sách người ứng cử phải kết thúc trong thời hạn 10 ngày trước ngày bầu cử; khiếu nại kết quả bầu cử phải được gửi đến Hội đồng Bầu cử quốc gia (đối với bầu đại biểu Quốc hội), Ủy ban Bầu cử đại biểu Hội đồng nhân dân các cấp trong thời hạn 05 ngày kể từ ngày công bố kết quả bầu cử; khiếu nại được giải quyết trong thời hạn 30 ngày đối với khiếu nại kết quả bầu cử đại biểu Quốc hội và 20 ngày đối với kết quả bầu cử đại biểu Hội đồng nhân dân các cấp. Ngoài ra, Luật Bầu cử cũng quy định khiếu nại, tố cáo và giải quyết khiếu nại, tố cáo về bầu cử ở bất kỳ giai đoạn nào cũng phải được lưu vào hồ sơ bầu cử.

3. Nhận xét và kiến nghị

Mặc dù Luật Bầu cử không phải luật chuyên ngành quy định về khiếu nại, tố cáo và giải quyết khiếu nại, tố cáo, nhưng các quy định về khiếu nại, tố cáo trong hoạt động bầu cử có vai trò rất quan trọng, vì vậy cần được quy định rõ ràng, minh bạch. Việc phân tích các quy định của Luật Bầu cử về khiếu nại, tố cáo cho thấy, các quy định về khiếu nại, tố cáo trong hoạt động bầu cử còn đơn giản, chưa toàn diện, thiếu chặt chẽ, thể hiện ở một số điểm sau:

Thứ nhất, Luật Bầu cử chưa phân biệt giữa chủ thể quyền khiếu nại với chủ thể tố cáo trong hoạt động bầu cử. Theo các quy định hiện hành, người tố cáo có thể là bất kỳ cá nhân nào biết về vi phạm pháp luật, báo cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền để xử lý. Người tố cáo trong bầu cử cũng có thể là bất kỳ cá nhân nào biết về các vi phạm pháp luật của cử tri, người ứng cử, các tổ chức bầu cử, thành viên của các tổ chức

bầu cử đều được thực hiện quyền tố cáo. Do việc khiếu nại phải gắn với yêu cầu bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của người khiếu nại nên pháp luật bầu cử cần phải xác định rõ quyền khiếu nại thuộc về chủ thể nào. Cụ thể, Luật bầu cử quy định rõ, đối với *danh sách cử tri* thì người khiếu nại là cử tri hoặc công dân có đủ điều kiện là cử tri khiếu nại về danh sách cử tri có liên quan đến mình; đối với việc *lập danh sách người ứng cử*, người khiếu nại phải là người đã được giới thiệu ứng cử hoặc tự ứng cử khi phát hiện có sai sót trong danh sách người ứng cử liên quan đến mình; các cơ quan, tổ chức giới thiệu người ứng cử cũng có quyền khiếu nại về danh sách người ứng cử liên quan đến người ứng cử do cơ quan, tổ chức đã giới thiệu; *khiếu nại về kết quả bầu cử* chỉ nên được xác định là quyền của người ứng cử.

Việc xác định rõ người khiếu nại không chỉ giúp cá nhân, tổ chức hiểu được quyền, nghĩa vụ của mình mà còn làm căn cứ để các tổ chức bầu cử có thể từ chối giải quyết những khiếu nại do người không có quyền khiếu nại gửi đến cũng như hạn chế trường hợp cá nhân, tổ chức lợi dụng quyền khiếu nại làm cản trở hoạt động bầu cử.

Thứ hai, Luật Bầu cử không quy định cụ thể về thủ tục giải quyết khiếu nại, tố cáo trong hoạt động bầu cử. Luật Bầu cử chủ yếu quy định về thời hạn, thời hiệu trong giải quyết khiếu nại, tố cáo và hầu như không quy định cụ thể, trực tiếp về thủ tục giải quyết khiếu nại, tố cáo. Các quy định về thủ tục giải quyết khiếu nại, tố cáo được quy định trong Luật Khiếu nại, Luật Tố cáo. Theo đó, để giải quyết khiếu nại, tố cáo cần thực hiện nhiều hoạt động có yêu cầu về chuyên môn, nghiệp vụ như là thu thập thông tin, xác minh, điều tra. Tuy nhiên, hoạt động bầu cử mang tính chất đặc thù, cơ quan có thẩm quyền giải quyết khiếu nại tố cáo là các tổ chức phụ trách bầu cử với thành phần chủ yếu là các cá nhân đại diện cho các cơ quan nhà nước, các tổ chức

chính trị, chính trị - xã hội nên việc thực hiện những hoạt động này là khó khăn và không hiệu quả. Trên thực tế, tất cả các hoạt động thu thập thông tin, xác minh... trong bầu cử đều được giao cho các cơ quan hành chính thực hiện. Tuy nhiên, căn cứ pháp lý để cơ quan hành chính giúp các tổ chức phụ trách bầu cử trong hoạt động thu thập, xác minh thông tin là không rõ ràng. Để khắc phục bất cập này, chúng tôi cho rằng, Luật Bầu cử cần bổ sung quy định những trường hợp khiếu nại, tố cáo mà các tổ chức phụ trách bầu cử có thể giao cho cơ quan nhà nước, cá nhân có thẩm quyền tiến hành thu thập thông tin, tài liệu, tiến hành xác minh bằng văn bản; để bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của người tố cáo, Luật cũng cần bổ sung quy định các cơ quan, cá nhân có thẩm quyền giải quyết tố cáo, cơ quan cá nhân được giao xác minh nội dung tố cáo phải bảo đảm bí mật họ tên, địa chỉ, bút tích của người tố cáo.

Điều 75 Luật Bầu cử chỉ quy định giải quyết khiếu nại, tố cáo về kiểm phiếu tại chỗ của Tổ bầu cử, nếu không giải quyết được thì chuyển đến Ban bầu cử mà không quy định rõ Ban bầu cử sẽ giải quyết khiếu nại, tố cáo này trong thời hạn bao nhiêu lâu. Để bảo đảm tính khả thi của điều luật này, chúng tôi cho rằng, cần sửa đổi Điều 75 theo hướng xác định rõ thời gian Ban bầu cử giải quyết khiếu nại, tố cáo về kiểm phiếu do Tổ bầu cử chuyển đến là 03 ngày để quy định này có thể được hiểu là việc chuyển đến Ban bầu cử chỉ có ý nghĩa để báo cáo. Thời hạn này phù hợp với thời hạn xác định và công bố kết quả bầu cử.

Ngoài ra, để có cơ sở xem xét giải quyết cũng như xác định trách nhiệm của người khiếu nại, tố cáo, Luật Bầu cử cần bổ sung quy định việc khiếu nại, tố cáo phải thực hiện bằng hình thức văn bản (đơn khiếu nại, đơn tố cáo), trừ trường hợp khiếu nại, tố cáo tại chỗ về kết quả kiểm phiếu không nhất thiết phải bằng văn bản ■

HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT LIÊN QUAN ĐẾN CÔNG TÁC THU HỒI TÀI SẢN TRONG CÁC VỤ ÁN THAM NHŨNG, KINH TẾ

Trần Văn Dũng*

* TS. Bộ Tư pháp

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Thu hồi tài sản tham nhũng; các vụ án tham nhũng, kinh tế; phòng, chống tham nhũng.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 12/01/2021

Biên tập : 26/01/2021

Duyệt bài : 28/01/2021

Article Information:

Keywords: Corrupted property recovery; economic and corruption law cases; anti-corruption. Article

History:

Received : 12 Jan. 2021

Edited : 26 Jan. 2021

Approved : 28 Jan. 2021

Tóm tắt:

Trong phạm vi bài viết này, tác giả trình bày, đánh giá các quy định của pháp luật liên quan đến công tác thu hồi tài sản trong các vụ án tham nhũng, kinh tế, trong đó chủ yếu tập trung phân tích các hạn chế, bất cập trên thực tế và đề xuất các kiến nghị hoàn thiện.

Abstract:

In the scope of this article, the author provides discussions and assessments of the applicable legal provisions related to property recovery in economic law cases and corruption ones, in which it is mainly focused on an analysis of the actual shortcomings and suggestions for further improvements of such legal regulations.

1. Các quy định của pháp luật liên quan đến công tác thu hồi tài sản trong các vụ án tham nhũng, kinh tế

Hiệu quả của hoạt động thu hồi tài sản trong các vụ án tham nhũng, kinh tế không chỉ bắt đầu từ khi bản án có hiệu lực pháp luật mà phụ thuộc nhiều vào kết quả từ khi phát hiện, thanh tra, kiểm tra, kiểm toán đến quá trình điều tra, truy tố, xét xử. Qua rà soát, có thể thấy các quy định của pháp luật hiện hành tương đối rộng, đang ngày càng

được hoàn thiện và có thể khái quát thành các nhóm sau:

1.1. Các quy định của pháp luật về phòng, chống tham nhũng, thanh tra, kiểm toán: Luật phòng, chống tham nhũng (Luật PCTN) năm 2018 quy định các nguyên tắc như: “Tài sản tham nhũng phải được thu hồi, trả lại cho chủ sở hữu, người quản lý hợp pháp hoặc tịch thu theo quy định của pháp luật. Thiệt hại do hành vi tham nhũng gây ra phải được khắc phục; người có hành

vi tham nhũng gây thiệt hại phải bồi thường theo quy định của pháp luật” (Điều 93). Như vậy, Luật PCTN đã xác định trong quá trình phát hiện, xử lý tham nhũng, nếu xác định được là tài sản tham nhũng thì phải thu hồi, tịch thu về cho Nhà nước; nếu xác định có thiệt hại do hành vi tham nhũng gây ra thì cơ quan, tổ chức, đơn vị, cá nhân bị thiệt hại có quyền yêu cầu người có hành vi tham nhũng phải bồi thường, bồi hoàn. Bên cạnh đó, để khuyến khích người có hành vi tham nhũng chủ động khai báo trước khi bị phát hiện, tích cực hạn chế thiệt hại do hành vi trái pháp luật của mình gây ra, tự giác nộp lại tài sản tham nhũng, Luật PCTN quy định trong các trường hợp này có thể xem xét giảm nhẹ hình thức kỷ luật, hình phạt hoặc miễn truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định của pháp luật (khoản 4 Điều 92).

Luật Thanh tra năm 2010 quy định người ra quyết định thanh tra có thẩm quyền “Quyết định thu hồi tiền, tài sản bị chiếm đoạt, sử dụng trái phép hoặc bị thất thoát do hành vi vi phạm pháp luật của đối tượng thanh tra gây ra” (điểm k khoản 1 Điều 48 và điểm i khoản 1 Điều 55). Đồng thời, khi kết luận thanh tra phải “Xác định rõ tính chất, mức độ vi phạm, nguyên nhân, trách nhiệm của cơ quan, tổ chức, cá nhân có hành vi vi phạm pháp luật; Biện pháp xử lý theo thẩm quyền và kiến nghị biện pháp xử lý” (khoản 2 Điều 50 Luật Thanh tra).

Luật Kiểm toán nhà nước đã quy định nhiệm vụ của Kiểm toán nhà nước khi phát hiện vi phạm pháp luật thì cơ quan kiểm toán: “Chuyển hồ sơ cho cơ quan điều tra, Viện kiểm sát nhân dân và cơ quan khác của Nhà nước có thẩm quyền xem xét, xử

lý những vụ việc có dấu hiệu của tội phạm, vi phạm pháp luật của cơ quan, tổ chức, cá nhân đã được phát hiện thông qua hoạt động kiểm toán” (khoản 12 Điều 10).

1.2. Các quy định của pháp luật hình sự và tố tụng hình sự: Bộ luật Hình sự (BLHS) năm 2015 (đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2017) đã có nhiều điểm mới nhằm tăng cường thu hồi tài sản trong các vụ án kinh tế, tham nhũng như: (i) bổ sung các tội phạm tham nhũng là đối tượng áp dụng hình phạt bổ sung tịch thu tài sản (Điều 45); (ii) bổ sung khoản thu lợi bất chính từ việc phạm tội khi áp dụng biện pháp tư pháp tịch thu vật, tiền trực tiếp liên quan đến tội phạm (Điều 47) để thu hồi tài sản tham nhũng về cho Nhà nước; (iii) Đối với vật, tiền bị người phạm tội chiếm đoạt hoặc sử dụng trái phép, thì không tịch thu mà trả lại cho chủ sở hữu hoặc người quản lý hợp pháp; (iv) buộc trả lại tài sản đã chiếm đoạt cho chủ sở hữu hoặc người quản lý hợp pháp, phải sửa chữa hoặc bồi thường thiệt hại vật chất đã được xác định do hành vi phạm tội gây ra (khoản 1 Điều 48). Đây là cơ sở pháp lý để tòa án áp dụng các biện pháp tư pháp nhằm thu hồi tài sản trong các vụ án kinh tế, tham nhũng.

Bộ luật Tố tụng hình sự (BLTTHS) năm 2015, quy định cụ thể trách nhiệm của Thủ trưởng, Phó Thủ trưởng cơ quan điều tra, Điều tra viên, của Viện trưởng, Phó Viện trưởng Viện kiểm sát, kiểm sát viên, Chánh án, Phó Chánh án, Thẩm phán trong việc quyết định áp dụng các biện pháp ngăn chặn, biện pháp cưỡng chế như đặt cọc, kê biên, phong tỏa tài sản, tài khoản để thu hồi tài sản tham nhũng¹.

¹ Điều 128 BLTTHS năm 2015 quy định cụ thể về thẩm quyền, căn cứ, điều kiện áp dụng biện pháp cưỡng chế kê biên tài sản; theo đó, kê biên tài sản chỉ áp dụng đối với bị can, bị cáo về tội mà Bộ luật Hình sự quy định hình phạt tiền hoặc có thể bị tịch thu tài sản hoặc để bảo đảm bồi thường thiệt hại. Những người có thẩm quyền quy định tại khoản 1 Điều 113 của Bộ luật này, Thẩm phán chủ tọa phiên tòa có quyền ra lệnh kê biên tài sản. Tài sản bị kê biên được giao cho chủ tài sản hoặc người quản lý hợp pháp hoặc người thân thích của họ

1.3. Các quy định của pháp luật dân sự và tố tụng dân sự và pháp luật về đất đai: Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 quy định về các biện pháp bảo vệ quyền sở hữu (Điều 164), quyền đòi lại tài sản (Điều 166), quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại (Điều 170).

Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 quy định các biện pháp để thu hồi tài sản như: Kê biên tài sản đang tranh chấp; cấm chuyển dịch quyền về tài sản đối với tài sản đang tranh chấp; cấm thay đổi hiện trạng tài sản đang tranh chấp; cho thu hoạch, cho bán hoa màu hoặc sản phẩm, hàng hóa khác; phong tỏa tài khoản tại ngân hàng, tổ chức tín dụng khác, kho bạc nhà nước; phong tỏa tài sản ở nơi gửi giữ; phong tỏa tài sản của người có nghĩa vụ... đồng thời quy định áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời khác nhằm thu hồi tài sản. Về thời hạn, khoản 3 Điều 133 BLTTDS năm 2015 quy định: “Trong thời hạn 48 giờ, kể từ thời điểm nhận được đơn yêu cầu, Thẩm phán phải xem xét và ra quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời”.

Pháp luật về đất đai không trực tiếp quy định các biện pháp thu hồi tài sản nhưng các nguyên tắc xác định giá đất, loại đất có liên quan nhiều đến việc thẩm định giá, bán đấu giá tài sản là đất đai.

1.4. Các quy định của pháp luật thi hành án dân sự: Các biện pháp thu hồi tài sản trong Luật THADS gồm các biện pháp bảo đảm và các biện pháp cưỡng chế thi hành án. Các biện pháp bảo đảm thi hành án, bao

gồm: Phong tỏa tài khoản, tài sản; tạm giữ tài sản, giấy tờ và tạm dừng việc đăng ký, chuyển dịch, thay đổi hiện trạng về tài sản. Các biện pháp cưỡng chế thi hành án bao gồm: Khấu trừ tiền trong tài khoản; thu hồi, xử lý tiền, giấy tờ có giá của người phải thi hành án; trừ vào thu nhập của người phải thi hành án; kê biên, xử lý tài sản của người phải thi hành án, kể cả tài sản đang do người thứ ba giữ; khai thác tài sản của người phải thi hành án; buộc chuyển giao vật, chuyển giao quyền tài sản, giấy tờ và buộc người phải thi hành án thực hiện hoặc không được thực hiện công việc nhất định.

1.5. Các quy định của pháp luật về giá; Luật Phá sản; Luật Phòng, chống rửa tiền; Luật các tổ chức tín dụng; Luật Thương mại: Điều 32 Luật về giá quy định Chứng thư thẩm định giá được sử dụng làm một trong những căn cứ để xem xét, quyết định hoặc phê duyệt giá khởi điểm đối với tài sản đấu giá. Điều 4 Luật Đấu giá tài sản quy định tài sản đấu giá gồm có “Tài sản thi hành án theo quy định của pháp luật về thi hành án dân sự” trình tự, thủ tục bán đấu giá tài sản thi hành án thực hiện theo các quy định chung.

Luật Phòng, chống rửa tiền chủ yếu quy định về các biện pháp phòng ngừa, phát hiện, ngăn chặn, xử lý tổ chức, cá nhân có hành vi hợp pháp hóa nguồn gốc của tài sản do phạm tội mà có (trong đó các các tội phạm về tham nhũng); hợp tác quốc tế về phòng, chống rửa tiền, giúp cho việc phát hiện, thu hồi tài sản

bảo quản. Người được giao bảo quản mà có hành vi tiêu dùng, chuyển nhượng, đánh tráo, cất giấu, hủy hoại tài sản bị kê biên thì phải chịu trách nhiệm hình sự theo quy định của Bộ luật Hình sự.

Điều 129 quy định về thẩm quyền, căn cứ, điều kiện áp dụng biện pháp phong tỏa tài khoản. Cụ thể, phong tỏa tài khoản áp dụng đối với người bị buộc tội về tội mà Bộ luật Hình sự quy định hình phạt tiền, bị tịch thu tài sản hoặc để bảo đảm bồi thường thiệt hại khi có căn cứ xác định người đó có tài khoản tại tổ chức tín dụng hoặc Kho bạc Nhà nước. Phong tỏa tài khoản cũng được áp dụng đối với tài khoản của người khác nếu có căn cứ cho rằng số tiền trong tài khoản đó liên quan đến hành vi phạm tội của người bị buộc tội. Những người có thẩm quyền quy định tại khoản 1 Điều 113 của Bộ luật này, Thẩm phán chủ tọa phiên tòa có quyền ra lệnh phong tỏa tài khoản. Người được giao thực hiện lệnh phong tỏa, quản lý tài khoản bị phong tỏa mà giải tỏa việc phong tỏa tài khoản thì phải chịu trách nhiệm hình sự theo quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015.

tham nhũng được thuận lợi, trách nhiệm của các tổ chức tín dụng giúp cho việc phát hiện, thu giữ được thuận lợi.

Luật các tổ chức tín dụng không quy định trực tiếp các biện pháp thu hồi tài sản đối với các vụ án kinh tế, tham nhũng. Tuy nhiên, việc không tuân thủ các nguyên tắc thẩm định giá tài sản cho vay trong thực tế làm ảnh hưởng nhiều đến hiệu quả công tác thu hồi tài sản trong các vụ án hình sự về tham nhũng, kinh tế.

Luật Phá sản năm 2014 không quy định trực tiếp các biện pháp thu hồi tài sản tham nhũng, nhưng có ảnh hưởng đến hiệu quả và tiến độ thu hồi tài sản tham nhũng nhất là quy định về trường hợp Chấp hành viên phải ra quyết định tạm đình chỉ, đình chỉ thi hành án khi doanh nghiệp làm đơn xin mở thủ tục phá sản và Tòa án có thông báo thụ lý hoặc quyết định mở thủ tục phá sản.

Luật Tương trợ tư pháp liên quan đến thu hồi tài sản tham nhũng chủ yếu là quy định về nguyên tắc, thẩm quyền, trình tự, thủ tục thực hiện tương trợ tư pháp về dân sự, hình sự; trách nhiệm của các cơ quan nhà nước Việt Nam trong tương trợ tư pháp. Đây là căn cứ pháp lý quan trọng để các cơ quan có thẩm quyền thực hiện các hoạt động tương trợ tư pháp giữa Việt Nam với các nước, trong đó có các hoạt động liên quan đến việc thu hồi tài sản tham nhũng ở nước ngoài; tạo nền tảng cho các hoạt động hợp tác quốc tế trong thu tài sản do phạm tội tham nhũng.

2. Kết quả thu hồi tài sản trong các vụ án tham nhũng, kinh tế trong thời gian qua

Các cơ quan kiểm tra, thanh tra, kiểm toán, điều tra, truy tố, xét xử và thi hành án

dân sự, trong giai đoạn từ 2013 đến nay đã vào cuộc quyết liệt, nhiều vụ án tham nhũng, kinh tế đặc biệt lớn được phát hiện điều tra, xử lý, thu hồi và khắc phục thiệt hại.

Các cơ quan kiểm toán đã kiến nghị xử lý tài chính 396.270 tỷ đồng; đã phát hiện 22 vụ việc có dấu hiệu vi phạm pháp luật về quản lý kinh tế; chuyển 22 vụ việc này sang cơ quan cảnh sát điều tra các cấp để điều tra, xử lý theo quy định của pháp luật; cung cấp 476 báo cáo kiểm toán và các tài liệu liên quan cho cơ quan có thẩm quyền phục vụ công tác điều tra, kiểm tra, giám sát².

Các cơ quan thanh tra đã tập trung thanh tra các lĩnh vực nhạy cảm, dễ phát sinh tiêu cực, tham nhũng; qua thanh tra đã kiến nghị thu hồi 309.604 tỷ đồng, 20.668 ha đất, kiến nghị xử lý trách nhiệm 14.046 tập thể, nhiều cá nhân, chuyển cơ quan điều tra 629 vụ, 797 đối tượng; kiến nghị thu hồi 208.767 nghìn tỷ đồng và 8.619 ha đất, kiến nghị xử lý trách nhiệm 78.704 tập thể, nhiều cá nhân, chuyển cơ quan điều tra xem xét, xử lý 435 vụ 648 đối tượng³.

Cơ quan điều tra trong Công an nhân dân (từ năm 2013 đến năm 2018) đã thu hồi 75.840,634 tỷ đồng/130.442.775 tỷ đồng thiệt hại do tội phạm gây ra (đạt tỷ lệ 58,14%). Năm 2019 đã thu hồi 11.209,637 tỷ đồng/17.839,952 tỷ đồng bị thiệt hại (đạt tỷ lệ 62,83%). Tính riêng 06 tháng đầu năm 2020, đã thu hồi 1.661 tỷ đồng/2.470 tỷ đồng thiệt hại (đạt 67,24%) và thu hồi 3.747m² đất/46.987m² đất bị chiếm đoạt⁴.

Các cơ quan kiểm sát đã kiểm sát số vụ án tham nhũng, kinh tế và số tiền, tài sản

² Ban Nội chính Trung ương, Báo cáo tổng kết công tác phòng, chống tham nhũng giai đoạn 2013-2020, phương hướng, nhiệm vụ, giải pháp thời gian tới (tài liệu phục vụ Hội nghị Tổng kết công tác phòng, chống tham nhũng từ khi thành lập Ban Chỉ đạo Trung ương về PCTN, nhất là từ đầu nhiệm kỳ Đại hội XII đến nay).

³ Ban Nội chính Trung ương, Tlđđ.

⁴ Ban Nội chính Trung ương, Tlđđ.

phải thu hồi là 8.531 vụ/ 90.384 tỷ đồng; áp dụng các biện pháp tịch thu, thu giữ, tạm giữ, kê biên, phong tỏa tài khoản theo quy định của Bộ luật Tố tụng hình sự thu hồi được 51.334 tỷ đồng (đạt tỷ lệ 56,79%). Viện kiểm sát các cấp đã kiểm sát 100% các vụ án được các cơ quan tiến hành tố tụng áp dụng các biện pháp thu hồi tài sản theo quy định của pháp luật, kịp thời kiến nghị cơ quan điều tra thực hiện, áp dụng biện pháp tạm giữ tài sản là vật chứng của các vụ án; yêu cầu kê biên tài sản, phong tỏa tài khoản, tạm giữ tiền, tài sản để bảo đảm thi hành án⁵.

Tòa án nhân dân (TAND) các cấp đã xét xử sơ thẩm đối với 7.399/14.044 bị cáo; TAND cấp tỉnh và TAND cấp cao (trước đây là Tòa phúc thẩm TANDTC) đã xét xử phúc thẩm đối với 2.164 vụ/3.968 bị cáo. Tòa án nhân dân các cấp đã chuyển đến cơ quan THADS các cấp 4.294 bản án, quyết định với tổng giá trị tiền, tài sản phải thu hồi 58.896 tỷ đồng. Riêng năm 2019, khi xét xử các vụ án hình sự về tham nhũng, kinh tế, các Tòa án cấp sơ thẩm đã quyết định, xác định giá trị tài sản bị chiếm đoạt là 13 tỷ 152 triệu đồng, tài sản bị thiệt hại là 7 tỷ 317 triệu đồng ngoài các tài sản đã được cơ quan điều tra, Viện kiểm sát kê biên, xử lý tại giai đoạn điều tra, truy tố⁶.

Các cơ quan THADS tổ chức thu hồi tài sản với tổng số việc phải thi hành là 11.857 việc, tương ứng với số tiền là trên 149.159 tỷ đồng; số việc đã thi hành xong là 10.119 việc, tương ứng với số tiền là 47.795 tỷ đồng. Đối với các vụ án kinh tế tham nhũng thuộc diện Ban Chỉ đạo Trung ương về phòng, chống tham nhũng theo dõi, chỉ đạo các cơ quan thi hành án đã tiếp nhận

tổng số 80 vụ. Tính đến 31/10/2020, tổng số tiền phải thu hồi trên 87.535 tỷ; đã thi hành xong là trên 22.767 tỷ đồng, tương ứng 26%; còn phải thi hành là 64.768 tỷ tương ứng 74%. Riêng năm 2020 đã thi hành được số tiền hơn 14.000 tỷ đồng, bằng 61% tổng số tiền đã thi hành xong từ năm 2013 đến nay⁷.

Mặc dù kết quả thu hồi tài sản trong các vụ án tham nhũng, kinh tế có nhiều chuyển biến, số tiền, tài sản thu hồi cao hơn so với những năm trước đây nhưng tỷ lệ thu hồi trên tổng số phải thu hồi vẫn còn thấp. Một trong những nguyên nhân của hạn chế trên là do pháp luật về thu hồi tài sản bị thất thoát, bị chiếm đoạt vẫn còn nhiều bất cập.

3. Một số bất cập, hạn chế của pháp luật và hướng hoàn thiện

3.1. Một số bất cập, hạn chế

- *Pháp luật về phòng, chống tham nhũng (PCTN)*: Luật PCTN năm 2018 đã có một chương quy định riêng chế định kiểm soát tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn, nhưng việc triển khai gặp nhiều khó khăn. Mặt khác, Luật PCTN hiện nay chưa có quy định về xử lý tài sản không giải trình được về nguồn gốc một cách hợp lý nên việc thu hồi tài sản tham nhũng gặp nhiều khó khăn khi người phạm tội tẩu tán tài sản hoặc chuyển tài sản tham nhũng cho người thân trước khi bản án kết tội có hiệu lực pháp luật.

- *Các quy định của pháp luật về thanh tra*: Luật Thanh tra không quy định thẩm quyền của Trưởng đoàn thanh tra hoặc của người ra quyết định thanh tra được trực tiếp ban hành các quyết định tạm giữ tiền, đồ vật, giấy tờ hoặc phong tỏa tài khoản để

⁵ Ban Nội chính Trung ương, Tlđd.

⁶ Ban Nội chính Trung ương, Tlđd.

⁷ Báo cáo của Chính phủ về công tác thi hành án năm 2020.

phục vụ việc thanh tra mà phải thông qua cơ quan hoặc tổ chức tín dụng thực hiện⁸ nên trong nhiều vụ việc bị chậm trễ, ảnh hưởng đến việc thu hồi tài sản. Mặt khác, pháp luật thanh tra quy định người ra quyết định thanh tra có quyền ra quyết định thu hồi tiền, tài sản bị chiếm đoạt, sử dụng trái phép hoặc bị thất thoát do hành vi trái pháp luật gây ra nhưng lại không quy định thẩm quyền xác minh, kê biên tài sản của đối tượng bị thanh tra khi có thiệt hại xảy ra nên ảnh hưởng đến hiệu quả công tác thu hồi tài sản tham nhũng⁹.

- *Các quy định của pháp luật về kiểm toán:* Luật Kiểm toán nhà nước đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2019 đã bổ sung các quy định Kiểm toán nhà nước được truy cập cơ sở dữ liệu của các đơn vị được kiểm toán, được xử phạt vi phạm hành chính theo quy định của Luật Xử lý vi phạm hành chính nhưng không có quyền phong tỏa tài khoản, kê biên tài sản, nên tiềm ẩn nhiều nguy cơ để xảy ra việc tẩu tán tài sản của người vi phạm và người thân của họ trước khi cơ quan có thẩm quyền khởi tố điều tra.

- *Các quy định của pháp luật hình sự:* BLHS năm 2015 đã bổ sung chính sách xử

lý giảm nhẹ đối với người phạm tội. Một là, đã cho phép áp dụng quyết định mức hình phạt dưới mức thấp nhất của khung hình phạt, không bắt buộc trong giới hạn trong khung liền kề nhẹ hơn trong trường hợp phạm tội lần đầu, trong vụ đồng phạm với vai trò là người giúp sức không đáng kể. Hai là, cho phép chuyển từ hình phạt tử hình xuống hình phạt tù chung thân đối với người bị kết án tử hình đã ăn năn hối cải, và khắc phục ít nhất 3/4 thiệt hại do hành vi phạm tội gây ra. Tuy nhiên, BLHS năm 2015 chưa cho phép áp dụng quyết định mức hình phạt dưới mức thấp nhất của khung hình phạt không buộc trong giới hạn trong khung liền kề nhẹ hơn khi người bị kết án phạm tội tham nhũng, kinh tế đã ăn năn hối cải và đã chủ động khắc phục toàn bộ thiệt hại, nên phần nào chưa khuyến khích được người phạm tội giao nộp tài sản, nhất là người phạm tội kinh tế, lừa đảo...¹⁰.

- *Các quy định của pháp luật về tố tụng hình sự:* BLTTHS năm 2015 quy định về trách nhiệm của các cơ quan tiến hành tố tụng trong việc kê biên tài sản, phong tỏa tài khoản của các bị can còn mang tính tùy nghi; Căn cứ để kê biên tài sản (Điều 128,

⁸ Điểm đ, e khoản 1 Điều 46 và điểm đ, e khoản 1 Điều 48 Luật Thanh tra quy định nhiệm vụ, quyền hạn của Trường đoàn thanh tra hành chính và người ra quyết định thanh tra hành chính có quyền:

- Yêu cầu người có thẩm quyền tạm giữ tiền, đồ vật, giấy phép sử dụng trái pháp luật khi xét thấy cần ngăn chặn ngay việc vi phạm pháp luật hoặc để xác minh tình tiết làm chứng cứ cho việc kết luận, xử lý;
- Yêu cầu tổ chức tín dụng nơi đối tượng thanh tra có tài khoản phong tỏa tài khoản đó để phục vụ việc thanh tra khi có căn cứ cho rằng đối tượng thanh tra có hành vi tẩu tán tài sản;
- Quyết định niêm phong tài liệu của đối tượng thanh tra khi có căn cứ cho rằng có vi phạm pháp luật.

⁹ Điểm k khoản 1 Điều 48 Luật Thanh tra quy định nhiệm vụ, quyền hạn của người ra quyết định thanh tra hành chính có quyền ban hành Quyết định thu hồi tiền, tài sản bị chiếm đoạt, sử dụng trái phép hoặc bị thất thoát do hành vi vi phạm pháp luật của đối tượng thanh tra gây ra.

