



BỘ TƯ PHÁP
CHƯƠNG TRÌNH HỖ TRỢ PHÁP LÝ
LIÊN NGÀNH CHO DOANH NGHIỆP NHỎ VÀ VỪA
GIẢI ĐOẠN 2021 - 2025

HỘI NGHỊ

**Một số vướng mắc, bất cập của pháp luật về hợp đồng
và giải quyết tranh chấp hợp đồng trong bối cảnh
dịch COVID-19: Khuyến nghị đối với doanh nghiệp
và giải pháp hoàn thiện**

Hà Nội, ngày 24 tháng 12 năm 2021

BỘ TƯ PHÁP
BAN QUẢN LÝ CHƯƠNG TRÌNH
HỖ TRỢ PHÁP LÝ LIÊN NGÀNH
CHO DOANH NGHIỆP NHỎ VÀ VỪA
GIAI ĐOẠN 2021-2025

CHƯƠNG TRÌNH TỔ CHỨC DIỄN ĐÀN
“MỘT SỐ VƯỚNG MẮC, BẤT CẬP CỦA PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG VÀ
GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP HỢP ĐỒNG TRONG BỐI CẢNH DỊCH
COVID-19: KHUYẾN NGHỊ ĐỐI VỚI DOANH NGHIỆP VÀ GIẢI PHÁP
HOÀN THIỆN”

Thời gian: 08h30 ngày 24 tháng 12 năm 2021 (thứ Sáu).

Địa điểm:

- Tham dự trực tiếp: Hội trường tầng 2 Nhà khách Trung ương, số 8 Chu Văn An, Ba Đình, Hà Nội.

- Tham dự trực tuyến: Qua phần mềm Zoom theo địa chỉ:

<https://zoom.us/j/94421833679?pwd=ZUgwZmMwRUphOGY0cmRHOERlTlBkQT09>

ID cuộc họp: 944 2183 3679; Mật mã: 2412

Thời gian	Nội dung	Người thực hiện
08h00-08h30	Đăng ký đại biểu	Ban Tổ chức
08h30–08h35	Tuyên bố lý do, giới thiệu đại biểu và mục đích của hội nghị	Ban Tổ chức
08h35 - 08h45	Phát biểu khai mạc và chủ trì	TS. Nguyễn Thanh Tú, Vụ trưởng Vụ Pháp luật dân sự - kinh tế (Bộ Tư pháp); Phó Trưởng Ban Quản lý Chương trình hỗ trợ pháp lý cho doanh nghiệp nhỏ và vừa giai đoạn 2021-2025 (Chương trình HTPLLN).
	Chuyên gia trình bày chuyên đề	
08h45 - 09h30	Một số vấn đề lưu ý về giao kết, thực hiện, sửa đổi, chấm dứt hợp đồng trong bối cảnh COVID - 19	TS. Nguyễn Thanh Tú
09h30 - 10h00	Thực hiện hợp đồng trong bối cảnh phòng chống dịch bệnh COVID -19	Luật sư Nguyễn Hưng Quang Chủ tịch Trung tâm Hòa giải thương mại quốc tế Việt Nam (VICMC) Luật sư sáng lập và điều hành

		Công ty Luật NHQuang và Cộng sự
10h00 - 10h30	Một số bất cập của pháp luật về hợp đồng và định hướng hoàn thiện	Th.s Lê Thị Hoàng Thanh - Trưởng phòng Phòng Pháp luật dân sự, Vụ Pháp luật dân sự - kinh tế, Bộ Tư pháp
10h30 - 11h00	Trao đổi, thảo luận với các đại biểu	Các đại biểu tham dự hội nghị
11h00 - 11h15	Kết luận và bế mạc hội nghị	TS. Nguyễn Thanh Tú

MỤC LỤC

STT	NỘI DUNG	SỐ TRANG
1	CHUYÊN ĐỀ Một số vấn đề lưu ý về giao kết, thực hiện, sửa đổi, chấm dứt hợp đồng trong bối cảnh COVID - 19	5
2	Thực hiện hợp đồng trong bối cảnh phòng chống dịch bệnh COVID - 19	13
3	CHUYÊN ĐỀ Một số bất cập của pháp luật về hợp đồng và định hướng hoàn thiện	26
	B. TÀI LIỆU KÈM THEO	
4	DỰ THẢO BÁO CÁO Về tổng thể thực trạng pháp luật hợp đồng, pháp luật giải quyết tranh chấp hợp đồng bằng phương thức trọng tài thương mại, hòa giải thương mại của Việt Nam và giải pháp hoàn thiện hệ thống pháp luật có liên quan	47

A. CÁC CHUYÊN ĐỀ

CHUYÊN ĐỀ 1

MỘT SỐ VẤN ĐỀ LƯU Ý VỀ GIAO KẾT, THỰC HIỆN, SỬA ĐỔI, CHẤM DỨT HỢP ĐỒNG TRONG BỐI CẢNH COVID-19

TS. Nguyễn Thanh Tú

Vụ Pháp luật dân sự - kinh tế, Bộ Tư pháp*

Hội nghị “Một số vướng mắc, bất cập của pháp luật về hợp đồng và giải quyết tranh chấp hợp đồng trong bối cảnh dịch COVID-19: khuyến nghị đối với doanh nghiệp và giải pháp hoàn thiện”

Hà Nội, ngày 24/12/2021

* Bài trình bày chỉ phân tích qua điểm cá nhân

1. HỆ THỐNG PHÁP LUẬT HỢP ĐỒNG

1. Quy định chung về hợp đồng
 2. Quy định “bổ trợ” về hợp đồng
 3. Quy định chuyên ngành về hợp đồng
4. Án lệ

HỆ THỐNG PHÁP LUẬT HỢP ĐỒNG Quy định chung về hợp đồng (BLDS 2015)

- **Phần III (nghĩa vụ và hợp đồng) BLDS**
 - Giao kết hợp đồng (Đ.385 -408)
 - Thực hiện hợp đồng (Đ.409 -420)
 - Sửa đổi, chấm dứt hợp đồng (Đ.421 -429)
 - Một số hợp đồng thông dụng -13 loại hợp đồng (Đ.430 -569)
- **Phần I (những quy định chung) BLDS**
 - Quy định chung (Đ.3-6, 10-15)
 - Chủ thể (Đ.16-104)
 - Giao dịch dân sự (Đ.116-133)
 - Đại diện (Đ.134 -143)
- **Phần II (QSH và quyền khác đ/v TS) BLDS**
 - Bảo vệ & giới hạn quyền sở hữu (Điều 163-178)
- **Phần V BLDS: Hợp đồng có yếu tố nước ngoài:** (Đ.663 -687)

VỤ VIỆC Mua bán tài sản mã hóa (CRYPTO ASSETS)

VỤ VIỆC

1. A ký Hợp đồng bán xe cho B => công chứng HĐ
- B chưa làm thủ tục thay đổi giấy đăng ký xe
2. B ký Hợp đồng bán xe cho C?
- Công chứng?
- Thay đổi Giấy đăng ký xe?
3. Thông tư số 58/2020/TT-BCA
Điều 19: “lĩnh hoạt” đến 31/12/2021

HỆ THỐNG PHÁP LUẬT HỢP ĐỒNG Quy định “bổ trợ” về hợp đồng

- ❖ Luật Giao dịch điện tử 2005
- ❖ Luật Công chứng 2014
- ❖ Nghị định số 23/2015/NĐ-CP về cấp bản sao từ sổ gốc, chứng thực bản sao từ bản chính, chứng thực chữ ký và chứng thực hợp đồng, giao dịch (Chương III)
- ❖ Pháp luật về đăng ký tài sản
 - Nghị định số 102/2017/NĐ -CP về đăng ký biện pháp bảo đảm
 - Nghị định số 63/2006/NĐ -CP (11/2012/NĐ -CP) về giao dịch bảo đảm (đang sửa)
 - Chế định về đăng ký tài sản trong pháp luật chuyên ngành (đất đai, hàng hải, hàng không...)
- ❖ Nghị định số 19/2019/NĐ-CP về hội, họ, biên, phường
- ❖ Luật Đấu giá tài sản 2016...

VỤ VIỆC

UBND X tổ chức bán đấu giá lô đất – A
trúng đấu giá => ký Hợp đồng; *chậm thanh*
toán một phần => hiệu lực của HĐ?

HỆ THỐNG PHÁP LUẬT HỢP ĐỒNG

Quy định chuyên ngành về hợp đồng

❖ Luật Cạnh tranh

- ❖ Tự do giao kết hợp đồng & Luật Cạnh tranh?
- ❖ Bộ luật Lao động & VBQPPL bản hướng dẫn thi hành
- ❖ Luật Điện lực & VBQPPL bản hướng dẫn thi hành
- ❖ Luật Viễn thông & VBQPPL bản hướng dẫn thi hành
- ❖ Luật Thương mại
- ❖ Luật Xây dựng...

VỤ VIỆC

1. A (phát điện) – B (mua điện): HĐ?
2. Truyền tải điện (EVN): HĐ?
3. **HĐ DS hay xây dựng VBQPPL chuyên ngành?**

Quyết định số 12/2019/KDTM-GĐT ngày 24/9/2019

Tòa án cấp sơ thẩm lại áp dụng Luật Thương mại để giải quyết vụ án là không đúng. Trong trường hợp này, cần xác định quan hệ tranh chấp liên quan đến lĩnh vực xây dựng, nên cần áp dụng pháp luật xây dựng. Trường hợp pháp luật xây dựng không quy định thì áp dụng Bộ luật dân sự để giải quyết

HỆ THỐNG PHÁP LUẬT HỢP ĐỒNG

Án lệ

- ❖ **Khoản 3 Điều 104 Hiến pháp 2013:** Tòa án nhân dân tối cao thực hiện việc tổng kết thực tiễn xét xử, bảo đảm áp dụng thống nhất pháp luật trong xét xử
- ❖ **Điểm c khoản 2 Điều 22 Luật Tổ chức TAND** (nhiệm vụ, quyền hạn của HĐTP TANDTC): Lựa chọn quyết định giám đốc thẩm của HĐTP TANDTC, bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật, có tính chuẩn mực của các Tòa án, tổng kết phát triển thành án lệ và công bố án lệ để các Tòa án nghiên cứu, áp dụng trong xét xử
- ❖ **Nghị quyết số 04/2019/NQHĐTP** về quy trình lựa chọn, công bố và áp dụng án lệ
 - ❖ Án lệ là những lập luận, phán quyết trong bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Tòa án về một vụ việc cụ thể được Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao lựa chọn và được Chánh án Tòa án nhân dân tối cao công bố là án lệ để các Tòa án nghiên cứu, áp dụng trong xét xử
- ❖ **27/43** Án lệ đã công bố liên quan đến hợp đồng
 - ❖ <https://anle.toaan.gov.vn>

HỆ THỐNG PHÁP LUẬT HỢP ĐỒNG

Án lệ số 43/2021/AL

Về hiệu lực của hợp đồng thế chấp trong trường hợp tài sản thế chấp là nhà đất do bên thế chấp nhận chuyển nhượng của người khác nhưng chưa thanh toán đủ tiền cho bên bán

Khái quát nội dung án lệ:**- Tình huống án lệ:**

Hợp đồng chuyển nhượng quyền sở hữu nhà ở và quyền sử dụng đất ở đã được công chứng, bên mua đã được cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở và quyền sử dụng đất ở nhưng mới thanh toán được một phần tiền mua nhà đất; các bên chưa thực hiện việc giao nhận nhà. Bên mua thế chấp nhà đất cho Ngân hàng, có đăng ký thế chấp theo đúng quy định của pháp luật; bên bán biết và đồng ý để bên mua thế chấp nhà đất nhưng sau đó lại có yêu cầu hủy hợp đồng chuyển nhượng quyền sở hữu nhà ở và quyền sử dụng đất ở.

- Giải pháp pháp lý:

Trường hợp này, phải xác định hợp đồng thế chấp có hiệu lực pháp luật, không chấp nhận yêu cầu hủy hợp đồng chuyển nhượng quyền sở hữu nhà ở và quyền sử dụng đất ở.