¹⁰ Vừa qua, Hội đồng thẩm phán TANDTC đã ban hành Nghị quyết số 03/2020/NQ- HĐTP ngày 30/12/2020 (hướng dẫn áp dụng một số quy định của Bộ luật Hình sự số 100/2015/QH13 được sửa đổi, bổ sung một số điều theo Luật số 12/2017/QH14 về các tội phạm tham nhũng và các tội phạm khác về chức vụ; xác định trị giá tài sản bị chiếm đoạt, thiệt hại do tội phạm tham nhũng, tội phạm khác về chức vụ gây ra; xử lý vật, tiền liên quan trực tiếp đến tội phạm), trong đó có hướng dẫn một số trường hợp được miễn hình phạt, nhưng lại chỉ trong giới hạn các vụ án tham nhũng và các tội phạm khác về chức vụ; trong khi đó, tài sản phải thu hồi chủ yếu trong các vụ án kinh tế, nên chưa toàn diện.

129 BLTTHS) mang tính định tính và chưa phù hợp; giá trị tài sản được kê biên phải tương xứng với giá trị tài sản chiếm đoạt hoặc mức thiệt hại gây ra khi cơ quan điều tra mới bắt đầu điều tra không phù hợp nên gây khó khăn cho cơ quan điều tra khi áp dụng biện pháp kê biên; tạo kẽ hở để đối tượng tẩu tán tài sản.

Tài sản kê biên trong các vụ án tham nhũng, kinh tế chủ yếu là các dự án bất động sản, đất đai, nhà xưởng, ô tô, cổ phiếu... những tài sản này chỉ được xử lý khi bản án đã có hiệu lực pháp luật. Trong khi đó, đây là những loại tài sản có những biến động cao về giá trị nên đến thời điểm cơ quan THADS xử lý tài sản kê biên để thi hành án, nhìn chung các tài sản này bị giảm giá trị rất lớn.

Bộ luật TTHS chưa có quy định riêng về trình tự, thủ tục đối với giải quyết các vụ án hình sự có yếu tố nước ngoài (thời gian, xử lý kết quả tương trợ tư pháp) nên khó khăn cho cơ quan điều tra, cơ quan tố tụng khi giải quyết các vụ án cần tương trợ tư pháp ở nước ngoài.

Quá trình kê biên tài sản trong các giai đoạn điều tra, truy tố... không có sự tham gia của cơ quan thi hành án dân sự, trong khi đó cơ quan THADS là người có trách nhiệm xử lý tài sản kê biên sau này, do đó việc kê biên trong nhiều trường hợp không rõ ràng, sai lệch gây khó khăn trong việc xử lý.

- *Các quy định của pháp luật về thi hành án dân sự (THADS)*: chưa có quy định riêng

về trình tự, thủ tục thu hồi tài sản trong các vụ án tham nhũng, kinh tế mà được áp dụng như đối với các vụ việc dân sự thông thường nên hiệu quả thi hành án, tiềm ẩn nguy cơ các đối tượng đã thông đồng để trục lợi tài sản trong quá trình thẩm định bán đấu giá tài sản.

- *Các quy định của pháp luật về phá sản*: Quy định về căn cứ tạm đình chỉ, đình chỉ thi hành án (trong đó có cả các vụ việc thu hồi tài sản trong các vụ án tham nhũng, kinh tế) còn bất cập¹¹ nên nhiều doanh nghiệp đang phải thi hành bản án hình sự về tham nhũng, kinh tế lợi dụng quy định này để nghị mở thủ tục phá sản nhằm trốn tránh nghĩa vụ, kéo dài thời gian thi hành án.

- *Pháp luật về giá, bán đấu giá*: chưa quy định cơ chế kiểm soát, xử lý các công ty thẩm định giá thiếu minh bạch; việc sử dụng hợp đồng chuyển nhượng làm cơ sở để thẩm định giá chưa phản ánh được thực tế giá chuyển nhượng¹². Mặt khác, pháp luật chưa có quy định cụ thể về trình tự, thủ tục giải quyết các khiếu nại, tố cáo về thẩm định giá đối với tài sản kê biên nên trong quá trình triển khai thực hiện có nhiều khó khăn, vướng mắc.

Đối với hoạt động bán đấu giá: Mối quan hệ giữa cơ quan THADS (Chấp hành viên) với các Tổ chức đấu giá là mối quan hệ dân sự, nên nhiều nguy cơ dẫn đến thiếu khách quan, giá trị tài sản đấu giá thấp, thậm chí tài sản của Nhà nước có thể bị thất thoát trong hoạt động bán đấu giá tài sản.

¹¹ Cụ thể, khoản 1 Điều 41, khoản 2 điều 71 Luật Phá sản quy định cơ quan THADS phải tạm đình chỉ, đình chỉ thi hành án khi có yêu cầu mở thủ tục phá sản trừ một số trường hợp về bồi thường sức khỏe, tính mạng, trả lương cho người lao động.

¹² Thông thường giá giao dịch ghi trong hợp đồng không phản ánh giá giao dịch thực tế mà cao hơn hoặc thấp hơn tùy theo mục đích của các bên giao dịch), nhất là khi Điều 32 Luật Giá quy định chứng thư thẩm định giá được sử dụng làm một trong những căn cứ để xem xét, quyết định hoặc phê duyệt giá khởi điểm đối với tài sản đấu giá; Điều 98, 99 Luật THADS, kết quả thẩm định giá được xác định là giá khởi điểm để đưa ra bán đấu giá hoặc cho người đồng sở hữu chung ưu tiên mua tài sản (Điều 74 Luật THADS) mà không có thủ tục nào khác để xem xét về tính chính xác của giá thẩm định.

- *Pháp luật về đất đai*: quy định về khung giá đất tối thiểu, tối đa rất xa nhau gây khó khăn cho việc xác định giá đất tiệm cận với giá chuyển nhượng trên thị trường tiềm ẩn nguy cơ sai phạm khi tài sản kê biên là đất đai; Một số trường hợp tài sản thu hồi là các dự án bất động sản nhưng đang trong quá trình lập hồ sơ, chưa được cơ quan có thẩm quyền phê duyệt, nên gặp nhiều khó khăn; Nhiều trường hợp người phạm tội thế chấp tài sản bảo đảm khoản vay là đất nông nghiệp hoặc đất trồng cây lâu năm có thời hạn nên cơ quan thi hành án gặp nhiều khó khăn khi thẩm định giá bán đấu giá các tài sản này.

- *Các quy định của pháp luật về phòng, chống rửa tiền*: pháp luật chưa quy định bắt buộc việc giao dịch kinh tế, dân sự với số tiền lớn phải thực hiện thanh toán không dùng tiền mặt cho nên nhiều giao dịch vẫn chủ yếu được thực hiện bằng hình thức thanh toán bằng tiền mặt, do đó khó kiểm soát được thu nhập, tài sản của tổ chức, cá nhân;

- *Các quy định của pháp luật về trợ tư pháp*: Việc nội luật hóa các quy định về thu hồi tài sản tham nhũng trong Công ước của Liên hợp quốc về chống tham nhũng còn chậm, chưa có các quy định cụ thể về phát hiện, thu hồi, chuyển giao tài sản tham nhũng hoặc chia sẻ thông tin với các cơ quan có thẩm quyền nước ngoài liên quan đến tài sản tham nhũng. Hiện nay, việc ký kết các hiệp định trợ tư pháp giữa Việt Nam với các nước còn hạn chế nên gây nhiều khó khăn cho các cơ quan chức năng trong việc phối hợp điều tra làm rõ các vụ việc, vụ án tham nhũng cũng như thu hồi tài sản tham nhũng ở nước ngoài¹³.

3.2. Một số đặc điểm của tội phạm tham nhũng và hướng hoàn thiện pháp luật về thu hồi tài sản trong các vụ án tham nhũng, kinh tế

3.2.1. *Một số đặc điểm của tội phạm tham nhũng, kinh tế có liên quan đến hiệu quả công tác thu hồi tài sản*

Thực tiễn điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án các vụ án kinh tế, tham nhũng cho thấy, đối tượng phạm tội tham nhũng, kinh tế là những người có chức vụ, quyền hạn, có trình độ học vấn, am hiểu pháp luật, nhiều mối quan hệ nên tài sản tham nhũng luôn tiềm ẩn nguy cơ cao bị tẩu tán, chuyển nhượng bất hợp pháp. Hành vi tham nhũng thường chỉ bị phát hiện sau một thời gian dài, nên việc thu thập chứng cứ trong điều tra vụ án gặp khó khăn, phức tạp, đặc biệt là việc xác định tài sản có nguồn gốc từ tham nhũng.

Công tác điều tra án tham nhũng thường mất nhiều thời gian, nhiều giai đoạn do nhiều cơ quan có chức năng khác nhau thực hiện nên khi các cơ quan có thẩm quyền chưa kịp thời áp dụng các biện pháp nghiệp vụ để thu giữ, kê biên tài sản nên có tình trạng đối tượng lợi dụng để tẩu tán tài sản. Mặt khác, cũng do công tác điều tra mất nhiều thời gian nên tài sản được các cơ quan có thẩm quyền kê biên, phong tỏa để đảm bảo thi hành án như: ô tô, máy móc, nhà xưởng, dây truyền sản xuất, cổ phiếu, các dự án bất động sản... đã bị giảm giá trị nhiều lần khi cơ quan thi hành án xử lý tài sản. Điều này đặt ra cho các cơ quan chức năng cần xây dựng cơ chế xử lý tài sản phong tỏa, kê biên nhằm hạn chế tối đa sự sụt giảm giá trị này.

Việc thu hồi tài sản tham nhũng, kinh tế ở nước ngoài gặp nhiều khó khăn do có

¹³ Ví dụ như vụ việc thu hồi khoản tiền của Phan Sào Nam gửi tại Ngân hàng nước ngoài của các cơ quan điều tra, viện kiểm sát và cơ quan THADS còn nhiều lúng túng cho quy định của pháp luật Việt Nam chưa rõ ràng, cụ thể.

sự khác biệt về chế độ chính trị, pháp luật và cơ chế phân công trách nhiệm phòng, chống tội phạm ở mỗi nước khác nhau; cơ sở pháp lý cho việc hợp tác quốc tế chưa đầy đủ. Một số quy định chỉ mang tính nguyên tắc, thiếu các điều khoản điều chỉnh hoạt động liên quan đến trưng tước tư pháp liên quan đến phong tỏa, kê biên, thu giữ, tịch thu tài sản và xử lý tài sản do phạm tội mà có.

3.2.2. Hướng hoàn thiện pháp luật nhằm nâng cao hiệu quả công tác thu hồi tài sản trong các vụ án tham nhũng, kinh tế

Từ thực tiễn hướng dẫn, chỉ đạo công tác thu hồi tài sản trong các vụ án tham nhũng, kinh tế trong thời gian vừa qua, tác giả đề xuất một số hướng hoàn thiện chính sách, pháp luật nhằm nâng cao hiệu quả công tác này như sau:

Một là, hoàn thiện các quy định của pháp luật về hình sự, tố tụng hình sự theo hướng đặt nhiệm vụ thu hồi tài sản bị thất thoát, chiếm đoạt ngang bằng với nhiệm vụ phát hiện, điều tra, truy tố và xét xử tội phạm trong các vụ án về tham nhũng, kinh tế. BLTTHS hiện hành đặt nhiều trọng tâm vào việc phát hiện, điều tra, truy tố, xét xử người phạm tội nói chung, phạm tội tham nhũng nói riêng đảm bảo khách quan, toàn diện, đúng người, đúng tội tránh bỏ lọt tội phạm, tránh làm oan người vô tội¹⁴ mà chưa đặt nhiệm vụ thu hồi tài sản là một trong những nhiệm vụ luật định, nên trước hết cần bổ sung nhiệm vụ thu hồi tài sản trong các vụ án tham nhũng, kinh tế vào Điều 2 BLTTHS.

Cần có quy định trình tự, thủ tục riêng trong việc phát hiện, điều tra, truy tố, xét xử,

thi hành án đối với tội phạm tham nhũng, kinh tế. Theo quy định hiện nay, quy trình tự, thủ tục tố tụng hình sự có sự phân biệt dựa trên tiêu chí về mức độ nghiêm trọng của tội phạm (ít nghiêm trọng hay nghiêm trọng) mà chưa dựa trên tiêu chí đặc điểm của loại tội, nên về cơ bản giống nhau (trình tự, thủ tục, thẩm quyền điều tra, truy tố, xét xử tội trộm cắp tài sản cũng giống tội tham ô tài sản). Điều này gây cản trở rất nhiều đến việc phát hiện, điều tra, xét xử và thu hồi tài sản. Xuất phát từ đặc điểm của chủ thể của tội phạm - là người có chức vụ, quyền hạn, đặc điểm của đối tượng tài sản (chủ yếu là tài sản của Nhà nước và có tính biến động cao về giá trị) nên cần nghiên cứu, quy định trình tự, thủ tục riêng trong việc phát hiện, điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án đối với tội phạm.

Hai là, hoàn thiện các quy định của pháp luật về thanh tra, kiểm tra, kiểm toán trong việc áp dụng các biện pháp kê biên, phong tỏa tài sản. Quy định cụ thể trách nhiệm trong việc phối hợp với các cơ quan tiến hành tố tụng khi phát hiện, điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án đối với tội phạm tham nhũng, kinh tế. Công tác thu hồi tài sản bị chiếm đoạt, thất thoát trong các vụ án tham nhũng, kinh tế là một quá trình từ phát hiện, truy tìm, thu giữ, điều tra, truy tố, xét xử và thi hành án nên kết quả của giai đoạn sau luôn phụ thuộc vào kết quả xử lý của các cơ quan có thẩm quyền giai đoạn trước; do đó, phải nâng cao trách nhiệm truy tìm, truy thu tài sản, thu hồi tài sản của tất cả các cơ quan thông qua việc quy định cụ thể quyền hạn và trách nhiệm cho các chủ thể này trong việc áp dụng

¹⁴ Điều 2 BLTTHS năm 2015 quy định nhiệm vụ của Bộ luật Tố tụng hình sự bảo đảm phát hiện chính xác và xử lý công minh, kịp thời mọi hành vi phạm tội, phòng ngừa, ngăn chặn tội phạm, không để lọt tội phạm, không làm oan người vô tội; góp phần bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người, quyền công dân, bảo vệ chế độ xã hội chủ nghĩa, bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân, giáo dục mọi người ý thức tuân theo pháp luật, đấu tranh phòng ngừa và chống tội phạm.

các biện pháp thu hồi tài sản tham nhũng, tránh việc tẩu tán tài sản tham nhũng, qua đó nâng cao hiệu quả công tác thu hồi tài sản tham nhũng.

Ba là, hoàn thiện các quy định của pháp luật về đất đai, tín dụng ngân hàng, pháp luật về giá. Các quy định về thời hạn sử dụng đất đối với đất nông nghiệp, đất trồng cây lâu năm hiện đang gây khó khăn cho cơ quan THADS trong tổ chức thẩm định giá, bán đấu giá tài sản là quyền sử dụng các loại đất kể trên khi đã hết hạn sử dụng hoặc thời hạn sử dụng ngắn, nên cần có sự điều chỉnh lại cho phù hợp. Pháp luật về tín dụng ngân hàng cũng cần có sự hoàn thiện theo hướng siết chặt hơn quy định về thẩm định giá trị tài sản cho vay nhằm khắc phục tình trạng cho vay vượt quá giá trị tài sản đảm bảo như trong thời gian qua.

Bốn là, hoàn thiện pháp luật về thi hành án dân sự theo hướng cần xây dựng trình tự, thủ tục riêng cho quá trình xác minh, kê biên, thẩm định giá, bán đấu giá trong các vụ án tham nhũng, kinh tế. Trong quá trình thụ lý, thi hành án dân sự thông thường, người được và người phải thi hành án là hai bên có quyền lợi đối trọng nhau, kiểm soát lẫn nhau nên các tiêu cực thông đồng, đùn giá khó xảy ra. Đối với các vụ án tham nhũng, kinh tế, tài sản thi hành án chủ yếu của Nhà nước nên tiềm ẩn rủi ro cao chính người phải thi hành án, chấp hành viên thông đồng với bên được thi hành án để trục lợi, nên cần có quy trình riêng để thi hành các vụ việc này.

Năm là, xây dựng cơ chế xử lý tài sản kê biên, phong tỏa trước khi bản án có hiệu lực nhằm tránh thiệt hại do bị giảm giá. Đây là vấn đề tương đối nhạy cảm vì có thể ảnh hưởng đến quyền về tài sản của công dân. Tuy nhiên, tác giả cho rằng, cơ chế này phải trên nguyên tắc: vừa bảo toàn

tôi đa giá trị tài sản bị kê biên nhưng đồng thời vẫn đảm bảo đúng quy định của pháp luật về bảo vệ quyền sở hữu và nhất là giá trị chứng minh tội phạm theo quy định của pháp luật về tố tụng hình sự. Suy cho cùng, hiệu quả của công tác thu hồi tài sản bị chiếm đoạt, thất thoát trong các vụ án tham nhũng, kinh tế được tính bằng giá trị tiền, tài sản thu hồi được cho Nhà nước, cơ quan tổ chức và công dân. Tuy nhiên, quá trình phát hiện, truy tìm, thu giữ, điều tra, truy tố, xét xử và thi hành án thường kéo dài, có khi đến nhiều năm. Trong quá trình đó, tài sản bị kê biên, phong tỏa có xu hướng giảm giá trị, nhất là các tài sản là máy móc, nhà xưởng, cổ phần, cổ phiếu, ô tô, các thiết bị điện tử.... Do đó, cần có cách tiếp cận mới để xử lý tài sản kê biên, phong tỏa trong trường hợp này để tránh thiệt hại cho Nhà nước và cho chính người phạm tội - khi họ bị kết tội sau này. Tác giả cho rằng, có thể xử lý tài sản kê biên, phong tỏa trước khi có bản án kết tội có hiệu lực với điều kiện phải có sự thỏa thuận, thống nhất của chủ tài sản. Trường hợp không có sự thống nhất của đương sự thì cơ quan có thẩm quyền chỉ xử lý tài sản khi bản án kết tội có hiệu lực pháp luật.

Sáu là, trong bối cảnh toàn cầu hóa, có trường hợp tội phạm tham nhũng ở Việt Nam chuyển tài sản ra nước ngoài hoặc trốn ra nước ngoài có chiều hướng gia tăng nên cần tăng cường hợp tác giữa Việt Nam với các quốc gia liên quan về lĩnh vực tư pháp hình sự (trong đó có vấn đề thu hồi tài sản tham nhũng) là một đòi hỏi khách quan. Cần tiếp tục đẩy mạnh các hoạt động hợp tác quốc tế song phương và đa phương nhằm tạo ra những diễn đàn chia sẻ thông tin, kinh nghiệm tốt và hợp tác giữa các cơ quan có chức năng thu hồi tài sản tham nhũng ■

HIỆU LỰC CỦA THỎA THUẬN BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI ƯỚC TÍNH

Trương Nhật Quang*

* LS. Công ty Luật TNHH YKVN

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Bồi thường thiệt hại ước tính; hiệu lực của thỏa thuận bồi thường thiệt hại ước tính; nguyên tắc tự do thỏa thuận; Bộ luật Dân sự năm 2015; Luật Thương mại năm 2005.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 25/01/2021

Biên tập : 06/02/2021

Duyệt bài : 18/02/2021

Article Information:

Keywords: Liquidated damages; legal validity; principle of freedom of contract; Civil Code of 2015; Law on Commerce of 2005.

Article History:

Received : 25 Jan. 2021

Edited : 06 Feb. 2021

Approved : 18 Feb. 2021

1. Khái quát về thỏa thuận bồi thường thiệt hại ước tính trong các loại hợp đồng thương mại

Thỏa thuận bồi thường thiệt hại ước tính rất thông dụng trong các hợp đồng thương mại, đặc biệt là khi xét tính chất của hợp đồng, bên bị thiệt hại sẽ khó chứng minh thiệt hại thực tế và trực tiếp, các bên mong muốn tránh các thủ tục tranh chấp kéo dài, hoặc các bên mong muốn phân bổ rủi ro trong một số sự kiện cụ thể. Các thỏa thuận trên được sử dụng trong các hợp đồng mua

Tóm tắt:

Thỏa thuận bồi thường thiệt hại ước tính là một biện pháp được áp dụng trong thực tiễn các giao dịch thương mại nhằm xử lý các vi phạm theo hợp đồng và/hoặc để phân bổ rủi ro theo ý định thương mại giữa các bên. Dù vậy, theo pháp luật Việt Nam, cũng như trong thực tiễn xét xử của tòa án, hiệu lực của thỏa thuận này chưa được công nhận một cách rõ ràng. Trong phạm vi bài viết này, tác giả trình bày thực tiễn về thỏa thuận bồi thường thiệt hại ước tính trong một số loại hợp đồng thương mại, về các quy định của pháp luật và định hướng xét xử trong hai quyết định gần đây của Tòa án nhân dân tối cao. Trên cơ sở đó, tác giả đưa ra một số kiến nghị về cách tiếp cận đánh giá tính hiệu lực của thỏa thuận bồi thường thiệt hại ước tính

Abstract:

Liquidated damages clause is an agreed remedy commonly used in commercial transactions to deal with contractual breaches and/or to allocate potential risks as commercially agreed by the parties. However, according to Vietnamese law, as well as in court practice, the legal validity of this liquidated damages clause has not been clearly recognized. In the scope of this article, the author introduces the practice of the liquidated damages clause in some types of commercial contracts, the legal provisions and the adjudication direction in two recent decisions of Supreme People's Court. Also, the author provides recommendations on how to approach the legal validity of the liquidated damages clause.

bán cổ phần, hợp đồng vay và hợp đồng xây dựng để xử lý các vi phạm được thỏa thuận cụ thể trong các loại hợp đồng trên và/hoặc để phân bổ rủi ro theo ý định thương mại giữa các bên. Mức tính bồi thường thiệt hại ước tính thông thường được thể hiện qua một hoặc một số công thức với các biến số được thỏa thuận trước nhằm giúp các bên có một cơ chế xác định mức thiệt hại dễ dàng và không mất thời gian.

Trong một giao dịch mua bán cổ phần, bên bán cổ phần thường phải đưa ra các

cam đoan và bảo đảm về các sự kiện thực tế liên quan đến cổ phần và công ty mục tiêu (ví dụ, cổ phần được tự do chuyển nhượng và không có vấn đề liên quan đến tình hình pháp lý, tài chính và hoạt động kinh doanh của công ty mục tiêu) và cam kết về việc thực hiện hoặc không thực hiện một công việc cụ thể (ví dụ, không đầu tư vào một công ty khác để cạnh tranh với công ty mục tiêu). Nếu bên bán cổ phần vi phạm các cam đoan, bảo đảm và cam kết trên, bên bán cổ phần phải trả cho bên mua một khoản tiền bằng tỷ lệ phần trăm bên mua cổ phần sở hữu trong công ty mục tiêu nhân với tổng mức giảm giá trị tài sản ròng của công ty mục tiêu hoặc bằng số cổ phần bên mua cổ phần sở hữu trong công ty mục tiêu nhân với mức giảm giá của một cổ phần. Trong trường hợp trên, các bên thỏa thuận một mức thiệt hại ước tính của bên mua dựa trên một công thức được xác định trước, thay vì cần chứng minh mức thiệt hại thực tế và trực tiếp của bên mua cổ phần và quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm và mức thiệt hại trên. Mức thiệt hại thực tế và mối quan hệ nhân quả như trên rất khó tính toán và chứng minh, đặc biệt là khi công ty mục tiêu lại là công ty mẹ trong một tập đoàn và nguồn tiền của công ty mẹ phát sinh từ hoạt động của các công ty con mà bên mua cổ phần không đầu tư trực tiếp.

Ví dụ, bên mua cổ phần mua 20% cổ phần từ bên bán cổ phần trong công ty mục tiêu.

- Công ty mục tiêu có 100 cổ phần. Số cổ phần bên mua cổ phần mua là 20 cổ phần.

- Giá mỗi cổ phần mua là 100.000 VND. Tổng giá mua cổ phần là $100.000 \text{ VND} \times 20 = 2.000.000 \text{ VND}$.

- Khi có vi phạm, giá cổ phần giảm xuống còn 40.000 VND.

- Thiệt hại bên mua cổ phần có quyền đòi bên bán cổ phần là $100.000 \text{ VND} - 40.000 \text{ VND} \times 20 = 1.200.000 \text{ VND}$.

Trong một giao dịch cho vay, bên vay thường có nghĩa vụ phải bồi hoàn cho bên cho vay một khoản tiền đủ để bên cho vay vẫn đạt được mức lợi nhuận kỳ vọng theo hợp đồng vay. Mức lợi nhuận kỳ vọng của bên cho vay về cơ bản là lãi khoản vay. Nói một cách đơn giản, nếu ngân hàng cho vay với mức 8%/năm thì mức lợi nhuận kỳ vọng của ngân hàng về cơ bản là 8% (sau khi trừ đi các chi phí hành chính của ngân hàng). Hợp đồng vay quy định nhiều trường hợp khác nhau mà mức lợi nhuận kỳ vọng của bên cho vay có thể bị suy giảm, và trong trường hợp đó, bên vay phải bồi hoàn cho bên cho vay một khoản tiền bằng mức lợi nhuận kỳ vọng suy giảm. Các trường hợp này có thể là các sự kiện vi phạm hợp đồng hoặc các sự kiện phân bổ rủi ro theo thỏa thuận của các bên. Ngoài các trường hợp khác, các trường hợp phân bổ rủi ro thông thường bao gồm chi phí cho vay tăng, có thuế áp dụng cho các khoản thanh toán cho bên cho vay, bên vay trả nợ trước hạn và bên cho vay nhận thanh toán khoản vay bằng một loại tiền tệ khác. Trong các trường hợp trên, bên cho vay sẽ chịu một khoản thiệt hại về cơ bản bằng số tiền gốc và lãi đáng lẽ ra bên cho vay đã nhận được nếu khoản vay tiếp tục được duy trì đến cuối kỳ hạn tính lãi hoặc thời hạn khoản vay mà không xảy ra các trường hợp phân bổ rủi ro trên trừ đi số tiền bên cho vay thực tế nhận được. Hợp đồng vay thông thường quy định công thức để tính mức thiệt hại trên.

Khi ký hợp đồng vay, ngân hàng cho vay trên cơ sở giả định một dự trữ bắt buộc cụ thể của ngân hàng đối với khoản vay dựa trên quy định của pháp luật tại thời điểm ký hợp đồng vay. Khi tỷ lệ dự trữ bắt buộc của ngân hàng tăng làm tăng chi phí cho vay của ngân hàng trong thời hạn còn lại của khoản vay. Khi đó, bên vay sẽ phải trả cho bên cho vay số tiền bằng mức tăng chi phí cho vay của ngân hàng trong thời hạn

còn lại của khoản vay. Cũng tương tự như vậy, bên vay phải trả: (i) thuế nếu có thuế áp dụng đối với các khoản thanh toán cho bên cho vay (ngoại trừ chính bản thân thuế thu nhập doanh nghiệp của bên cho vay); (ii) khoản lãi đáng lẽ ra bên cho vay được trả tới cuối kỳ hạn tính lãi hoặc thời hạn khoản vay nếu bên vay không trả nợ trước hạn sau khi trừ đi khoản lãi mà bên vay có thể thu được từ khoản trả trước; và (iii) khoản tiền thể hiện thiệt hại do chênh lệch về tỷ giá mà bên cho vay phải gánh chịu.

Bồi thường thiệt hại ước tính cũng là thông lệ trong hợp đồng xây dựng. Hợp đồng xây dựng được soạn thảo theo các điều kiện của mẫu hợp đồng của Hiệp hội quốc tế các kỹ sư tư vấn (FIDIC) thường bao gồm hai điều khoản có tính chất như bồi thường thiệt hại ước tính là bồi thường do chậm tiến độ và bồi thường do vi phạm chất lượng. Mẫu hợp đồng FIDIC cũng đã được Bộ Xây dựng khuyến khích áp dụng đối với những công trình có sử dụng vốn đầu tư nhà nước¹. Các điều khoản này đều có điểm chung là không dựa trên thiệt hại thực tế xảy ra ở thời điểm một bên trong hợp đồng vi phạm nghĩa vụ, mà đã được các bên ước tính trước (thông qua một tỷ lệ hoặc công thức) vào thời điểm giao kết hợp đồng. Đặc biệt, đối với vi phạm do chậm tiến độ của nhà thầu xây dựng, nhà thầu phải thanh toán cho chủ đầu tư một số tiền cố định mỗi ngày nhân với số ngày chậm tiến độ.

2. Quy định của pháp luật về bồi thường thiệt hại và thực tiễn áp dụng luật

2.1. Quy định chung của pháp luật về bồi thường thiệt hại

Mặc dù đã và đang được sử dụng phổ biến trong một số loại hợp đồng thương

mai, bồi thường thiệt hại ước tính vẫn đang là một biện pháp khắc phục vi phạm hợp đồng gây nhiều tranh cãi trong thực tiễn áp dụng pháp luật Việt Nam. Giá trị pháp lý của biện pháp khắc phục này vẫn còn bị bỏ ngỏ, chưa được giải thích chính thức bởi bất kỳ văn bản pháp luật hay hướng dẫn nào của Tòa án nhân dân tối cao (TANDTC).

Nguyên tắc bồi thường thiệt hại là bên vi phạm có nghĩa vụ bồi thường thiệt hại toàn bộ và thiệt hại phải là thiệt hại thực tế và trực tiếp. Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 công nhận cụ thể năm loại thiệt hại về vật chất là: (i) tổn thất về tài sản; (ii) chi phí hợp lý để ngăn chặn, hạn chế và khắc phục thiệt hại; (iii) thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giảm sút; (iv) lợi ích đáng lẽ được hưởng do hợp đồng mang lại và (v) chi phí khác phát sinh do không hoàn thành nghĩa vụ hợp đồng mà không trùng lặp với lợi ích đáng lẽ được hưởng do hợp đồng mang lại. Các thiệt hại tại mục (i), (ii) và (iii) được gọi chung là “tổn thất vật chất thực tế xác định được”². Luật Thương mại (Luật TM) năm 2005 cho phép thiệt hại được bồi thường bao gồm “tổn thất thực tế, trực tiếp” nói chung và khái niệm này có thể tương ứng với khái niệm “tổn thất vật chất thực tế xác định được” (các loại thiệt hại tại mục (i), (ii) và (iii) ở trên) theo quy định tại BLDS năm 2015. Ngoài ra, tương ứng với các loại thiệt hại trong mục (iv) và (v) trên đây, Luật TM năm 2005 cũng cho phép thiệt hại được bồi thường là “khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm”³.

Khó có thể phân biệt thiệt hại được bồi thường theo quy định tại BLDS năm 2015 và Luật TM năm 2005 khác nhau như thế

¹ Khoản 3 Điều 54 Nghị định số 37/2015/NĐ-CP ngày 22/4/2015 của Chính phủ quy định chi tiết về hợp đồng xây dựng.

² Điều 361 Điều 419 BLDS năm 2015.

³ Điều 302 Luật TM năm 2005.

nào. BLDS năm 2015 quy định năm loại thiệt hại vật chất được bồi thường. Có lẽ nên hiểu là BLDS năm 2015 cố gắng đưa ra các ví dụ cụ thể về các loại thiệt hại thực tế và trực tiếp để bên bị vi phạm dễ dàng chứng minh thiệt hại của mình chứ không nhằm mở rộng khái niệm thiệt hại thực tế và trực tiếp như được quy định trong Luật TM năm 2005. Khái niệm có tính chất mở về thiệt hại thực tế và trực tiếp trong Luật TM năm 2005 cũng có thể được hiểu bao gồm các loại tổn thất vật chất thực tế được quy định trong BLDS năm 2015⁴. Ngoài tính chất thiệt hại thực tế và trực tiếp, bên bị thiệt hại cũng cần chứng minh quan hệ nhân quả giữa vi phạm hợp đồng và thiệt hại⁵.

Nếu dựa trên các quy định về bồi thường thiệt hại của BLDS năm 2015 và Luật TM năm 2005 trên đây thì có hai lý do để xem xét bồi thường thiệt hại ước tính không phải là thiệt hại có thể được bồi thường:

Thứ nhất, thiệt hại ước tính không nhất thiết phản ánh thiệt hại thực tế và trực tiếp. Thiệt hại ước tính có thể cao hơn hoặc thấp hơn thiệt hại thực tế và trực tiếp; và

Thứ hai, do không dựa trên thiệt hại thực tế và trực tiếp nên thiệt hại ước tính không cần có quan hệ nhân quả với vi phạm hợp đồng. Bên bị thiệt hại có thể đòi thiệt hại ước tính theo quy định của hợp đồng mà không cần chứng minh quan hệ nhân quả.

2.2. Thực tiễn áp dụng luật

Hai quyết định gần đây của TANDTC cho thấy dường như TANDTC đang tiếp cận vấn đề như trên và không chấp nhận bồi thường thiệt hại ước tính là bồi thường thiệt hại hay bất kỳ biện pháp khắc phục mới nào mà các bên có thể thỏa thuận theo pháp luật Việt Nam.

a) Quyết định giám đốc thẩm số 15/2016/KDTM-GĐT ngày 7/9/2016 của TANDTC (tranh chấp giữa Công ty Cổ phần dịch vụ và kỹ thuật A với Công ty B)

- Theo hợp đồng ký năm 2007, Công ty Cổ phần dịch vụ và kỹ thuật A (sau đây gọi tắt là Công ty A) cung cấp gói thầu 3B “Dịch vụ cơ điện” cho dự án do Công ty H làm chủ đầu tư và Công ty B là nhà thầu chính. Giá trị hợp đồng khoảng 5,1 triệu USD; thời gian thi công kết thúc tháng 5 năm 2008. Nếu không tuân thủ thời gian hoàn thành, Công ty A phải chi trả cho chủ đầu tư đối với những thiệt hại do lỗi này gây ra, giá trị thiệt hại là 5% giá trị hợp đồng.

- Công ty A đã hoàn thành công việc chậm 288 ngày so với tiến độ đề ra; Công ty B chậm thanh toán theo hợp đồng.

- Bên cạnh các yêu cầu khác, Công ty A yêu cầu Công ty B thanh toán khoản tiền còn lại. Công ty B cho rằng Công ty A đã vi phạm tiến độ nên bị phạt 5% giá trị hợp đồng, số tiền này sẽ được bù trừ đối với nghĩa vụ thanh toán của Công ty B.

- Tòa án cấp sơ thẩm giải quyết theo hướng không chấp nhận yêu cầu khởi kiện của Công ty A, không buộc Công ty B thanh toán số tiền còn nợ. Tòa án cấp phúc thẩm quyết định giữ nguyên bản án sơ thẩm. Công ty A có đơn đề nghị xem xét lại bản án phúc thẩm theo thủ tục giám đốc thẩm.

Theo Quyết định giám đốc thẩm, điều khoản bồi thường thiệt hại ước tính do vi phạm tiến độ là một điều khoản phạt vi phạm theo pháp luật Việt Nam. Theo đó, tiền phạt vi phạm phải dựa trên giá trị hợp đồng bị vi phạm, không thể xác định trên toàn bộ giá trị hợp đồng. Theo Điều 301 Luật TM năm 2005 về phạt vi phạm, mức phạt vi phạm không quá 8% giá trị phần

⁴ Xem Trương Nhật Quang (2020), *Pháp luật về hợp đồng - Các vấn đề pháp lý cơ bản*, Nxb. Dân Trí, từ tr.577 đến tr. 586.

⁵ Điều 303 Luật TM năm 2005.

nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm. Như vậy, tiền phạt vi phạm sẽ là 5% giá trị hợp đồng bị vi phạm chứ không phải 5% toàn bộ giá trị của hợp đồng theo thỏa thuận của các bên. Nói cách khác, tòa án sử dụng quy định về phạt vi phạm để xem xét thỏa thuận bồi thường thiệt hại ước tính của các bên theo hợp đồng.

b) Quyết định kháng nghị giám đốc thẩm số 11/2020/KN-KDTM ngày 9/6/2020 của TANDTC (tranh chấp giữa Công ty TNHH Yên Sào Sài Gòn với Công ty cổ phần Yên Việt)

- Theo hợp đồng ký năm 2010, Công ty cổ phần Yên Việt đồng ý cho Công ty TNHH Yên Sào Sài Gòn phân phối độc quyền trong thời hạn 10 năm đối với sản phẩm yến mang nhãn hiệu “Yên Việt” tại khu vực phía Bắc từ Nghệ An trở ra. Bên vi phạm cam kết hợp đồng phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại cho bên kia số tiền 10 tỷ Đồng.

- Công ty cổ phần Yên Việt đã thiết lập các cửa hàng phân phối ở khu vực phía Bắc mà không thông báo cho Công ty TNHH Yên Sào Sài Gòn và do vậy vi phạm cam kết đồng ý cho Công ty TNHH Yên Sào Sài Gòn phân phối độc quyền.

- Ngoài các yêu cầu khác, Công ty TNHH Yên Sào Sài Gòn yêu cầu Công ty cổ phần Yên Việt bồi thường thiệt hại 10 tỷ Đồng theo quy định của hợp đồng. Tranh chấp trên đã được xét xử sơ thẩm, phúc thẩm và giám đốc thẩm.

- Tòa án cấp sơ thẩm quyết định Công ty cổ phần Yên Việt phải bồi thường thiệt hại cho Công ty TNHH Yên Sào Sài Gòn 10 tỷ Đồng. Mức thiệt hại này dựa trên mức ấn định bồi thường thiệt hại 10 tỷ Đồng quy định trong hợp đồng. Tòa án cấp phúc thẩm quyết định thiệt hại được bồi thường phải

được tính toán dựa trên thiệt hại thực tế và trực tiếp theo quy định tại Điều 302, Điều 303 và Điều 304 Luật TM năm 2005. Ủy ban thẩm phán Tòa án nhân dân cấp cao tại Thành phố Hồ Chí Minh đồng ý với quyết định của tòa án cấp sơ thẩm.

Chánh án TANDTC ký Quyết định kháng nghị giám đốc thẩm và đề nghị xét xử lại theo thủ tục sơ thẩm⁶. Theo Quyết định kháng nghị giám đốc thẩm, TANDTC cho rằng việc Công ty cổ phần Yên Việt phải bồi thường thiệt hại cho Công ty TNHH Yên Sào Sài Gòn dựa trên mức ấn định bồi thường thiệt hại quy định trong hợp đồng theo bản án sơ thẩm và quyết định giám đốc thẩm là không phù hợp. Thiệt hại được bồi thường phải được tính toán dựa trên thiệt hại thực tế và trực tiếp theo quy định của Luật TM năm 2005.

Hai vụ việc trên cho thấy, TANDTC không công nhận hiệu lực của thỏa thuận về bồi thường thiệt hại ước tính. Thỏa thuận bồi thường thiệt hại ước tính có thể được xem là thỏa thuận phạt vi phạm hoặc không được công nhận là một biện pháp khắc phục theo pháp luật Việt Nam.

3. Cách tiếp cận khác về bồi thường thiệt hại ước tính

Thực tiễn các giao dịch thương mại cho thấy, thỏa thuận bồi thường thiệt hại ước tính đã và đang là một biện pháp khắc phục phổ biến được các bên áp dụng nhằm xử lý các vi phạm theo hợp đồng và/hoặc để phân bổ rủi ro theo ý định thương mại giữa các bên. Dù vậy, pháp luật Việt Nam chưa có quy định và TANDTC cũng chưa có bất kỳ hướng dẫn nào công nhận biện pháp khắc phục này một cách rõ ràng. Ngược lại, dường như các cấp tòa án đang tiếp cận thỏa thuận bồi thường thiệt hại ước tính dưới một góc nhìn hẹp thuần túy dựa trên các

⁶ Xem Hoàng Yên, “Đòi bồi thường 10 tỉ từ vi phạm hợp đồng độc quyền”, <https://plo.vn/phap-luat/doi-boi-thuong-10-ti-tu-vi-pham-hop-dong-doc-quyen-886897.html>, truy cập vào ngày 23/01/2021.

quy định về bồi thường thiệt hại mà thiếu đánh giá có chiều sâu các nguyên tắc pháp luật về hợp đồng nói chung và tổng thể bối cảnh phát triển của thị trường. Cụ thể, trong các quyết định trên, TANDTC đã không công nhận thỏa thuận bồi thường thiệt hại ước tính là một biện pháp khắc phục có hiệu lực, thay vào đó TANDTC diễn giải thỏa thuận này theo hướng xem đây là phạt vi phạm hoặc bồi thường thiệt hại theo cách hiểu truyền thống để xác định trách nhiệm tài chính của bên vi phạm. Tác giả cho rằng thỏa thuận bồi thường thiệt hại ước tính có thể được công nhận trên cơ sở các quy định hiện hành của pháp luật Việt Nam và các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên.

Pháp luật Việt Nam ngày càng phát triển theo hướng tôn trọng sự thỏa thuận của các bên nếu nội dung thỏa thuận không vi phạm điều cấm của luật và không trái đạo đức xã hội. Đây là nguyên tắc cơ bản được quy định cụ thể trong BLDS năm 2015 với vai trò là luật chung điều chỉnh quan hệ hợp đồng⁷. Nguyên tắc này cũng được thừa nhận trong Luật TM năm 2005 - luật chuyên ngành điều chỉnh hợp đồng thương mại - miễn là thỏa thuận này không trái với nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam, điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên và tập quán thương mại quốc tế⁸. Luật TM năm 2005 không giới hạn việc áp dụng các chế tài theo luật mà cho phép các bên có thể thỏa thuận một chế tài khác phù hợp với pháp luật và ý định thương mại của họ. Bồi thường thiệt hại ước tính là một biện pháp khắc phục không vi phạm pháp luật Việt Nam nói chung, không trái đạo đức xã hội. Do đó, có thể suy luận là các bên hoàn toàn

có quyền thỏa thuận bồi thường thiệt hại ước tính là một biện pháp khắc phục theo hợp đồng trên cơ sở thiện chí, trung thực và tự chịu trách nhiệm và biện pháp này cần được xem xét công nhận hiệu lực pháp lý theo pháp luật Việt Nam.

Trên thực tế, khoản 1 Điều 2 Thông tư số 14/2015/TT-BGTVT ngày 27/4/2015 của Bộ Giao thông Vận tải ban hành quy định về việc bồi thường ứng trước không hoàn lại trong vận chuyển hành khách bằng đường hàng không (được sửa đổi ngày 25/8/2017 và ngày 28/9/2020) là một ví dụ về thỏa thuận bồi thường thiệt hại ước tính đã được pháp luật công nhận.

Dưới góc độ các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên như Hiệp định về các khía cạnh liên quan tới thương mại của quyền sở hữu trí tuệ (TRIPS)⁹ và Hiệp định Thương mại Việt Nam và Mỹ (BTA)¹⁰, thì thỏa thuận bồi thường thiệt hại ước tính được thừa nhận hiệu lực pháp lý. Theo quy định của Điều 45 TRIPS về đền bù thiệt hại, các thành viên của Hiệp định có thể cho phép các cơ quan tư pháp quyền yêu cầu người xâm phạm phải trả các khoản đền bù thiệt hại đã ấn định trước. Theo quy định của Điều 12 Chương II BTA, một bên trong Hiệp định có thể cho phép các cơ quan tư pháp quyền yêu cầu người xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ bồi thường thiệt hại theo mức ấn định trước. Như vậy, có thể thấy rằng, quyền yêu cầu một khoản bồi thường thiệt hại được ấn định trước (hay nói cách khác là bồi thường thiệt hại ước tính) được công nhận trong lĩnh vực sở hữu trí tuệ.

Trong lĩnh vực mua bán hàng hóa quốc tế, Công ước của Liên hợp quốc về mua

⁷ Khoản 2 Điều 3 BLDS năm 2015.

⁸ Khoản 7 Điều 292 Luật TM năm 2005.

⁹ Hiệp định về các khía cạnh liên quan tới thương mại của quyền sở hữu trí tuệ ký kết ngày 15/4/1994.

¹⁰ Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ được ký kết bởi Việt Nam và Hoa Kỳ ngày 13/7/2000, có hiệu lực từ ngày 10/12/2001.

bán hàng hóa quốc tế năm 1980 (CISG)¹¹ không có quy định cụ thể về bồi thường thiệt hại ước tính, tuy nhiên cũng không phủ nhận việc áp dụng biện pháp này. Theo quy định của Điều 74 CISG, các bên có thể thỏa thuận bồi thường thiệt hại tương đương với tổn thất, bao gồm tổn thất về lợi nhuận kỳ vọng, phát sinh từ hành vi vi phạm nhưng không cao hơn tổn thất mà bên bị vi phạm đã dự liệu hoặc đáng lẽ phải dự liệu được vào lúc ký kết hợp đồng. Quy định này không loại trừ thỏa thuận về bồi thường thiệt hại ước tính.

Theo cách tiếp cận bồi thường thiệt hại ước tính tại Việt Nam, dường như một trong những mối quan ngại lớn nhất của cơ quan xét xử trong việc công nhận biện pháp này là khả năng một bên trong hợp đồng hưởng lợi bất chính và áp đặt sự trừng phạt quá nặng nề đến mức không công bằng cho bên còn lại trong mối quan hệ dân sự (vốn dĩ không đặt nặng tính trừng phạt, răn đe như trong quan hệ pháp luật hình sự hay hành chính). Bộ quy tắc về Hợp đồng thương mại quốc tế (PICC) được soạn thảo và ban hành bởi Viện Thống nhất tư pháp quốc tế (UNIDROIT) đã đưa ra hướng tiếp cận dung hòa trên cơ sở tham khảo pháp luật ở nhiều quốc gia theo cả hệ thống thông luật và dân luật. Theo đó, PICC công nhận một khoản thanh toán theo thỏa thuận trong trường hợp vi phạm hợp đồng mà không xem xét đến thiệt hại thực tế nhằm tạo điều kiện cho các bên thỏa thuận bồi thường thiệt hại ước tính¹². Để tránh rủi ro điều khoản này bị lạm dụng trong các giao dịch thương mại, PICC đồng thời quy định mức bồi thường theo thỏa thuận phải được điều chỉnh lại một cách hợp lý nếu các bên thỏa thuận một giá trị “cao một cách bất thường”. Trong trường

hợp này, tính hợp lý của mức bồi thường có thể được đánh giá theo cách hiểu của một người bình thường, có cùng kiến thức và nghề nghiệp trong hoàn cảnh tương tự.

4. Thay cho lời kết

Tác giả cho rằng các quyết định nêu trên của TANDTC liên quan đến bồi thường thiệt hại ước tính vô hình trung hạn chế quyền tự do thỏa thuận của các bên theo quy định của BLDS năm 2015 và Luật TM năm 2005 và các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên. Nếu không thể chứng minh thỏa thuận này trái với nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam, điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên và tập quán thương mại quốc tế thì việc dựa vào các quy định về bồi thường thiệt hại của BLDS năm 2015 và Luật TM năm 2005 để không công nhận bồi thường thiệt hại ước tính là không thuyết phục. Tòa án Việt Nam cần xem bồi thường thiệt hại ước tính như là một biện pháp khắc phục theo thỏa thuận và thỏa thuận đó cần được công nhận dựa trên nguyên tắc tự do thỏa thuận. Nếu có sự lo ngại việc một bên có thể lạm dụng thỏa thuận này để gây bất lợi cho bên kia, tòa án Việt Nam có thể áp dụng cách tiếp cận tại PICC về việc mức bồi thường theo thỏa thuận phải được điều chỉnh lại một cách hợp lý nếu các bên thỏa thuận một giá trị “cao một cách bất thường”. Tính hợp lý của mức bồi thường có thể được đánh giá theo cách hiểu của một người bình thường, có cùng kiến thức và nghề nghiệp trong hoàn cảnh tương tự.

Pháp luật cần phải phát triển tương ứng và tạo điều kiện cho sự phát triển của thị trường. Việc giải thích và áp dụng pháp luật cần tạo điều kiện và động lực để phát triển nền kinh tế nói chung và hoạt động thương mại tại Việt Nam nói riêng ■

¹¹ Công ước của Liên hợp quốc về mua bán hàng hóa quốc tế được thông qua năm 1980, Việt Nam phê duyệt việc gia nhập ngày 18/12/2015, có hiệu lực tại Việt Nam từ ngày 01/01/2017.

¹² Điều 7.4.13 PICC (2016).

HẬU QUẢ PHÁP LÝ CỦA HỢP ĐỒNG VÔ HIỆU THEO PHÁP LUẬT VIỆT NAM

Hồ Thị Vân Anh*

*TS. Phó Trưởng Khoa Luật Dân sự - Trường Đại học Luật, Đại học Huế.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Hợp đồng, hậu quả pháp lý, hợp đồng vô hiệu.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 11/11/2020

Biên tập : 26/11/2020

Duyệt bài : 06/12/2020

Article Information:

Keywords: Contract, legal consequences, invalid contract.

Article History:

Received : 11 Nov. 2020

Edited : 26 Nov. 2020

Approved : 06 Dec. 2020

Tóm tắt:

Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 được Quốc hội thông qua ngày 24/11/2015, có hiệu lực từ ngày 01/01/2017 có nhiều nội dung đổi mới. Nhìn một cách tổng thể, nội dung phần hiệu lực giao dịch dân sự về cơ bản đã giải quyết được những vướng mắc về hợp đồng dân sự nói chung cũng như vấn đề về hợp đồng dân sự vô hiệu và hậu quả pháp lý của hợp đồng vô hiệu. Tuy nhiên, những quy định về hậu quả pháp lý của hợp đồng vô hiệu vẫn phát sinh một số bất cập, đòi hỏi cần sửa đổi nhằm bảo đảm tính khả thi của quy định này.

Abstract:

The Civil Code of 2015 passed by the National Assembly on November 24, 2015, effective January 1, 2017 has many innovative provisions. In general, the provisions of the validity of a civil transaction have basically solved the problems of civil contracts in general as well as the problem of invalid civil contracts and legal consequences of the invalid contracts. However, the provisions on legal consequences of invalid contracts still reveal some shortcomings; it is required further review for further improvements so that it is to ensure the effectiveness of law application.

1. Thực trạng các quy định của pháp luật về hậu quả pháp lý của hợp đồng vô hiệu

Pháp luật hợp đồng ở các nước trên thế giới không định nghĩa về hợp đồng vô hiệu, mà giải nghĩa theo các dấu hiệu pháp lý. Ở nước ta, BLDS năm 2015 cũng được xây dựng theo hướng này. Theo quy định của Điều 122 BLDS năm 2015, việc giao dịch dân sự không có một trong các điều kiện được quy định tại Điều 117 BLDS năm 2015 thì vô hiệu, trừ trường hợp BLDS năm 2015 có quy định khác.

Xét về chính sách pháp lý và phương pháp tiếp cận, quy định về hợp đồng vô hiệu,

hậu quả pháp lý của hợp đồng vô hiệu trong BLDS năm 2015 chịu ảnh hưởng bởi triết lý: “Bảo đảm BLDS là luật của tôn trọng, bảo vệ quyền dân sự; luật của các quan hệ thị trường và phù hợp với tập quán, thông lệ quốc tế; bảo đảm được 2 giá trị căn bản nhất của kinh tế thị trường là chủ thể bình đẳng, tự do - tự nguyện trong quan hệ tư; Nhà nước, cơ quan nhà nước khi tham gia quan hệ tư bình đẳng với các chủ thể khác; hạn chế tối đa sự can thiệp của Nhà nước vào các quan hệ tư”¹. Xét về cấu trúc của BLDS năm 2015, do bản chất pháp lý của hợp đồng chính là hành vi pháp lý dân sự hay còn gọi là sự tuyên bố ý chí, bên cạnh

¹ Nguyễn Hồng Hải, *Một số vấn đề về hợp đồng vô hiệu trong pháp luật tư hiện hành của Việt Nam*, Hội thảo “Hợp đồng vô hiệu trong pháp luật một số nước”, Viện Luật so sánh, Đại học Luật Hà Nội, 9/2018, tr.118.

quy định liên quan tại Phần thứ 2 “*Nghĩa vụ và hợp đồng*” thì quy định chung về hiệu lực của giao dịch dân sự và giao dịch dân sự vô hiệu (Điều 116 - Điều 133, Phần thứ nhất “*Quy định chung*”) cũng là những căn cứ pháp lý cơ bản trong điều chỉnh hợp đồng, hợp đồng vô hiệu, hậu quả pháp lý của hợp đồng dân sự vô hiệu.

Điều kiện có hiệu lực của hợp đồng được đặt ra để giới hạn việc thực hiện quyền dân sự về việc tự do ý chí, tự do hợp đồng để bảo đảm trật tự công, các lợi ích khác cần được bảo vệ và sự ổn định của các giao dịch. Điều 117 BLDS năm 2015 quy định:

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

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

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

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

2. Hình thức của giao dịch dân sự là điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự trong trường hợp luật có quy định”.

² Theo PGS.TS. Ngô Huy Cương: Vô hiệu tuyệt đối có các dấu hiệu (i) *Chế tài vô hiệu nhằm bảo vệ quyền lợi công*; (ii) *Sự vô hiệu có thể được nại ra ở bất kỳ người nào có một quyền lợi thực tế và hiện tại trong việc nại ra đó*; (iii) *Tòa án có thể nại ra sự vô hiệu*; (iv) *Không thể xác nhận lại được*; và (v) *Phải được quy định rõ ràng bởi luật*. Vô hiệu tương đối có các dấu hiệu: (i) *Chế tài vô hiệu nhằm bảo vệ quyền lợi tư*; (ii) *Sự vô hiệu chỉ có thể được nại ra bởi các đương sự với điều kiện đã hoặc có thể gánh chịu thiệt hại và đã hành động thiện chí*; (iii) *Tòa án không thể nại ra sự vô hiệu*; và (iv) *Có thể xác nhận lại được* (Xem “*Giáo trình Luật Hợp đồng (Phần chung)*”, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, 2013, tr.353-355). Xem thêm Bùi Đăng Hiếu, “*Giao dịch dân sự vô hiệu tương đối và vô hiệu tuyệt đối*”, Tạp chí Luật số 5/2001; Nhà Pháp luật Việt – Pháp “*Các thuật ngữ hợp đồng thông dụng*”, Nxb. Từ điển Bách khoa, 2007; Corinne Renaultbrahinsky “*Đại cương pháp luật hợp đồng*”, Nhà Pháp luật Việt - Pháp, Nxb. Văn hóa - Thông tin, 2002; Vũ Văn Mẫu, “*Việt Nam Dân luật lược khảo - Quyển 2: Nghĩa vụ và kế ước*”, Bộ Quốc gia Giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963.

³ Xem Điều 117 BLDS năm 2015

⁴ Xem Điều 125 BLDS năm 2015

⁵ Đỗ Văn Đại, *Bình luận khoa học những điểm mới của Bộ luật Dân sự năm 2015* (sách chuyên khảo), Nxb. Hồng Đức - Hội Luật gia Việt Nam, 2016, tr.145.

So với quy định về giao dịch dân sự vô hiệu tại BLDS năm 2005, BLDS năm 2015 đã ghi nhận một cách rõ ràng hơn về sự tồn tại của hợp đồng vô hiệu tuyệt đối và hợp đồng vô hiệu tương đối, mặc dù để nhận biết một cách đầy đủ vẫn cần thông qua các dấu hiệu pháp lý thể hiện ở các quy định giải quyết hợp đồng vô hiệu cụ thể hoặc thông qua các lý thuyết trong khoa học pháp lý dân sự². Đây là quy định cần thiết, bởi lẽ các quy định về điều kiện có hiệu lực của BLDS để áp dụng cho đa số các trường hợp, nhằm đảm bảo quyền, lợi ích hợp pháp của các bên. Tuy nhiên, trong một số trường hợp, việc vô hiệu giao dịch dân sự là hoàn toàn không cần thiết. Thực tế, có những trường hợp giao dịch thiếu điều kiện của Điều 117 BLDS năm 2015³ nhưng vẫn không vô hiệu. Chẳng hạn như quy định tại điểm a khoản 2 Điều 12C BLDS năm 2015, “*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*”⁴ thì không bị xem là giao dịch vô hiệu. Sự bổ sung quy định này thể hiện sự linh hoạt trong các quy định của pháp luật⁵.

Tuy nhiên, những quy định của pháp luật Việt Nam về hậu quả pháp lý của hợp đồng vô hiệu vẫn tồn tại một số bất cập sau:

Thứ nhất, vấn đề “khôi phục tình trạng ban đầu”:

Về nguyên tắc chung cả BLDS năm 2005 (Điều 137)⁶ cũng như BLDS năm 2015 (Điều 131)⁷ đều theo hướng “*giao dịch dân sự vô hiệu không làm phát sinh, thay đổi, chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự của các bên kể từ thời điểm xác lập*”⁸. Khi giao dịch dân sự vô hiệu thì các bên khôi phục lại tình trạng ban đầu, hoàn trả cho nhau những gì đã nhận; bên có lỗi gây thiệt hại thì phải bồi thường. Ở đây, chỉ có quyền và nghĩa vụ dân sự mà giao dịch muốn làm phát sinh, thay đổi, chấm dứt không phát sinh, thay đổi, chấm dứt. Tuy nhiên, chính việc vô hiệu của giao dịch làm phát sinh một số nghĩa vụ đối với các bên (nghĩa vụ phát sinh từ việc giao dịch vô hiệu, chứ không phát sinh từ giao dịch).

Theo quy định của BLDS năm 2015, việc không thể hoàn trả bằng hiện vật không ảnh hưởng tới việc tuyên bố hợp đồng vô hiệu và việc hoàn trả cũng được thực hiện bằng giá trị. Cụ thể, khoản 2 Điều 131 BLDS năm 2015 quy định về hậu quả của giao dịch vô hiệu như sau: “*Khi giao dịch dân sự vô hiệu thì các bên khôi phục lại tình trạng ban đầu, hoàn trả cho nhau những gì đã nhận. Trường hợp không thể hoàn trả*

được bằng hiện vật thì trị giá thành tiền để hoàn trả”⁹. Như vậy, cũng như pháp luật ở nhiều nước, BLDS Việt Nam quy định theo hướng việc không thể hoàn trả lại bằng hiện vật không hạn chế việc tuyên bố hợp đồng vô hiệu.

Ngoài ra, BLDS năm 2015 đã có những quy định về xử lý hậu quả của hợp đồng vô hiệu vừa mang tính bao quát, vừa mềm dẻo, phù hợp với thực tế hơn, giảm thiểu những tổn thất lợi ích hợp pháp, chính đáng về vật chất và công bằng hơn cho các bên trong hợp đồng vô hiệu. Theo đó, Điều 131 BLDS năm 2015 đã được bổ sung thêm khoản 5 với nội dung “*Việc giải quyết hậu quả của giao dịch dân sự vô hiệu liên quan đến quyền nhân thân do Bộ luật này, luật khác có liên quan quy định*”¹⁰. Việc bổ sung này là cần thiết và chủ yếu được lý giải bởi các quy định trong Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014.

Tuy nhiên, chúng tôi cho rằng, quy định của Điều 131 BLDS năm 2015 vẫn tồn tại một số bất cập sau:

Thứ nhất, theo quy định của khoản 2 Điều 131 BLDS năm 2015, hoàn trả cho nhau những gì đã nhận chỉ là một cách thức để khôi phục lại tình trạng ban đầu và không hoàn toàn đồng nghĩa với khôi

⁶ Xem Điều 137 BLDS năm 2005

⁷ Xem Điều 131 BLDS năm 2015.

⁸ Về vấn đề này, theo PGS.TS. Đỗ Văn Đại tại tr.157 trong cuốn: “*Bình luận khoa học những điểm mới của BLDS năm 2015*” thì: Theo khoản 2 Điều 137 BLDS năm 2005, “*khi giao dịch dân sự vô hiệu thì các bên khôi phục lại tình trạng ban đầu, hoàn trả cho nhau những gì đã nhận*”. Về chủ đề này, Dự thảo mà Chính phủ trình Quốc hội năm 2014 (lần đầu) theo hướng “*các bên khôi phục lại tình trạng ban đầu, hoàn trả cho nhau tài sản đã nhận*”. Đối tượng trong BLDS năm 2005 là “*những gì đã nhận*” còn đối tượng hoàn trả trong Dự thảo năm 2014 là “*tài sản đã nhận*”. Khi có ý kiến về Dự thảo này, đã có nhận định cho rằng “*Dự thảo đã thu hẹp đối tượng phải hoàn trả và việc thu lại này là cần xem lại vì, khi thực hiện giao dịch, các bên không chỉ giao cho nhau tài sản mà cả những gì không là tài sản như giấy chứng nhận quyền sử dụng đất (xe, nhà...)*. Những thứ này vẫn phải hoàn trả nên việc thu hẹp lại như Dự thảo là không thuyết phục. Do đó, chúng tôi đề xuất khôi phục lại quy định cũ của BLDS là hoàn trả cho nhau những gì đã nhận”. Dự thảo trình Quốc hội lần hai vào năm 2015 đã theo hướng này và được thông qua.

⁹ Xem khoản 2 Điều 131 BLDS năm 2015.

¹⁰ Xem khoản 5 Điều 131 BLDS năm 2015.

phục lại tình trạng ban đầu. Trong thực tiễn áp dụng pháp luật thì, “*khôi phục lại tình trạng ban đầu*” thường được đồng nhất với “*hoàn trả cho nhau những gì đã nhận*”, song đây lại là hai khái niệm hoàn toàn khác nhau. Trong trường hợp thứ nhất, bên đã làm hư hỏng, giảm giá trị tài sản phải sửa chữa, phục hồi, nâng cấp lại tài sản, nhưng đối với trường hợp thứ hai, có cần thiết phải khôi phục tài sản trở về trạng thái ban đầu khi tài sản đó đã được làm tăng giá trị? Chẳng hạn, sau khi nhận đất mà bên mua xây dựng thêm trên đất thì phần xây dựng thêm không phải là tài sản bên mua “*nhận*” từ bên bán nên không có vấn đề “*hoàn trả*” cho bên bán nhưng yêu cầu về khôi phục lại tình trạng ban đầu buộc phải giải quyết về tài sản bổ sung nêu trên.

Trong trường hợp đối tượng hợp đồng là tài sản, nhưng tài sản không còn giữ được tình trạng như ban đầu hay đối tượng hợp đồng là công việc (dịch vụ) đã được thực hiện mà có căn cứ xác minh là hợp đồng vô hiệu thì không thể áp dụng được việc “*khôi phục lại tình trạng ban đầu*”. Đặc biệt, đối với những hợp đồng bị tuyên bố vô hiệu do vi phạm điều cấm hay trái đạo đức xã hội mà đối tượng hợp đồng là các công việc có liên quan đến giá trị nhân thân của các bên chủ thể. Đối với những hợp đồng như hợp đồng vận chuyển, hợp đồng xây dựng, hợp đồng tư vấn... việc hoàn trả cho nhau những gì đã nhận rất khó thực hiện. Ví dụ, trong hợp đồng vận chuyển, khó có thể xử lý trường hợp đối tượng hợp đồng đã được vận chuyển tới một không gian hay địa điểm khác so với địa điểm xuất phát ban đầu.

- Khoản tiền phải hoàn trả do không hoàn trả được tài sản bằng hiện vật cần được xác định như thế nào? Đây cũng là một vấn đề không đơn giản. Quy định của khoản 2 Điều 131 BLDS năm 2015 không cho biết trong trường hợp nào các bên “*không hoàn trả được bằng hiện vật*”. Tuy nhiên, Nghị quyết số 04/2003 NQ-HĐTP ngày 27/5/2003 của Hội đồng Thẩm phán hướng dẫn theo hướng tài sản “*được đưa vào khai thác, sử dụng*” là một trường hợp “*không hoàn trả được bằng hiện vật*”¹¹. Trong trường hợp một bên đã nhận tiền mặt của bên kia thì thông thường tiền được đưa vào sử dụng nên không thể hoàn trả bằng hiện vật: Bên bán không thể trả lại cho bên mua chính số tiền đã nhận. Do đó, bên bán “*phải trả bằng tiền*”.

- Điều 131 BLDS không quy định việc hoàn trả được tiến hành ở thời điểm nào nên vấn đề thời điểm hoàn trả được đặt ra, nhất là khi cả hai bên đều phải hoàn trả lẫn nhau. Điều này sẽ gây ra khó khăn cho việc áp dụng luật trên thực tế. Về vấn đề này, Bộ nguyên tắc châu Âu về hợp đồng quy định khá chi tiết tại Điều 4:115, theo đó các bên phải “*đồng thời*” hoàn trả những gì các bên đã nhận¹².

- Trong thực tế, rất phổ biến trường hợp một bên yêu cầu tuyên bố hợp đồng vô hiệu là vì họ không muốn thực hiện đầy đủ những gì mà hợp đồng buộc họ phải làm. Vì vậy, việc tuyên bố hợp đồng vô hiệu sẽ là một chế tài cho bên muốn duy trì hợp đồng và là một lợi thế cho người không muốn duy trì hợp đồng. Ví dụ, một bên yêu cầu Tòa án tuyên bố hợp đồng vô hiệu vì không muốn thanh toán khoản tiền đã thỏa thuận trong hợp đồng hoặc không muốn những tài

¹¹ Xem Nghị quyết số 04/2003 NQ-HĐTP ngày 27/5/2003 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao.