HỆ THỐNG PHÁP LUẬT HỢP ĐỒNG

Án lệ số 37/2020/AL

về hiệu lực của hợp đồng bảo hiểm tài sản trong trường hợp bên mua bảo hiểm đóng phí bảo hiểm sau khi kết thúc thời hạn đóng phí bảo hiểm

Khái quát nội dung án lệ:**- Tình huống án lệ:**

Sau khi kết thúc thời hạn đóng phí bảo hiểm theo thỏa thuận trong hợp đồng bảo hiểm tài sản, bên mua bảo hiểm mới đóng phí bảo hiểm cho doanh nghiệp bảo hiểm. Doanh nghiệp bảo hiểm không có ý kiến gì, không có văn bản thông báo cho bên mua bảo hiểm về việc chấm dứt hợp đồng mà vẫn nhận phí bảo hiểm, xuất hóa đơn giá trị gia tăng và báo cáo thuế về khoản tiền đóng phí bảo hiểm. Sau đó, sự kiện bảo hiểm xảy ra.

- Giải pháp pháp lý:

Trường hợp này, hợp đồng bảo hiểm có hiệu lực thi hành, doanh nghiệp bảo hiểm phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại cho người được bảo hiểm.

2. DỊCH BỆNH COVID-19 VÀ PHÁP LUẬT HỢP ĐỒNG

Điều 156 BLDS 2015

Thời gian không tính vào thời hiệu khởi kiện vụ án dân sự, thời hiệu yêu cầu giải quyết việc dân sự là khoảng thời gian xảy ra một trong các sự kiện sau đây:

1. Sự kiện bất khả kháng hoặc trở ngại khách quan làm cho chủ thể có quyền khởi kiện, quyền yêu cầu không thể khởi kiện, yêu cầu trong phạm vi thời hiệu.

Sự kiện bất khả kháng là sự kiện xảy ra một cách *khách quan không thể lường trước được và không thể khắc phục được* mặc dù đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết và khả năng cho phép.

Trở ngại khách quan là những trở ngại do *hoàn cảnh khách quan tác động* làm cho người có quyền, nghĩa vụ dân sự *không thể biết về việc quyền, lợi ích hợp pháp của mình bị xâm phạm hoặc không thể thực hiện được quyền, nghĩa vụ dân sự của mình*

2. DỊCH BỆNH COVID-19 VÀ PHÁP LUẬT HỢP ĐỒNG

Luật Xử lý vi phạm hành chính

- ❖ **không xử phạt vi phạm hành chính** nếu thực hiện hành vi vi phạm hành chính do sự kiện bất khả kháng (khoản 4 Điều 11)
- ❖ **được giảm, miễn tiền phạt** trong trường hợp gặp khó khăn đặc biệt hoặc đột xuất về kinh tế do thiên tai, thảm họa, hỏa hoạn, dịch bệnh (Điều 77)

Luật Quản lý thuế

- ❖ Trường hợp bất khả kháng: Người nộp thuế bị thiệt hại vật chất do gặp thiên tai, thảm họa, dịch bệnh, hỏa hoạn, tai nạn bất ngờ (điểm a khoản 27 Điều 3)
- ❖ Người nộp thuế phải nộp tiền chậm nộp theo quy định tại khoản 1 Điều này được **miễn tiền chậm nộp** trong trường hợp bất khả kháng quy định tại khoản 27 Điều 3 của Luật này (khoản 8 Điều 59)
- ❖ Nghị định số 125/2020/NĐ-CP ngày 19/10/2020 của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính về thuế, hóa đơn (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 102/2021/NĐ-CP ngày 16/11/2021): miễn, giảm tiền phạt vi phạm hành chính về thuế, hóa đơn trong trường hợp người nộp thuế bị thiệt hại trong trường hợp bất khả kháng (Điều 43)

2. DỊCH BỆNH COVID19 VÀ PHÁP LUẬT HỢP ĐỒNG

Điều 420 BLDS 2015: Thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản

1. Hoàn cảnh thay đổi cơ bản khi có đủ các điều kiện sau đây:

- a) Sự thay đổi hoàn cảnh do **nguyên nhân khách quan xảy ra sau** khi giao kết hợp đồng;
- b) Tại thời điểm giao kết hợp đồng, các bên **không thể lường trước** được về sự thay đổi hoàn cảnh;
- c) Hoàn cảnh thay đổi **lớn đến mức nếu** như các bên biết trước thì hợp đồng đã không được giao kết hoặc được giao kết nhưng với nội dung hoàn toàn khác;
- d) Việc tiếp tục thực hiện hợp đồng mà không có sự thay đổi nội dung hợp đồng sẽ **gây thiệt hại nghiêm trọng cho một bên** ;
- đ) Bên có lợi ích bị ảnh hưởng đã **áp dụng mọi biện pháp cần thiết** trong khả năng cho phép, phù hợp với tính chất của hợp đồng mà không thể ngăn chặn, giảm thiểu mức độ ảnh hưởng đến lợi ích.

Điều 420 BLDS 2015

Thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản

- 2. Trong trường hợp hoàn cảnh thay đổi cơ bản, bên có lợi ích bị ảnh hưởng có quyền yêu cầu bên kia đàm phán lại hợp đồng trong một thời hạn hợp lý.
- 3. Trường hợp các bên không thể thỏa thuận được về việc sửa đổi hợp đồng trong một thời hạn hợp lý, một trong các bên có thể yêu cầu Tòa án:

- a) Chấm dứt hợp đồng tại một thời điểm xác định;
- b) Sửa đổi hợp đồng để cân bằng quyền và lợi ích hợp pháp của các bên do hoàn cảnh thay đổi cơ bản.

Tòa án chỉ được quyết định việc sửa đổi hợp đồng trong trường hợp việc chấm dứt hợp đồng sẽ gây thiệt hại lớn hơn so với các chi phí để thực hiện hợp đồng nếu được sửa đổi.

- 4. Trong quá trình đàm phán sửa đổi, chấm dứt hợp đồng, Tòa án giải quyết vụ việc, các bên vẫn phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ của mình theo hợp đồng, trừ trường hợp có thỏa thuận khác.

2. DỊCH BỆNH COVID19 VÀ PHÁP LUẬT HỢP ĐỒNG

LUẬT XÂY DỰNG - Điều 143 (Điều chỉnh hợp đồng xây dựng)

1. Điều chỉnh hợp đồng xây dựng gồm điều chỉnh về **khối lượng, tiến độ, đơn giá** hợp đồng và các nội dung khác do các bên thỏa thuận trong hợp đồng. Điều chỉnh hợp đồng xây dựng chỉ được áp dụng trong thời gian thực hiện hợp đồng.
2. Các trường hợp được điều chỉnh hợp đồng xây dựng:
 - a) Do các bên **thỏa thuận** trong hợp đồng phù hợp với các quy định của Luật này và pháp luật khác có liên quan;
 - b) Khi Nhà nước **thay đổi các chính sách** làm ảnh hưởng trực tiếp đến việc thực hiện hợp đồng, trừ trường hợp các bên hợp đồng có thỏa thuận khác;
 - c) Khi **dự án được điều chỉnh** có ảnh hưởng đến hợp đồng, trừ trường hợp các bên hợp đồng có thỏa thuận khác;
 - d) Các trường hợp **bất khả kháng** theo quy định của pháp luật.

2. DỊCH BỆNH COVID19 VÀ PHÁP LUẬT HỢP ĐỒNG

MỘT SỐ LƯU Ý

➤ Thực hiện, sửa đổi, chấm dứt hợp đồng

- Hợp đồng xây dựng (Nghị định số 37/2015/NĐCP & 50/2021/NĐCP)
 - Hợp đồng trọn gói
 - Hợp đồng theo đơn giá cố định
 - Hợp đồng theo đơn giá điều chỉnh
 - Hợp đồng theo thời gian
 - Hợp đồng theo chi phí cộng phí
 - Hợp đồng xây dựng khác

➤ Giao kết hợp đồng mới

**MỘT SỐ VẤN ĐỀ LƯU Ý VỀ GIAO KẾT, THỰC HIỆN, SỬA ĐỔI,
CHẤM DỨT HỢP ĐỒNG TRONG BỐI CẢNH COVID**

TRAO ĐỔI, THẢO LUẬN



CHUYÊN ĐỀ 2



NỘI DUNG TRÌNH BÀY

01

ẢNH HƯỞNG CỦA CÁC BIỆN PHÁP CHỐNG DỊCH ĐẾN MỐI QUAN HỆ HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI

02

TỔ CHỨC THỰC HIỆN HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI TRONG BỐI CẢNH PHÒNG CHỐNG COVID-19

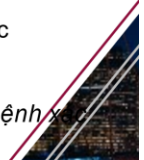


CÁC BIỆN PHÁP CHỐNG DỊCH QUA TỪNG GIAI ĐOẠN

i. Giai đoạn 2020 đến tháng 3/2021 với 03 đợt bùng phát đầu tiên:

- Ngày 23/01/2020 ở Việt Nam xác định có ca bệnh viêm phổi cấp tính đầu tiên do virus corona chủng mới gây ra. Ngày 01/4/2020 Thủ tướng Chính phủ ký quyết định công bố dịch COVID-19 toàn quốc. Quyết định số 447/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ ngày 01/04/2020 về công bố dịch COVID-19.
- Sau khi dịch có dấu hiệu bùng phát lần thứ nhất, Thủ tướng Chính phủ đã ban hành các văn bản chỉ đạo như Chỉ thị số 15/CT-TTg ngày 27/3/2020 về quyết liệt thực hiện đợt cao điểm phòng, chống dịch COVID-19, Chỉ thị số 16/CT-TTg ngày 31/03/2020 về thực hiện các biện pháp cấp bách phòng, chống dịch COVID-19. Một số các biện pháp cần thiết nhằm phòng, chống dịch như các điều kiện về tập trung đông người, khoảng cách an toàn tối thiểu, hoạt động của các cơ sở kinh doanh, hoạt động vận tải, hoạt động tôn giáo và lễ hội... trong những thời điểm khác nhau. Chỉ thị số 16 là văn bản thể hiện sự quyết liệt nhất về công tác phòng chống dịch với biện pháp “cách ly toàn xã hội”.
- Sau khi dịch có dấu hiệu được kiểm soát, Chỉ thị số 19/CT-TTg ngày 24/4/2020 về tiếp tục thực hiện các biện pháp phòng, chống dịch COVID-19 trong tình hình mới.

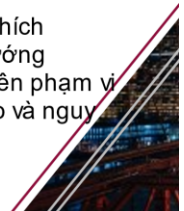
Đây là giai đoạn Việt Nam áp dụng chiến lược “zero COVID” nên rất quyết liệt khi có các ca bệnh xác định dương tính (F0) ở cộng đồng.