¹² Đỗ Văn Đại, *Luật hợp đồng Việt Nam* (bản án và bình luận bản án), tập 1, Nxb. Chính trị quốc gia năm 2013, tr.889.

sản mà mình đã nhận từ việc thực hiện hợp đồng do không còn nhu cầu về tài sản đó nữa hay do có tài sản mới trên thị trường hấp dẫn hơn...

Thứ hai, quy định về “*bên có lỗi thì phải bồi thường thiệt hại*” (khoản 4 Điều 131 BLDS năm 2015):

Hợp đồng vô hiệu kéo theo hệ quả là phải khôi phục lại tình trạng ban đầu bằng cách hoàn trả những gì các bên đã nhận của nhau. Tuy nhiên, việc hoàn trả những gì đã nhận đôi khi chưa đủ và vấn đề bồi thường thiệt hại do hợp đồng vô hiệu được đặt ra. Tuy nhiên, BLDS năm 2015 không quy định rõ “*bên*” trong quan hệ này là ai. “*Bên*” có lỗi làm hợp đồng vô hiệu là bên trong hợp đồng vô hiệu. Đây là bên tham gia vào hợp đồng hay là một chủ thể nào khác? Nếu bên tham gia vào hợp đồng chết và người thừa kế không tiến hành các thủ tục làm cho hợp đồng vô hiệu thì ai sẽ là “*bên*” trong hợp đồng? Trong trường hợp tài sản giao dịch thuộc nhiều người và có người trực tiếp xác lập giao dịch còn người khác biết và không phản đối (đồng ý) thì ai là “*bên*” theo quy định của Điều 131 BLDS năm 2015?

Trong trường hợp, hợp đồng vô hiệu do lỗi của một chủ thể khác thì quy định của khoản 4 Điều 131 BLDS năm 2015¹³ chưa rõ ràng và rất dễ hiểu lầm. Ví dụ, nhiều hợp đồng đã có công chứng nhưng vẫn bị Tòa án tuyên bố vô hiệu; trong khi đó, khoản 1 Điều 2 Luật Công chứng năm 2014 quy định “*công chứng là việc công chứng viên chứng nhận tính xác thực, tính hợp pháp của hợp đồng, giao dịch khác*”. Khi hợp đồng đã công chứng bị tuyên bố vô hiệu thì công chứng viên có trách nhiệm không? Điều 131 BLDS năm 2015 quy định, “*bên*

có lỗi gây thiệt hại phải bồi thường” nên chỉ áp dụng cho các “*bên*” trong hợp đồng và không áp dụng cho công chứng viên. Tuy nhiên, khoản 1 Điều 38 Luật Công chứng năm 2014 quy định tổ chức hành nghề công chứng phải “*bồi thường thiệt hại do lỗi mà công chứng viên của tổ chức hành nghề công chứng gây ra cho người yêu cầu công chứng*”.

- Hợp đồng vô hiệu có thể chỉ do lỗi một bên mà cũng có thể do lỗi của hai bên và vấn đề bồi thường thiệt hại được đặt ra cả trong trường hợp mức độ lỗi của hai bên là tương đương nhau. Do đó, Tòa án phải xác định mức độ lỗi của từng bên trong việc làm cho hợp đồng vô hiệu để xác định trách nhiệm bồi thường thiệt hại: nếu mỗi bên đều có lỗi tương đương nhau thì mỗi bên phải chịu 1/2 giá trị thiệt hại; nếu mức độ lỗi của họ không tương đương nhau thì trách nhiệm bồi thường thiệt hại được xác định theo mức độ lỗi của mỗi bên. Hiện nay, vấn đề xác định thiệt hại của hợp đồng dân sự vô hiệu nói chung chưa được hướng dẫn cụ thể, chúng ta chỉ có thể dựa vào một số văn bản hướng dẫn của Tòa án nhân dân tối cao để nghiên cứu vấn đề này.

Nếu dựa trên các quy định tại điểm c tiêu mục 2.3 Mục 2 Phần II Nghị quyết số 02/2004/NQ-HĐTP ngày 10/4/2004 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao về xác định thiệt hại của hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất vô hiệu¹⁴ và điểm c tiêu mục 2.4 Mục 2 Phần I Nghị quyết số 01/2003/NQ-HĐTP ngày 16/4/2003 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao về xác định thiệt hại của hợp đồng mua bán nhà ở vô hiệu¹⁵, thì có thể xác định thiệt hại trong hợp đồng

¹³ Xem khoản 4 Điều 131 BLDS năm 2015.

¹⁴ Xem Nghị quyết số 02/2004/NQ-HĐTP ngày 10/4/2004 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao.

¹⁵ Xem Nghị quyết số 01/2003/NQ-HĐTP ngày 16/4/2003 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao.

vô hiệu nói chung bao gồm: khoản tiền mà các bên bỏ ra để khôi phục lại tình trạng ban đầu khi tài sản là đối tượng của hợp đồng bị vô hiệu bị hư hỏng; khoản tiền mà các bên bỏ ra để làm tăng giá trị của tài sản là đối tượng của hợp đồng bị vô hiệu; khoản tiền chênh lệch giá do các bên thỏa thuận với giá trị tài sản tại thời điểm xét xử sơ thẩm; các thiệt hại khác (nếu có).

Theo quy định của Nghị quyết số 01/2003/ ngày 16/4/2003 NQ-HĐTP, “*một bên bị coi là có lỗi nếu bên đó có hành vi làm cho bên kia nhầm tưởng là có đầy đủ điều kiện để mua nhà ở hoặc bán nhà ở là hợp pháp*”¹⁶. Việc xác định lỗi theo các tiêu chí như hướng dẫn trên, theo chúng tôi là chưa hợp lý nhìn từ trường hợp hợp đồng vô hiệu do nhầm lẫn, mà sự nhầm lẫn này thuộc nhầm lẫn hai bên hoặc bên bán không có lỗi khi tại thời điểm giao kết hợp đồng, bên bán không biết hoặc không thể biết đối tượng hợp đồng không thực hiện được do quyết định của cơ quan nhà nước (ví dụ như quy hoạch đất chưa được công bố công khai).

Những phân tích trên cho thấy, bồi thường thiệt hại được quy định trên cơ sở xác định lỗi do chủ thể nào gây ra và xác định được thiệt hại xảy ra trên thực tế khi hợp đồng bị tuyên bố vô hiệu. Vấn đề phức tạp ở đây là xác định lỗi trong thực tế là việc rất khó. Đặc biệt, đối với các trường hợp khác như hợp đồng vô hiệu do nhầm lẫn, hợp đồng vô hiệu do đối tượng không thực hiện được hay hợp đồng vô hiệu do người giao kết hợp đồng không có quyền định đoạt tài sản mà bên đối tác cũng biết về điều đó thì xác định mức độ lỗi của các bên còn nhiều quan điểm tranh cãi.

¹⁶ Xem Nghị quyết số 01/2003/ ngày 16/4/2003 NQ-HĐTP.

¹⁷ Đỗ Văn Đại, *Luật hợp đồng Việt Nam* (bản án và bình luận bản án), tập 1, Nxb. Chính trị quốc gia, năm 2013, tr.895.

2. Kiến nghị

Để bảo đảm tính khả thi của các quy định của BLDS năm 2015 về hậu quả pháp lý của hợp đồng vô hiệu, chúng tôi cho rằng:

Thứ nhất, sửa đổi khoản 2 Điều 131 BLDS năm 2015 theo hướng làm rõ hơn một số nội dung, cụ thể như sau: Bổ sung cụm từ “đồng thời” vào giữa cụm từ “hoàn trả cho nhau”; bổ sung cụm từ “hợp lý” vào giữa cụm từ “khoản tiền để hoàn trả”. Theo đó, khoản 2 Điều 131 BLDS được viết lại như sau: “*Khi giao dịch dân sự vô hiệu thì các bên khôi phục lại tình trạng ban đầu, hoàn trả đồng thời cho nhau những gì đã nhận. Trường hợp không thể hoàn trả được bằng hiện vật thì trị giá thành một khoản tiền hợp lý để hoàn trả*”.

Thứ hai, sửa đổi khoản 4 Điều 131 BLDS năm 2015 theo hướng thay thế từ “bên” thành từ “người”. Theo đó, khoản 4 Điều 131 BLDS năm 2015 được viết lại như sau: “*Người có lỗi gây thiệt hại phải bồi thường*”.

Thứ ba, Tòa án nhân dân tối cao cần ban hành văn bản hướng dẫn cho phép các Tòa án áp dụng linh hoạt quy định “*các bên khôi phục lại tình trạng ban đầu*”. Trong trường hợp việc khôi phục lại tình trạng ban đầu gây lãng phí, tốn kém (ví dụ: phải phá bỏ, tháo dỡ công trình xây dựng, phải hủy bỏ các sản phẩm đã thành phẩm...) thì cần cho phép Tòa án có giải pháp khác phù hợp. Kinh nghiệm pháp luật Pháp cho thấy, trong những trường hợp tương tự, Tòa án cũng đã không buộc các bên hoàn trả lại những gì họ đã nhận được nếu như việc tôn trọng nội dung hợp đồng không làm ảnh hưởng đến lợi ích của người thứ ba hay lợi ích chung¹⁷ ■

XÁC ĐỊNH GIÁ TRỊ THƯƠNG HIỆU CỦA TỔ CHỨC TÍN DỤNG TRONG QUÁ TRÌNH TÁI CƠ CẤU

ThS. Nguyễn Ngọc Yên*

Khoa Pháp luật Kinh tế, Trường Đại học Luật Hà Nội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Xác định giá trị thương hiệu, xác định giá trị thương hiệu của tổ chức tín dụng, tái cơ cấu tổ chức tín dụng.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 24/12/2020
Biên tập : 14/01/2021
Duyệt bài : 17/01/2021

Article Information:

Keywords: Valuation of brand name, valuation of brand name of a credit institution, credit institution restructures.

Article History:

Received : 24 Dec. 2020
Edited : 14 Jan. 2021
Approved : 17 Jan. 2021

Tóm tắt:

Thương hiệu là một loại tài sản quan trọng trong cơ cấu tài sản của tổ chức tín dụng. Tuy nhiên, các cơ sở pháp lý thừa nhận sự tồn tại của tài sản này hiện nay vẫn chưa rõ ràng, gây khó khăn cho việc xác định đúng, đủ giá trị thương hiệu của tổ chức tín dụng. Điều đó ảnh hưởng đến việc xác định giá trị của tổ chức tín dụng. Trong bối cảnh tương lai, khi hoạt động tái cơ cấu các tổ chức tín dụng diễn ra một cách sôi nổi, chủ động dưới các hình thức mua lại, sáp nhập, hợp nhất..., những khó khăn trong việc xác định giá trị thương hiệu, xuất phát từ góc độ pháp lý cho tới thực tiễn thực hiện sẽ tạo nên những trở ngại lớn cho các bên khi tham gia giao dịch.

Abstract:

The brand name is a crucial property of the property structure of a credit institution. However, the legal framework to recognize the existence of this type of property is still unclear, which may make it difficult to correct and full valuation of the brand name of a credit institution. That also affects the valuation of a credit institution as a whole. In the future context, when the restructuring of credit institutions takes place actively, proactively in the form of acquisitions, mergers, consolidations ..., the difficulties in the valuation of the brand name, from legal aspects to practices, may provide significant obstacles for parties to participate in transactions.

1. Khái quát về xác định giá trị thương hiệu của tổ chức tín dụng trong quá trình tái cơ cấu

Khi giá trị của một tổ chức tín dụng được coi là sự biểu hiện những khoản thu nhập hiện hữu dựa trên tổng giá trị tài sản của tổ chức tín dụng được xác định tại một thời điểm nhất định, đồng nghĩa với việc cần phải nhận diện và xác định chính xác giá trị những loại tài sản của tổ chức đó. Đối với việc xác định giá trị thương hiệu của tổ chức tín dụng trong quá trình tái cơ cấu nhóm chủ thể này, chúng ta cần quan tâm một số điểm đặc biệt sau:

Thứ nhất, trong cơ cấu tài sản, nếu những doanh nghiệp sản xuất, kinh doanh hàng hóa khác, tài sản hữu hình là chủ yếu và hoàn toàn có thể định giá một cách tương đối rõ ràng, thì đối với tổ chức tín dụng, cơ cấu tài sản vô hình có sự đa dạng hơn và ảnh hưởng lớn đến giá trị của tổ chức tín dụng. Nói cách khác, đối với tổ chức tín dụng, nếu chỉ dựa trên tài sản hữu hình mà không đánh giá đầy đủ tài sản vô hình sẽ dẫn tới việc xác định giá trị của tổ chức tín dụng không chính xác. Thực tế, với tư cách là chủ thể kinh doanh tiền tệ, là trung gian luân chuyển vốn từ nơi tạm thời nhàn rỗi đến nơi có nhu cầu sử dụng

vốn, thực hiện kinh doanh trên cơ sở “tín dụng” - niềm tin, khiến cho những tài sản vô hình như thương hiệu, mạng lưới khách hàng, bộ máy quản trị điều hành... mới là những yếu tố tạo nên giá trị lớn cho tổ chức tín dụng, quyết định vị thế của tổ chức tín dụng trên thị trường và phần nào phản ánh, dự liệu được nguồn thu nhập mà tổ chức tín dụng có thể mang lại cho nhà đầu tư vào thời điểm tương lai. Như vậy, khi xác định giá trị thương hiệu của tổ chức tín dụng, một số nội dung quan trọng cần phải được làm rõ gồm: thương hiệu được xếp vào nhóm tài sản nào của tổ chức tín dụng, cách thức, phương pháp xác định giá trị thương hiệu của tổ chức tín dụng như thế nào...

Theo thông lệ quốc tế, thương hiệu được xếp vào nhóm tài sản vô hình. Trong Tiêu chuẩn về định giá thương hiệu được công nhận trên toàn thế giới - ISO 10668:2010, Tổ chức Tiêu chuẩn hóa quốc tế quan niệm thương hiệu là *một tài sản vô hình liên quan đến quảng bá sản phẩm, bao gồm, nhưng không giới hạn, tên, cụm thuật ngữ, ký hiệu, logo và thiết kế, hoặc sự kết hợp của các hình thức này, với mục đích để nhận dạng một sản phẩm, dịch vụ hoặc doanh nghiệp, hoặc sự kết hợp của các hình thức này, mang đến hình ảnh hoặc sự gắn kết riêng biệt trong tâm trí các bên liên quan, từ đó tạo ra lợi ích/giá trị kinh tế*¹. Đối với các tổ chức tín dụng, thương hiệu là yếu tố then chốt quyết định tới sự tồn tại và phát triển. Bởi lẽ, từ niềm tin của khách hàng vào giá trị thương hiệu sẽ dẫn tới hiệu quả huy động vốn và thực hiện các hoạt động kinh doanh khác của tổ chức tín dụng, ngay cả trong bối cảnh sản phẩm dịch vụ ngân hàng ngày càng phổ biến với khả năng sao chép không quá khó khăn.

Về việc xác định giá trị thương hiệu, dưới góc độ kinh tế học, hoạt động này được tiếp cận dưới một trong hai cách thức: *Một là*, xác

định giá trị thương hiệu của tổ chức tín dụng dựa trên nghiên cứu thị trường. Cách tiếp cận này đánh giá và xếp hạng thương hiệu của tổ chức tín dụng dựa trên đo lường hành vi và thái độ của khách hàng đến hiệu quả kinh tế của thương hiệu của tổ chức tín dụng và những phản ứng của thị trường đối với thương hiệu của tổ chức tín dụng. Từ đó, các nhà quản trị ngân hàng có những chính sách và biện pháp quản lý phù hợp để nâng cao sự nhận diện, niềm tin, lòng trung thành... của khách hàng.

Hai là, xác định giá trị thương hiệu của tổ chức tín dụng dựa trên các số liệu tài chính, hướng tới mục tiêu là xác định một cách cụ thể giá trị tiền tệ của tài sản thương hiệu. Với cách tiếp cận này, giá trị thương hiệu của tổ chức tín dụng được xác định dựa trên những số liệu tài chính của tổ chức tín dụng; từ đó, ngoài những ý nghĩa về quản trị thương hiệu, kết quả này còn giúp ghi nhận thương hiệu như một tài sản có giá trị của tổ chức tín dụng trên bảng cân đối kế toán, có thể mua bán, góp vốn, sáp nhập... Nói cách khác, xác định giá trị thương hiệu của tổ chức tín dụng là một tập hợp các công việc nhằm tính toán giá trị tài chính của thương hiệu của tổ chức tín dụng.

Thứ hai, tái cơ cấu các tổ chức tín dụng là một nội dung có tính chất đặc biệt so với tái cơ cấu doanh nghiệp thông thường, từ đó ảnh hưởng đến việc xác định giá trị của tổ chức tín dụng nói chung, xác định giá trị thương hiệu của tổ chức tín dụng nói riêng. Đối với đa phần doanh nghiệp, quyền tự do kinh doanh là yếu tố then chốt và bao trùm trên toàn bộ quá trình từ khi ra đời, tồn tại cho tới thời điểm doanh nghiệp chấm dứt sự tồn tại. Điều này chi phối khá lớn đến quá trình tái cơ cấu doanh nghiệp, chủ yếu là hoạt động mang tính “tự thân”, xuất phát từ nhu cầu, ý chí của bản thân doanh nghiệp. Tuy nhiên, tổ chức tín dụng có sự khác biệt,

¹ The International Organization for Standardization - ISO 10668: 2010, *Brand valuation - Requirements for monetary brand valuation*, 2.2, page 1.

khi quyền tự do kinh doanh của tổ chức tín dụng có sự giới hạn trong khuôn khổ pháp luật, do đó, hoạt động tái cơ cấu tổ chức tín dụng cũng diễn ra với những nội dung khác biệt đáng kể với hoạt động tái cơ cấu doanh nghiệp thông thường, trong một số trường hợp có sự tham gia, tác động của Nhà nước đối với quá trình tái cơ cấu tổ chức tín dụng.

Trong trường hợp, hoạt động tái cơ cấu diễn ra xuất phát từ ý chí và mong muốn của chính các tổ chức tín dụng; tức là, tái cơ cấu được tiến hành một cách tự nguyện, tổ chức tín dụng sẽ muốn có được một kết quả giá trị tối ưu nhất phục vụ cho những mục đích phát triển, mở rộng, cạnh tranh, hoặc hướng tới thương vụ tái cơ cấu có lợi nhất cho chủ sở hữu, thay vì chấp nhận một mức giá không phản ánh đúng vị thế và vị trí của mình trên thị trường. Để có kết quả tốt, việc xác định giá trị thương hiệu cần được dựa trên các số liệu tài chính.

Ngược lại, đối với những trường hợp tái cơ cấu theo hướng bắt buộc, nghĩa là có sự tác động ý chí từ phía Nhà nước, đa phần, giá trị thương hiệu nói riêng, giá trị của tổ chức tín dụng nói chung thường không được phản ánh một cách chính xác, khi những yếu tố cấu thành giá trị không được bảo đảm tính đúng, tính đủ. Bởi lẽ, trong trường hợp này, mục tiêu tái cơ cấu được đặt ra là giữ sự ổn định, an toàn của hệ thống ngân hàng, không gây những hệ lụy tới nền kinh tế.... Vì vậy, hoạt động xác định giá trị thương hiệu thường diễn ra sau giai đoạn tái cơ cấu bắt buộc, khi tổ chức tín dụng mới cần thay đổi về mô hình tổ chức, quản trị, vốn... để “trụ vững” trước sức ép cạnh tranh trên thị trường.

2. Thực trạng quy định của pháp luật về xác định giá trị thương hiệu của tổ chức tín dụng trong quá trình tái cơ cấu

Thứ nhất, pháp luật của nước ta hiện nay còn thiếu vắng những quy định cụ thể, thống

nhất về xác định thương hiệu, giá trị thương hiệu trong cơ cấu tài sản của doanh nghiệp nói chung, của tổ chức tín dụng nói riêng.

Thương hiệu là thuật ngữ được sử dụng khá phổ biến trong đời sống dân sự, thương mại ở Việt Nam và trên thế giới. Về mặt lý thuyết, nếu coi thương hiệu là tài sản, thì thương hiệu sẽ được xếp vào nhóm tài sản vô hình. Tuy nhiên, Thông tư số 06/2014/TT-BTC ngày 07/01/2014 của Bộ trưởng Bộ Tài chính ban hành Tiêu chuẩn thẩm định giá số 13 - Thẩm định giá tài sản vô hình không xác định cụ thể về tài sản thương hiệu mà liệt kê tài sản vô hình gồm: (i) Tài sản trí tuệ và quyền sở hữu trí tuệ theo quy định của pháp luật về sở hữu trí tuệ; (ii) Quyền mang lại lợi ích kinh tế đối với các bên được quy định cụ thể tại hợp đồng dân sự theo quy định của pháp luật; (iii) Các mối quan hệ phi hợp đồng mang lại lợi ích kinh tế cho các bên, các mối quan hệ với khách hàng, nhà cung cấp hoặc các chủ thể khác; (iv) Các tài sản vô hình khác thỏa mãn điều kiện.

Soi chiếu với quy định của pháp luật sở hữu trí tuệ, thương hiệu không được xếp vào nhóm tài sản trí tuệ được ghi nhận và bảo hộ. Một số loại hình tài sản trí tuệ theo quy định của pháp luật sở hữu trí tuệ như nhãn hiệu (dấu hiệu dùng để phân biệt hàng hóa, dịch vụ của các tổ chức, cá nhân khác nhau), tên thương mại (tên gọi của tổ chức, cá nhân dùng trong hoạt động kinh doanh để phân biệt chủ thể kinh doanh mang tên gọi đó với chủ thể kinh doanh khác trong cùng lĩnh vực và khu vực kinh doanh)²... Trong trường hợp không đồng nhất về phạm vi giữa tài sản trí tuệ và thương hiệu, thương hiệu khi là tài sản vô hình sẽ phải thỏa mãn được các điều kiện theo Tiêu chuẩn thẩm định giá số 13. Theo đó, thương hiệu là tài sản không có hình thái vật chất và có khả năng tạo ra các quyền, lợi ích kinh tế. Tài sản thương hiệu phải thỏa mãn đồng thời các điều kiện: (i) Không có

² Điều 4 Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005, Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Sở hữu trí tuệ năm 2009.

hình thái vật chất; tuy nhiên, một số tài sản vô hình có thể chứa đựng trong hoặc trên thực thể vật chất, nhưng giá trị của thực thể vật chất là không đáng kể so với giá trị tài sản vô hình; (ii) Có thể nhận biết được và có bằng chứng hữu hình về sự tồn tại của tài sản vô hình; (iii) Có khả năng tạo thu nhập cho người có quyền sở hữu; (iv) Giá trị của tài sản vô hình có thể định lượng được³.

Tuy nhiên, Nghị định số 126/2017/NĐ-CP ngày 16/11/2017 của Chính phủ về chuyển doanh nghiệp nhà nước và công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên do doanh nghiệp nhà nước đầu tư 100% vốn điều lệ thành công ty cổ phần được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 140/2020/NĐ-CP ngày 30/11/2020 (Nghị định số 126) lại quy định về giá trị thương hiệu. Theo đó, giá trị thương hiệu cùng với tiềm năng phát triển sẽ tạo thành giá trị lợi thế kinh doanh của doanh nghiệp và cần được xác định chính xác để tìm ra giá trị thực tế của doanh nghiệp. Trong đó, giá trị thương hiệu được xác định trên cơ sở các chi phí thực tế cho việc tạo dựng và bảo vệ nhãn hiệu, tên thương mại trong quá trình hoạt động của doanh nghiệp trước thời điểm xác định giá trị của doanh nghiệp 05 năm, bao gồm chi phí thành lập doanh nghiệp, chi phí đào tạo nhân viên, chi phí quảng cáo, tuyên truyền trong và ngoài nước để quảng bá, giới thiệu sản phẩm, giới thiệu công ty; xây dựng trang thông tin điện tử (website) của doanh nghiệp⁴. Như vậy, quy định này có sử dụng thuật ngữ giá trị thương hiệu, và có xác định tên thương mại, nhãn hiệu cấu thành giá trị thương hiệu. Hay nói cách khác, có thể hiểu thương hiệu là tài sản trí tuệ và được coi là tài sản vô hình.

Mặt khác, liên quan đến việc xác định lợi thế kinh doanh trong giá trị doanh nghiệp, hiện nay vẫn tồn tại những mâu thuẫn giữa các quy định của pháp luật. Cụ thể, nếu quy định về cổ phần hóa doanh nghiệp nhà nước ghi nhận giá trị lợi thế kinh doanh là một yếu tố để xác định giá trị doanh nghiệp, thì theo Chuẩn mực Kế toán số 04, lợi thế thương mại được tạo ra từ nội bộ của doanh nghiệp không được ghi nhận là tài sản, vì nó không phải là nguồn lực có thể xác định, không đánh giá được một cách đáng tin cậy và doanh nghiệp không kiểm soát được⁵. Đồng nghĩa với đó, thương hiệu không được coi là tài sản cố định vô hình để được định giá, tính vào giá trị doanh nghiệp và ghi vào sổ kế toán.

Như vậy, có thể thấy, giữa các quy định của pháp luật hiện hành đang tồn tại mâu thuẫn, thiếu thống nhất trong việc xác định thương hiệu có phải là tài sản vô hình của doanh nghiệp hay không và giá trị thương hiệu có được tính toán trong giá trị của doanh nghiệp không.

Thứ hai, quy định về phương pháp xác định giá trị tài sản vô hình đã tiếp cận với thông lệ quốc tế nhưng vẫn còn tồn tại một số bất cập.

Nếu coi thương hiệu là tài sản vô hình như trong quy định của một số văn bản pháp luật nêu trên và theo thông lệ quốc tế thì việc xác định giá trị thương hiệu sẽ được thực hiện tương tự như xác định giá trị các tài sản vô hình nói chung. Tùy thuộc vào từng cách tiếp cận sẽ có những phương pháp khác nhau để xác định giá trị thương hiệu: cách tiếp cận từ chi phí (bao gồm phương

³ Điều 3.1 Tiêu chuẩn Thẩm định giá số 13 - Thẩm định giá tài sản vô hình, ban hành kèm theo Thông tư số 06/2014/TT-BTC ngày 07/01/2014 của Bộ trưởng Bộ Tài chính.

⁴ Điều 31 Nghị định số 126/2017/NĐ-CP ngày 16/11/2017 của Chính phủ về chuyển doanh nghiệp nhà nước và công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên do doanh nghiệp nhà nước đầu tư 100% vốn điều lệ thành công ty cổ phần.

⁵ Hệ thống chuẩn mực kế toán Việt Nam - Chuẩn mực số 04 Tài sản cố định vô hình, Ban hành và công bố theo Quyết định số 149/2001/QĐ-BTC ngày 31/12/2001 của Bộ trưởng Bộ Tài chính.

pháp chi phí tái tạo và phương pháp chi phí thay thế), cách tiếp cận từ thị trường theo phương pháp so sánh và cách tiếp cận từ thu nhập (bao gồm phương pháp tiền sử dụng tài sản vô hình, phương pháp lợi nhuận vượt trội và phương pháp thu nhập tăng thêm)⁶. Theo pháp luật Việt Nam, về cơ bản, nội dung những phương pháp này khá gần gũi với cách tiếp cận và phương pháp thẩm định giá quốc tế IVS⁷. Thực tế, mỗi phương pháp đều có những ưu điểm nổi trội và tồn tại những hạn chế riêng, dẫn tới việc chủ thể thực hiện hoạt động xác định giá trị thương hiệu phải lựa chọn phương pháp nào phù hợp nhất cho từng thời điểm và mục đích nhất định để xác định được giá trị chính xác nhất của tài sản thương hiệu.

Mặt khác, dù Tiêu chuẩn thẩm định giá của Việt Nam có quy định đa dạng về các nhóm phương pháp có thể sử dụng để xác định giá trị thương hiệu với các cách tiếp cận khác nhau, thậm chí chủ thể tiến hành thẩm định giá còn có thể đưa ra một phương pháp xác định phù hợp khác ngoài các phương pháp được pháp luật ghi nhận, nhưng đối với các tổ chức tín dụng nhà nước lại không có sự tự do lựa chọn các phương pháp đa dạng này. Bởi lẽ, pháp luật quy định về chuyển doanh nghiệp nhà nước thành công ty cổ phần xác định rõ cách thức xác định giá trị thương hiệu, trên cơ sở các chi phí thực tế cho việc tạo dựng và bảo vệ nhãn hiệu, tên thương mại trong quá trình hoạt động của doanh nghiệp trước thời điểm xác định giá trị doanh nghiệp 05 năm... Có thể thấy, quy định này dựa trên cách tiếp cận từ

chi phí; tuy nhiên, nếu chỉ dựa vào phương pháp và cách tiếp cận như vậy sẽ bỏ qua mất một yếu tố quan trọng, đó là thương hiệu là tài sản mà thị trường sẵn sàng trả tiền để có được nó và thường được tính bằng những khoản thu nhập hay lợi ích mà doanh nghiệp mang lại cho các nhà đầu tư. Vì vậy, quy định cứng về cách xác định giá trị thương hiệu như trong Nghị định số 126 có thể dẫn tới một kết quả không chính xác.

Thứ ba, quy định về các chủ thể tham gia xác định giá trị thương hiệu của tổ chức tín dụng trong quá trình tái cơ cấu còn hạn chế, dẫn tới việc xác định giá trị thương hiệu trong quá trình tái cơ cấu các tổ chức tín dụng hiện nay chưa mang tính phổ biến và chuyên nghiệp, chuyên sâu hóa.

Việc xác định giá trị thương hiệu của tổ chức tín dụng trong quá trình tái cơ cấu có thể được thực hiện bởi chính tổ chức tín dụng hoặc các tổ chức có chức năng định giá thực hiện tư vấn xác định giá trị thương hiệu. Tuy nhiên, hiện nay chưa có một văn bản nào ghi nhận đầy đủ về các chủ thể tham gia; đồng thời, quyền và nghĩa vụ của các chủ thể này được quy định rải rác ở các văn bản pháp luật khác nhau. Chẳng hạn, Nghị định số 126 quy định về các trường hợp tổ chức tín dụng có thể tự định giá và có những trường hợp được thuê tổ chức tư vấn. Đối với các tổ chức tư vấn, Nghị định liệt kê rõ gồm: công ty kiểm toán, công ty chứng khoán, doanh nghiệp thẩm định giá được thành lập và hoạt động tại Việt Nam. Đồng thời, văn bản này cũng có đưa ra những điều kiện và trách nhiệm chung của tổ chức tư vấn để xác định giá trị

⁶ Theo Tiêu chuẩn thẩm định giá số 13 - Thẩm định giá tài sản vô hình, ban hành kèm theo Thông tư số 06/2014/TT-BTC ngày 07/01/2014 của Bộ trưởng Bộ Tài chính.

⁷ IVS là Tiêu chuẩn thẩm định giá quốc tế do Ủy ban các Tiêu chuẩn thẩm định giá quốc tế (IVSC) ban hành. Cho đến nay, IVSC đã 10 lần xét lại tiêu chuẩn định giá được xuất bản vào các năm 1985, 1994, 1997, 2000, 2001, 2003, 2005, 2007, 2013 và gần đây nhất, IVSC ban hành Bộ tiêu chuẩn Thẩm định giá có hiệu lực từ ngày 31/01/2020. Cấu trúc của IVS phiên bản mới ngoài các phần giới thiệu, phần chú giải thuật ngữ và khung tiêu chuẩn, gồm 02 phần chính: Phần thứ nhất là các tiêu chuẩn chung về thẩm định giá và Phần thứ hai là các tiêu chuẩn hướng dẫn thẩm định giá cụ thể đối với từng loại tài sản, trong đó có IVS 210 về thẩm định giá tài sản vô hình.

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

thương hiệu nói riêng, giá trị doanh nghiệp nói chung. Tuy nhiên, quyền và nghĩa vụ của các tổ chức này thì không được văn bản quy định rõ ràng. Bất cập này tương tự đối với trường hợp tổ chức tín dụng tự mình thực hiện xác định giá.