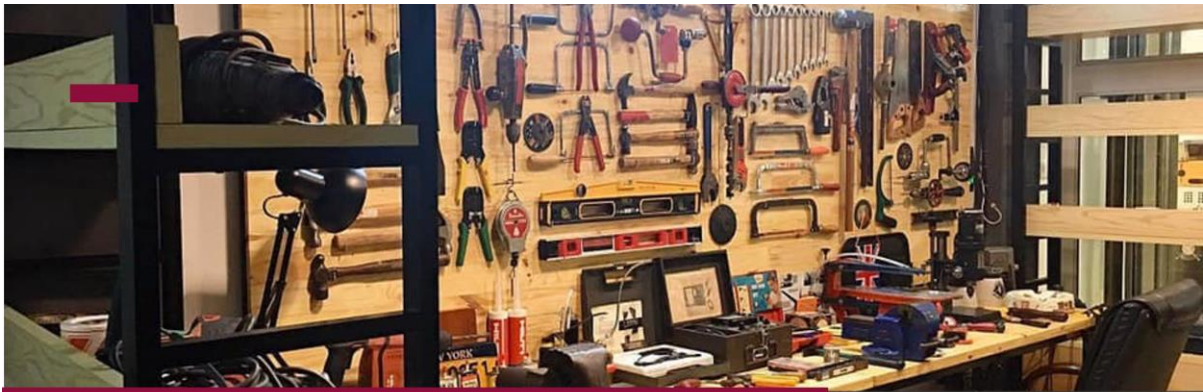


CÁC BIỆN PHÁP CHỐNG DỊCH QUA TỪNG GIAI ĐOẠN

ii. Giai đoạn chống dịch từ tháng 4/2021 với đợt bùng phát thứ 4:

- Đến tháng 4/2021, Việt Nam phải gánh chịu một đợt dịch COVID-19 bùng phát lần thứ tư với biến thể Delta ở diện rộng với những thách thức đối với công tác phòng, chống dịch
- Quyết định số 2686/QĐ-BCĐQG ngày 31/5/2021 ban hành Quy định đánh giá mức độ nguy cơ chủ động quyết định và chỉ đạo cấp dưới áp dụng nghiêm các giải pháp tương ứng với các mức độ nguy cơ theo tình hình các Chỉ thị số 15, 16, 19 của Thủ tướng Chính phủ với phương châm có thể áp dụng sớm hơn, cao hơn nhưng không được chậm hơn, thấp hơn trong việc áp dụng các biện pháp phòng, chống dịch, đặc biệt là thực hiện giãn cách xã hội theo phép địa phương căn cứ vào chỉ đạo của Trung ương chủ động ban hành theo thẩm quyền các quy định về phòng, chống dịch, bảo đảm đồng bộ, nhất quán, hiệu lực, hiệu quả, phù hợp với yêu cầu phòng, chống dịch trên địa bàn.
- Ngày 11/10/2021, Chính phủ đã ban hành Nghị quyết số 128/NQ-CP Quy định tạm thời thích ứng an toàn, linh hoạt, kiểm soát hiệu quả dịch COVID-19, trong đó, xác định chuyển hướng chiến lược phòng chống dịch với tổng thể các biện pháp chống dịch được áp dụng trên phạm vi toàn quốc phù hợp với 4 cấp độ dịch là nguy cơ thấp, nguy cơ trung bình, nguy cơ cao và nguy cơ rất cao





PHẦN I

ẢNH HƯỞNG CỦA CÁC BIỆN PHÁP CHỐNG DỊCH ĐẾN MỐI QUAN HỆ HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI

MỐI QUAN HỆ HỢP ĐỒNG

Tình huống 1: Chấm dứt cho thuê mặt bằng kinh doanh

Đầu năm 2018, Công ty Bất động sản Bầu trời xanh ký hợp đồng cho thuê mặt bằng làm trung tâm tiếng Anh với thời hạn 8 năm với Công ty Giáo dục Xứ Đoài với tổng diện tích là 1000m². Công ty Giáo dục Xứ Đoài đã cải tạo mặt bằng phục vụ cho mục tiêu giáo dục với phong cách hiện đại. Công ty Xứ Đoài cũng nhập kh giáo trình giảng dạy từ một tập đoàn giáo dục của Singapore, và áp dụng mức học phí cao, dành cho nhữn gia đình có thu nhập cao tại khu vực.

Giá thuê nhà hai bên ký trong hợp đồng là 300.000.000 VNĐ/tháng với sự chứng kiến của công chứng viên. Ngoài ra, các bên thống nhất là để bảo đảm thực hiện hợp đồng thuê nhà thì Công ty Xứ Đoài phải đặt cọc 200 triệu.

Sau khi xảy ra Dịch Covid-19 và có Chỉ thị 15 và Chỉ thị 16 của Thủ tướng Chính phủ về giãn cách xã hội, cách ly xã hội, trong đó tạm dừng hoạt động của các cơ sở giáo dục vào cuối tháng 3/2020. Công ty Giáo dục Xứ Đoài buộc phải tạm dừng hoạt động. Đến giữa tháng 4/2020, khi không thấy Công ty Giáo dục Xứ Đoài thanh toán tiền thuê nhà theo thời hạn, Công ty Bất động sản Bầu trời xanh làm công văn đề nghị Công ty Giáo dục Xứ Đoài thanh toán. Công ty Giáo dục Xứ Đoài cho rằng do đại dịch yêu cầu về cách ly xã hội nên trung tâm tiếng Anh phải đóng cửa đây là trường hợp bất khả kháng Công ty Giáo dục Xứ Đoài cho rằng mình được miễn trách nhiệm về việc không trả tiền thuê nhà.

MỐI QUAN HỆ HỢP ĐỒNG

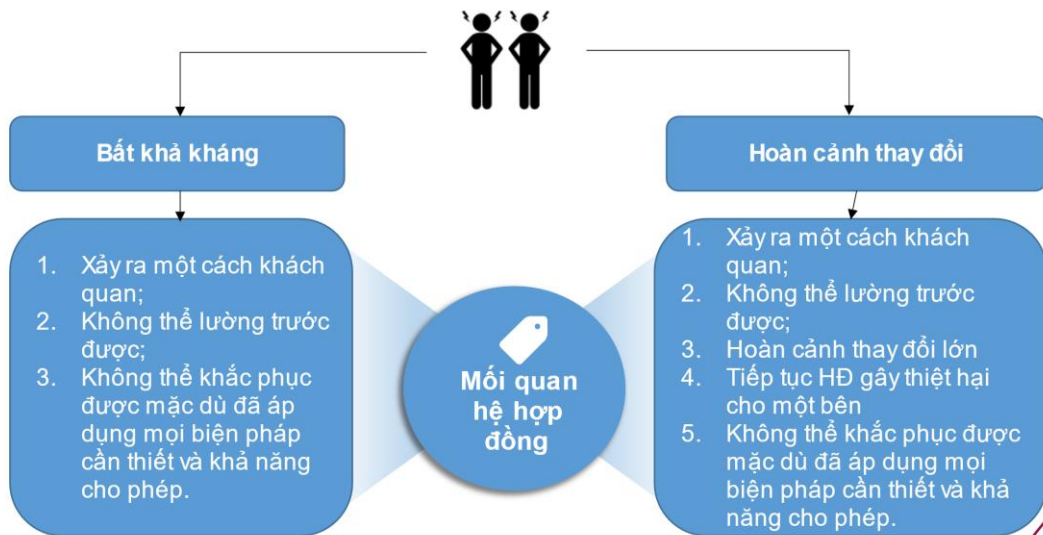
Tình huống chấm dứt cho thuê mặt bằng kinh doanh (tiếp)

Công ty Bất động sản Bầu trời xanh không đồng ý và cho rằng trong Hợp đồng có điều khoản bất khả kháng, nhưng trong điều khoản này không có quy định về dịch bệnh là bất khả kháng nên Bên B (Công ty Giáo dục Xứ Đoài) vẫn phải thanh toán tiền nhà.

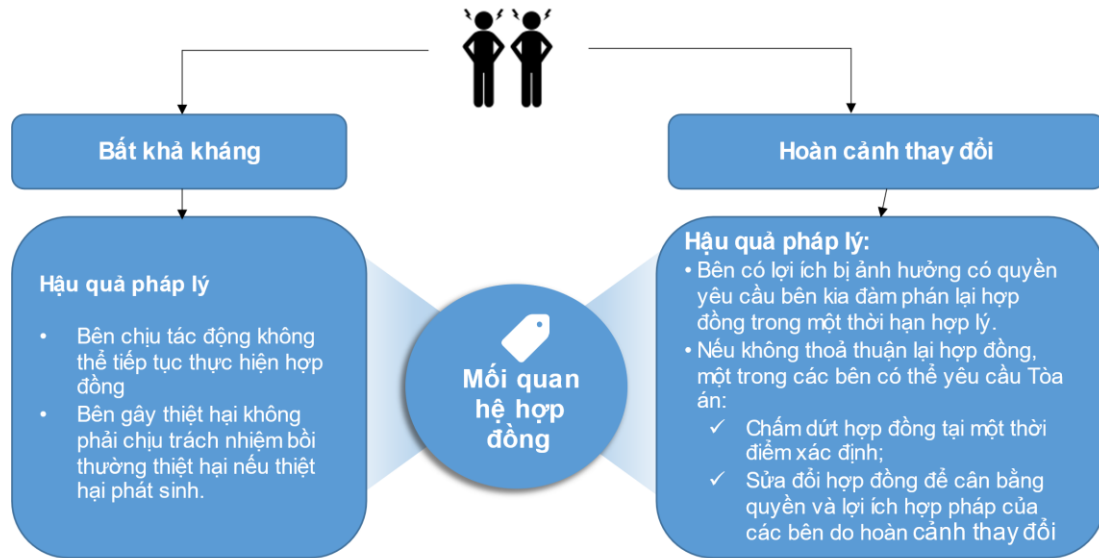
Hai bên tranh cãi nhưng đến tận tháng 5/2020 vẫn không có kết quả. Công ty Bất động sản Bầu trời xanh yêu cầu nếu đến cuối tháng 5/2020, Công ty Giáo dục Xứ Đoài vẫn không thanh toán thì Công ty Bất động sản Bầu trời xanh sẽ chấm dứt hợp đồng do Công ty Giáo dục Xứ Đoài vi phạm nghĩa vụ thanh toán, không trả tiền đặt cọc 200 triệu. Công ty Bất động sản Bầu trời xanh cho rằng Công ty Giáo dục Xứ Đoài kinh doanh kém hiệu quả, từ khi trước đại dịch đã ít học sinh, nên không có tiền để trả tiền nhà, chứ không phải do đại dịch.

Công ty Giáo dục Xứ Đoài không đồng ý với các lập luận của Công ty Bất động sản Bầu trời xanh. Công ty Giáo dục Xứ Đoài cho rằng mình không vi phạm hợp đồng nên nếu Công ty Bất động sản Bầu trời xanh chấm dứt Hợp đồng thì phải trả tiền đặt cọc 200 triệu. Ngoài ra, Công ty Giáo dục Xứ Đoài cũng đã đầu tư khoảng 2 tỷ đồng vào sửa chữa, nâng cấp và nội thất của ngôi nhà để phục vụ cho trung tâm tiếng Anh, nên nếu chấm dứt Hợp đồng thì Công ty Bất động sản Bầu trời xanh phải hoàn trả cho mình khoản tiền này.

MỐI QUAN HỆ HỢP ĐỒNG



MỐI QUAN HỆ HỢP ĐỒNG



MỐI QUAN HỆ HỢP ĐỒNG

Tình huống chấm dứt cho thuê mặt bằng kinh doanh:

Công ty Giáo dục Xứ Đoài – bên bị ảnh hưởng do các biện pháp phòng chống dịch của Nhà nước (Chỉ thị 15, Chỉ thị 16) ảnh hưởng tới hoạt động giáo dục phải chứng minh những yếu tố sau:

- Thời điểm các bên ký kết hợp đồng thuê thì Đại dịch COVID19 chưa xảy ra và với kiến thức của cả hai bên đều chưa biết đến các hậu quả của dịch bệnh tương tự.
- Các chỉ đạo về biện pháp chống dịch của Nhà nước (như cách ly y tế, tạm dừng kinh doanh, giãn cách xã hội, cách ly xã hội...) cũng chưa có tiền lệ.
- Chứng minh sự thiệt hại đã làm cho doanh nghiệp không thể đạt được mong muốn khi ký và thực hiện hợp đồng với bên còn lại như doanh thu sụt giảm đáng kể, không có khả năng để trang trải tiền thuê mặt bằng, thanh toán lương cho công nhân....
- Chứng minh và chỉ ra được với đối tác kinh doanh “Việc tiếp tục thực hiện hợp đồng mà không thay đổi nội dung hợp đồng sẽ gây thiệt hại nghiêm trọng” cho doanh nghiệp mình. Và cho dù Công ty Giáo dục Xứ Đoài đã “áp dụng mọi biện pháp cần thiết trong khả năng cho phép”, chẳng hạn như thu hẹp hoạt động kinh doanh, giảm số lượng người lao động hay thay đổi phương thức kinh doanh (đào tạo trực tuyến...) nhưng vẫn không thể có doanh thu tương ứng với chi phí để duy trì hoạt động theo hợp đồng đã ký

MỐI QUAN HỆ HỢP ĐỒNG

Tình huống chấm dứt cho thuê mặt bằng kinh doanh:

Công ty Bất động sản Bầu trời xanh bên bị ảnh hưởng do các biện pháp phòng chống dịch của Nhà nước (Chỉ thị 15, Chỉ thị 16) ảnh hưởng tới hoạt động kinh doanh bất động sản phải chứng minh những yếu tố:

- Tại thời điểm các bên ký kết hợp đồng thuê thì các bên có thảo luận về các trường hợp bất khả kháng hay không? Đặc biệt là tình huống dịch bệnh truyền nhiễm đã được thảo luận chưa và có được coi là bất khả kháng hay không?.
- Khi các biện pháp chống dịch của Nhà nước (như cách ly y tế, tạm dừng kinh doanh...) các bên đã có những trao đổi với nhau về các biện pháp giảm thiểu thiệt hại cho các bên chưa? Đặc biệt là Công ty Giáo dục Xứ Đoài đã thông báo Công ty Bất động sản Bầu trời xanh về những vấn đề, thiệt hại mà họ gặp phải cũng như các biện pháp giảm thiểu thiệt hại mà họ đã áp dụng

LƯU Ý CHO CÁC DOANH NGHIỆP



- Cần theo dõi các biện pháp phòng chống dịch được ban hành tại từng thời điểm;
- Cập nhật thường xuyên thông tin về thay đổi cấp độ dịch trên địa bàn mà doanh nghiệp thực hiện sản xuất kinh doanh;
- Có phương án phòng, chống dịch của doanh nghiệp (ví dụ phương án làm việc tại nhà, phương án chia ca sản xuất, khử khuẩn, xử lý khi có F0, F1...);
- Thảo luận, thương lượng hoặc hoà giải với đối tác trên tinh thần thiện chí



Cần chuẩn bị cẩn thận các chứng cứ, tài liệu để thông báo cho đối tác hoặc để giải quyết tranh chấp nếu có:

- Các văn bản của Nhà nước về biện pháp phòng chống dịch qua từng thời kỳ;
- Thông báo gửi các đối tác khi các biện pháp chống dịch được đưa ra (ví dụ việc công bố cấp độ dịch theo từng địa bàn);
- Các biện pháp do doanh nghiệp xây dựng để phòng ngừa rủi ro;
- Đánh giá về hiệu quả của công tác phòng ngừa rủi ro của doanh nghiệp nhưng không thể hạn chế được rủi ro.



PHẦN II

TỔ CHỨC THỰC HIỆN HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI TRONG BỐI CẢNH ÁP DỤNG CÁC BIỆN PHÁP CHỐNG DỊCH COVID-19

MỐI QUAN HỆ HỢP ĐỒNG

Tình huống 2: tranh chấp hợp đồng xây dựng

Công ty cổ phần A hoạt động trong lĩnh vực đầu tư xây dựng kinh doanh bất động sản, ký hợp đồng mua bán căn hộ với các khách hàng. Theo nội dung hợp đồng, các điều khoản sau đây được các bên thống nhất thực hiện:

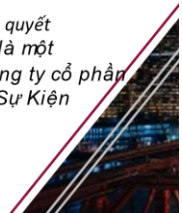
Thời điểm bàn giao căn hộ là hết Quý 2021;

Phạt vi phạm bàn giao căn hộ:

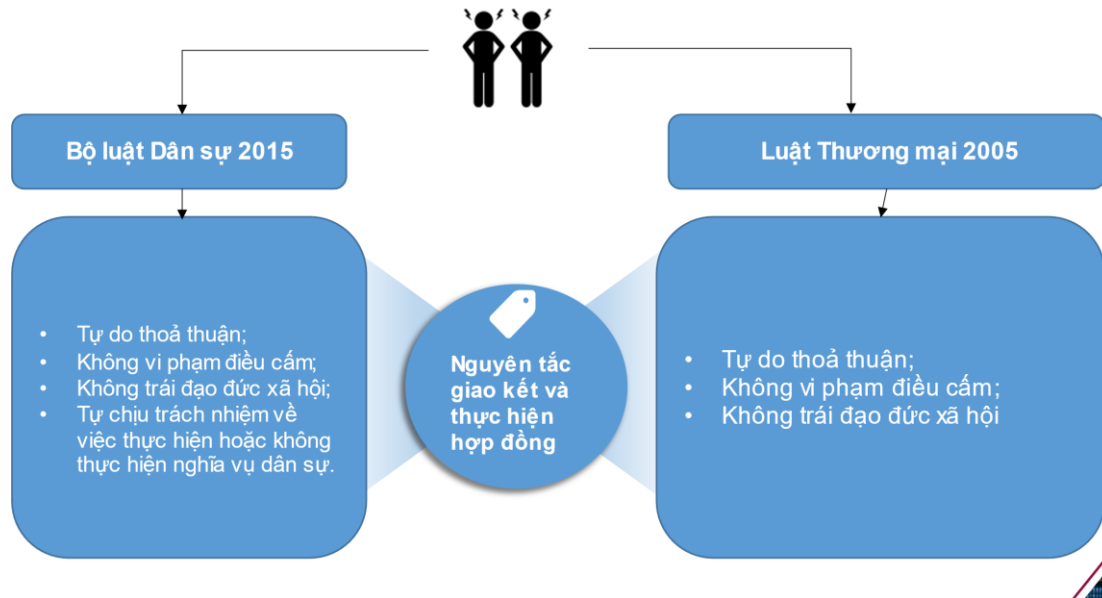
- Mức phạt chậm bàn giao bằng: 0,05%/ngày (x) với số ngày chậm bàn (x) với tổng số tiền đã nộp;
- Các hành vi vi phạm khác 08% tính trên giá trị của phần nghĩa vụ bị vi phạm.

Bồi thường thiệt hại: Bên vi phạm phải bồi thường toàn bộ thiệt hại phát sinh thực tế và trực tiếp từ việc vi phạm nghĩa vụ theo hợp đồng này;

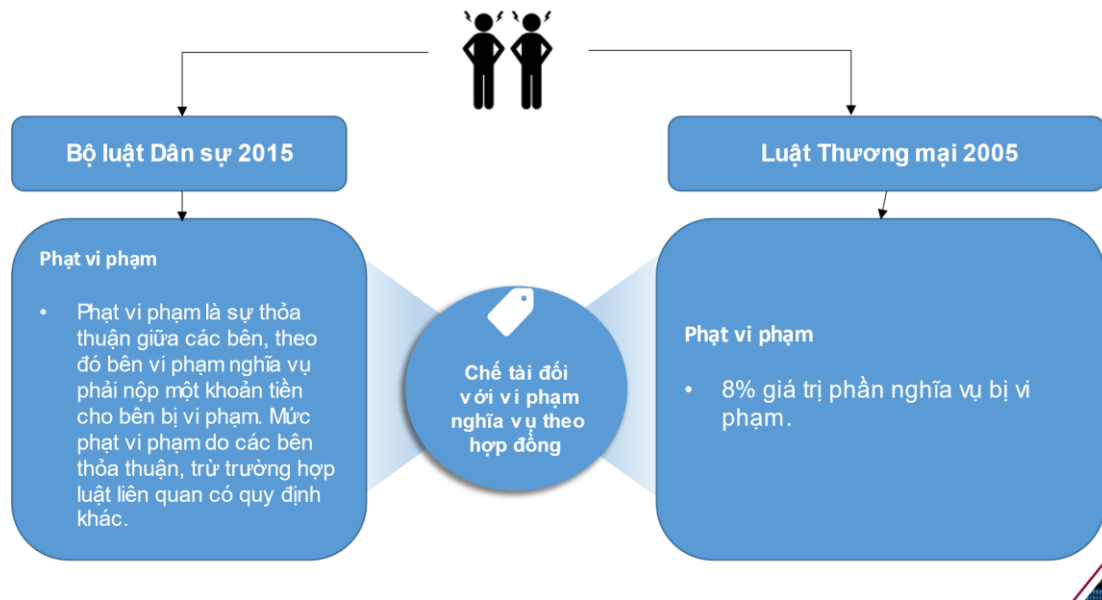
Sự kiện bất khả kháng: nội dung của điều khoản bất khả kháng có nội dung (i) dịch bệnh phải (thực hiện quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền không do lỗi của một Bên hoặc các trường hợp khác do pháp luật quy định là một trong những sự kiện có thể được xem xét là sự kiện bất khả kháng. Khi gặp sự kiện bất khả kháng, Công ty cổ phần A phải phải thông báo bằng văn bản cho khách hàng biết trong thời hạn (mười) ngày, kể từ ngày xảy ra Sự Kiện Bất Khả Kháng và xuất trình giấy tờ chứng minh về lý do bất khả kháng.



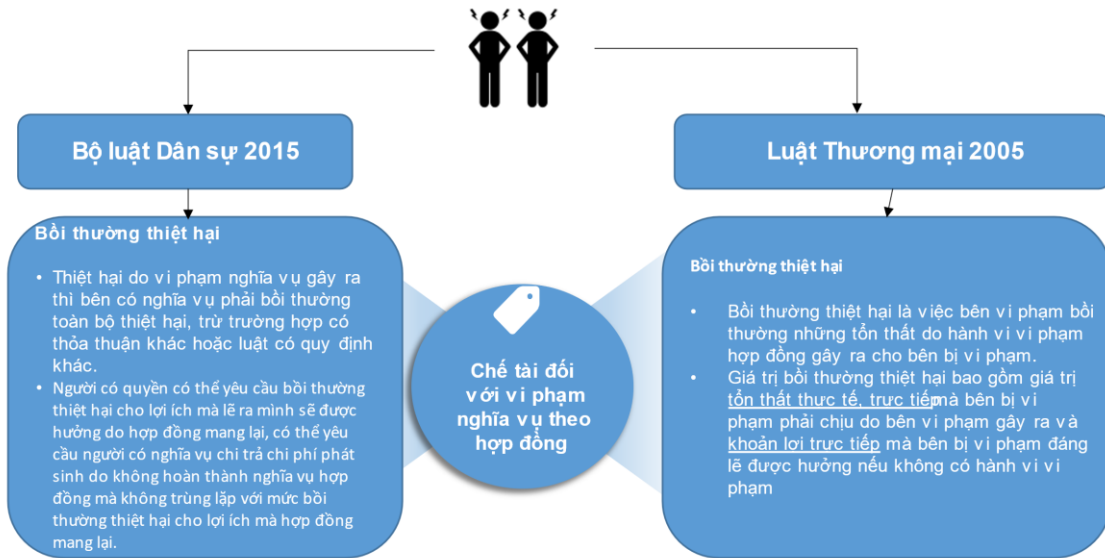
MỐI QUAN HỆ HỢP ĐỒNG



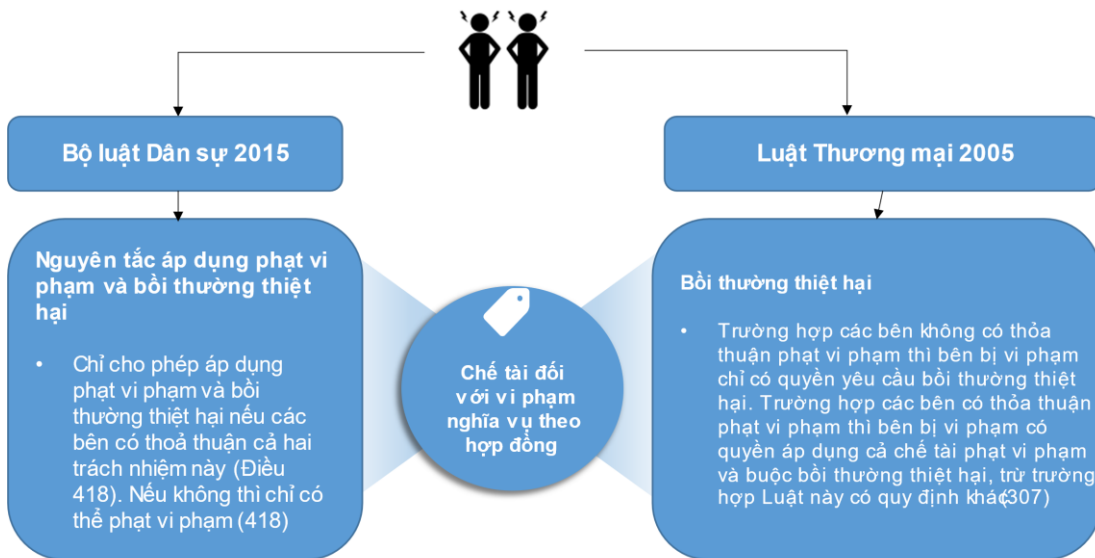
MỐI QUAN HỆ HỢP ĐỒNG



MỐI QUAN HỆ HỢP ĐỒNG



MỐI QUAN HỆ HỢP ĐỒNG



TỔ CHỨC THỰC HIỆN HỢP ĐỒNG

CÁC TÁC ĐỘNG TIÊU CỰC CỦA COVID – 19 ĐẾN VIỆC TỔ CHỨC THỰC HIỆN HỢP ĐỒNG

- i. Khó khăn trong việc tổ chức sản xuất kinh doanh do các biện pháp chống dịch, như giãn cách trong sản xuất, hạn chế hoạt động sản xuất kinh doanh (đối với những mặt hàng không thiết yếu, không phải là hàng xuất khẩu...), cách ly toàn xã hội..
 - ii. Khó khăn trong nguồn cung nguyên vật liệu đầu vào;
 - iii. Khó khăn trong vận chuyển hàng hoá
 - iv. Thiếu hụt vốn kinh doanh do nguồn thanh toán chậm
 - v. Thiếu hụt lao động
- Và nhiều rủi ro khác.....