Từ thực tiễn các thương vụ mua lại, sáp nhập, hợp nhất các tổ chức tín dụng những giai đoạn qua cho thấy, các tổ chức tín dụng Việt Nam chưa quan tâm đúng mức tới việc xây dựng mô hình xác định giá trị tài sản thương hiệu phù hợp, hoặc nếu có, các tổ chức tín dụng cũng chủ yếu xây dựng mô hình xác định giá trị thương hiệu dựa trên nghiên cứu thị trường, phục vụ cho việc quản trị thương hiệu. Đối với việc xây dựng mô hình xác định giá trị thương hiệu dựa trên các số liệu tài chính phục vụ cho các hoạt động tái cơ cấu như mua lại, sáp nhập, hợp nhất... gần như chưa được các tổ chức tín dụng chú trọng. Thực trạng này có thể dễ lý giải do có sự bắt buộc từ phía Nhà nước. Tuy nhiên, trong giai đoạn tới, khi tái cơ cấu là một nhu cầu tự thân của chính các tổ chức tín dụng, được thực hiện trên cơ sở tự nguyện để tìm tới phương án tồn tại tối ưu và hiệu quả trên thị trường ngân hàng, một trong những yêu cầu bức thiết đối với các tổ chức tín dụng là cần xây dựng mô hình xác định giá trị thương hiệu với các số liệu tài chính một cách đầy đủ.

Thêm vào đó, Việt Nam hiện nay cũng có những tổ chức thực hiện nghiệp vụ thẩm định giá tài sản vô hình, trong đó có tài sản thương hiệu và những tổ chức thực hiện đánh giá giá trị thương hiệu của tổ chức tín dụng, nhưng hoạt động này dường như chưa mang tính chuyên nghiệp hóa⁸, đồng thời, kết quả được đưa ra từ những chủ thể này có thể chưa mang tính thuyết phục. Điều này một mặt, xuất phát từ sự thiếu vắng nhu cầu xác định giá trị thương hiệu của chính các

tổ chức tín dụng; mặt khác, xuất phát từ tính đa dạng của các phương pháp xác định giá trị thương hiệu với các cách tiếp cận khác nhau, thậm chí tổ chức thẩm định giá còn có thể đưa ra một phương pháp xác định khác được cho là hợp lý để tính toán giá trị thương hiệu. Chưa kể tới việc với mỗi mục đích, thời điểm khác nhau, giá trị thương hiệu cũng sẽ được tính toán có sự khác biệt đáng kể. Những kết quả được đưa ra khác nhau khiến cho quá trình tái cơ cấu các tổ chức tín dụng cũng gặp những trở ngại đáng kể, nếu không có sự thiện chí, hợp tác của các bên tham gia tái cơ cấu.

Thứ tư, pháp luật hiện hành không thể hiện rõ vai trò của Ngân hàng Nhà nước trong việc xác định giá trị thương hiệu đối với các tổ chức tín dụng cổ phần, tư nhân khi thực hiện các hoạt động tái cơ cấu. Theo đó, việc xác định giá trị thương hiệu trong trường hợp này cơ bản được các tổ chức tín dụng tự do thực hiện trên cơ sở các quy định của Bộ Tài chính và các Tiêu chuẩn thẩm định giá. Trong quá trình các tổ chức tín dụng thực hiện tái cơ cấu thông qua tổ chức lại, Ngân hàng Nhà nước đóng vai trò trong việc chấp thuận nguyên tắc và chấp thuận các hoạt động tổ chức lại này. Ở hoạt động này, việc quan trọng nhất mà Ngân hàng Nhà nước quan tâm không phải giá trị thương hiệu được xác định như thế nào mà quan tâm tới việc tổ chức tín dụng tham gia tái cơ cấu, tổ chức tín dụng hình thành sau tái cơ cấu có tuân thủ các tỷ lệ đảm bảo an toàn trong hoạt động, có tuân thủ các quy định về tổ chức và hoạt động, có bảo vệ quyền lợi của khách hàng và người lao động không... Việc pháp luật không ràng buộc vai trò, trách nhiệm của Ngân hàng Nhà nước trong việc xác định giá trị thương hiệu của tổ chức tín dụng cổ phần, tư nhân khi tái cơ cấu cho thấy quan điểm của Nhà nước trong việc đưa việc

⁸ Nguyễn Trung Thắng (2015), Định giá thương hiệu: Khoa học hay nghệ thuật?, Viện Marketing và Quản trị Việt Nam VMI.

xác định giá trị thương hiệu này trở về đúng bản chất, tuân theo quy luật cung - cầu trên thị trường và thể hiện đúng ý chí của các bên tham gia giao dịch tái cơ cấu.

3. Một số đề xuất nhằm hoàn thiện các quy định của pháp luật về xác định giá trị thương hiệu của tổ chức tín dụng trong quá trình tái cơ cấu

Để hoàn thiện các quy định của pháp luật về xác định giá trị thương hiệu của tổ chức tín dụng trong quá trình tái cơ cấu, chúng tôi đề xuất một số giải pháp sau:

Thứ nhất, cần xác định rõ khái niệm và nội hàm thương hiệu theo hướng nhận định rõ thương hiệu là tài sản vô hình của doanh nghiệp và vận dụng các phương pháp xác định giá trị tài sản vô hình để xác định giá trị thương hiệu. Bên cạnh đó, cơ quan có thẩm quyền cần nhanh chóng ban hành Hệ thống chuẩn mực kế toán mới để thay thế cho Hệ thống chuẩn mực kế toán trước đây, trong đó có Chuẩn mực kế toán số 04 về tài sản cố định vô hình, theo hướng ghi nhận thương hiệu trên bảng cân đối kế toán của các tổ chức tín dụng như các tài sản có giá trị khác như tín dụng, đầu tư, tài sản cố định... Thực tế, hệ thống chuẩn mực kế toán Việt Nam được ban hành từ năm 2001 và đã bộc lộ rất nhiều điểm không phù hợp với thực tiễn cũng như các văn bản pháp luật khác về việc xác định các tài sản trí tuệ, phương pháp xác định, thời điểm xác định...

Thứ hai, thống nhất giữa các quy định của pháp luật về cách tiếp cận và phương pháp xác định giá trị thương hiệu. Dù là tổ chức tín dụng nhà nước hay tổ chức tín dụng cổ phần, giá trị thương hiệu đều có thể sử dụng một hệ thống phương pháp xác định tương đồng như nhau. Việc có các cách tiếp cận và phương pháp khác nhau để xác định cùng một nội hàm giá trị thương hiệu sẽ tạo nên sự không tương thích khi xem xét tổng thể các quy phạm pháp luật và gây khó khăn cho quá trình áp dụng. Ngoài ra, các nhóm

phương pháp xác định giá trị thương hiệu dựa trên các cách tiếp cận cũng cần được rà soát lại về mặt nội dung, cách thức thực hiện... để đảm bảo có sự tương thích với tiêu chuẩn thẩm định giá quốc tế.

Thứ ba, cần thống nhất các quy định của pháp luật để xác định cụ thể về các chủ thể tham gia vào hoạt động xác định giá trị của doanh nghiệp nói chung, giá trị thương hiệu nói riêng trong quá trình tái cơ cấu các tổ chức tín dụng và ghi nhận đầy đủ quyền và nghĩa vụ của từng chủ thể tham gia. Bên cạnh đó, pháp luật cũng cần có các quy định nhằm gắn trách nhiệm độc lập của từng chủ thể tham gia xác định giá trị thương hiệu với kết quả định giá mà họ đưa ra.

Thứ tư, Ngân hàng Nhà nước cần nhanh chóng xây dựng và ban hành các quy định của pháp luật điều chỉnh cụ thể việc xác định giá trị thương hiệu trong hoạt động tái cơ cấu gắn liền với các đặc trưng về tài sản của chủ thể kinh doanh này. Điều này có ý nghĩa trong việc xác định chính xác giá trị của tổ chức tín dụng, tạo điều kiện đẩy nhanh quá trình tái cơ cấu hệ thống các tổ chức tín dụng. Đồng thời, Ngân hàng Nhà nước có thể ban hành hoặc trình Chính phủ ban hành quy định về việc xác định giá trị của tổ chức tín dụng trước và sau khi tái cơ cấu, là cơ sở để đánh giá hiệu quả hoạt động tái cơ cấu của các tổ chức tín dụng, từ đó làm tiền đề để cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành các quy định của pháp luật điều chỉnh phù hợp với quá trình tái cơ cấu hệ thống các tổ chức tín dụng trong tương lai. Bên cạnh đó, cần quy định cụ thể cơ chế giám sát và kiểm soát của Ngân hàng Nhà nước trong xác định giá trị của các tổ chức tín dụng nói chung, giá trị thương hiệu của tổ chức tín dụng nói riêng khi thực hiện tái cơ cấu cũng như chế tài xử lý vi phạm, tạo cơ sở pháp lý để đảm bảo việc thực hiện tái cơ cấu các tổ chức tín dụng có hiệu quả và phù hợp với quy định của pháp luật, đồng thời bảo vệ lợi ích hợp pháp của các chủ thể có liên quan ■

MỘT SỐ VẤN ĐỀ VỀ HÒA GIẢI TRANH CHẤP ĐẤT ĐAI TẠI VIỆT NAM

Lương Thị Bích Ngân*

* ThS. Giảng viên Khoa luật, Trường Đại học Duy Tân, Đà Nẵng

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Giải quyết tranh chấp đất đai, hòa giải, hòa giải trong tố tụng, hòa giải cơ sở, hòa giải tiền tố tụng.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 01/4/2020
Biên tập : 22/4/2020
Duyệt bài : 06/5/2020

Article Infomation:

Keywords: Settlement of land disputes, conciliation, conciliation in proceedings, initial conciliation, pre-procedural conciliation.

Article History:

Received : 01 Apr. 2020
Edited : 22 Apr. 2020
Approved : 06 May 2020

Tóm tắt:

Tranh chấp đất đai là một trong những tranh chấp phổ biến ở Việt Nam hiện nay. Xuất phát từ tính giá trị và tính lịch sử lâu dài của quyền sử dụng đất, những tranh chấp liên quan đều rất phức tạp và thường phải giải quyết bằng việc kết hợp nhiều phương thức khác nhau (bao gồm cả thỏa thuận và chấp hành). Trong đó, hòa giải được xem là phương pháp ôn hòa đặt ý chí các chủ thể trong tranh chấp là trọng tâm nhằm hạn chế một cách tối đa những thiệt hại có thể xảy ra trên thực tế. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích các hình thức hòa giải tranh chấp đất đai và đề xuất một số kiến nghị nhằm nâng cao hiệu quả áp dụng phương thức này trong giải quyết tranh chấp đất đai hiện nay.

Abstract:

Land dispute is one of the most common disputes in Vietnam. Due to the validity and long history of land use rights, the land-related disputes are all complicated and are often resolved by a combination of different modalities (including reconciliation agreement and enforcement). Of which, conciliation is considered as a peaceful method that centers the will of the involving subjects to minimize the damages that may occur in practices. In the scope of this article, the author provides an analysis of various types of land dispute conciliation and also proposes a number of recommendations to further improve the efficiency of these methods in land dispute resettlements.

1. Tranh chấp đất đai và giải quyết tranh chấp đất đai

Trong quan hệ dân sự, mỗi chủ thể tham gia đều tồn tại những quyền và lợi ích không giống nhau. Chính vì vậy, nhiều trường hợp vì định hướng quyền lợi của mình mà ảnh hưởng đến quyền lợi của các chủ thể khác một cách trực tiếp hoặc gián tiếp. Gây ảnh hưởng đến quan hệ dân sự giữa các chủ thể liên quan và ảnh hưởng không nhỏ đến lợi ích của Nhà nước.

Tranh chấp đất đai cũng là một trong những tranh chấp dân sự. Khoản 24 Điều 3 Luật Đất đai năm 2013 quy định: “*Tranh chấp đất đai là tranh chấp về quyền, nghĩa vụ của người sử dụng đất giữa hai hoặc nhiều bên trong quan*

hệ đất đai”. Quy định này cho thấy, tranh chấp đất đai được hiểu theo nghĩa rộng, bao gồm tất cả những tranh chấp liên quan đến đất đai như: tranh chấp về quyền sử dụng đất (tranh chấp thừa kế, ly hôn, tặng cho, ranh giới...), tranh chấp về quyền và nghĩa vụ phát sinh trong quá trình sử dụng đất (tranh chấp trong quá trình thực hiện hợp đồng, tranh chấp về bồi thường hỗ trợ tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất) và tranh chấp về mục đích sử dụng đất (tranh chấp về đất trồng lúa với đất nuôi tôm, tranh chấp về mục đích lối đi chung...).

Nhìn chung, một khi tranh chấp đất đai đã xảy ra thì việc giải quyết tranh chấp được xem là yêu cầu tất yếu. Giải quyết tranh chấp đất

đại nhằm giải quyết các xung đột, mâu thuẫn và hướng đến bảo vệ quyền lợi hợp pháp của các chủ thể liên quan, giúp các quan hệ đất đai từ trạng thái mâu thuẫn sang trạng thái đồng thuận hoặc buộc đồng thuận.

Hiện nay, các phương pháp giải quyết tranh chấp đất đai được các chủ thể liên quan chủ động lựa chọn phụ thuộc ý chí chủ quan và mục đích của tranh chấp. Khác với các tranh chấp dân sự khác (lao động, tranh chấp thừa kế và các tranh chấp kinh doanh thương mại), tranh chấp đất đai được giải quyết bằng các phương thức sau:

- Phương thức tố tụng - thông qua phán quyết, xét xử bằng thủ tục tố tụng dân sự, tố tụng hành chính;

- Phương thức hành chính - thông qua các quyết định hành chính bằng thủ tục hành chính;

- Phương thức hòa giải - thông qua người thứ ba có vai trò trung gian;

- Phương thức thương lượng - giữa chính các chủ thể tranh chấp.

Xét về bản chất, hòa giải và thương lượng là phương thức tiếp cận việc giải quyết tranh chấp bằng biện pháp ôn hòa. Tức là, các tranh chấp được giải quyết không thông qua các phán quyết và quyết định mang tính chất bắt buộc với sự tham gia của cơ quan thực thi quyền lực nhà nước.

2. Hòa giải trong giải quyết tranh chấp đất đai

Hòa giải là thuyết phục các bên giải quyết tranh chấp của mình một cách ôn hòa với sự tham gia của một bên thứ ba. Thông thường, việc hòa giải được thực hiện sau khi thương lượng (khiếu nại) giữa các bên không đạt được kết quả¹. Bản chất của hòa giải chính là thuyết phục và thỏa thuận dựa trên ý chí của các chủ thể tranh chấp có sự tham gia của chủ thể trung gian với tư cách là hòa giải viên. Đây là phương thức giải quyết tranh chấp khá phổ biến trong các phương thức giải quyết tranh

chấp thông thường. Tuy nhiên, gắn với tranh chấp đất đai, việc áp dụng hòa giải khá khác biệt gắn với 2 hình thức hòa giải nói chung, gồm: hòa giải trong tố tụng và hòa giải ngoài tố tụng.

Thứ nhất, hòa giải trong tố tụng:

Hòa giải trong tố tụng là hình thức áp dụng tại Tòa án nhân dân (TAND), phát sinh khi có đơn khởi kiện liên quan đến tranh chấp đất đai dựa trên yêu cầu của các chủ thể giả thuyết có lợi ích bị ảnh hưởng. Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 quy định, TAND với tư cách là cơ quan xét xử, có trách nhiệm tiến hành hòa giải và tạo điều kiện thuận lợi để các đương sự thỏa thuận với nhau về việc giải quyết vụ việc dân sự theo quy định của Bộ luật². Có thể thấy, theo quy định của pháp luật dân sự, hòa giải là một chế định bắt buộc trong thủ tục tố tụng nhằm tạo điều kiện cho các bên một cơ hội khác thỏa thuận lại các vấn đề phát sinh trong tranh chấp và đi đến quyết định giải quyết tranh chấp cuối cùng bằng ôn hòa (nếu hòa giải thành) hoặc quyết định giải quyết tranh chấp bằng biện pháp tư pháp – xét xử (nếu hòa giải không thành).

Hòa giải tại TAND đặt trách nhiệm chủ thể trung gian lên thẩm phán TAND. Đây là chủ thể có trình độ chuyên môn phù hợp cho việc giải quyết tranh chấp nói chung và trong lĩnh vực đất đai nói riêng.

Tương tự với hòa giải, đối thoại được áp dụng đối với các tranh chấp tố tụng hành chính với các khiếu kiện quyết định hành chính và hành vi hành chính về đất đai.

Thứ hai, hòa giải ngoài tố tụng:

Khác với hòa giải trong tố tụng, hòa giải ngoài tố tụng được xem là phương pháp hòa giải không được thực hiện bằng thủ tục tố tụng. Trong lĩnh vực đất đai, phương thức này bao gồm: hòa giải tiền tố tụng tại Tòa án nhân dân, hòa giải tại Ủy ban nhân dân (UBND) cấp xã và hòa giải cơ sở.

¹ Viện khoa học Pháp lý, Bộ Tư pháp, Từ điển luật học, Nxb. Từ điển bách khoa & Nxb. Tư pháp, Hà Nội năm 2006, tr. 365

² Điều 10 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015.

- Hòa giải tiền tố tụng tại TAND

Hòa giải tiền tố tụng là phương thức hiện đang được áp dụng thí điểm và chưa được hệ thống hóa bằng văn bản pháp luật. Tính đến nay, Việt Nam đã có 16 tỉnh thành thí điểm xây dựng trung tâm hòa giải, đối thoại tại TAND và đã đạt được một số kết quả khả quan. Hòa giải được tiến hành trước khi tòa án thụ lý đơn khởi kiện các vụ án thuộc thẩm quyền giải quyết theo quy định của Bộ luật Tố tụng dân sự (TTDS) năm 2015, Luật Tố tụng hành chính năm 2014. Đặc biệt, hình thức này không loại trừ các loại hình hòa giải khác, cũng như không loại trừ hòa giải trong tố tụng (mặc dù trung tâm hòa giải nằm ngay trong trụ sở TAND và được hòa giải viên do Chánh án tòa án nhân dân tối cao bổ nhiệm hỗ trợ giải quyết).

- Hòa giải tại UBND cấp xã

UBND cấp xã bao gồm: UBND xã, phường, thị trấn – là cấp cơ sở nơi có đất đang bị tranh chấp. Xuất phát từ tính bất động của tài sản là đất và tính lịch sử trong quá trình sử dụng đất gắn với yêu cầu chuyên môn của cơ quan quản lý. UBND cấp xã được xem là đơn vị có đủ thẩm quyền và năng lực chuyên môn để xử lý tranh chấp bằng phương thức ôn hòa trên cơ sở hệ thống dữ liệu về quản lý đất đai như bản đồ địa chính, biến động sử dụng đất, quy hoạch sử dụng đất...

Khoản 2 Điều 3 Nghị quyết số 04/2017/NQ-HĐTP của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao quy định: “*Đối với các tranh chấp về “ai là người có quyền sử dụng đất” mà chưa được hòa giải tại UBND cấp xã nơi có đất tranh chấp theo quy định tại Điều 202 Luật Đất đai năm 2013 thì được xác định là chưa đủ điều kiện khởi kiện theo quy định tại điểm b khoản 1 Điều 192 Bộ luật TTDS năm 2015*”

Quy định trên cho thấy, tranh chấp về: “ai là người sử dụng đất” là tranh chấp đất đai bắt buộc phải hòa giải tại UBND cấp xã, còn các tranh chấp khác như: “*tranh chấp về thừa kế, chia tài sản chung giữa vợ và chồng, tranh chấp các giao dịch liên quan đến quyền sử*

dụng đất” thì không bắt buộc phải hòa giải tại UBND cấp xã, mà chỉ hòa giải theo thủ TTDS khi TAND thụ lý vụ việc dân sự.

Theo thống kê của Tòa án nhân dân tối cao và các cơ quan hữu quan, hòa giải trong tố tụng đạt trung bình hàng năm 50,6% tổng số các vụ việc; hòa giải, đối thoại ngoài tố tụng đạt 80.06%³. Tức là, đối với các tranh chấp nói chung, biện pháp hòa giải đã thể hiện được vai trò của mình trong việc giải quyết các xung đột về quyền và lợi ích của các chủ thể liên quan, đồng thời chấm dứt quá trình tố tụng kéo dài và hạn chế những thiệt hại không đáng có; đặc biệt xây dựng mối quan hệ đậm truyền thống của nhân dân ta – mối quan hệ làng xóm và cộng đồng.

Tuy nhiên, riêng đối với tranh chấp đất đai, hiệu quả đạt được từ hoạt động hòa giải vẫn còn rất hạn chế. Có nhiều tranh chấp phải tiến hành hòa giải nhiều lần với nhiều loại hình nhưng vẫn không đi đến kết quả đáng mong đợi. Điều này vô hình trung làm cho các biện pháp hòa giải trở thành nguyên nhân kéo dài tranh chấp đất đai, kéo dài khả năng giải quyết tranh chấp bằng các thủ tục tố tụng, thậm chí hết thời hiệu khởi kiện đối với những tranh chấp liên quan đến giao dịch về quyền sử dụng đất.

- Hòa giải cơ sở

Xét về bản chất, hòa giải cơ sở cũng là biện pháp giải quyết các tranh chấp đất đai nhằm hướng đến kết quả cuối cùng bằng các thỏa thuận chung trên cơ sở tự do ý chí của các bên liên quan gắn với thôn, làng, ấp, bản, buôn, phum, sóc, tổ dân phố, khu phố, khối phố và cộng đồng dân cư khác (sau đây gọi chung là thôn, tổ dân phố). Tuy nhiên, khác với các hòa giải khác, hòa giải cơ sở đối với tranh chấp đất đai là loại hòa giải không bắt buộc, và không là căn cứ để xác định điều kiện thụ lý tranh chấp đất đai tại TAND nếu có hành vi khởi kiện.

Đây là phương thức được áp dụng chủ yếu với các tranh chấp đơn giản, tập trung các tranh chấp mang tính cục bộ địa phương và được hỗ trợ bởi một bên thứ ba – làm chức năng trung gian – Hòa giải viên hoạt động bên cạnh tổ hòa

³ Công văn số 1163/BTP-PBGDPL ngày 05/4/2019 của Bộ Tư pháp về việc cung cấp thông tin về thực tiễn thi hành pháp luật về hòa giải ở cơ sở và hòa giải thương mại.

giải. Hiện nay, phương thức hòa giải cơ sở được quy định tại Luật Hòa giải cơ sở năm 2013.

Nhằm đảm bảo tính khách quan và hiệu quả của hòa giải, Luật Hòa giải cơ sở năm 2013 khuyến khích sự tham gia của những người có uy tín trong gia đình, dòng họ và cộng đồng dân cư. Luật nhấn mạnh, hiệu quả giải quyết tranh chấp không chỉ tập trung vào vai trò của cá nhân mà còn đặt cá nhân bên cạnh mối quan hệ truyền thống - cộng đồng dân cư dưới tác động của phong tục tập quán, hương ước và lệ ước địa phương.

Thực tiễn cho thấy, hòa giải cơ sở đặc biệt có hiệu quả đối với các tranh chấp đất đai phát sinh từ hoạt động quản lý đất rừng theo cách thức truyền thống của dân tộc thiểu số. Tại các khu vực này, mặc dù xét về mặt pháp lý thì các quyền sử dụng đất chưa được xác lập, nhưng trên thực tế đang được điều tiết không chính thức bằng các quy định truyền thống có tính phong tục, và áp dụng rộng rãi.

Theo thống kê của Bộ Tư pháp từ năm 2016 đến năm 2018, số vụ hòa giải thành theo Luật Hòa giải cơ sở là 323.046 vụ/393.649 vụ, đạt tỷ lệ 82,06%⁴. Xét riêng về tranh chấp đất đai, mặc dù hòa giải cơ sở thể hiện khá thuận lợi vai trò của địa phương với người sử dụng đất và chủ thể liên quan. Tuy nhiên, do ảnh hưởng của phong tục tập quán của từng địa phương và việc sử dụng hương ước và lệ ước trong giải quyết tranh chấp đất đai nên việc áp dụng các biện pháp hòa giải tại các địa phương không thống nhất.

3. Kiến nghị

Để góp phần tăng cường chất lượng hòa giải đối với tranh chấp đất đai, chúng tôi cho rằng cần thực hiện một số giải pháp sau đây:

Thứ nhất, cần quy định rõ những loại tranh chấp nào là đối tượng áp dụng hòa giải tại Trung tâm hòa giải và đối thoại tại TAND.

Như đã phân tích, Trung tâm hòa giải và đối thoại tại TAND đang được áp dụng thí điểm ở 16 tỉnh thành trên cả nước. Với phạm

vi giải quyết rộng, phương thức này được áp dụng với các tranh chấp dân sự nói chung (bao gồm tranh chấp lao động, thừa kế, kinh doanh - thương mại, đất đai). Tuy nhiên, chúng tôi cho rằng, đối với tranh chấp đất đai, không nên áp dụng hòa giải tiền tố tụng tại TAND. Bởi lẽ, các tranh chấp đất đai được đảm bảo giải quyết bằng hòa giải cơ sở, hòa giải tại UBND (mang tính địa phương) và hòa giải tố tụng (mang tính chuyên môn), nên việc áp dụng thêm một hình thức nữa không giúp tăng tính hiệu quả trong giải quyết tranh chấp, nhưng sẽ làm gia tăng bộ máy của chính quyền địa phương.

Thứ hai, cần bảo đảm tính độc lập về thông tin trong giai đoạn hòa giải theo phương thức tố tụng với các giai đoạn xét xử khác. Các tranh chấp đất đai được chính các thẩm phán là người có trình độ chuyên môn hỗ trợ và đảm bảo bằng thủ tục tố tụng nên khả năng hòa giải thành cao. Tuy nhiên, bởi vì mọi lời khai và các ý kiến thảo luận trong quá trình tố tụng đều có thể xem là chứng cứ trong quá trình giải quyết các tranh chấp đất đai, đặc biệt trong trường hợp hòa giải không thành. Vì vậy, nhiều phiên hòa giải tranh chấp đất đai mới chỉ dừng lại về mặt hình thức mà chưa thể hiện đúng bản chất về các vấn đề tranh chấp, nguyên nhân tranh chấp và các mục đích tranh chấp đất đai.

Thứ ba, hòa giải trong tố tụng đối với tranh chấp đất đai bắt buộc phải được tiến hành theo quy định về tố tụng, tức là đảm bảo các điều kiện về thời gian thực hiện hòa giải theo giờ hành chính, địa điểm hòa giải tại trụ sở TAND một cách công khai. Chính điều này gây hạn chế về tính linh hoạt, cũng như khả năng lựa chọn áp dụng phương thức giải quyết tranh chấp. Vì vậy, để khuyến khích các bên liên quan lựa chọn phương thức này, cần quy định mở đối với cách thức tiến hành hòa giải. Bởi lẽ, mục đích cuối cùng của hòa giải vẫn là sự thỏa thuận và đi đến quyết định cuối cùng bằng biện pháp ôn hòa nên linh hoạt về hòa giải trong tố tụng giúp nâng cao khả năng tiếp cận tranh chấp của các thẩm phán và các chủ thể liên quan ■

⁴ <http://quochoi.vn/UserControls/Publishing/News/BinhLuan/pFormPrint.aspx?UrlListProcess=/content/tintuc/Lists/News&ItemID=44825>.

HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VỀ XỬ PHẠT VI PHẠM HÀNH CHÍNH ĐỐI VỚI HÀNH VI BUÔN BÁN HÀNG CẤM LÀ THUỐC LÁ ĐIỀU NHẬP LẬU

Huỳnh Văn Trung*

ThS. Trường Đại học Trà Vinh.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Xử phạt vi phạm hành chính, hàng cấm, thuốc lá điều nhập lậu.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 18/01/2021

Biên tập : 03/02/2021

Duyệt bài : 21/02/2021

Article Infomation:

Keywords: Sanctioning of an administrative violation, prohibited goods, contraband cigarettes.

Article History:

Received : 18 Jan. 2021

Edited : 03 Feb. 2021

Approved : 21 Feb. 2021

Tóm tắt:

Xử phạt vi phạm hành chính được xem là một giải pháp hữu hiệu trong đấu tranh phòng, chống vi phạm hành chính. Tuy nhiên, quy định của pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính đối với hành vi buôn bán thuốc lá điều nhập lậu vẫn còn tồn tại bất cập, gây khó khăn cho công tác xử phạt trong thực tiễn. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích một số bất cập trong các quy định của pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính đối với hành vi buôn bán thuốc lá điều nhập lậu và đề xuất giải pháp hoàn thiện.

Abstract:

Administrative sanction is seen as a viable solution for the prevention of the fights against administrative violations. However, the legal provisions for handling administrative violations for trading contraband cigarettes still exist shortcomings, which have caused difficulties for the administrative sanction in practice. This article provides an analysis of certain shortcomings of legal regulations on handling administrative violations for trading contraband cigarettes and also provides recommendations for their further improvements.

1. Thực trạng buôn bán hàng cấm là thuốc lá điều nhập lậu ở nước ta hiện nay

Sản xuất, kinh doanh thuốc lá là ngành nghề kinh doanh có điều kiện, được quản lý chặt chẽ theo Luật Phòng, chống tác hại của thuốc lá năm 2012. Trong nhiều năm qua, sản xuất và kinh doanh thuốc lá đã có nhiều đóng góp vào ngân sách nhà nước, tạo công ăn việc làm ổn định cho hàng triệu người lao động. Trong khi sản xuất và kinh doanh thuốc lá trong nước được quản lý chặt chẽ

theo pháp luật thì nhiều năm qua, việc nhập lậu và buôn bán thuốc lá lậu vẫn là một vấn nạn chưa được giải quyết triệt để.

Nhập lậu và buôn bán thuốc lá lậu đang thu siêu lợi nhuận, chỉ sau buôn ma túy. Thuốc lá lậu do trốn được tất cả các loại thuế (thuế tiêu thụ đặc biệt 70%; đóng góp Quỹ phòng, chống tác hại thuốc lá 1,5%; thuế giá trị gia tăng 10% và thuế nhập khẩu 135%) nên được bán rẻ hơn nhiều so với thuốc lá sản xuất trong nước (cùng chủng loại)¹.

¹ Đào Thế Sơn - Nguyễn Thế Hoàng - Nguyễn Ngọc Anh, “Thuế Tiêu thụ đặc biệt và thuốc lá lậu”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 24, năm 2018.

Hiện nay, tình trạng nhập lậu và buôn bán thuốc lá lậu vẫn diễn biến phức tạp, gây hậu quả lớn cho kinh tế, xã hội, dẫn đến tình trạng thất thu thuế. Thủ đoạn buôn lậu thuốc lá ngày càng tinh vi. Các đối tượng tập trung hàng tại các kho bên phía nước láng giềng, giáp biên giới Việt Nam (Campuchia, Trung Quốc), sau đó tìm cơ hội vận chuyển vào Việt Nam từ đường bộ, đường thủy bằng các phương tiện chuyên dùng, tốc độ cao như xe máy “siêu độ”, xuồng máy cao tốc. Thời gian qua, các lực lượng chức năng, trong đó có lực lượng công an, bộ đội biên phòng, hải quan, quản lý thị trường... đã có nhiều cố gắng trong công tác ngăn chặn buôn lậu, vận chuyển, tàng trữ, buôn bán thuốc lá điều nhập lậu. Những cố gắng đó đã đạt được kết quả nhất định. Tuy nhiên, tình hình nhập lậu và buôn bán thuốc lá lậu vẫn tồn tại dai dẳng. Theo thống kê của Quản lý thị trường, từ năm 2012 đến nay, các lực lượng chức năng đã phát hiện, bắt giữ 34.636 vụ, khởi tố 369 vụ/ 488 bị can. Số thuốc lá tang vật bị bắt giữ hơn 20 triệu bao. Mặc dù vậy, kết quả này vẫn còn nhiều hạn chế và vẫn chỉ như “muối bỏ bể” so với tình hình thực tế².