TỔ CHỨC THỰC HIỆN HỢP ĐỒNG

CÁC TÁC ĐỘNG TIÊU CỰC CỦA COVID – 19 ĐẾN VIỆC TỔ CHỨC THỰC HIỆN HỢP ĐỒNG

- i. Khó khăn trong việc tổ chức sản xuất kinh doanh do các biện pháp chống dịch, như giãn cách trong sản xuất, hạn chế hoạt động sản xuất kinh doanh (đối với những mặt hàng không thiết yếu, không phải là hàng xuất khẩu...), cách ly toàn xã hội..
 - ii. Khó khăn trong nguồn cung nguyên vật liệu đầu vào;
 - iii. Khó khăn trong vận chuyển hàng hoá
 - iv. Thiếu hụt vốn kinh doanh do nguồn thanh toán chậm
 - v. Thiếu hụt lao động
- Và nhiều rủi ro khác.....



LƯU Ý TỔ CHỨC THỰC HIỆN HỢP ĐỒNG

Khó khăn trong việc tổ chức sản xuất kinh doanh do các biện pháp chống dịch, như giãn cách trong sản xuất, hạn chế hoạt động sản xuất kinh doanh (đối với những mặt hàng không thiết yếu, không phải là hàng xuất khẩu...), cách ly toàn xã hội...

- Cần theo dõi các biện pháp phòng chống dịch được ban hành tại từng thời điểm;
- Cập nhật thường xuyên thông tin về thay đổi cấp độ dịch trên địa bàn mà doanh nghiệp thực hiện sản xuất kinh doanh;
- Có phương án phòng, chống dịch của doanh nghiệp (ví dụ phương án làm việc tại nhà, phương án chia ca sản xuất, khử khuẩn, xử lý khi có F0, F1.. Hoặc phương án tổ chức sản xuất kinh doanh theo phương châm “3 tại chỗ” kết hợp “1 cung đường - 2 điểm đến” → doanh nghiệp cần tính toán các chi phí liên quan để xác định chi phí sản xuất. Một số địa phương có hướng dẫn cụ thể đối với vấn đề này.
- Tham vấn ý kiến, thông tin của cơ quan phòng chống dịch địa phương, ban quản lý khu công nghiệp, khu chế xuất, khu kinh tế... về các biện pháp phòng chống dịch.
- Thông báo cho đối tác về các khó khăn trong tổ chức sản xuất, kinh doanh



LƯU Ý TỔ CHỨC THỰC HIỆN HỢP ĐỒNG

Khó khăn trong nguồn cung nguyên vật liệu đầu vào

- Cần phải tính toán xác định về khả năng cung ứng của nguyên vật liệu đầu vào trong việc tổ chức sản xuất, đặc biệt các nguyên vật liệu được nhập khẩu hoặc từ các vùng có cấp độ dịch có nguy cơ cao hoặc nguy cơ rất cao → để xác định chi phí tăng thêm, thời gian thực hiện hợp đồng.
- Thoả thuận lại hợp đồng cung ứng hoặc hợp đồng bán hàng hoá (nếu được và cần thiết)
- Thông báo cho đối tác về khó khăn đối với nguyên vật liệu đầu vào (nếu có), khả năng thay đổi nguyên liệu, khả năng thay đổi thời gian cung cấp sản phẩm



LƯU Ý TỔ CHỨC THỰC HIỆN HỢP ĐỒNG

Khó khăn trong vận chuyển hàng hoá

- Cần phải tính toán xác định về khó khăn trong vận chuyển hàng hoá do các chính sách về phòng chống dịch của các địa phương là khác nhau hoặc do sự khác biệt giữa các địa phương về cấp độ dịch → để xác định chi phí tăng thêm, thời gian thực hiện hợp đồng.
- Thoả thuận lại hợp đồng cung ứng hoặc hợp đồng bán hàng hoá, hợp đồng vận chuyển (nếu được và cần thiết)
- Thông báo cho đối tác về khó khăn đối với vận chuyển hàng hoá (nếu có), khả năng thay đổi thời gian và chi phí vận chuyển.



LƯU Ý TỔ CHỨC THỰC HIỆN HỢP ĐỒNG

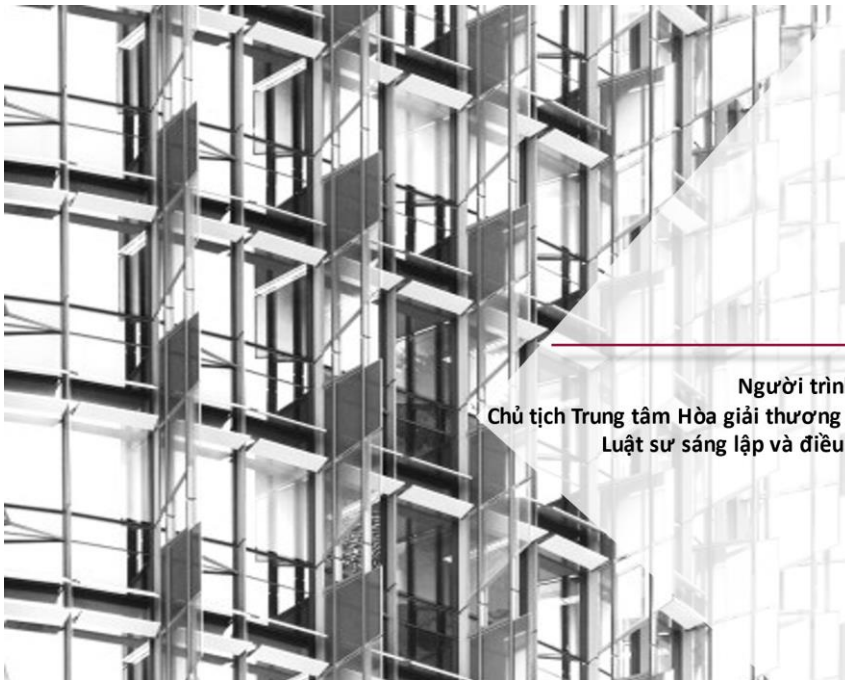
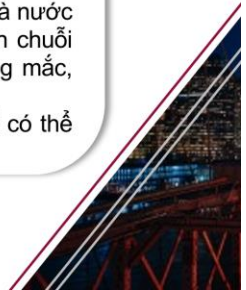
Thiếu hụt lao động

- Cần phải tính toán xác định về các phương án lao động trong các cấp độ dịch có khả năng xảy ra trên địa bàn (như người lao động bị cách ly, giãn cách, phong toả hoặc phải làm việc tại nhà, tăng ca hoặc chia ca, hoặc phương án tổ chức sản xuất kinh doanh theo phương châm “3 tại chỗ” kết hợp “1 cung đường - 2 điểm đến” → doanh nghiệp cần tính toán các chi phí liên quan để xác định chi phí sản xuất.
- Chuẩn bị các phương án “thuê lại lao động” hoặc hợp đồng dịch vụ để có lao động tạm thời
- Thông báo cho đối tác về khó khăn về nguồn lao động (nếu có)





- Cần theo dõi các biện pháp phòng chống dịch được ban hành tại từng thời điểm;
- Cập nhật thường xuyên thông tin về thay đổi cấp độ dịch trên địa bàn mà doanh nghiệp thực hiện sản xuất kinh doanh;
- Có phương án phòng, chống dịch của doanh nghiệp;
- Thường xuyên cập nhật thông tin với khách hàng, chủ động thảo luận, thương lượng hoặc hoà giải với đối tác trên tinh thần thiện chí nếu có vướng mắc, khó khăn phát sinh.
- Cần lưu giữ các chứng cứ về văn bản chính sách của Nhà nước (bao gồm Trung ương, các địa phương có liên quan đến chuỗi sản xuất) để có thể chứng minh những khó khăn, vướng mắc, rủi ro để tránh bị coi là vi phạm nghĩa vụ theo hợp đồng.
- Lưu giữ các chứng cứ về thiệt hại phát sinh (nếu có) để có thể thực hiện được quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại.



CẢM ƠN

Người trình bày: LS. Nguyễn Hưng Quang
 Chủ tịch Trung tâm Hòa giải thương mại quốc tế Việt Nam (VICMC)
 Luật sư sáng lập và điều hành VPLS NHQuang&Cộng sự
 Email: quang@nhquang.com

CHUYÊN ĐỀ 3

MỘT SỐ BẤT CẬP CỦA PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG VÀ ĐỊNH HƯỚNG HOÀN THIỆN

Người thực hiện: Lê Thị Hoàng Thanh
Vụ Pháp luật dân sự - kinh tế, Bộ Tư pháp

Dẫn đề

Thế chế pháp luật về hợp đồng được coi là một trong các vấn đề quan trọng nhất của thể chế pháp luật dân sự, kinh tế. Trong thời gian qua hệ thống pháp luật về hợp đồng nước ta liên tục được rà soát, sửa đổi, bổ sung, hoàn thiện. Trong bối cảnh nhiều Nghị quyết của Đảng¹ đang được triển khai, hệ thống pháp luật nói chung và pháp luật về hợp đồng nói riêng sẽ tiếp tục được hoàn thiện trong thời gian tới. Bài viết này xin được giới thiệu về những vướng mắc bất cập của hệ thống pháp luật về hợp đồng và định hướng, lộ trình hoàn thiện.