Từ năm 2019, thuế tiêu thụ đặc biệt đối với thuốc lá nội địa tăng lên 75%, từ đó dẫn đến tình trạng giá thành của thuốc lá sản xuất trong nước ngày càng cao. Tình trạng nhập lậu và buôn bán thuốc lá lậu càng “nở rộ” như “nấm sau cơn mưa”. Tại các tỉnh giáp biên giới và thành phố lớn như: Quảng Trị, Tây Ninh, Long An, Đồng Tháp, An Giang, Kiên Giang, Thành phố Hồ Chí Minh, Đà Nẵng, Hà Nội, Hải Phòng, Quảng

Ninh... tình trạng nhập lậu và buôn bán thuốc lá lậu vô cùng phổ biến, thách thức pháp luật. Nguyên nhân chủ yếu của tình trạng trên là do ý thức chấp hành pháp luật của một bộ phận người dân chưa tốt; buôn lậu thuốc lá đem lại “lợi nhuận” lớn so với các mặt hàng khác; sự phối hợp giữa các lực lượng chức năng trong công tác kiểm tra, kiểm soát chưa chặt chẽ; các chế tài xử lý chưa mang tính răn đe; công tác thông tin, tuyên truyền chưa tạo được sự đồng thuận ủng hộ của nhân dân³.

Để đấu tranh với hành vi buôn lậu, Chính phủ đã thành lập Ban chỉ đạo quốc gia chống buôn lậu, gian lận thương mại và hàng giả. Trên thực tế, mặc dù được kiểm soát nhưng tình hình buôn lậu thuốc lá điều nhập lậu vẫn còn diễn biến phức tạp. Theo thống kê của Tổng cục quản lý thị trường thuộc Bộ Công thương, trong giai đoạn từ năm 2015 đến tháng 11/2020, trên cả nước đã phát hiện 26.370 vụ buôn bán hàng cấm là thuốc lá điều nhập lậu; năm 2015 cả nước có 7.292 vụ vi phạm, năm 2016 có 6.119 vụ, năm 2017 có 5.655 vụ, năm 2018 có 3.361 vụ, năm 2019 có 1.782 vụ, đến tháng 11/2020 có 2.161 vụ⁴.

Trên địa bàn tỉnh Trà Vinh, trong những năm qua, tình hình vi phạm hành chính về buôn bán hàng cấm là thuốc lá điều nhập lậu vẫn còn diễn biến khó lường, tuy có giảm về số lượng các vụ vi phạm nhưng phương thức vi phạm rất đa dạng dưới nhiều hình thức khác nhau. Qua thống kê của Cục Quản lý thị trường tỉnh Trà Vinh, số vụ vi phạm liên quan đến mua bán thuốc lá điều nhập lậu đã bị phát hiện từ năm 2015 đến

² Đàm Viết Nghị, “Giải pháp chống buôn lậu, gian lận thương mại và hàng giả qua biên giới”, Tạp chí Tài chính, số 670, năm 2017.

³ Kidong Park, “Buôn lậu thuốc lá ở Việt Nam: Nguyên nhân và giải pháp hiệu quả”, <https://www.who.int/vietnam/vi/news/commentaries/detail/who-suggests-solutions-to-cigarette-smuggling-in-vietnam>, truy cập ngày 20 tháng 11 năm 2020.

⁴ Tổng cục quản lý thị trường thuộc Bộ Công thương, Báo cáo số 114/BC-TCQLTT ngày 21/12/2020 về công tác kiểm tra, xử lý vi phạm về hàng lậu, hàng giả năm 2020.

tháng 11/2020 là 1.492 vụ vi phạm; trong năm 2015 là 525 vụ vi phạm, năm 2016 có 410 vụ, năm 2017 có 328 vụ, năm 2018 có 121 vụ, năm 2019 có 41 vụ, đến tháng 11/2020 có 67 vụ⁵.

Ngày 26/8/2020, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 98/2020/NĐ-CP (Nghị định số 98) để quy định xử phạt vi phạm hành chính (VPHC) trong hoạt động thương mại, sản xuất, buôn bán hàng giả, hàng cấm và bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng. So với trước đây, Nghị định này đã quy định rõ ràng và cụ thể hơn về các VPHC trong lĩnh vực thương mại, trong đó có hành vi buôn bán thuốc lá điều nhập lậu. Tuy nhiên, bên cạnh những điểm tích cực nêu trên, quy định về xử phạt đối với hành vi buôn bán thuốc lá điều nhập lậu vẫn còn tồn tại một số bất cập cần hoàn thiện để nâng cao hiệu quả xử phạt đối với hành vi này trong tương lai.

2. Một số bất cập về xử phạt vi phạm hành chính đối với hành vi buôn bán hàng cấm là thuốc lá điều nhập lậu

Thứ nhất, Nghị định số 98/2020/NĐ-CP chưa xác định rõ ranh giới giữa xử phạt VPHC và xử lý hình sự đối với hành vi buôn bán thuốc lá điều nhập lậu từ 1.500 bao trở lên.

Theo quy định của Nghị định số 98/2020/NĐ-CP, hành vi buôn bán thuốc lá điều nhập lậu có số lượng từ 1.500 bao trở lên nhưng không bị truy cứu trách nhiệm hình sự thì bị phạt tiền từ 90.000.000 đồng đến 100.000.000 đồng. Hành vi này còn bị áp dụng hình thức xử phạt bổ sung tịch thu số lượng thuốc lá điều nhập lậu bị phát hiện, tịch thu phương tiện vận tải được sử dụng để vận chuyển thuốc lá điều nhập lậu, tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề từ 01 tháng đến 03 tháng trong trường

hợp vi phạm nhiều lần hoặc tái phạm. Ngoài ra, chủ thể vi phạm còn bị áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả buộc tiêu hủy tang vật là thuốc lá điều nhập lậu gây hại cho sức khỏe con người, vật nuôi, cây trồng và môi trường và buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện hành vi buôn bán thuốc lá điều nhập lậu⁶.

Trong khi đó, Điều 190 Bộ luật Hình sự năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2017 (BLHS năm 2015) cũng quy định về tội buôn bán hàng cấm. Đối với trường hợp buôn bán thuốc lá điều nhập lậu từ 1.500 bao đến dưới 3.000 bao thì bị phạt tiền từ 100.000.000 đồng đến 1.000.000.000 đồng hoặc phạt tù từ 01 năm đến 05 năm. Đối với trường hợp buôn bán thuốc lá điều nhập lậu từ 3.000 bao đến dưới 4.500 bao thì bị phạt tiền từ 1.000.000.000 đồng đến 3.000.000.000 đồng hoặc phạt tù từ 05 năm đến 10 năm. Đối với trường hợp buôn bán thuốc lá điều nhập lậu 4.500 bao trở lên thì bị phạt tù từ 08 năm đến 15 năm. Bên cạnh hình phạt chính, người phạm tội còn có thể bị phạt tiền từ 20.000.000 đồng đến 100.000.000 đồng, cấm đảm nhiệm chức vụ, cấm hành nghề hoặc làm công việc nhất định từ 01 năm đến 05 năm.

Trong trường hợp chủ thể buôn bán hàng cấm là pháp nhân thương mại thì bị phạt tiền từ 1.000.000.000 đồng đến 3.000.000.000 đồng nếu buôn bán thuốc lá điều nhập lậu từ 1.500 bao đến dưới 3.000 bao; phạt tiền từ 3.000.000.000 đồng đến 6.000.000.000 đồng nếu buôn bán thuốc lá điều nhập lậu từ 3.000 bao đến dưới 4.500 bao; phạt tiền từ 6.000.000.000 đồng đến 9.000.000.000 đồng hoặc đình chỉ hoạt động có thời hạn từ 06 tháng đến 03 năm nếu buôn bán thuốc lá điều nhập lậu 4.500 bao trở lên.

⁵ Cục Quản lý thị trường tỉnh Trà Vinh, Báo cáo số 221/BC-CQLTT ngày 23/6/2020 về công tác kiểm tra, kiểm soát thị trường 6 tháng đầu năm và phương hướng nhiệm vụ công tác 6 tháng cuối năm 2020.

⁶ Khoản 8, khoản 11, khoản 12 Điều 8 Nghị định số 98/2020/NĐ-CP.

Như vậy, đối với trường hợp cá nhân, pháp nhân thương mại buôn bán hàng cấm là thuốc lá điều nhập lậu có số lượng từ 1.500 bao trở lên sẽ đối mặt với hai trường hợp: *một là*, có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự về tội buôn bán hàng cấm theo quy định của BLHS năm 2015; *hai là*, bị xử phạt vi phạm hành chính theo Nghị định số 98/2020/NĐ-CP (nếu không bị truy cứu trách nhiệm hình sự). Tuy nhiên, pháp luật hiện hành không quy định rõ trường hợp cá nhân nào, pháp nhân thương mại có hành vi buôn bán thuốc lá điều nhập lậu có số lượng từ 1.500 bao trở lên mà “*không bị truy cứu trách nhiệm hình sự*” để người có thẩm quyền tiến hành xử phạt VPHC theo quy định tại Nghị định số 98.

Thứ hai, pháp luật hiện hành thiếu quy định cụ thể về các trường hợp thuốc lá điều nhập lậu bị tịch thu, trường hợp nào buộc tiêu hủy tang vật.

Trước đây, Nghị định số 185/2013/NĐ-CP đã được sửa đổi, bổ sung một số điều bởi Nghị định số 124/2015/NĐ-CP (Nghị định số 185) quy định thuốc lá điều nhập lậu là tang vật của hành vi buôn bán hàng cấm sẽ bị tịch thu. Tuy nhiên, quá trình thi hành Nghị định này, các cơ quan chức năng nhận thấy có những trường hợp thuốc lá điều nhập lậu chỉ vi phạm các quy định để được phép lưu hành ở Việt Nam (như không có cảnh báo sức khỏe, không có ngày sản xuất và hạn sử dụng, không có nguồn gốc xuất xứ...), còn chất lượng thì vẫn được bảo đảm nên có thể khai thác ở góc độ kinh tế. Vì vậy, ngày 26/4/2018, Thủ tướng Chính phủ ban hành Quyết định số 20/2018/QĐ-TTg quy định việc thực hiện tiêu hủy thuốc lá ngoại nhập lậu bị tịch thu là thuốc lá giả, thuốc lá không bảo đảm chất lượng và thí điểm bán đấu giá thuốc lá ngoại nhập lậu bị tịch thu bảo đảm chất lượng để xuất khẩu ra nước ngoài. Theo quy định của văn bản này, các loại

thuốc lá ngoại nhập lậu bị tịch thu là thuốc lá giả, thuốc lá không bảo đảm chất lượng sẽ bị tiêu hủy. Còn thuốc lá ngoại nhập lậu bị tịch thu bảo đảm chất lượng sẽ thí điểm bán đấu giá để xuất khẩu ra nước ngoài. Việc xác định thuốc lá ngoại nhập lậu bị tịch thu là thuốc lá giả, thuốc lá không bảo đảm chất lượng, thuốc lá bảo đảm chất lượng do cơ quan có thẩm quyền ra quyết định tịch thu phối hợp với cơ quan chuyên môn về đánh giá chất lượng thực hiện. Cơ chế huy động, quản lý, sử dụng nguồn kinh phí hỗ trợ công tác phòng, chống buôn lậu thuốc lá điều và chống sản xuất, buôn bán thuốc lá giả thực hiện theo hướng dẫn của Bộ Tài chính. Tuy nhiên, Quyết định này chỉ có hiệu lực thi hành từ ngày 15/6/2018 và có hiệu lực đến hết ngày 15/6/2020.

Trong khi đó, Nghị định số 98 chính thức có hiệu lực thi hành vào ngày 15/10/2020. Như vậy, vào ngày Nghị định số 98 có hiệu lực thi hành thì Quyết định số 20/2018/QĐ-TTg đã chấm dứt hiệu lực thi hành nên không được áp dụng để xử lý các vấn đề liên quan đến thuốc lá điều nhập lậu. Mặc dù điểm a khoản 11 và điểm a khoản 12 Điều 8 Nghị định số 98 quy định, đối với thuốc lá điều nhập lậu mà không gây hại cho sức khỏe con người, vật nuôi, cây trồng và môi trường thì sẽ bị người có thẩm quyền xử phạt tịch thu; ngược lại, đối với thuốc lá điều nhập lậu mà gây hại cho sức khỏe con người, vật nuôi, cây trồng và môi trường thì người có thẩm quyền xử phạt sẽ không tịch thu mà buộc tiêu hủy. Tuy nhiên, cho đến nay, chưa có văn bản nào hướng dẫn cụ thể khi nào thuốc lá điều nhập lậu bị coi là gây hại cho sức khỏe con người, vật nuôi, cây trồng và môi trường để người có thẩm quyền xử phạt lựa chọn tịch thu hay buộc tiêu hủy nên người có thẩm quyền không có cơ sở để xác định. Để có thể xác định khả năng và mức độ gây hại của thuốc lá điều nhập lậu là điều

không đơn giản, bản thân người có thẩm quyền xử phạt không đủ trình độ chuyên môn để có thể đánh giá mà cần phải có một quy trình cụ thể với sự tham gia của các cơ quan có chuyên môn về thẩm định mới có thể đưa ra kết luận cụ thể.

Thứ ba, chưa có sự thống nhất giữa các văn bản quy phạm pháp luật có liên quan về chủ thể bị xử phạt VPHC đối với hành vi buôn bán thuốc lá điều nhập lậu.

Khoản 2 Điều 2 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2020 (Luật Xử lý VPHC) quy định: “*xử phạt VPHC là việc người có thẩm quyền xử phạt áp dụng hình thức xử phạt, biện pháp khắc phục hậu quả đối với cá nhân, tổ chức thực hiện hành vi VPHC theo quy định của pháp luật về xử phạt VPHC*”. Như vậy, theo quy định của Luật Xử lý VPHC, đối tượng bị xử phạt VPHC chỉ có thể là cá nhân hoặc tổ chức. Trong đó, “tổ chức” được xác định là cơ quan nhà nước, tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức chính trị xã hội nghề nghiệp, tổ chức xã hội, tổ chức xã hội nghề nghiệp, tổ chức kinh tế, đơn vị vũ trang nhân dân và tổ chức khác được thành lập theo quy định của pháp luật⁷.

Tuy nhiên, theo Nghị định số 185 trước đây và Nghị định số 98 mới có hiệu lực thi hành thì đối tượng bị xử phạt VPHC đối với hành vi buôn bán thuốc lá điều nhập lậu không chỉ là cá nhân hoặc tổ chức mà còn bao gồm các chủ thể khác. Cụ thể, khoản 2 Điều 2 Nghị định số 185 và khoản 2 Điều 2 Nghị định số 98 quy định, hộ kinh doanh được thành lập theo quy định của pháp luật; hộ gia đình sản xuất nông, lâm, ngư nghiệp, làm muối cũng là chủ thể bị xử phạt VPHC khi thực hiện hành vi buôn bán thuốc lá điều nhập lậu. Điều khoản này quy định rõ khi thực hiện VPHC trong

lĩnh vực thương mại nói chung và buôn bán thuốc lá điều nhập lậu nói riêng thì hộ kinh doanh, hộ gia đình sẽ bị xử phạt tương tự như cá nhân. Việc Nghị định số 185 và Nghị định số 98 quy định bổ sung thêm chủ thể bị xử phạt là *hộ kinh doanh, hộ gia đình* là mâu thuẫn với Luật Xử lý VPHC. Điều này gây ra khó khăn cho việc áp dụng pháp luật khi xử phạt VPHC đối với chủ thể có hành vi buôn bán thuốc lá điều nhập lậu.

3. Kiến nghị

Để khắc phục bất cập trong quy định của Nghị định số 98 về xử phạt VPHC đối với hành vi buôn bán thuốc lá điều nhập lậu, chúng tôi cho rằng:

Một là, sửa đổi Nghị định số 98 theo hướng quy định rõ trường hợp nào cá nhân, tổ chức có hành vi buôn bán thuốc lá điều nhập lậu có số lượng từ 1.500 bao trở lên mà “*không bị truy cứu trách nhiệm hình sự*” để từ đó người có thẩm quyền căn cứ thực hiện việc xử phạt vi phạm hành chính trên thực tế.

Hai là, cơ quan có thẩm quyền sớm ban hành văn bản hướng dẫn cụ thể về việc xác định mức độ gây thiệt hại của thuốc lá điều nhập lậu được sử dụng để buôn bán làm cơ sở cho việc ra quyết định tịch thu hoặc tiêu hủy.

Ba là, sửa đổi Luật Xử lý VPHC theo hướng chuẩn hóa quy định về đối tượng bị xử phạt VPHC. Theo đó, Luật Xử lý VPHC quy định cụ thể những chủ thể nào là cá nhân, chủ thể nào là tổ chức nhằm tạo cơ sở xác định thống nhất cho các cơ quan trực tiếp áp dụng và xử phạt *vi phạm hành chính*. Trên cơ sở Luật Xử lý VPHC, sửa đổi Nghị định số 98 nhằm bảo đảm tính thống nhất của các quy định liên quan đến đối tượng bị xử phạt ■

⁷ Khoản 10 Điều 2 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (sửa đổi, bổ sung năm 2020).

THÔNG TIN TRONG GIAO KẾT HỢP ĐỒNG LAO ĐỘNG: MỘT GÓC NHÌN TỪ CỘNG HÒA LIÊN BANG ĐỨC

Lê Nguyễn Gia Thiện*

*TS. Phó Trưởng Khoa Luật, Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Hợp đồng lao động, thông tin, người lao động, người sử dụng lao động.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 03/01/2021
Biên tập : 16/01/2021
Duyệt bài : 20/01/2021

Article Information:

Keywords: Labour contract, information, employee, employer.

Article History:

Received : 03 Jan. 2021
Edited : 16 Jan. 2021
Approved : 20 Jan. 2021

Tóm tắt:

Ở Cộng hòa liên bang Đức, vấn đề thông tin trong giao kết hợp đồng lao động được dự liệu theo hướng chặt chẽ và nhân văn. Mặc dù người sử dụng lao động được quyền thu thập các thông tin về khả năng thực hiện công việc của người lao động như xem các giấy tờ có liên quan, phỏng vấn hay khảo thí năng lực làm việc của người lao động, người lao động vẫn là bên yếu thế hơn và do đó cần được pháp luật bảo vệ một cách hữu hiệu.

Abstract:

In the Federal Republic of Germany, the information issue in the labor contract is expected in a strict and humane orientation. Although the employer is entitled to collect information about the employee's ability to perform the job such as get reviewing the qualification certificates, interviewing or testing the employee's working capacity of the employees, but the employee is still the weaker party and therefore needs to be effectively protected by the law.

1. Tổng quan về hợp đồng lao động theo pháp luật Đức

1.1. Quan hệ lao động và quan hệ tư lao động

Về bản chất, quan hệ lao động chịu sự điều chỉnh của pháp luật dân sự¹. Quân nhân, thẩm phán, công tố viên... không phải là người lao động, những đối tượng này được điều chỉnh bởi các đạo luật đặc biệt trong lĩnh vực công². Những người

vợ hoặc chồng hay trẻ em thực hiện một công việc trong gia đình³, ví dụ: vợ nấu ăn, chồng dọn dẹp nhà cửa, con cái phụ giúp cha mẹ việc nhà... thì không được xem là quan hệ lao động. Tuy nhiên, một quan hệ vượt trên các công việc theo quy định của luật gia đình thì có thể thiết lập nên một quan hệ lao động. Ví dụ: vợ giúp chồng hoàn thành một bức tranh để bán cho khách...

¹ Hartmut Hirsch-Kreinsen/Heiner Minssen, Lexikon der Arbeits- und Industriesoziologie, Nxb. Nomos, 2017, tr. 24.

² Raimund Waltermann, Arbeitsrecht (xuất bản lần 19), Nxb. Franz Vahlen, 2018, tr. 25.

³ Điều 1353, Điều 1619 Bộ luật Dân sự Đức.

Quan hệ lao động có nhiều điểm khác biệt với quan hệ tự lao động và hai quan hệ này cần được phân biệt rõ. Trong quan hệ lao động, người lao động phải thực hiện công việc theo sự hướng dẫn và phụ thuộc vào người sử dụng lao động⁴. Những người không thể tự mình tổ chức công việc và xác định được thời gian làm việc của mình thì phải chịu sự hướng dẫn của người sử dụng lao động, tức là những người này được đặt trong mối quan hệ lao động.

Ngược lại, bất kỳ cá nhân nào có năng lực chủ thể phù hợp cũng có thể thực hiện việc tự lao động thông qua một hợp đồng dịch vụ hay hợp đồng thực hiện công việc⁵. Nhìn từ góc độ luật thương mại thì một cá nhân tự lao động (điển hình là các trung gian thương mại) là người có thể tự do tổ chức hoạt động, công việc của mình và xác định thời gian làm việc của mình⁶.

1.2. Hợp đồng lao động

Dẫu rằng quan hệ lao động chịu tác động bởi nhiều yếu tố, hợp đồng vẫn đóng vai trò rất quan trọng, được xem như là cội nguồn của quan hệ lao động⁷. Pháp luật Đức quan niệm, hợp đồng lao động là một dạng thức đặc biệt của hợp đồng dịch vụ⁸, hợp đồng này thiết lập nên mối quan hệ lao động. Người lao động sẽ thực hiện công việc cho người sử dụng lao động và được nhận thù lao⁹. Ngoài việc thực hiện

công việc, hợp đồng lao động còn ràng buộc người lao động bởi hai nghĩa vụ đặc thù là nghĩa vụ trung thành và nghĩa vụ cẩn trọng¹⁰.

Ngoài các điều khoản mang tính nền tảng trong Bộ luật Dân sự Đức¹¹, hợp đồng lao động chịu sự điều chỉnh của pháp luật dân sự nói chung và một số luật chuyên ngành. Nội dung của hợp đồng lao động hoàn toàn dựa vào sự tự do ý chí của các bên¹². Tuy nhiên, sự tự do này không phải là tuyệt đối vì các nội dung thỏa thuận không được trái luật¹³, trái nội quy lao động của người sử dụng lao động cũng như trái các thỏa ước tập thể mà người sử dụng lao động đã thiết lập trước đó. Các điều khoản về sức khỏe và an toàn lao động là bắt buộc. Ngoài ra, hợp đồng lao động không được tạo ra sự phân biệt đối xử giữa những người lao động.

Về hình thức, các bên được toàn quyền trong việc lựa chọn hình thức cho hợp đồng lao động của mình. Tuy nhiên, Đức là nước theo trường phái luật thành văn nên hầu hết các hợp đồng nói chung và hợp đồng lao động nói riêng sẽ được lập thành văn bản. Thông thường, các hợp đồng lao động là những hợp đồng mẫu do người sử dụng lao động soạn sẵn, được thiết kế theo hướng chừa sẵn những nội dung trống để người lao động điền vào.

⁴ Điều 611a(1) Bộ luật Dân sự Đức.

⁵ Raimund Waltermann, tlđd, tr. 26.

⁶ Điều 84(1) câu 2 Bộ luật Thương mại Đức.

⁷ Raimund Waltermann, tlđd, tr. 24.

⁸ Rüdiger Krause, Arbeitsrecht (xuất bản lần 3), Nxb. Nomos, 2015, tr. 122.

⁹ Raimund Waltermann, tlđd, tr. 24.

¹⁰ Bartscher/Krumme/Nissen/Wichert, 333 Keywords Arbeitsrecht: Grundwissen für Fach- und Führungskräfte, Nxb. Springer Gabler, 2018, tr. 33.

¹¹ Điều 611 - 630 Bộ luật Dân sự Đức.

¹² Rüdiger Krause, tr. 123 - 124.

¹³ Ví dụ: Điều 99 và tiếp theo của Đạo luật về chế độ làm việc (Betriebsverfassungsgesetz - BetrVG).

2. Thông tin trong giao kết hợp đồng lao động

Giao kết hợp đồng lao động là vấn đề phức tạp vì sự giao kết này không chỉ thể hiện sự hợp ý mà còn hiện thực hóa lợi ích và kỳ vọng của các bên kết ước. Người sử dụng lao động phải tìm ra được người lao động phù hợp xứng đáng với khoản thù lao và các chi phí liên quan được trả. Trong khi đó, người lao động làm việc vì nhiều yếu tố: thu nhập, sự trọng vọng, danh tiếng, nơi làm việc... Để nhà tuyển dụng có thể tham vấn và đưa ra quyết định phù hợp, chính xác nhất trong việc tuyển dụng ứng viên và cũng để người lao động có thể an tâm làm việc cho đơn vị phù hợp, vấn đề thông tin trong giao kết hợp đồng là một trong những thành tố tối quan trọng.

2.1. Từ phía người sử dụng lao động

Người sử dụng lao động phải nói rõ các công việc cần tiến hành là gì và các yêu cầu nào mà một người lao động cần phải có. Thông tin về công việc mang tính cá biệt, căn cứ vào các trường hợp đặc thù¹⁴ và đôi khi không hoàn toàn nằm trong địa hạt của pháp luật lao động. Ví dụ, nhân viên tư vấn nhân sự của công ty đang tuyển người gọi điện cho công ty cũ của người lao động ứng tuyển để trao đổi ngắn là điều hoàn toàn phù hợp với pháp luật cạnh tranh và hành vi này được pháp luật bảo vệ. Tuy nhiên, nếu nhân viên tư vấn nhân sự, vì động cơ cá nhân chứ không phải vì công ty đang tuyển người, gọi điện cho công ty

cũ của người lao động ứng tuyển thì sẽ bị xem là sai trái¹⁵.

Người sử dụng lao động sử dụng tất cả các kênh có thể để quảng cáo việc tuyển nhân sự cho mình, cả các kênh truyền thống như báo ngày hay đăng bảng tin, cho đến các kênh hiện đại như trang thông tin điện tử (website) và mạng xã hội. Thực tế người sử dụng lao động thường sẽ tham vấn và nhờ sự hỗ trợ của các cá nhân, tổ chức như các đại lý lao động hay tư vấn nhân sự. Về nguyên tắc, người sử dụng lao động chỉ có nghĩa vụ thông tin về công việc mới một cách nội bộ, tức là thông tin cho tất cả các nhân viên hiện thời trong công ty.

Người lao động khi nộp đơn xin việc cho người sử dụng lao động thì thường sẽ nộp kèm bản tóm tắt lý lịch, các chứng chỉ, bằng cấp trong một bộ hồ sơ. Các giấy tờ này phải gửi trả lại cho người lao động ứng tuyển trong trường hợp người này không được tuyển dụng¹⁶. Nếu người lao động ứng tuyển phải làm một bản trả lời câu hỏi do người sử dụng lao động đưa ra, bản trả lời này phải bị hủy nếu người lao động ứng tuyển không được ký hợp đồng lao động để đảm bảo tính bảo mật thông tin của người lao động¹⁷. Quy định này được diễn giải thông qua áp dụng tương tự pháp luật Điều 1004 Bộ luật Dân sự Đức. Theo đó, người sử dụng lao động đã can dự vào quyền hiến định cơ bản của người lao động (Điều 1(1) và Điều 2(1) Hiến pháp Đức)¹⁸

¹⁴ Rüdiger Krause, tr. 122.

¹⁵ Bản án của Tòa Dân sự I thuộc Tòa Tư pháp liên bang, ngày 4/3/2004.

¹⁶ Abbo Junker, Grundkurs Arbeitsrecht (xuất bản lần thứ 13), Nxb. C.H. Beck, 2014, đoạn 148.

¹⁷ Bản án của Tòa V thuộc Tòa Lao động liên bang, ngày 6/6/1984; bản án của Tòa Lao động bang Baden-Württemberg (xử phúc thẩm); bản án của Tòa Lao động Stuttgart, ngày 3/12/1980 (xử sơ thẩm).

¹⁸ Về mối quan hệ giữa luật hiến pháp và luật lao động, xem: Franz Gamillscheg, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, Archiv für die civilistische Praxis, Số 164, 1964, tr. 385 - 445; Thilo Ramm, Grundrechte und Arbeitsrecht - Zur Verständigung über die Fragestellungen, Juristen Zeitung, Số 46, 1991, tr. 1 - 16...

thông qua bảng câu hỏi; vì vậy, người sử dụng lao động phải hủy bỏ sự can dự này nếu không còn bất kỳ các mối quan hệ lao động nào với người lao động¹⁹.

Trong trường hợp, nhiều ứng viên cùng nộp đơn cho một số vị trí nhất định, người sử dụng lao động phải tiến hành phỏng vấn trực tiếp một nhóm nhỏ. Các chi phí phát sinh cho việc phỏng vấn, kể cả các chi phí phát sinh đi lại và chỗ ở²⁰ cũng sẽ được chi trả bởi người sử dụng lao động, trên cơ sở áp dụng tương tự pháp luật đối với Điều 662 và 670 Bộ luật Dân sự Đức. Nếu người sử dụng lao động đã tuyên bố miễn trách về nghĩa vụ trả chi phí cho việc phỏng vấn, người sử dụng lao động được giải thoát khỏi nghĩa vụ này. Tuy nhiên, các Điều 280(1), 311(2) và 241(2) Bộ luật Dân sự Đức về nghĩa vụ tiền hợp đồng (*culpa in contrahendo*) cũng sẽ được áp dụng tương tự.

Trong trường hợp, người sử dụng lao động không thông tin cho người lao động về các điều kiện có thể chấm dứt quan hệ lao động trong tương lai, ví dụ như việc giải thể công ty²¹ hay các kế hoạch cắt giảm nhân sự quy mô lớn²² thì người sử dụng lao động phải bồi thường cho người lao động. Nếu người lao động từ bỏ công việc cũ vì được người sử dụng lao động hứa hẹn tuyển dụng, anh ta được kiện

yêu cầu bồi hoàn các tổn thất vật chất và tinh thần đã chịu nếu chứng minh được thiệt hại.

Chọn được một ứng viên phù hợp là điều rất quan trọng đối với người sử dụng lao động, vì ngoài các yếu tố về sự cẩn trọng và trung thành, người lao động phải thực sự làm được việc và mang lại nhiều đóng góp cho người sử dụng lao động. Để đảm bảo người sử dụng lao động có thể tối đa hóa lợi ích và tối thiểu hóa rủi ro của mình trong việc tuyển dụng những người lao động tiềm năng, thông tin về người lao động là yếu tố tối cần thiết. Có ba cấp độ thông tin²³: i) người lao động phải tự kê khai các thông tin có liên quan và tự chịu trách nhiệm; ii) người lao động ứng tuyển không cần kê khai thông tin liên quan, nhưng người sử dụng lao động có quyền hỏi một cách hợp lý (thông qua phỏng vấn và các bảng câu hỏi); iii) các thông tin người sử dụng lao động không được quyền hỏi.

Tính cân bằng giữa việc người sử dụng lao động thu thập, sử dụng thông tin của người lao động và việc được bảo mật thông tin của người lao động mang tính đối kháng một cách cơ bản²⁴. Quyền được bảo mật thông tin là một quyền nhân thân mang tính hiến định của người lao động, phải được pháp luật ưu tiên bảo vệ²⁵.

¹⁹ Rüdiger Krause, tr. 123.

²⁰ Bản án của Tòa V thuộc Tòa Lao động liên bang, ngày 29/6/1988; bản án của Tòa Lao động bang Baden-Württemberg, ngày 26/3/1987 (xử phúc thẩm); bản án của Tòa Lao động Lörrach, ngày 6/10/1986 (xử sơ thẩm).

²¹ Bản án của Tòa Lao động liên bang, ngày 26/5/1977; bản án của Tòa Lao động bang Hamburg, ngày 15/7/1976 (xử phúc thẩm); bản án của Tòa Lao động Hamburg, ngày 29/10/1975 (xử sơ thẩm).

²² Bản án của Tòa VIII thuộc Tòa Lao động liên bang, ngày 14/7/2005; bản án của Tòa Lao động bang München, ngày 13/1/2004 (xử phúc thẩm); bản án của Tòa Lao động München, ngày 4/4/2003 (xử sơ thẩm).

²³ Abbo Junker, tldd, đoạn 149 và tiếp theo.

²⁴ Rüdiger Krause, tr. 124 - 125.

²⁵ Bản án của Tòa Hiến pháp liên bang, ngày 15/12/1983.

Về nguyên tắc, người sử dụng lao động chỉ nên có quyền hỏi khi và chỉ khi người lao động có một sự bảo vệ lợi ích hợp pháp, công bằng và chính đáng khi trả lời các câu hỏi của người sử dụng lao động. Quyền nhân thân nói chung và các quyền riêng tư nói riêng của người sử dụng lao động sẽ chiếm ưu thế và được bảo vệ²⁶.

Người sử dụng lao động có thể hỏi các câu hỏi về chuyên môn nghề nghiệp của người lao động, mức lương, thu nhập từ công việc gần nhất cũng có thể là nội dung của các câu hỏi. Các câu hỏi về những vi phạm kỷ luật, vi phạm pháp luật trước đây cũng có thể được hỏi để đảm bảo rằng những sự vi phạm này không ảnh hưởng đến việc thực hiện quan hệ lao động sau khi thiết lập hợp đồng lao động. Ví dụ, một tài xế, dù không hẳn là một người lao động thuần túy, có thể bị hỏi là liệu rằng anh ta có vi phạm luật giao thông hay không? Nếu sự vi phạm trước đây không bị xử phạt bởi một giấy phạt của cảnh sát hay bị hủy bằng lái, ứng viên có thể giữ bí mật thông tin này. Tuy nhiên, những hành vi vi phạm pháp luật nghiêm trọng thì người lao động phải khai với người sử dụng lao động.

Người sử dụng lao động đôi khi cố gắng sử dụng các kênh khác nhau để thu thập thông tin của người lao động (từ người sử dụng lao động cũ hay từ internet). Người sử dụng lao động có thể dễ dàng thu thập thông tin của ứng viên thông qua nguồn mở nhưng có thể phải thông báo với bên thứ ba về sự đồng ý của ứng viên, và không

nên thu thập thông qua các kênh mạng xã hội mang tính cá nhân.

Từ góc độ kỹ thuật, những bài kiểm tra thái độ (kiểm tra tâm lý, xem chữ viết...) cũng phù hợp với quy định của pháp luật nếu người sử dụng lao động có các quyền và lý do chính đáng, trong khi người lao động đồng ý một cách rõ ràng với các quy trình này. Tuy vậy, những cuộc phỏng vấn kéo dài và quá áp lực cho người lao động thì bị xem là vi phạm quyền nhân thân nên không được pháp luật bảo hộ.

Các bài kiểm tra y tế cũng có thể được tiến hành nếu người lao động tự nguyện và nếu các nội dung kiểm tra liên quan đến yêu cầu của công việc được nêu một cách rõ ràng, riêng kiểm tra gen bị luật cấm²⁷.

2.2. Từ phía người lao động

Nhìn từ góc độ kinh tế học, trên thị trường lao động mỗi bên chịu trách nhiệm thu thập các thông tin mà mình cần để đánh giá cơ hội và rủi ro của việc giao kết hợp đồng. Do vậy, người lao động không có nghĩa vụ kê khai một cách tự nguyện các thông tin làm cho cơ hội được thuê hay vị trí đàm phán của mình bị giảm đi. Tuy nhiên, việc không cung cấp thông tin của người lao động không thể miễn trách nhiệm hoàn toàn vì việc này vẫn còn chịu sự điều chỉnh của những nguyên tắc của pháp luật hợp đồng về nghĩa vụ tiền hợp đồng²⁸.

Do vậy, người lao động có nghĩa vụ cung cấp thông tin liên quan và có khả năng ảnh hưởng xấu hoặc gây phương hại cho quan hệ lao động²⁹. Nếu người lao động

²⁶ Bản án của Tòa II thuộc Tòa Lao động liên bang, ngày 18/10/2000; bản án của Tòa Lao động bang Nürnberg, ngày 10/6/1999 (xử phúc thẩm); bản án của Tòa Lao động Nürnberg, ngày 26/11/1998 (xử sơ thẩm).

²⁷ Điều 19 Đạo luật Chẩn đoán gen.

²⁸ Các điều 311(2) và 241(2) Bộ luật Dân sự Đức.

²⁹ Bản án của Tòa Lao động liên bang, ngày 21/1/1991; bản án của Tòa Lao động bang Berlin, ngày 27/7/1990 (xử phúc thẩm); bản án của Tòa Lao động Berlin, ngày 28/3/1990 (xử sơ thẩm).

không thể thực hiện công việc³⁰ hay có khả năng bị ngồi tù³¹ mà không thông báo cho người sử dụng lao động thì không được pháp luật bảo vệ. Trường hợp ngoại lệ, câu hỏi về thai sản là không hợp lý và người sử dụng lao động không được hỏi. Vì vậy, nếu người lao động nữ không thông báo về việc mình sắp mang thai thì được miễn trách nhiệm³².

Khi người lao động nữ mang thai, người sử dụng lao động có nhiều lợi ích kinh tế bị ảnh hưởng khi phải trả một phần hay toàn bộ tiền lương cho người lao động. Tòa lao động liên bang ủng hộ quan niệm này³³, vấn đề chỉ là nhìn từ góc độ của Luật Bảo vệ người mẹ (Mutterschutzgesetz) thì phạm vi bảo vệ đến mức nào. Đầu những năm 1990, Tòa Công lý châu Âu tuyên bố rằng, sự từ chối thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng lao động vì thai sản chỉ có thể áp dụng cho phụ nữ và điều này là chính đáng³⁴. Tuy nhiên, nếu người lao động nữ có nguyện vọng ứng tuyển và làm việc và người sử dụng lao động không đồng ý thì có thể sẽ dẫn đến sự phân biệt đối xử³⁵, nhưng cũng cần có ngoại lệ là nếu sự

không đồng ý của người sử dụng lao động xuất phát từ mục đích bảo vệ sức khỏe của người lao động nữ và thai nhi³⁶. Tuy vậy, ngoại lệ trên sau đó đã không được Tòa Công lý châu Âu ủng hộ vì việc từ chối thuê người lao động vì lý do thai sản là một sự phân biệt đối xử ngay từ ban đầu và đây là một sự hạn chế quyền lao động của người lao động nữ³⁷.

Đặc biệt, có trường hợp một người lao động nữ trở lại làm việc sau khi nghỉ thai sản trong một thời gian theo thỏa thuận với người sử dụng lao động. Một ngày sau đó, người lao động nữ này nhận với người sử dụng lao động là mình lại mang thai. Mục đích của việc này là để tiếp tục nhận được những sự trợ cấp của người sử dụng lao động khi thai sản. Tòa Công lý châu Âu phán rằng, người sử dụng lao động phải tiếp tục cho người lao động nữ nghỉ thai sản vì nếu không sẽ tạo ra sự phân biệt và đối xử kém ưu đãi hơn giữa lao động nữ và lao động nam³⁸ ■

³⁰ Bản án của Tòa II thuộc Tòa Lao động liên bang, ngày 1/8/1985; bản án của Tòa Lao động bang München, ngày 22/12/1982 (xử phúc thẩm); bản án của Tòa Lao động Augsburg, ngày 17/2/1982 (xử sơ thẩm).

³¹ Bản án của Tòa I thuộc Tòa Lao động liên bang, ngày 12/1/1988; bản án của Tòa Lao động bang Baden-Württemberg, ngày 5/3/1986 (xử phúc thẩm); bản án của Tòa Lao động Heilbronn, ngày 15/8/1985 (xử sơ thẩm).

³² Bản án của Tòa II thuộc Tòa Lao động liên bang, ngày 6/2/2003; bản án của Tòa Lao động bang Sachsen, ngày 6/6/2001 (xử phúc thẩm); bản án của Tòa Lao động Leipzig, ngày 31/8/2000 (xử sơ thẩm).

³³ Bản án của Tòa Lao động liên bang, ngày 22/9/1961; bản án của Tòa Lao động bang Düsseldorf, ngày 9/3/1960 (xử phúc thẩm); bản án của Tòa Lao động Heilbronn, ngày 15/8/1985 (xử sơ thẩm).

³⁴ Tòa Công lý châu Âu, bản án số C-177/88, ngày 8/11/1990.

³⁵ Bản án của Tòa II thuộc Tòa Lao động liên bang, ngày 15/10/1992; bản án của Tòa Lao động bang Düsseldorf, ngày 1/4/1992 (xử phúc thẩm); bản án của Tòa Lao động Solingen, ngày 11/12/1991 (xử sơ thẩm).

³⁶ Bản án của Tòa II thuộc Tòa Lao động liên bang, ngày 1/7/1993; bản án của Tòa Lao động bang Baden-Württemberg, ngày 5/8/1992 (xử phúc thẩm); bản án của Tòa Lao động Reutlingen, ngày 7/4/1992 (xử sơ thẩm).

³⁷ Tòa Công lý Châu Âu, bản án số C-109/00, ngày 4/10/2001.

³⁸ Tòa Công lý châu Âu, bản án số I-2041, năm 2003.

PHÁP LUẬT VỀ ĐIỆN TOÁN Đám Mây TRONG THƯƠNG MẠI ĐIỆN TỬ Ở MỘT SỐ QUỐC GIA VÀ VIỆT NAM

Nguyễn Mai Linh*

Ngô Thị Hương Giang**

Nguyễn Quý Cảnh**

Nguyễn Phương Anh**

* Giảng viên Trường Đại học Luật Hà Nội

** Sinh viên Khóa 42 Trường Đại học Luật Hà Nội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Điện toán đám mây, thương mại điện tử, Luật An ninh mạng năm 2018.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 01/12/2020

Biên tập : 18/12/2020

Duyệt bài : 21/12/2020

Article Information:

Keywords: *Cloud computing, electronic commerce, Law on Cybersecurity of 2018.*

Article History:

Received : 01 Dec. 2020

Edited : 18 Dec. 2020

Approved : 21 Dec. 2020

Tóm tắt:

Cùng với sự phát triển của Internet, điện toán đám mây (cloud computing) ngày càng khẳng định vị trí của mình trong việc cung cấp cho người dùng một không gian mạng để lưu trữ dữ liệu cá nhân. Bên cạnh những lợi ích mà điện toán đám mây mang lại, còn tồn tại nhiều vấn đề pháp lý bất cập liên quan đến việc đảm bảo an toàn dữ liệu cá nhân cũng như thẩm quyền của các cơ quan nhà nước trong việc can thiệp, truy cập, kiểm soát các hoạt động liên quan đến dữ liệu. Trong phạm vi bài viết này, các tác giả phân tích các quy định của pháp luật điều chỉnh điện toán đám mây trong thương mại điện tử ở một số quốc gia như Hoa Kỳ, Trung Quốc và đưa ra một số gợi ý mở đối với Việt Nam.

Abstract:

With the development of the internet, cloud computing plays an important role in offering a massive pool as cyber space of resources and services for cloud users to utilize for storing and processing their data. Cloud computing brings many benefits, however, some legal issues which are insufficient such as the security of personal data and the rights of authorities in intervening, accessing and controlling activities related to data users. This article provides analysis of the provisions governing on cloud computing in electronic commerce in some countries such as the United States, China and also provides related recommendations for Viet Nam.

Điện toán đám mây (ĐTĐM) là mô hình dịch vụ cho phép người dùng truy cập tài nguyên điện toán dùng chung (mạng, server, lưu trữ, ứng dụng, dịch vụ) thông qua kết nối mạng một cách dễ dàng, mọi lúc mọi nơi, theo yêu cầu¹. Tài nguyên ĐTĐM có thể được thiết lập hoặc hủy bỏ nhanh chóng bởi người dùng mà không cần sự can thiệp của nhà cung cấp dịch vụ². Ở mô hình ĐTĐM,

mọi khả năng liên quan đến công nghệ thông tin (CNTT) đều được cung cấp dưới dạng các “dịch vụ”, cho phép người sử dụng truy cập các dịch vụ công nghệ từ một nhà cung cấp nào đó “trong đám mây” mà không cần phải có các kiến thức, kinh nghiệm về công nghệ đó, cũng như không cần quan tâm đến các cơ sở hạ tầng phục vụ công nghệ đó³. Nói tóm lại, ĐTĐM là một mô hình cung cấp tài

¹ Jansen.W. Grance.T, “Guidelines on security and privacy in public cloud computing”, NIST Special Publication 800-144, December 2011, <http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800-144/SP800-144.pdf>, truy cập ngày 15/11/2020.

² Johndavid Kerr, “Cloud computing: legal and privacy issues”, 2010, https://www.g-casa.com/conferences/vietnam/paper/JDK_CLOUDING_9_21_10_Paper-1%5B11%5D.pdf, truy cập ngày 15/11/2020.

³ <https://www.nist.gov/>, truy cập ngày 16/11/2020.

nguyên máy tính cho người dùng thông qua Internet.

1. Quy định của pháp luật về điện toán đám mây trong thương mại điện tử tại một số quốc gia

1.1. Hoa Kỳ

Hoa Kỳ là quốc gia tiên phong ứng dụng điện toán đám mây (ĐTĐM) trong thương mại điện tử (TMĐT) nói riêng cũng như trong công cuộc xây dựng chính phủ điện tử nói chung. Hoa Kỳ đã rất thành công trong nỗ lực ứng dụng ĐTĐM cho chính quyền liên bang. Pháp luật Hoa Kỳ tập trung quy định về quyền riêng tư và bảo mật dữ liệu, chia làm bốn mảng chính và có hơn 15 văn bản pháp luật điều chỉnh vấn đề này:

Thứ nhất, tiết lộ thông tin bắt buộc cho chính phủ

Cơ sở dữ liệu trên ĐTĐM có thể chịu các mức độ bảo vệ khác nhau tùy vào dạng thông tin mà nó lưu trữ. Tuy nhiên, theo Luật Đám mây của Hoa Kỳ (The Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act - CLOUD Act) 2018⁴, Chính phủ Hoa Kỳ có thể tiếp cận với các thông tin này. Theo đó, các cơ quan tình báo Hoa Kỳ có quyền truy cập vào dữ liệu được lưu trữ bởi các công ty Hoa Kỳ trong một số trường hợp nhất định dù nơi đặt

máy chủ chứa dữ liệu ở đâu. Quy định này đã đẩy lên mối lo ngại của EU khi Hoa Kỳ ngày càng giành quyền kiểm soát tất cả các thiết bị trong TMĐT⁵. Ngoài ra, các vấn đề liên quan đến tiết lộ thông tin bắt buộc cho Chính phủ còn được quy định cụ thể theo từng lĩnh vực khác nhau như: Luật về quyền riêng tư của truyền thông điện tử (The Electronic Communications Privacy Act - ECPA)⁶, Luật Truyền thông được lưu trữ (The Stored Communications Act - SCA)⁷, Luật Yêu nước⁸, Nguyên tắc Thực hành thông tin công bằng (fair information practice principles – FIPPs) của Ủy ban Thương mại liên bang Hoa Kỳ (Federal Trade Commission - FTC)⁹.

Thứ hai, bảo mật dữ liệu và thông báo vi phạm

Vấn đề bảo mật dữ liệu và thông báo vi phạm gồm các nội dung: “Làm thế nào để nhà cung cấp dịch vụ đám mây bảo vệ dữ liệu của khách hàng?”; “Làm thế nào để khách hàng có thể bảo mật được dữ liệu khi lưu trữ thông tin trên nền tảng ĐTĐM?” và “Làm thế nào để bảo vệ quyền đưa ra khiếu nại của khách hàng khi quyền bảo mật đám mây của họ bị xâm phạm?”¹⁰.

Ba vấn đề này đều được điều chỉnh bởi Luật Tăng cường an ninh mạng và Bảo vệ

⁴ H.R.4943 - CLOUD Act, 115th Congress (2017-2018), <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/4943/text>, truy cập ngày 12/11/2020.

⁵ <https://bnews.vn/sieu-quyen-luc-ve-dien-toan-dam-may-cua-my-khien-eu-lo-lang/165378.html>. Lý giải cho sự việc trên là bởi: Các thể nhân lớn ở EU như Deutsche Bank, Lufthansa, Orange, Renault, Volkswagen hay cả Bộ Y tế Pháp đều sử dụng các nền tảng cung cấp điện toán đám mây đến từ Hoa Kỳ như Google Cloud, Amazon Web Services, hay Microsoft.

⁶ Đạo luật này đưa ra các biện pháp bảo vệ người tiêu dùng chống lại quyền truy cập của Chính phủ vào thư điện toán và các dữ liệu điện toán khác do các bên (Ví dụ: Nhà cung cấp dịch vụ Internet) nắm giữ.

⁷ Đạo luật này đề cập đến việc tiết lộ thông tin tự nguyện và bắt buộc liên quan đến hồ sơ giao dịch và truyền thông điện tử được lưu trữ do các nhà cung cấp dịch vụ internet hoặc bên thứ ba nắm giữ; <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/part-I/chapter-121>.

⁸ Đạo luật được ban hành vào năm 2001 và được sửa đổi vào năm 2005 bao gồm các điều khoản cho phép FBI truy cập vào hồ sơ kinh doanh bằng cách buộc các nhà cung cấp đám mây cung cấp hồ sơ.

⁹ Các nguyên tắc này đề cập đến việc thu thập, sử dụng thông tin cá nhân, chất lượng dữ liệu, bảo mật, tính minh bạch,... làm cơ sở cho nhiều khuyến nghị về quyền riêng tư mà các cơ quan liên bang đưa ra.

¹⁰ Gopi Tatapudi, *Cloud Computing And Privacy Regulations: An Exploratory Study On Issues And Implications*, https://www.researchgate.net/publication/266870158_Cloud_Computing_And_Privacy_Regulations_An_Exploratory_Study_On_Issues_And_Implications.

dữ liệu người tiêu dùng năm 2006. Theo đó, Luật quy định: (1) Cấm truy cập hoặc điều khiển từ xa một máy tính được bảo vệ mà không được phép lấy thông tin; (2) Mở rộng phạm vi “máy tính được bảo vệ”, gồm cả các máy tính liên quan đến các vấn đề về TMĐT hoặc liên lạc giữa các tiểu bang cũng như là nước ngoài; (3) Mở rộng định nghĩa về “lừa đảo”, bao gồm lừa đảo trên môi trường máy tính; (4) Xác định tội tống tiền, đe dọa quyền truy cập mà không được phép (hoặc vượt quá quyền truy cập được phép của) dữ liệu lưu trữ; (5) Áp dụng hình phạt hình sự đối với âm mưu lừa đảo trên môi trường máy tính; (6) Phạt tiền hoặc phạt tù nếu không thông báo cho cơ quan mật vụ Hoa Kỳ hoặc Cục Điều tra liên bang (FBI) về một vi phạm an ninh lớn trong hệ thống máy tính, với mục đích cản trở cuộc điều tra về vi phạm đó, nếu vi phạm đó gây ra nguy cơ đánh cắp thông tin đáng kể¹¹.

Ngoài ra, còn có các văn bản pháp luật điều chỉnh từng lĩnh vực cụ thể như: Luật Quyền riêng tư và Quyền giáo dục gia đình (The Family Education Rights and Privacy Act - FERPA); Luật Gramm-Leach Bliley (The Gramm Leach Bliley Act - GLBA); Luật Trách nhiệm giải trình và Cung cấp bảo hiểm y tế (The Health Insurance Portability and Accountability Act - HIPAA)¹².

Thứ ba, khả năng truy cập, truyền và lưu trữ dữ liệu

Khi sử dụng dịch vụ ĐTĐM, các dữ liệu mà khách hàng đăng tải lên không đơn thuần như việc vận chuyển các đối tượng thông thường mà việc truy cập, truyền tải hay lưu

trữ dữ liệu của họ trên môi trường không gian mạng phải tuân thủ theo những quy định cụ thể của chính quyền Hoa Kỳ. Liên quan đến vấn đề này, Hoa Kỳ đã ban hành các văn bản như: Luật Tự do thông tin (FOIA); Dữ liệu ngành thẻ thanh toán; Tiêu chuẩn bảo mật (PCIDSS); Quy tắc thực hành thông tin công bằng của FTC¹³. Theo đó, trong quan hệ giữa nhà cung ứng và người sử dụng dịch vụ ĐTĐM, cần phải làm rõ quyền của các công ty và người tiêu dùng trong việc truy cập vào dữ liệu trên nền tảng ĐTĐM, cũng như các quyền liên quan đến xử lý dữ liệu trên nền tảng ĐTĐM bởi nhà cung cấp dịch vụ. Ví dụ, Quy tắc thực hành thông tin công bằng của FTC quy định nhà cung cấp dịch vụ ĐTĐM sẽ phải tuân theo các chế tài FTC khi lưu trữ thông tin người tiêu dùng trên đám mây nếu họ không làm đúng như công bố của mình với người tiêu dùng về vị trí và cách thức lưu trữ và bảo mật thông tin.

Thứ tư, quyền tài phán liên quan đến địa điểm lưu trữ dữ liệu

Các quy định chủ yếu liên quan đến việc xác định quyền tài phán liên quan tới các văn bản pháp luật như: Tiêu chuẩn bảo mật thẻ thanh toán (PCIDSS), Luật Sarbanes-Oxley; Quy định của NARA (Mục 36 của Bộ luật quy định liên bang) và Thực hành thông tin công bằng của FTC¹⁴. Theo đó, những quy định trong các văn bản pháp luật này sẽ xác định các tranh chấp thương mại điện tử được giải quyết theo pháp luật tiểu bang nơi đặt cơ sở máy chủ, nơi nhà cung cấp dịch vụ ĐTĐM đặt trụ sở hay nơi cư trú của khách hàng sử dụng dịch vụ đó.

¹¹ <https://www.congress.gov/bill/109th-congress/house-bill/5318/summary/00>, truy cập ngày 12/11/2020.

¹² HoganLovells, *Cloud Computing: A Primer on Legal Issues, Including Privacy and Data Security*., 2010, http://www.cisco.com/web/about/doing_business/legal/privacy_compliance/docs/CloudPrimer.pdf, truy cập ngày 12/11/2020.

¹³ Jansen.W. Grance.T, *Guidelines on security and privacy in public cloud computing*, NIST Special Publication 800-144, December 2011, <http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800-144/SP800-144.pdf>, truy cập ngày 15/11/2020.

¹⁴ Jansen.W. Grance.T, “*Guidelines on security and privacy in public cloud computing*”, NIST Special Publication 800-144, December 2011, <http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800-144/SP800-144.pdf>, truy cập ngày 15/11/2020.

1.2. Trung Quốc

Thực tế phát triển của TMDT nói chung và ĐTĐM nói riêng đòi hỏi Chính phủ Trung Quốc có những chính sách phù hợp với sự phát triển của khoa học công nghệ, đồng thời tạo ra một môi trường pháp lý công bằng cho sự phát triển đó. Cho đến nay, Trung Quốc vẫn chưa có khung pháp lý đồng bộ điều chỉnh các vấn đề pháp lý liên quan đến ĐTĐM.

Thứ nhất, nghĩa vụ thông báo thông tin người dùng cho Chính phủ

Ở Trung Quốc, các quyền đối với dữ liệu cá nhân được coi là quyền con người, nghĩa là quyền của một cá nhân đối với dữ liệu cá nhân của họ sẽ không bị can thiệp bởi cơ quan có thẩm quyền của Chính phủ Trung Quốc - có tư cách là cơ quan kiểm soát dữ liệu lớn nhất, thu thập, xử lý, lưu và sử dụng thông tin cá nhân¹⁵. Mặc dù Hiến pháp Trung Quốc hạn chế quyền tiếp cận đối với dữ liệu người dùng, nhưng một số quy định của pháp luật đã vượt ra ngoài giới hạn này. Ví dụ, Điều 25 Luật Thương mại điện tử năm 2019¹⁶ cho phép Chính phủ yêu cầu các nhà khai thác TMDT cung cấp dữ liệu thương mại điện tử, bao gồm thông tin cá nhân, quyền riêng tư và bí mật kinh doanh và các nhà khai thác TMDT không thể từ chối yêu cầu cung cấp thông tin của Chính phủ¹⁷. Trên thực tế, Chính phủ Trung Quốc vẫn là cơ quan kiểm soát tối cao vì họ kiểm soát các kết

nối Internet giữa lãnh thổ của mình và thế giới bên ngoài¹⁸, bằng việc sử dụng một phần mềm riêng Wechat¹⁹.

Thứ hai, bảo vệ thông tin người dùng

Các yêu cầu về bảo vệ thông tin người dùng được quy định tại Luật An ninh mạng Trung Quốc (2017)²⁰; theo đó, các nhà cung cấp sản phẩm và dịch vụ mạng thu thập thông tin người dùng có nghĩa vụ thông báo cho người dùng và phải nhận được sự đồng ý của họ. Theo quy định của Luật, thông tin cá nhân và các dữ liệu quan trọng được các nhà khai thác thông tin thu thập phải được lưu trữ trong nước; nghĩa là, các công ty nước ngoài muốn khai thác thông tin phải lắp đặt máy chủ tại Trung Quốc. Tuy nhiên, Luật cũng quy định một trường hợp ngoại lệ là thông tin có thể được cung cấp nếu sau khi xử lý không có cách nào để xác định danh tính một cá nhân cụ thể (nghĩa là không thể nhận được “sự đồng ý” từ phía người dùng)²¹.

Bên cạnh đó, người dùng có quyền yêu cầu đặt câu hỏi để xem xét tính đúng đắn về hành vi cũng như yêu cầu bên cung ứng dịch vụ xóa thông tin của mình trong trường hợp thông tin không chính xác hoặc được sử dụng cho mục đích không được thỏa thuận. Ngoài ra, trộm cắp và việc bán bất hợp pháp dữ liệu cá nhân đã được hình sự hóa ở Trung Quốc²². Những hình phạt vi phạm này khắc nghiệt

¹⁵ Zhang Xinbao, *From Privacy to Personal Information: The Theory and System to Re-balance Interest*, 3 *Zhongguo Faxue* (China Legal Sci.) 38, 39 (2015).

¹⁶ Luật Thương mại điện tử Trung Quốc năm 2019, <https://npcobserver.com/legislation/e-commerce-law/>.

¹⁷ Điều 25, Luật Thương mại điện tử Trung Quốc năm 2019, <https://npcobserver.com/legislation/e-commerce-law/>.

¹⁸ Samuel Woodhams, *The Rise of Internet Sovereignty and the End of the World Wide Web?*, *Globe Post* (Apr. 23, 2019), <https://theglobepost.com/2019/04/23/internet-sovereignty/>, truy cập ngày 12/11/2020.

¹⁹ WeChat Shares Consumer Data With Chinese Government, *PYMNTS* (September 25, 2017), <https://www.pymnts.com/safety-and-security/2017/wechat-hands-over-user-data-to-chinese-government-amid-privacy-concerns/>.

²⁰ Luật An ninh mạng Trung Quốc năm 2017, <https://www.newamerica.org/cybersecurity-initiative/digichina/blog/translation-cybersecurity-law-peoples-republic-china/>.

²¹ Điều 42, Luật An ninh mạng Trung Quốc năm 2017, <https://www.newamerica.org/cybersecurity-initiative/digichina/blog/translation-cybersecurity-law-peoples-republic-china/>.

²² Samuel Yang, *The New China Cybersecurity Law Why Companies Should Care But Not Panic?*, *Anjie Law Firm* (Nov. 14, 2016), <http://en.anjielaw.com/downloadRepository/28473463-0ae9-4768-8e77-2051e73d3434.pdf>, truy cập ngày 12/11/2020.

hơn nhiều so với những hình phạt trước đây như cảnh cáo, ra lệnh sửa chữa, phạt tiền lên đến 1 triệu NDT, thậm chí là giam giữ đối với cá nhân có hành vi vi phạm²³.

Thứ ba, bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ

Theo quy định của Luật Thương mại điện tử năm 2019, nếu chủ sở hữu của quyền sở hữu trí tuệ (SHTT) cho rằng nhà điều hành trên nền tảng (an operator on platform) đã vi phạm quyền SHTT của mình có thể thông báo cho nhà điều hành nền tảng đó (platform operator) và yêu cầu chủ thể thực hiện các biện pháp sơ bộ cần thiết (preliminary measures), chẳng hạn như xóa hoặc sàng lọc thông tin về vi phạm bị cáo buộc, ngắt kết nối các trang web liên quan hoặc chấm dứt giao dịch hoặc dịch vụ. Nếu nhà điều hành nền tảng không kịp thời thực hiện các biện pháp sơ bộ cần thiết khi nhận được thông báo, thì nhà điều hành trên nền tảng đó phải chịu trách nhiệm về các thiệt hại bổ sung và có thể bị phạt tiền từ 50.000 NDT đến 2 triệu NDT²⁴.

Tuy nhiên, trên thực tiễn, việc áp dụng những quy định này còn gặp nhiều hạn chế, chẳng hạn như dữ liệu người dùng có thể được coi là quyền tác giả trong bối cảnh bảo hộ quyền SHTT hay không, phải đáp ứng được những điều kiện nào để được coi là tác phẩm gốc, nhãn hiệu hoặc bằng sáng chế. Trong vụ tranh chấp *Shanghai Hantao Information Consultation Co. vs. Aibang Juxin (Beijing) Technology Co*²⁵, Tòa án nhân dân Bắc Kinh cho rằng nếu một nhận xét của người dùng cung cấp thể hiện suy nghĩ, tính cách ban đầu của họ, cảm xúc và trải nghiệm, nhận xét này sẽ được coi là một tác phẩm theo Luật Bản quyền của Trung Quốc. Tuy nhiên, trong

trường hợp này, nguyên đơn đã không chứng minh được rằng mọi nhận xét trên nền tảng của mình đều đáp ứng yêu cầu về tính độc đáo và sáng tạo để được coi là tác phẩm theo Luật Bản quyền của Trung Quốc. Như vậy, rất khó để có thể chứng minh cho việc bảo hộ quyền tác giả trừ khi có đủ sự sáng tạo trong việc phát triển cơ sở dữ liệu thông tin thực tế²⁶.

Nhìn chung, pháp luật về ĐTĐM của Trung Quốc và Hoa Kỳ có những điểm chung sau đây:

Một là, Chính phủ vẫn luôn là chủ thể nắm quyền kiểm soát đối với thông tin người dùng; *hai là*, chủ thể có hành vi xâm phạm đến dữ liệu người dùng không chỉ phải chịu xử lý vi phạm hành chính mà còn có thể chịu trách nhiệm hình sự; *ba là*, việc áp dụng quy định về quyền SHTT vẫn gặp nhiều khó khăn trong thực tế.

2. Pháp luật về điện toán đám mây trong thương mại điện tử ở Việt Nam

Ở Việt Nam, thuật ngữ “điện toán đám mây” ra đời giữa năm 2007 cũng không phải để nói về một phong trào mới, mà để tổng hợp lại các hướng đi của cơ sở hạ tầng thông tin vốn đã và đang diễn ra từ mấy năm qua. ĐTĐM là một giải pháp toàn diện cung cấp CNTT như một dịch vụ. Nó là một giải pháp điện toán thông qua Internet cung cấp tài nguyên chia sẻ tại máy chủ cho người sử dụng. Các máy tính trong các đám mây được cấu hình để làm việc cùng nhau và các ứng dụng khác nhau sử dụng sức mạnh điện toán tập hợp như chúng đang chạy trên một hệ thống duy nhất. Thuật ngữ “điện toán đám mây”

²³ Đoạn 3, Điều 64, Luật An ninh mạng Trung Quốc, <https://www.newamerica.org/cybersecurity-initiative/digichina/blog/translation-cybersecurity-law-peoples-republic-china/>.

²⁴ Điều 42, Điều 45, Điều 84 Luật Thương mại điện tử Trung Quốc năm 2019, <https://npcobserver.com/legislation/e-commerce-law/>.

²⁵ *Shanghai Hantao Information Consultation Co. v. Aibang Juxin (Beijing) Technology Co.*, 2010, Hai Min Chu Zi no. 4253 (Beijing Haidian People’s Ct. 2010), China.

²⁶ *Feist Publ’ns, Inc. v. Rural Telephone Serv. Co.*, 499 U.S. 340, 363 (1991), Tòa cho rằng, để một cá nhân có thể được bảo hộ quyền tác giả đối với dữ liệu cá nhân của mình khi và chỉ khi đáp ứng đủ điều kiện về tính sáng tạo trong việc phát triển cơ sở dữ liệu đó trên nền tảng thực tế.

được định nghĩa tại điểm d khoản 5 Điều 2 Luật An ninh mạng Việt Nam 2018²⁷. Theo đó, ĐTĐM được xem là một trong các cơ sở hạ tầng CNTT không gian mạng quốc gia, là nền tảng cung cấp hệ thống cơ sở vật chất, kỹ thuật để tạo lập, truyền đưa, thu thập, xử lý, lưu trữ và trao đổi thông tin trên không gian mạng. Về cơ bản, cách tiếp cận về ĐTĐM của Việt Nam giống với những quan điểm của các nhà nghiên cứu đã đưa ra trước đó, là mô hình dịch vụ cung cấp cho người dùng một khoảng không gian rộng lớn cho phép họ có thể lưu trữ, truyền tải thông tin cá nhân. Pháp luật Việt Nam không đưa ra một khái niệm mới về ĐTĐM. Đây có thể được coi là một sự tiếp thu kinh nghiệm từ các quốc gia trên thế giới - đặc biệt là Hoa Kỳ - nơi khởi nguồn phát triển của ĐTĐM.