I. MỘT SỐ BẤT CẬP CỦA PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG

Các văn bản quy phạm pháp luật điều chỉnh quan hệ hợp đồng về tổng thể đã đảm bảo bao quát phần lớn các lĩnh vực giao dịch, hợp đồng trong các lĩnh vực của đời sống xã hội; phù hợp với chủ trương, định hướng về phát triển kinh tế thị trường, thúc đẩy giao lưu dân sự, hạn chế sự can thiệp của nhà nước. Tuy nhiên, việc triển khai thi hành Hiến pháp năm 2013 và Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 đã đặt ra những vấn đề về đảm bảo sự hài hòa của hệ thống pháp luật² và đòi hỏi pháp luật hợp đồng trong các luật chuyên ngành cần tiếp tục được hoàn thiện để đảm bảo tính đồng bộ, hiệu lực, hiệu quả trong việc thực thi, kịp thời điều chỉnh các vấn đề mới phát sinh. Qua hoạt động rà soát hệ thống pháp luật về hợp đồng cho thấy còn tồn tại một số bất cập chính sau đây:

1. Pháp luật về hợp đồng còn có nhiều quy định dưới luật

Kết quả thống kê chưa đầy đủ cho thấy hiện có khoảng 161 văn bản điều chỉnh trực tiếp quan hệ hợp đồng trong một số lĩnh vực phổ biến, trong đó có nhiều quy định dưới luật điều chỉnh quan hệ hợp đồng (119/161 văn bản dưới

¹ như: Văn kiện Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ XIII; Nghị quyết số 11-NQ/TW ngày 03/6/2017 của Hội nghị lần thứ năm Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa XII về hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa; Nghị quyết số 10-NQ/TW ngày 03/6/2017 của Hội nghị lần thứ năm Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa XII về phát triển kinh tế tư nhân trở thành một động lực quan trọng của nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa; Nghị quyết số 52-NQ/TW ngày 27/9/2019 của Bộ Chính trị về một số chủ trương, chính sách chủ động tham gia cuộc Cách mạng công nghiệp lần thứ tư; Nghị quyết số 39-NQ/TW ngày 15/01/2019 của Bộ Chính trị về nâng cao hiệu quả quản lý, khai thác, sử dụng và phát huy các nguồn lực kinh tế

² Do đặc thù bối cảnh ở nước ta là hệ thống pháp luật chuyên ngành được xây dựng, phát triển trước khi quy định chung được ban hành, hoàn thiện. Bởi vậy, những quy định mới mang tính đột phá của BLDS năm 2015 có thể chưa được cập nhật, thể hiện trong pháp luật chuyên ngành. Điều này đòi hỏi có sự nghiên cứu, phân tích, đánh giá kỹ lưỡng để hoàn thiện hệ thống pháp luật được đồng bộ, thống nhất, đảm bảo cho những tư tưởng mới, tiến bộ được lan tỏa, không bị gậy khúc.

luật³). Về lý thuyết, đặc thù của các quy phạm pháp luật về hợp đồng là chứa đựng nhiều quy định về quyền, nghĩa vụ, trách nhiệm của các bên trong quan hệ hợp đồng, bởi vậy, có thể hạn chế quyền dân sự của một hoặc một số chủ thể. Số liệu này cho thấy nguyên tắc việc giới hạn quyền dân sự phải bằng luật⁴ hoặc nguyên tắc không ủy quyền tiếp nhiệm vụ lập pháp⁵ ít nhiều bị ảnh hưởng và thực tế các quy định pháp luật về hợp đồng cho thấy trong một số trường hợp nhất định đã tồn tại các quy định mang tính giới hạn quyền hoặc “bó hẹp” hơn quy định của luật.

2. Còn có chồng lấn, chưa rõ ràng về phạm vi điều chỉnh giữa các đạo luật và sự trùng lặp giữa các văn bản luật

2.1. Qua nghiên cứu, rà soát cho thấy giữa các văn bản luật có điều chỉnh quan hệ hợp đồng còn chưa tách bạch, còn có sự chồng lấn về phạm vi, đối tượng điều chỉnh. Dẫn đến tình trạng một quan hệ cụ thể có thể được điều chỉnh bởi nhiều văn bản khác nhau với các quy định khác nhau mà cơ quan có thẩm quyền, các bên trong hợp đồng không thể quyết định được văn bản nào sẽ điều chỉnh cho quan hệ của mình. Cụ thể:

(1) Luật Đất đai năm 2013 có phạm vi điều chỉnh rất rộng, có liên quan đến nhiều quan hệ pháp luật về quyền sử dụng đất trong lĩnh vực lâm nghiệp, khoáng sản, đầu tư, xây dựng, kinh doanh bất động sản, nhà ở... dẫn đến một quan hệ hợp đồng, như hợp đồng liên quan đến dự án đầu tư có sử dụng đất chịu sự điều chỉnh của nhiều đạo luật với những quy định hết sức phức tạp.

Luật Đất đai năm 2013 còn thể hiện sự khác biệt, thiếu nhất quán trong cách tiếp cận. Ví dụ, BLDS năm 2015, Luật Doanh nghiệp năm 2020, Luật Đầu tư năm 2020, về nguyên tắc, có sự tách bạch giữa tách bạch giữa vấn đề sở hữu tài sản, điều kiện tham gia giao dịch với điều kiện để vận hành, khai thác tài sản; theo đó, một người muốn nhận chuyển nhượng dự án có quyền sử dụng đất không nhất thiết phải đảm bảo đủ điều kiện để kinh doanh, khai thác tài sản đó. Tuy nhiên, Luật Đất đai năm 2013 lại có cách tiếp cận khác khi coi việc đáp ứng các điều kiện khai thác tài sản (quyền sử dụng đất) là điều kiện tiên quyết để được tham gia giao dịch; tùy trường hợp mà người sử dụng đất phải đáp ứng các điều kiện nhất định để có quyền sử dụng đất.⁶ Quy định về việc người muốn có quyền sử dụng đất phải đáp ứng các điều kiện khai thác, sử dụng đất đai như vậy

³ như nghị định của Chính phủ; thông tư của Bộ trưởng bộ, ngành; Nghị quyết của hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao.

⁴ ghi nhận tại khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013, khoản 2 Điều 2 BLDS năm 2015

⁵ Theo quy định tại khoản 2 Điều 11 Luật Ban hành văn bản QPPL năm 2015 (sửa đổi bổ sung năm 2020) trường hợp luật giao cho Chính phủ quy định chi tiết luật thì “*cơ quan được giao ban hành văn bản chi tiết không được ủy quyền tiếp*”.

⁶ Ví dụ, người được Nhà nước giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất để thực hiện dự án đầu tư phải đáp ứng các điều kiện quy định tại khoản 3 Điều 58 Luật Đất đai; người mua tài sản gắn liền với đất được Nhà nước cho thuê thu tiền thuê đất hàng năm phải đảm bảo đủ các điều kiện quy định tại khoản 2 Điều 189 Luật Đất đai.

đã dẫn đến một số vướng mắc trong thực tiễn, không thực sự cần thiết bởi pháp luật đất đai có thể quy định người tiếp cận, có được quyền sử dụng đất phải đáp ứng điều kiện sử dụng khi bắt đầu vận hành, khai thác đất đai, trường hợp họ không đạt điều kiện và không thể khai thác được đất thì đã có các chế tài về thu hồi đất do vi phạm thời hạn sử dụng đất; chưa thúc đẩy, tạo sự linh hoạt, tạo nhiều lựa chọn cho chủ thể có quyền sở hữu tài sản bởi chủ thể có quyền sử dụng đất nếu không đủ điều kiện để khai thác đất có thể lựa chọn một số cách thức thức khác để khai thác tài sản của mình, như góp vốn, hợp tác kinh doanh với chủ thể có đủ điều kiện...

Bên cạnh đó, các quy định của Luật đất đai không chỉ điều chỉnh quan hệ giữa nhà nước và các chủ thể sử dụng đất (thị trường sơ cấp) mà còn điều chỉnh cả quan hệ giữa các chủ thể sử dụng đất (thị trường thứ cấp) trong khi đó bản chất mỗi quan hệ hợp đồng giữa các chủ thể này nên được điều chỉnh bởi pháp luật dân sự. Vấn đề này cũng xảy ra tương tự với Luật Kinh doanh bất động sản năm 2015, Luật Nhà ở năm 2014 (được sửa đổi, bổ sung một số điều bởi Luật Đầu tư năm 2020, Luật đầu tư theo phương thức đối tác công tư năm 2020)⁷.

(2) Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 chưa làm rõ được phạm vi điều chỉnh của luật; chưa có quy định về nguyên tắc áp dụng pháp luật khi có sự mâu thuẫn, chồng chéo của Luật với các luật có liên quan đối với các nội dung, quy định về kinh doanh bất động sản; các quy định vẫn có sự giao thoa về phạm vi điều chỉnh, áp dụng với pháp luật về đất đai⁸, nhà ở⁹, đầu tư¹⁰, xây dựng dẫn đến có sự phân tán, chồng chéo về quy định giữa các đạo luật và ngay trong một đạo luật; gây khó khăn cho các tổ chức, cơ quan, cá nhân trong việc nắm bắt, hiểu rõ và lựa chọn áp dụng quy định pháp luật.

⁷ Sau đây viết tắt là Luật Nhà ở năm 2014

⁸ Các quy định về kinh doanh quyền sử dụng đất trong Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 hiện hành chưa cụ thể, rõ ràng và còn có sự giao thoa giữa kinh doanh quyền sử dụng đất theo pháp luật về KDBĐS với chuyển nhượng, cho thuê quyền sử dụng đất theo pháp luật về đất đai.

⁹ Hoạt động kinh doanh nhà ở thương mại vừa được điều chỉnh bởi Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014, đồng thời cũng được quy định, điều chỉnh bởi Luật Nhà ở năm 2014; trong khi Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 không quy định riêng về kinh doanh nhà ở mà quy định gộp chung, trộn lẫn kinh doanh nhà ở với kinh doanh công trình xây dựng.

Nhiều quan hệ xã hội, nhiều nội dung liên quan đến hoạt động kinh doanh nhà ở thương mại hiện nay vừa phải tuân thủ, thực hiện theo quy định của Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014, đồng thời lại vừa phải tuân thủ, thực hiện theo quy định của Luật nhà ở năm 2014 (Ví dụ như các hoạt động liên quan đến huy động vốn thông qua hợp đồng kinh doanh nhà ở, ký hợp đồng mua bán nhà ở thương mại, chủ đầu tư dự án thực hiện thủ tục thông báo và được sở xây dựng địa phương xác nhận nhà ở hình thành trong tương lai tại dự án đủ điều kiện đưa vào kinh doanh, quyền và trách nhiệm của chủ đầu tư dự án, đối tượng được mua nhà ở tại dự án...). Do Luật Kinh doanh bất động sản trong nhiều trường hợp có dẫn chiếu sang thực hiện theo quy định của Luật Nhà ở; các tổ chức, cá nhân, các cơ quan khó xác định được các quy định nào trong Luật Kinh doanh bất động sản được áp dụng đối với kinh doanh nhà ở (ví dụ như trường hợp thực hiện quy định về bắt buộc hay không bắt buộc phải công chứng hợp đồng bán nhà ở, chuyển nhượng hợp đồng bán nhà ở hình thành trong tương lai...).

¹⁰ Thủ tục chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án bất động sản hiện nay được thực hiện theo hai trình tự thủ tục được quy định theo hai luật là Luật Kinh doanh bất động sản và Luật Đầu tư 2020 và có quy định khác nhau giữa các luật

(3) Một số nội dung về giao dịch nhà ở trong Luật Nhà ở có sự chồng lấn về phạm vi điều chỉnh với Luật kinh doanh bất động sản.

(4) Về áp dụng Luật Thương mại năm 2005 và luật có liên quan: quy định tại Điều 4 Luật Thương mại năm 2005¹¹ cho thấy Luật Thương mại năm 2005 vừa chứa đựng những quy định mang tính chuyên ngành về hợp đồng trong quan hệ về hợp đồng với BLDS, vừa chứa đựng những quy định mang tính chung trong quan hệ với một số quy định về hợp đồng trong các luật khác. Cách tiếp cận này làm cho hệ thống pháp luật trở nên nhiều tầng nấc, khó áp dụng bởi nhiều quy định của Luật Thương mại năm 2005 mang tính chung chung, khó áp dụng trên thực tế trong khi hoạt động xây dựng, đấu giá hàng hóa, đấu thầu hàng hóa, dịch vụ, quảng cáo thương mại đã được điều chỉnh bởi Luật Xây dựng năm 2014 (được sửa đổi, bổ sung năm 2020), Luật Đấu giá tài sản năm 2016, Luật Đấu thầu năm 2013, Luật Quảng cáo năm 2012, Luật Du lịch năm 2017. Thực tiễn áp dụng pháp luật cho thấy, với quy định tại Điều 4 Luật Thương mại năm 2005, Điều 4 BLDS năm 2015 và ghi nhận “hợp đồng xây dựng là hợp đồng dân sự” tại Điều 138 Luật Xây dựng năm 2014 (sửa đổi, bổ sung năm 2020) dẫn đến việc cách hiểu rằng những vấn đề pháp lý nào liên quan hợp đồng xây dựng mà không được quy định trong Luật Xây dựng thì áp dụng quy định của BLDS vì vậy bỏ qua các quy định về chế tài trong thương mại của Luật Thương mại năm 2005 và áp dụng trực tiếp các quy định của BLDS năm 2015 về trách nhiệm đối với vi phạm nghĩa vụ¹².