Các vấn đề pháp lý về ĐTĐM trong TMĐT được điều chỉnh bởi một số văn bản pháp luật như: Luật An ninh mạng, Luật Giao dịch điện tử, Luật An toàn thông tin mạng, Luật Công nghệ thông tin, Luật Bảo vệ quyền lợi Người tiêu dùng... và các văn bản hướng dẫn thi hành, cụ thể như sau:

Thứ nhất, bảo mật thông tin cá nhân

Trong bối cảnh TMĐT nói chung và ĐTĐM nói riêng được dự đoán sẽ bùng nổ trong thời gian tới, việc bảo mật thông tin cá nhân của người sử dụng là một vấn đề cần được quan tâm. Hiến pháp năm 2013 đã hiến định quyền bảo vệ thông tin bí mật cá nhân²⁸. Sau đó, quyền này được cụ thể

hóa trong các văn bản pháp luật chuyên ngành như: Bộ Luật Dân sự 2015²⁹; Luật An toàn thông tin mạng năm 2015 đưa các nguyên tắc bảo vệ quyền về sự riêng tư dữ liệu, quy định về thu thập, sử dụng, sửa đổi, xóa thông tin cá nhân cùng với trách nhiệm của Chính phủ trong việc bảo vệ dữ liệu riêng tư, yêu cầu sự đồng ý của chủ sở hữu trước khi xử lý thông tin cá nhân (bao gồm thu thập, chỉnh sửa, sử dụng, lưu trữ, cung cấp, chia sẻ hoặc lan truyền), đồng thời quy định tổ chức, cá nhân xử lý thông tin cá nhân có trách nhiệm bảo mật thông tin và phải công bố chính sách sử dụng và bảo vệ thông tin được xử lý³⁰; Luật An ninh mạng năm 2018 yêu cầu các doanh nghiệp cung cấp dịch vụ trên không gian mạng tại Việt Nam phải thông báo trực tiếp cho người dùng nếu dữ liệu của họ bị vi phạm, bị hư hỏng hoặc bị mất³¹.... Bên cạnh đó, pháp luật Việt Nam cũng quy định cụ thể về chế tài để xử lý những hành vi xâm phạm đến dữ liệu cá nhân, ví dụ, Bộ luật Hình sự năm 2015³² sự quy định về “*Tội đưa hoặc sử dụng trái phép thông tin trên mạng máy tính, viễn thông*”.

Thứ hai, bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ

Việt Nam đã ban hành rất nhiều văn bản luật, nghị định, thông tư điều chỉnh về vấn đề bảo vệ quyền SHTT như Luật SHTT năm 2009, Nghị định số 99/2013/NĐ-CP quy định xử lý vi phạm xâm phạm quyền trên Internet³³, Nghị định số 28/2017/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định

²⁷ Khoản 5 Điều 2 Luật An ninh mạng năm 2018.

²⁸ Điều 21 Hiến Pháp năm 2013 quy định: “1. Mọi người có quyền bất khả xâm phạm về đời sống riêng tư, bí mật cá nhân và bí mật gia đình; có quyền bảo vệ danh dự, uy tín của mình. Thông tin về đời sống riêng tư, bí mật cá nhân, bí mật gia đình được pháp luật bảo đảm an toàn. 2. Mọi người có quyền bí mật thư tín, điện thoại, điện tín và các hình thức trao đổi thông tin riêng tư khác. Không ai được bóc mở, kiểm soát, thu giữ trái luật thư tín, điện thoại, điện tín và các hình thức trao đổi thông tin riêng tư của người khác”.

²⁹ Khoản 1 Điều 38 Bộ luật Dân sự năm 2015: “1. Đời sống riêng tư, bí mật cá nhân, bí mật gia đình là bất khả xâm phạm và được pháp luật bảo vệ”.

³⁰ Điều 8 Luật An toàn thông tin mạng năm 2015.

³¹ Điều 41 Luật An ninh mạng năm 2018.

³² Điều 159, Điều 288 Bộ luật Hình sự năm 2015.

³³ Điều 10 Nghị định số 99/2013/NĐ-CP quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực sở hữu công nghiệp.

số 131/2013/NĐ-CP quy định về xử phạt vi phạm hành chính về quyền tác giả và quyền liên quan,... Đặc biệt, Luật SHTT năm 2009 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2019³⁴ cùng với các văn bản khác có liên quan đã chú trọng hơn đến vấn đề SHTT trong môi trường TMĐT.

Ngoài các quy định của pháp luật, ở Việt Nam, bảo hộ quyền SHTT còn được điều chỉnh bởi các điều ước quốc tế đa phương, song phương mà Việt Nam là thành viên trong lĩnh vực này như: Hiệp định TRIPS, Hiệp định giữa Việt Nam và Hoa Kỳ về thiết lập quan hệ quyền tác giả năm 1997; Hiệp định giữa Việt Nam và Thụy Sĩ về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ và hợp tác trong lĩnh vực sở hữu trí tuệ năm 1999...

Pháp luật dù có quy định cụ thể đến đâu nhưng trên thực tế, khi áp dụng vẫn còn tồn tại nhiều điểm hạn chế và pháp luật về ĐTDM trong TMĐT của Việt Nam cũng vậy. Nhằm tiếp tục hoàn thiện pháp luật về ĐTDM trong TMĐT của Việt Nam, trên cơ sở kinh nghiệm của Hoa Kỳ và Trung Quốc, chúng tôi đề xuất một số giải pháp sau đây:

Một là, về bảo mật thông tin cá nhân

Thực tế, trong thời gian qua, việc tự bảo vệ thông tin cá nhân của mình còn rất hạn chế. Những vụ việc các công ty, người sử dụng Việt Nam bị các hacker tấn công gây tổn thất về kinh tế và tinh thần nghiêm trọng diễn ra khá phổ biến. Chính vì vậy, trong thời gian tới, công tác tuyên truyền, nâng cao ý thức bảo vệ thông tin cá nhân, bí mật cá nhân cần được đẩy mạnh, trang bị kiến thức và giúp họ chủ động bảo vệ thông tin của mình. Đồng thời, các cơ quan có thẩm quyền cần có biện pháp chủ động bảo vệ thông tin bí mật cá nhân trong kỷ nguyên công nghệ số.

Hai là, về quyền sở hữu trí tuệ

Để thực thi quyền SHTT một cách hiệu quả, pháp luật SHTT Việt Nam cần có các

quy định về quyền tác giả, quyền liên quan trong môi trường Internet; bổ sung quy định nhằm minh bạch hóa thông tin trên các website TMĐT, tăng cường trách nhiệm đối tượng tham gia giao dịch TMĐT. Bên cạnh các giải pháp pháp lý và công nghệ, cần tiếp tục nâng cao năng lực cho các cơ quan thực thi và tuyên truyền rộng rãi đến người sử dụng các quy định của pháp luật SHTT để nâng cao ý thức bảo vệ quyền từ phía người sử dụng. Các chủ thể có quyền cần áp dụng các biện pháp công nghệ để bảo vệ quyền của mình và chủ động trong việc yêu cầu xử lý xâm phạm khi có hành vi xâm phạm quyền của mình.

Ba là, xây dựng khung pháp lý về ĐTDM

Theo xu hướng chung của thế giới, Chính phủ cần xây dựng một khung pháp lý chung nhất điều chỉnh về ĐTDM để làm nền tảng cho quan hệ pháp lý với khách hàng. Các quy định này cần có mối liên hệ mật thiết với quá trình đàm phán, soạn thảo hợp đồng cung ứng dịch vụ ĐTDM giữa nhà cung ứng dịch vụ và khách hàng. Đó có thể là những quy định cơ bản liên quan đến quá trình đánh giá, đàm phán hợp đồng, những quy định về lựa chọn hợp đồng mẫu hoặc cũng có thể là những quy định kết hợp giữa hai hình thức trên. Bởi bản chất của ĐTDM khá phức tạp so với dịch vụ Internet truyền thống nên các điều khoản hợp đồng mẫu có thể được các bên xem xét và tiếp tục đàm phán để đạt được một thỏa thuận phù hợp nhất với nguyện vọng của các bên. Theo đó, những điều khoản cần đặc biệt chú ý liên quan đến thông báo vi phạm; truy cập, truyền tải dữ liệu và lưu trữ dữ liệu; cũng như các quy định về kiểm soát dữ liệu trên nền tảng ĐTDM. Ngoài ra, văn bản cũng có thể bao gồm những nội dung về quyền riêng tư, bảo vệ dữ liệu cá nhân, bảo vệ thông tin người dùng trong TMĐT nói chung và ĐTDM nói riêng ■

³⁴ Luật số 42/2019/QH14 ngày 14 tháng 6 năm 2019 của Quốc hội sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Kinh doanh bảo hiểm, Luật Sở hữu trí tuệ, có hiệu lực kể từ ngày 01 tháng 11 năm 2019.

QUỸ ĐẦU TƯ PHÁT TRIỂN ĐỊA PHƯƠNG

Phạm Tuấn Kiệt*

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

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Quỹ đầu tư, Quỹ đầu tư phát triển địa phương, Quỹ đầu tư tài chính nhà nước ngoài ngân sách.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 29/12/2020
Biên tập : 19/01/2021
Duyệt bài : 03/02/2021

Article Information:

Keywords: Local development investment funds, off-budget financial funds, state financial investment.

Article History:

Received : 29 Dec. 2020
Edited : 19 Jan. 2021
Approved : 03 Feb. 2021

Tóm tắt:

Hệ thống Quỹ đầu tư phát triển địa phương góp phần không nhỏ vào việc tạo ra cơ hội tiếp cận nguồn vốn giá rẻ cho các doanh nghiệp đầu tư tại địa phương cụ thể, cải thiện bộ mặt đô thị bằng những dự án được ưu tiên đầu tư, thúc đẩy phát triển các tổ chức kinh tế. Nghị định số 147/2020/NĐ-CP ngày 18/12/2020 của Chính phủ về tổ chức và hoạt động của Quỹ đầu tư có nhiều điểm tích cực, linh hoạt và khá rõ ràng đã tạo hành lang pháp lý cho các Quỹ đầu tư hoạt động. Tuy nhiên, một số quy định của Nghị định này cần được tiếp tục làm rõ nhằm tạo cơ sở cho các Quỹ đầu tư hoạt động có hiệu quả

Abstract:

The legal framework on local development investment funds was enacted in 2007 and was revised once in 2013. Most recently, the Government has issued a new Decree on the organization and operation of the funds with regulations on inheritance and development. However, a number of provisions of this Decree need to be further reviewed and further improved so that it is to establish the proper legal ground for investment funds to operate effectively

1. Địa vị pháp lý của Quỹ đầu tư phát triển địa phương

1.1. Khái quát Quỹ đầu tư phát triển địa phương

Theo quy định của Nghị định số 138/2007/NĐ-CP ngày 28/8/2007 của Chính phủ về tổ chức và hoạt động của Quỹ đầu tư đầu tư phát triển địa phương (Quỹ đầu tư) (Nghị định số 138)¹, Nghị định số 37/2013/NĐ-CP ngày

22/4/2013 của Chính phủ sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 138/2007/NĐ-CP ngày 28/8/2007 (Nghị định số 37), Quỹ đầu tư là tổ chức tài chính nhà nước thực hiện chức năng đầu tư tài chính và đầu tư phát triển. Khoản 1 Điều 3 Nghị định số 147/2020/NĐ-CP ngày 18/12/2020 của Chính phủ về tổ chức và hoạt động của Quỹ đầu tư (Nghị định số 147), có hiệu lực thi hành từ ngày

¹ Quỹ đầu tư phát triển địa phương đã phát huy được vai trò là công cụ để thúc đẩy phát triển kinh tế, xã hội tại các địa phương thời gian qua. Theo Tờ trình của Bộ Tài chính về việc ban hành mới các quy định về tổ chức và hoạt động của Quỹ đầu tư, đến nay có 44 địa phương thành lập Quỹ đầu tư với mục tiêu huy động các nguồn vốn trung và dài hạn để thực hiện cho vay, đầu tư trực tiếp các dự án trong lĩnh vực cơ sở hạ tầng kinh tế - xã hội tại địa phương. “Đề xuất về tổ chức và hoạt động của Quỹ đầu tư phát triển địa phương”, Báo điện tử Chính phủ, <http://baochinhphu.vn/Chinh-sach-moi/De-xuat-ve-to-chuc-va-hoat-dong-cua-Quy-dau-tu-phat-trien-dia-phuong/387013.vgp>, truy cập ngày 25/12/2020.

05/02/2021, quy định: “Quỹ đầu tư là Quỹ đầu tư tài chính nhà nước ngoài ngân sách do Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương (UBND cấp tỉnh) thành lập, hoạt động không vì mục tiêu lợi nhuận, bảo toàn và phát triển vốn; thực hiện chức năng cho vay và đầu tư tại địa phương theo quy định tại Nghị định này. UBND cấp tỉnh thực hiện chức năng đại diện chủ sở hữu nhà nước đối với Quỹ”. Quy định này về Quỹ đầu tư là khá rõ ràng và tương thích hơn với Luật Ngân sách nhà nước năm 2015. Theo đó, khoản 19 Điều 14 Luật quy định: “Quỹ đầu tư tài chính nhà nước ngoài ngân sách là Quỹ đầu tư do cơ quan có thẩm quyền quyết định thành lập, hoạt động độc lập với ngân sách nhà nước, nguồn thu, nhiệm vụ chi của Quỹ đầu tư để thực hiện các nhiệm vụ theo quy định của pháp luật”.

1.2. Điều kiện thành lập và giải thể

Theo quy định của Nghị định số 147, mức vốn điều lệ tối thiểu để thành lập Quỹ đầu tư không thấp hơn 300 tỷ đồng (theo các quy định trước đây, vốn điều lệ chỉ cần tối thiểu 100 tỷ đồng). Trường hợp không đáp ứng yêu cầu về vốn, trong thời hạn 03 năm kể từ ngày Nghị định số 147 có hiệu lực, Quỹ đầu tư sẽ bị giải thể.

Điều 43 Nghị định số 147/2020/NĐ-CP còn quy định các trường hợp giải thể Quỹ đầu tư. Theo đó, một Quỹ đầu tư không đáp ứng yêu cầu về vốn điều lệ, hoặc bị đánh giá không hoàn thành nhiệm vụ và có tỷ lệ giá trị dư nợ cho vay và đầu tư (không bao gồm các khoản nhận ủy thác cho vay) trên vốn chủ sở hữu thấp hơn 20% trong 05 năm liên tiếp, hoặc có tỷ lệ nợ xấu trên tổng dư nợ cho vay cao hơn 50% hoặc tỷ lệ các khoản nợ phải thu khó đòi trên tổng số vốn đầu tư cao hơn 80% và lũy kế chênh lệch thu - chi âm lớn hơn hoặc bằng 75% số vốn điều lệ thực có của Quỹ đầu tư trong 05 năm liên tiếp, hoặc các trường hợp Quỹ đầu tư hoạt động không hiệu quả hoặc không cần thiết phải duy trì Quỹ đầu tư theo đánh giá của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh đều có khả năng bị giải thể. Quy định này nhằm

nâng cao trách nhiệm của Quỹ đầu tư và của địa phương có Quỹ đầu tư đang hoạt động. Tuy nhiên, quy định trên chỉ nêu các trường hợp giải thể một Quỹ đầu tư mà chưa có biện pháp can thiệp sớm nhằm khôi phục các Quỹ đầu tư trước nguy cơ bị giải thể. Nếu so sánh với Luật Các tổ chức tín dụng thì một tổ chức tín dụng có khả năng được áp dụng biện pháp can thiệp sớm hoặc kiểm soát đặc biệt trước khi thực hiện thủ tục phá sản.

1.3. Tổ chức bộ máy quản lý và điều hành

So sánh với Nghị định số 138 và Nghị định số 37 thì cơ cấu tổ chức của Quỹ đầu tư không có sự thay đổi. Cụ thể, cơ cấu tổ chức của Quỹ đầu tư gồm có Hội đồng quản lý, Ban kiểm soát và Ban điều hành. Trong đó, Ban quản lý điều hành bao gồm Giám đốc Quỹ, các Phó Giám đốc Quỹ, Kế toán trưởng và bộ máy giúp việc. Nghị định số 147 quy định chi tiết, Giám đốc Quỹ đầu tư có thể kiêm Phó Chủ tịch hoặc thành viên Hội đồng quản lý Quỹ. Quy định này kế thừa Thông tư số 42/2014/TT-BTC ngày 08/4/2014 của Bộ Tài chính ban hành Điều lệ mẫu áp dụng cho các Quỹ đầu tư (Thông tư số 42). Ngoài ra, trừ Giám đốc Quỹ đầu tư có thể kiêm nhiệm Phó Chủ tịch Hội đồng quản lý hoặc thành viên Hội đồng quản lý thì các thành viên khác của Hội đồng quản lý không được kiêm nhiệm bất kỳ chức vụ quản lý khác tại Quỹ đầu tư.

Khoản 2 Điều 12 Nghị định số 147 quy định, Giám đốc Quỹ đầu tư do UBND cấp tỉnh quyết định việc quy hoạch, bổ nhiệm, bổ nhiệm lại, từ chức, miễn nhiệm, điều động, luân chuyển, khen thưởng, kỷ luật, thôi việc, nghỉ hưu. Tuy nhiên, Nghị định đề nghị việc bổ nhiệm chức danh Phó Giám đốc và Kế toán trưởng Quỹ đầu tư. Theo quy định của Nghị định số 138, Phó Giám đốc và Kế toán trưởng Quỹ đầu tư do Giám đốc Quỹ đầu tư đề nghị Hội đồng quản lý xem xét, trình Chủ tịch UBND cấp tỉnh bổ nhiệm, miễn nhiệm hoặc bãi nhiệm; việc quy hoạch, bổ nhiệm, bổ nhiệm lại, từ chức, miễn nhiệm, điều động, luân chuyển, khen thưởng, kỷ luật, thôi việc,

nghi hưu đối với chức danh Trưởng ban kiểm soát cũng thuộc thẩm quyền của Chủ tịch UBND cấp tỉnh.

2. Hoạt động của Quỹ đầu tư phát triển địa phương

2.1. Danh mục lĩnh vực đầu tư, cho vay

Theo quy định của Nghị định số 147, căn cứ vào chiến lược phát triển kinh tế - xã hội, kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội 05 năm, tình hình thực tế của địa phương và quy mô hoạt động của Quỹ đầu tư, hàng năm hoặc trong từng thời kỳ, Quỹ đầu tư đề xuất danh mục lĩnh vực đầu tư, cho vay nhằm góp phần thúc đẩy phát triển kinh tế - xã hội của địa phương, bao gồm: giáo dục, y tế, công nghiệp, nông nghiệp, ngư nghiệp, môi trường, năng lượng, nhà ở, văn hóa, du lịch, giao thông, các lĩnh vực khuyến khích xã hội hóa và các lĩnh vực ưu tiên phát triển khác theo định hướng phát triển kinh tế - xã hội của địa phương. Quy định này đã tạo thế tự chủ cho các Quỹ đầu tư được đề xuất các danh mục lĩnh vực đầu tư phù hợp với đặc thù địa phương.

Trên cơ sở danh mục lĩnh vực đầu tư do Quỹ đầu tư đề xuất, UBND cấp tỉnh rà soát, báo cáo Hội đồng nhân dân (HĐND) cấp tỉnh về danh mục này. HĐND cấp tỉnh có trách nhiệm thẩm định, xem xét và ban hành nghị quyết thông qua danh mục lĩnh vực đầu tư, cho vay của Quỹ đầu tư. Căn cứ nghị quyết của HĐND cấp tỉnh, UBND cấp tỉnh ban hành quyết định danh mục lĩnh vực đầu tư, cho vay của Quỹ đầu tư. Quy trình được thực hiện tương tự trong trường hợp có bổ sung hoặc điều chỉnh danh mục.

2.2. Huy động vốn

Hoạt động huy động vốn được kế thừa khá tương tự từ các quy định trước đây. Quỹ đầu tư được huy động các nguồn vốn trung và dài hạn bằng các hình thức như vay các tổ chức trong và ngoài nước theo quy định của pháp luật (việc vay vốn nước ngoài thực hiện theo quy định của pháp luật về vay nợ nước ngoài), phát hành trái phiếu Quỹ đầu tư và các hình

thức huy động vốn trung và dài hạn khác theo quy định của pháp luật. Khoản 3 Điều 36 Nghị định số 147 quy định giới hạn huy động vốn tối đa bằng 06 lần vốn chủ sở hữu của Quỹ đầu tư được ghi trên báo cáo tài chính năm hoặc báo cáo tài chính bán niên tại thời điểm gần nhất. Quy định này được xem là rõ ràng vì căn cứ năng lực tài chính của Quỹ đầu tư mà tổ chức này được huy động nguồn vốn nhằm nâng cao nguồn vốn hoạt động.

Bên cạnh đó, Nghị định số 147 quy định khá chi tiết và rõ ràng các điều kiện được huy động vốn thông qua phát hành trái phiếu Quỹ đầu tư. Nguyên tắc của việc phát hành trái phiếu là Quỹ đầu tư tự vay, tự trả, tự chịu trách nhiệm về hiệu quả sử dụng vốn và đảm bảo khả năng trả nợ. Điều kiện để được phát hành trái phiếu phải bao gồm việc Quỹ đầu tư có thời gian hoạt động tối thiểu từ 01 năm kể từ ngày UBND cấp tỉnh ban hành Quyết định thành lập Quỹ đầu tư; Quỹ đầu tư được UBND cấp tỉnh đánh giá xếp loại hoạt động có hiệu quả năm trước liền kề của năm phát hành theo quy định tại Nghị định này và hướng dẫn của Bộ Tài chính; Quỹ đầu tư phải đảm bảo tuân thủ quy định về nhà đầu tư mua và giao dịch trái phiếu doanh nghiệp riêng lẻ theo quy định của pháp luật về chào bán trái phiếu doanh nghiệp riêng lẻ; Quỹ đầu tư phải có phương án phát hành trái phiếu riêng lẻ được UBND cấp tỉnh phê duyệt, trong đó nêu cụ thể về mục đích sử dụng vốn từ phát hành trái phiếu và nguồn bố trí trả nợ gốc, lãi trái phiếu khi đến hạn; Quỹ đầu tư phải thanh toán đủ cả gốc và lãi của trái phiếu đã phát hành hoặc thanh toán đủ các khoản nợ đến hạn trong 03 năm liên tiếp trước đợt phát hành trái phiếu (nếu có), trừ trường hợp phát hành trái phiếu cho các chủ nợ là tổ chức tài chính được lựa chọn; và Quỹ đầu tư đáp ứng các giới hạn đầu tư, cho vay, huy động vốn theo quy định tại Nghị định số 147.

2.3. Hoạt động cho vay

Theo quy định của Nghị định số 147, Quỹ đầu tư chỉ được phép cho vay đối với chủ đầu tư có tư cách pháp nhân, có năng lực pháp luật

dân sự theo quy định của pháp luật. Trong khi trước đây, Quỹ đầu tư được phép cho vay đối với các chủ đầu tư có tư cách pháp nhân hoặc các doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế. Quy định này phần nào đang hạn chế quyền tiếp cận vốn của một bộ phận nhà đầu tư đi vay vốn. Dù rằng Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 thừa nhận hai chủ thể chính tham gia giao dịch dân sự là cá nhân và pháp nhân nhưng không loại trừ quyền tham gia giao dịch của các tổ chức không có tư cách pháp nhân. Chủ thể không có tư cách pháp nhân có thể vay vốn theo quy định tại Điều 101 BLDS năm 2015². Trường hợp doanh nghiệp tư nhân vay vốn thì trách nhiệm trả nợ thuộc về chính người chủ của doanh nghiệp. Mặt khác, quy định này khi thực thi có bất cập vì hiện nay các chủ đầu tư vay vốn tại Quỹ đầu tư là doanh nghiệp tư nhân sẽ xử lý như thế nào.

Ngoài ra, việc Nghị định số 147 quy định cấm Quỹ đầu tư cho vay đối với công ty con là không cần thiết. Bởi lẽ, theo quy định của khoản 1 Điều 195 Luật Doanh nghiệp năm 2020, một công ty được coi là công ty mẹ của công ty khác nếu thuộc một trong các trường hợp như sở hữu trên 50% vốn điều lệ hoặc tổng số cổ phần phổ thông của công ty đó; hoặc có quyền trực tiếp hoặc gián tiếp quyết định bổ nhiệm đa số hoặc tất cả thành viên Hội đồng quản trị, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc của công ty đó; hoặc có quyền quyết định việc sửa đổi, bổ sung Điều lệ của công ty đó. Khoản 30 Điều 4 Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010 quy định, công ty con của tổ

chức tín dụng là công ty thuộc một trong các trường hợp như tổ chức tín dụng hoặc tổ chức tín dụng và người có liên quan của tổ chức tín dụng sở hữu trên 50% vốn điều lệ hoặc trên 50% vốn cổ phần có quyền biểu quyết; hoặc tổ chức tín dụng có quyền trực tiếp hoặc gián tiếp bổ nhiệm đa số hoặc tất cả thành viên Hội đồng quản trị, Hội đồng thành viên hoặc Tổng Giám đốc (Giám đốc) của công ty con; hoặc tổ chức tín dụng có quyền sửa đổi, bổ sung điều lệ của công ty con; hoặc tổ chức tín dụng và người có liên quan của tổ chức tín dụng trực tiếp hay gián tiếp kiểm soát việc thông qua nghị quyết, quyết định của Đại hội đồng cổ đông, Hội đồng quản trị, Hội đồng thành viên của công ty con. Do đó, trường hợp doanh nghiệp có nguồn vốn góp từ Quỹ đầu tư chiếm hơn 50% vốn điều lệ sẽ không được tiếp cận nguồn vốn từ Quỹ đầu tư. Nếu so sánh với các trường hợp bị hạn chế, không được cấp tín dụng theo Điều 126, 127 Luật Các tổ chức tín dụng thì quy định này khá gò bó. Luật Các tổ chức tín dụng quy định, tổ chức tín dụng không được cấp tín dụng cho doanh nghiệp hoạt động trong lĩnh vực kinh doanh chứng khoán mà tổ chức tín dụng nắm quyền kiểm soát hoặc không vượt quá 10% vốn tự có đối với một công ty con, công ty liên kết và không vượt quá 20% vốn tự có đối với tất cả các công ty con, công ty liên kết.

Nghị định số 147 quy định khá cụ thể giới hạn cho vay. Theo đó, giới hạn cho vay đối với một dự án tại thời điểm giải ngân không vượt quá 20% vốn chủ sở hữu của Quỹ đầu

² Điều 101 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định về chủ thể trong quan hệ dân sự có sự tham gia của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân:

1. Trường hợp hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân tham gia quan hệ dân sự thì các thành viên của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân là chủ thể tham gia xác lập, thực hiện giao dịch dân sự hoặc ủy quyền cho người đại diện tham gia xác lập, thực hiện giao dịch dân sự. Việc ủy quyền phải được lập thành văn bản, trừ trường hợp có thỏa thuận khác. Khi có sự thay đổi người đại diện thì phải thông báo cho bên tham gia quan hệ dân sự biết.

Trường hợp thành viên của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân tham gia quan hệ dân sự không được các thành viên khác ủy quyền làm người đại diện thì thành viên đó là chủ thể của quan hệ dân sự do mình xác lập, thực hiện.

2. Việc xác định chủ thể của quan hệ dân sự có sự tham gia của hộ gia đình sử dụng đất được thực hiện theo quy định của Luật Đất đai.

tư được ghi trên báo cáo tài chính gần nhất tại thời điểm giải ngân vốn. Tổng mức dư nợ cho vay đối với một khách hàng của Quỹ đầu tư không được vượt quá 25% vốn chủ sở hữu của Quỹ đầu tư được ghi trên báo cáo tài chính gần nhất tại thời điểm giải ngân vốn. Đối với một dự án, trường hợp Quỹ đầu tư vừa cho vay, vừa đầu tư thì tổng giới hạn đầu tư và cho vay tại thời điểm giải ngân không vượt quá 30% vốn chủ sở hữu của Quỹ đầu tư được ghi trên báo cáo tài chính gần nhất tại thời điểm giải ngân vốn. Đối với dự án sử dụng nguồn vốn của các nhà tài trợ quốc tế có quy định về giới hạn cho vay khác với quy định của Nghị định này thì thực hiện theo thỏa thuận đã ký kết với nhà tài trợ. Nghị định số 147 đã bỏ quy định giới hạn cho vay đối với một dự án không vượt quá 80% tổng vốn đầu tư của dự án. Quỹ đầu tư quyết định đối với dự án cho vay có giá trị không quá 15% vốn chủ sở hữu của Quỹ đầu tư được ghi trên báo cáo tài chính gần nhất tại thời điểm quyết định cho vay. Trường hợp quyết định cho vay đối với dự án có giá trị lớn hơn mức quy định trên thì UBND cấp tỉnh quyết định nhưng phải tuân thủ giới hạn cho vay.

2.4. Hoạt động đầu tư

Theo quy định của pháp luật hiện hành, Quỹ đầu tư lựa chọn các hình thức đầu tư bao gồm: đầu tư thành lập tổ chức kinh tế; đầu tư góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp của tổ chức kinh tế; đầu tư theo hình thức hợp đồng (hợp đồng đầu tư theo phương thức đối tác công tư - PPP và hợp đồng hợp tác kinh doanh - BCC) hoặc thực hiện dự án đầu tư; và các hình thức đầu tư khác theo quy định của pháp luật về đầu tư. Nghị định số 147 nghiêm cấm hành vi góp vốn, mua cổ phần, mua toàn bộ doanh nghiệp, thực hiện hợp đồng hợp tác kinh doanh với doanh nghiệp mà người quản lý, người đại diện tại doanh nghiệp đó là vợ hoặc chồng, cha đẻ, cha nuôi, mẹ đẻ, mẹ nuôi, con đẻ, con nuôi, anh ruột, chị ruột, em ruột, anh rể, em rể, chị dâu, em dâu của người quản lý Quỹ đầu tư và

góp vốn cùng công ty con để đầu tư thành lập tổ chức kinh tế hoặc đầu tư theo hình thức hợp đồng. Giới hạn đầu tư được quy định có sự khác biệt như tổng giá trị giải ngân các khoản đầu tư để đầu tư thành lập tổ chức kinh tế, đầu tư góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp của tổ chức kinh tế được tối đa bằng 20% vốn chủ sở hữu của Quỹ đầu tư được ghi trên báo cáo tài chính gần nhất tại thời điểm giải ngân vốn đầu tư. Trường hợp đầu tư theo hình thức hợp đồng và thực hiện dự án đầu tư thì tổng giá trị giải ngân các khoản đầu tư tối đa bằng 50% vốn chủ sở hữu của Quỹ đầu tư được ghi trên báo cáo tài chính gần nhất tại thời điểm giải ngân vốn đầu tư. Đối với dự án sử dụng nguồn vốn hỗ trợ của các nhà tài trợ quốc tế có quy định về giới hạn đầu tư khác với quy định của Nghị định số 147 thì thực hiện theo thỏa thuận đã ký kết với nhà tài trợ.

Quy định của Nghị định số 147 về thẩm quyền quyết định đầu tư có tính kế thừa và được làm rõ hơn. Theo đó, Quỹ đầu tư quyết định mức vốn đầu tư vào một doanh nghiệp hoặc mức vốn đầu tư vào một dự án có giá trị đến 10% vốn chủ sở hữu của Quỹ đầu tư được ghi trên báo cáo tài chính gần nhất tại thời điểm quyết định đầu tư; trường hợp mức vốn đầu tư vào một doanh nghiệp hoặc mức vốn đầu tư vào một dự án có giá trị trên 10% vốn chủ sở hữu của Quỹ đầu tư được ghi trên báo cáo tài chính gần nhất tại thời điểm quyết định đầu tư thì UBND cấp tỉnh quyết định.

Nghị định số 147 đã quy định khá rõ ràng về đầu tư, nhưng nội dung khai thác sản phẩm sau đầu tư của các Quỹ đầu tư chưa được đề cập nên trên thực tế, việc các Quỹ đầu tư chuyển nhượng bất động sản trong thời gian qua cũng có nhiều ý kiến trái chiều. Do đó, văn bản hướng dẫn thi hành Nghị định số 147 cần xác định rõ Quỹ đầu tư có được phép khai thác các sản phẩm từ dự án hay chỉ dừng lại ở việc đầu tư, còn sản phẩm có được từ dự án được chuyển giao cho chủ thể khác để khai thác ■