(5) Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010 chưa được xác định vị trí trong hệ thống pháp luật, chưa được làm rõ về mối quan hệ với các Luật chuyên ngành.

2.2. Tồn tại một số quy định trùng lặp hoặc quy định nhắc lại quy định tại các luật khác nhưng không chính xác, không đầy đủ, có thể dẫn đến mâu thuẫn về nội dung, thậm chí lệch hướng nội dung của luật chung; đòi hỏi sớm có điều chỉnh, hoàn thiện. Chẳng hạn:

(1) Luật Thương mại năm 2005 có nhiều quy định về hợp đồng mua bán hàng hóa (Điều 24 đến Điều 62), hợp đồng đại diện cho thương nhân (Điều 141 đến Điều 177), hợp đồng cho thuê hàng hóa (Điều 269 đến Điều 283), hợp đồng gia công hàng hóa trùng với BLDS năm 2015; quy định về quảng cáo thương mại (từ Điều 102 đến Điều 140) trùng với nhiều quy định của Luật Quảng cáo

¹¹ “Điều 4. Áp dụng Luật thương mại và pháp luật có liên quan

1. Hoạt động thương mại phải tuân theo Luật thương mại và pháp luật có liên quan.

2. Hoạt động thương mại đặc thù được quy định trong luật khác thì áp dụng quy định của luật đó.

3. Hoạt động thương mại không được quy định trong Luật thương mại và trong các luật khác thì áp dụng quy định của BLDS”

¹² Chẳng hạn tại Quyết định số 12/2019/KDTM-GĐT ngày 24/9/2019 về giải quyết tranh chấp phát sinh từ hợp đồng xây dựng, Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao cho rằng “Trong trường hợp này, cần xác định quan hệ tranh chấp liên quan đến lĩnh vực xây dựng, nên cần áp dụng pháp luật xây dựng. Trường hợp pháp luật xây dựng không quy định thì áp dụng BLDS để giải quyết”, tức đã bỏ qua Luật Thương mại năm 2005.

năm 2012; Luật Nhà ở năm 2014 quy định về thuê, mua bán, tặng cho nhà ở có nhiều quy định trùng lặp với BLDS năm 2015.

(2) BLDS năm 2015, Luật Nhà ở năm 2015, Luật Đất đai năm 2013 đều có những quy định về các thời điểm liên quan đến hợp đồng, quy định về thời điểm chuyển quyền đối với tài sản tuy nhiên các thời điểm này còn thể hiện sự mâu thuẫn, thiếu thống nhất.

(3) Theo quy định của BLDS năm 2015, lừa dối trong giao dịch là một trong những loại giao dịch dân sự vô hiệu tương đối. Tuy nhiên, một số quy định trong pháp luật chuyên ngành lại chép lại BLDS nhưng lại nâng tầm thành quy định “cấm lừa dối”, điều này làm chuyển hóa giao dịch dân sự vô hiệu tương đối thành giao dịch dân sự vô hiệu tuyệt đối, chẳng hạn, quy định tại khoản 1 Điều 10 Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010.

(4) Về hình thức hợp đồng kinh doanh bất động sản¹³, khoản 2 Điều 17 Luật kinh doanh bất động sản năm 2014 quy định hợp đồng kinh doanh bất động sản phải được lập thành văn bản, việc công chứng, chứng thực hợp đồng do các bên thỏa thuận; tuy nhiên, hợp đồng mua bán, thuê mua nhà, công trình xây dựng, hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất mà các bên là hộ gia đình, cá nhân bán, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê mua bất động sản quy mô nhỏ, không thường xuyên thì phải công chứng hoặc chứng thực. Quy định này còn có điểm vừa trùng lặp, vừa thiếu thống nhất với quy định của Luật Nhà ở năm 2014 về công chứng, chứng thực hợp đồng về nhà ở¹⁴.

3. Một số văn bản pháp luật trong lĩnh vực cụ thể còn có quy định khác với quy định của BLDS năm 2015 và cần nghiên cứu hoàn thiện

Trong một hệ thống pháp luật có thể tồn tại quy định khác nhau giữa các văn bản quy phạm pháp luật điều chỉnh các đối tượng, quan hệ xã hội khác nhau; việc tồn tại quy định khác nhau không phải luôn luôn được coi là sự mâu

¹³ Công văn số 337/CĐKQGDGBĐ-QLNV ngày 08/10/2021 của Cục Đăng ký quốc gia giao dịch bảo đảm về việc góp ý dự thảo Báo cáo tổng thể thực trạng pháp luật hợp đồng, pháp luật giải quyết tranh chấp hợp đồng.

¹⁴ Điều 112 Luật Nhà ở năm 2014:

“1. Trường hợp mua bán, tặng cho, đổi, góp vốn, thế chấp nhà ở, chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở thương mại thì phải thực hiện công chứng, chứng thực hợp đồng, trừ trường hợp quy định tại khoản 2 Điều này.

Đối với các giao dịch quy định tại khoản này thì thời điểm có hiệu lực của hợp đồng là thời điểm công chứng, chứng thực hợp đồng.

2. Đối với trường hợp tổ chức tặng cho nhà tình nghĩa, nhà tình thương; mua bán, cho thuê mua nhà ở thuộc sở hữu nhà nước; mua bán, cho thuê mua nhà ở xã hội, nhà ở phục vụ tái định cư; góp vốn bằng nhà ở mà có một bên là tổ chức; cho thuê, cho mượn, cho ở nhờ, ủy quyền quản lý nhà ở thì không bắt buộc phải công chứng, chứng thực hợp đồng, trừ trường hợp các bên có nhu cầu.

Đối với các giao dịch quy định tại khoản này thì thời điểm có hiệu lực của hợp đồng là do các bên thỏa thuận; trường hợp các bên không có thỏa thuận thì thời điểm có hiệu lực của hợp đồng là thời điểm ký kết hợp đồng.

3. Văn bản thừa kế nhà ở được công chứng hoặc chứng thực theo quy định của pháp luật về dân sự.

4. Việc công chứng hợp đồng về nhà ở được thực hiện tại tổ chức hành nghề công chứng; việc chứng thực hợp đồng về nhà ở được thực hiện tại Ủy ban nhân dân cấp xã nơi có nhà ở”.

thuần, chông chéo của hệ thống pháp luật¹⁵. Khoản 2 và khoản 3 Điều 156 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 (sửa đổi năm 2020) đã có quy định về nguyên tắc áp dụng trong trường hợp có quy định khác nhau giữa văn bản ban hành sau và văn bản ban hành trước; Điều 4 BLDS năm 2015, Điều 4 Luật Đầu tư năm 2020 có quy định về nguyên tắc ưu tiên áp dụng luật chuyên ngành. Tuy nhiên, qua rà soát quy định pháp luật về hợp đồng cho thấy, còn có những quy định khác nhau, thiếu phù hợp giữa BLDS năm 2015 với luật chuyên ngành, giữa các văn bản trong các lĩnh vực có liên quan đến nhau mà sự khác biệt này chưa thể hiện rõ sự cần thiết phải có quy định mang tính đặc thù của pháp luật chuyên ngành, sự khác biệt (hay đặc thù) này trong một số trường hợp cụ thể có thể gây nên sự thiếu thống nhất, đồng bộ với các quy định có tính nền tảng của BLDS năm 2015¹⁶; đòi hỏi hệ thống pháp luật điều chỉnh quan hệ hợp đồng cần được rà soát, sửa đổi, bổ sung để đảm bảo tính tương thích, thống nhất với các quy định mang tính nguyên tắc chung. Chẳng hạn:

(1) Một số luật quy định nguyên tắc xác lập, thực hiện hợp đồng “không trái pháp luật” là không đúng với quy định tại Điều 3 BLDS năm 2015. Theo đó, khoản 2 Điều 3 BLDS năm 2015 quy định nguyên tắc: *“Mọi cam kết, thỏa thuận không vi phạm điều cấm của luật¹⁷, không trái đạo đức xã hội có hiệu lực thực hiện đối với các bên và phải được chủ thể khác tôn trọng”*. Tuy nhiên, khoản 1 Điều 11 Luật Thương mại năm 2005¹⁸, điểm a khoản 2 Điều 138 Luật Xây dựng năm 2014¹⁹, khoản 1 Điều 4 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014²⁰ quy định nguyên tắc trong các quan hệ pháp luật thuộc lĩnh vực cụ thể là *“không trái pháp luật”*. Về nguyên tắc, các tổ chức, cá nhân được xác lập, thực hiện hợp đồng trên cơ sở tự do, tự nguyện cam kết, thỏa thuận, miễn là các thỏa thuận đó không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội. Do đó, quy định các bên có quyền tự do thỏa thuận không trái với quy định của pháp luật là chưa phù hợp với quy định về nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự quy định tại BLDS năm 2015.

(2) Về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng:

¹⁵ Tại Nhật Bản, BLDS được coi là hiến pháp của luật tư điều chỉnh quan hệ xã hội xác lập trên cơ sở bình đẳng, thỏa thuận. Các luật khác trong lĩnh vực tư được ban hành điều chỉnh quan hệ xã hội không hẳn bình đẳng giữa các chủ thể (ví dụ giữa thương nhân và người tiêu dùng), bởi vậy việc các luật này có quy định khác, thậm chí mâu thuẫn với BLDS được coi là đương nhiên, điều này không coi là sự thiếu thống nhất, đồng bộ hay mâu thuẫn chông chéo trong hệ thống pháp luật của Nhật Bản.

¹⁶ Như: quy định về thời hiệu khởi kiện, thời điểm có hiệu lực của hợp đồng, quy định về yếu tố lỗi trong bồi thường thiệt hại.

¹⁷ Điều 123 BLDS năm 2015 cũng có quy định rõ hơn về khái niệm điều cấm, theo đó khẳng định rõ *“Điều cấm của luật là những quy định của luật không cho phép chủ thể thực hiện những hành vi nhất định”*.

¹⁸ Khoản 1 Điều 11 Luật Thương mại năm 2005 quy định nguyên tắc “các bên có quyền tự do thỏa thuận không trái với các quy định của pháp luật...”.

¹⁹ Điểm a khoản 2 Điều 138 Luật Xây dựng năm 2014 quy định nguyên tắc ký kết, thực hiện hợp đồng xây dựng là “không trái pháp luật”.

²⁰ Khoản 1 Điều 4 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 quy định một trong những nguyên tắc kinh doanh bất động sản là “Bình đẳng trước pháp luật; tự do thỏa thuận trên cơ sở tôn trọng quyền và lợi ích hợp pháp của các bên thông qua hợp đồng, không trái quy định của pháp luật”.

Đối với hợp đồng có đối tượng là quyền sử dụng đất, Bộ luật Dân sự năm 2015 đã có nhiều quy định rõ ràng các loại thời điểm khác nhau liên quan đến hợp đồng²¹. Tuy nhiên, khoản 3 Điều 188 Luật Đất đai năm 2013 quy định: *“Việc chuyển đổi, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, thừa kế, tặng cho, thế chấp quyền sử dụng đất, góp vốn bằng quyền sử dụng đất phải đăng ký tại cơ quan đăng ký đất đai và có hiệu lực kể từ thời điểm đăng ký vào sổ địa chính”*. Như vậy, Luật Đất đai quy định một thời điểm có hiệu lực của nhiều loại hợp đồng về quyền sử dụng đất; không phân tách thời điểm có hiệu lực của hợp đồng về quyền sử dụng đất (thời điểm làm phát sinh quyền và nghĩa vụ giữa các bên trong hợp đồng về quyền sử dụng đất), thời điểm chuyển dịch quyền sở hữu, thời điểm có hiệu lực đối kháng với người thứ ba. Quy định này của Luật Đất đai năm 2013 dẫn đến nhiều khó khăn, lúng túng, thiếu thống nhất trong thực tiễn áp dụng, đặc biệt là giải quyết tranh chấp phát sinh.

Về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng mua bán nhà ở, khoản 2 Điều 122 Luật Nhà ở quy định, *“...Đối với các giao dịch quy định tại khoản này thì thời điểm có hiệu lực của hợp đồng là do các bên thỏa thuận; trường hợp các bên không có thỏa thuận thì thời điểm có hiệu lực của hợp đồng là thời điểm ký kết hợp đồng”*. Trong khi đó, BLDS năm 2015 quy định: *“Hợp đồng được giao kết hợp pháp có hiệu lực từ thời điểm giao kết, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật liên quan có quy định khác”* (khoản 1 Điều 401); *“Thời điểm giao kết hợp đồng bằng văn bản là thời điểm bên sau cùng ký vào văn bản hay bằng hình thức chấp nhận khác được thể hiện trên văn bản”* (khoản 1 Điều 400). Như vậy, quy định tại khoản 2 Điều 122 Luật Nhà ở năm 2014 còn chưa đảm bảo bao quát các thời điểm giao kết hợp đồng theo quy định của BLDS năm 2015.

Khoản 1 Điều 5 Luật Công chứng năm 2014 quy định *“Văn bản công chứng có hiệu lực kể từ ngày được công chứng viên ký và đóng dấu của tổ chức hành nghề công chứng”*. Quy định này của Luật Công chứng năm 2014 chưa ghi nhận thỏa thuận của các bên về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng và dẫn đến thời điểm có hiệu lực của hợp đồng được công chứng theo yêu cầu (những hợp đồng pháp luật không bắt buộc phải công chứng) có hiệu lực muộn hơn so với việc hợp đồng đó không được công chứng theo quy định tại Điều 401 BLDS năm 2015²².

²¹ Bộ luật Dân sự năm 2015 đã quy định về: (1) thời điểm có hiệu lực của đề nghị giao kết hợp đồng (Điều 388), (2) thời điểm giao kết hợp đồng (Điều 400), (3) thời điểm có hiệu lực của hợp đồng đối với các bên tham gia quan hệ (Điều 401), (4) thời điểm xác lập quyền sở hữu, quyền khác đối với tài sản (Điều 161, khoản 3 Điều 450), (5) thời điểm có hiệu lực đối kháng với người thứ ba (khoản 1 Điều 297, Điều 298, khoản 2 Điều 310, khoản 2 Điều 319, khoản 2 Điều 331, khoản 2 Điều 347), (6) thời điểm chuyển dịch rủi ro (khoản 1 Điều 441)...

²² “Điều 401. Hiệu lực của hợp đồng

1. Hợp đồng được giao kết hợp pháp có hiệu lực từ thời điểm giao kết, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật liên quan có quy định khác”.

(3) Về thời hiệu khởi kiện, Điều 319 Luật Thương mại năm 2005 quy định: *“Thời hiệu khởi kiện áp dụng đối với các tranh chấp thương mại là hai năm, kể từ thời điểm quyền và lợi ích hợp pháp bị xâm phạm...”*; Điều 30 Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2000 (sửa đổi, bổ sung năm 2010, 2019) quy định: *“Thời hiệu khởi kiện về hợp đồng bảo hiểm là 3 năm, kể từ thời điểm phát sinh tranh chấp”*; khoản 3 Điều 92 Luật Giao thông đường thủy nội địa năm 2004 (được sửa đổi, bổ sung năm 2014) quy định: *“Thời hiệu khởi kiện... là một năm, kể từ ngày hết thời hạn giải quyết yêu cầu bồi thường...”* và Điều 33 Luật Trọng tài thương mại năm 2010 quy định: *“...thời hiệu khởi kiện theo thủ tục trọng tài là 2 năm, kể từ thời điểm quyền và lợi ích hợp pháp bị xâm phạm”*. Các quy định này được xây dựng trong bối cảnh thực hiện quy định tại Điều 427 của BLDS năm 2005. Tuy nhiên, hiện tại, Điều 429 BLDS năm 2015 quy định: *“Thời hiệu khởi kiện để yêu cầu Tòa án giải quyết tranh chấp hợp đồng là 03 năm, kể từ ngày người có quyền yêu cầu biết hoặc phải biết quyền và lợi ích hợp pháp của mình bị xâm phạm”*. Như vậy, trong bối cảnh quy định về thời hiệu khởi kiện tại BLDS đã có điểm khác so với trước đây, quy định tại Luật Thương mại, Luật Kinh doanh bảo hiểm, Luật Giao thông đường thủy nội địa và Luật Trọng tài thương mại cũng cần được nghiên cứu sửa đổi để đảm bảo sự thống nhất.

(4) Một số quy định của Luật Thương mại năm 2005 còn có điểm đặc thù so với BLDS năm 2015 và chưa thực sự hợp lý:

a) Về phạt vi phạm hợp đồng, Luật Thương mại năm 2005 quy định về mức phạt đối với vi phạm nghĩa vụ hợp đồng hoặc tổng mức phạt đối với nhiều vi phạm do các bên thỏa thuận trong hợp đồng nhưng không quá 8% giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm (Điều 301). Quy định như vậy chưa phù hợp với tinh thần của BLDS năm 2015, theo đó khoản 2 Điều 418 BLDS năm 2015 không có giới hạn mức phạt vi phạm hợp đồng và cũng không hạn chế tự do thỏa thuận của các bên trong hợp đồng (mặc dù khoản 2 Điều 418 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định *“... trừ trường hợp luật liên quan có quy định khác”* nhưng việc quy định giới hạn như vậy là không cần thiết). Ngoài ra, theo quy định tại khoản 3 Điều 418 Bộ luật Dân sự năm 2015, trường hợp các bên có thỏa thuận về phạt vi phạm nhưng không thỏa thuận về việc vừa phải chịu phạt vi phạm và vừa phải bồi thường thiệt hại thì bên vi phạm nghĩa vụ chỉ phải chịu phạt vi phạm. Tuy nhiên, khoản 2 Điều 307 Luật Thương mại năm 2005 quy định: *“Trường hợp các bên có thỏa thuận phạt vi phạm thì bên bị vi phạm có quyền áp dụng cả chế tài phạt vi phạm và buộc bồi thường thiệt hại, trừ trường hợp Luật này có quy định khác”*. Bởi vậy, cần đánh giá sự cần thiết duy trì các quy định mang tính đặc thù, can thiệp ý chí các bên trong hợp đồng, tính phù hợp thực tiễn của các luật này để hoàn thiện trong thời gian tới, hướng đến sửa đổi quy định tại Điều 301, Điều 307 Luật Thương mại năm 2005 về phạt vi

phạm và bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng để phù hợp với nguyên tắc thỏa thuận tự nguyện của các bên.

b) Về hoãn thực hiện hợp đồng: theo quy định tại khoản 1 Điều 354, Điều 411 BLDS 2015 hoãn thực hiện nghĩa vụ không đơn thuần thuộc phạm trù “trách nhiệm dân sự” với ý nghĩa là hậu quả pháp lý do vi phạm nghĩa vụ. Tuy nhiên, Luật Thương mại năm 2005 quy định khác, bó hẹp hơn so với BLDS, theo đó tạm ngừng thực hiện hợp đồng²³ được quy định tại Điều 308 Luật Thương mại năm 2005 có tính chất là một loại chế tài và chỉ đặt ra trong trường hợp có vi phạm hợp đồng. Theo đó, một bên được tạm ngừng thực hiện nghĩa vụ của mình khi: (i) bên kia có hành vi vi phạm thuộc trường hợp các bên đã thỏa thuận là điều kiện để tạm ngừng thực hiện hợp đồng, hoặc (ii) bên kia vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng (trừ trường hợp bên vi phạm được miễn trách nhiệm).

c) Về đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng: Luật Thương mại năm 2005 quy định khác với BLDS năm 2015 về đơn phương chấm dứt hợp đồng ở một số điểm sau:

Theo quy định tại Điều 310 và Điều 311 Luật Thương mại năm 2005, đình chỉ thực hiện hợp đồng²⁴ có tính chất là một loại chế tài trong thương mại - luôn phải gắn với hành vi vi phạm của một bên. Trong khi đó, Điều 428 BLDS năm 2015 quy định đơn phương chấm dứt hợp đồng theo cách tiếp cận không chỉ thuần túy là quy định về trách nhiệm dân sự, mà bao hàm cả trường hợp chấm dứt hợp đồng không do hành vi vi phạm nghĩa vụ hợp đồng (có thể do các bên thỏa thuận hoặc do pháp luật có quy định). Cụ thể Luật Thương mại năm 2005 quy định các bên chỉ có thể thỏa thuận việc đình chỉ thực hiện hợp đồng khi xảy ra hành vi vi phạm của một bên, còn theo BLDS năm 2015 các bên có thể thỏa thuận trường hợp đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng mà không phụ thuộc có hay không hành vi vi phạm nghĩa vụ hợp đồng.

Khoản 3 Điều 428 BLDS năm 2015 ghi nhận khi đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng thì thỏa thuận về phạt vi phạm, bồi thường thiệt hại và giải quyết tranh chấp vẫn có thể được giữ nguyên hiệu lực; tuy nhiên Điều 311 Luật Thương mại năm 2005 lại không có quy định một cách rõ ràng về giữ nguyên hiệu lực (một cách mặc nhiên) của thỏa thuận về phạt vi phạm, bồi thường thiệt hại và thỏa thuận về giải quyết tranh chấp trong trường hợp đình chỉ thực hiện hợp đồng.

d) Về quyền của bên thế chấp: khoản 4 Điều 321 BLDS năm 2015 quy định bên thế chấp có quyền “Được bán, thay thế, trao đổi tài sản thế chấp, nếu tài sản đó là hàng hóa luân chuyển trong quá trình sản xuất, kinh doanh. Trong trường hợp này, quyền yêu cầu bên mua thanh toán tiền, số tiền thu được, tài sản hình

²³ Luật Thương mại năm 2005 không sử dụng thuật ngữ “hoãn thực hiện nghĩa vụ” mà quy định về tạm ngừng thực hiện hợp đồng.

²⁴ Luật Thương mại năm 2005 không sử dụng thuật ngữ “đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng” mà sử dụng thuật ngữ “đình chỉ thực hiện hợp đồng”

thành từ số tiền thu được, tài sản được thay thế hoặc được trao đổi trở thành tài sản thế chấp. Trường hợp tài sản thế chấp là kho hàng thì bên thế chấp được quyền thay thế hàng hóa trong kho, nhưng phải bảo đảm giá trị của hàng hóa trong kho đúng như thỏa thuận”. Tuy nhiên, Điều 48 Luật Thương mại năm 2005 quy định: “Trường hợp hàng hóa được bán là đối tượng của biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự thì bên bán phải thông báo cho bên mua về biện pháp bảo đảm và phải được sự đồng ý của bên nhận bảo đảm về việc bán hàng hóa đó”. Quy định này là chưa tương thích với quy định của BLDS năm 2015 bởi theo quy định của BLDS, bên thế chấp có quyền bán tài sản thế chấp là hàng hóa luân chuyển trong quá trình sản xuất, kinh doanh, kho hàng hoặc tài sản khác theo quy định của luật mà không cần có sự đồng ý của bên nhận thế chấp.

đ) Về lãi suất trong trường hợp chậm thực hiện nghĩa vụ, khoản 2 Điều 357 BLDS năm 2015 quy định lãi suất phát sinh do chậm trả tiền được xác định theo thỏa thuận của các bên nhưng không được vượt quá mức lãi suất được quy định tại khoản 1 Điều 468 của Bộ luật này (không vượt quá 20%/năm của khoản tiền chậm thanh toán); nếu không có thỏa thuận thì thực hiện theo quy định tại khoản 2 Điều 468 của Bộ luật này (10%/năm của khoản tiền chậm thanh toán). Trong khi đó, Điều 306 Luật Thương mại năm 2005 quy định *“Trường hợp bên vi phạm hợp đồng chậm thanh toán tiền hàng hay chậm thanh toán thù lao dịch vụ và các chi phí hợp lý khác thì bên bị vi phạm hợp đồng có quyền yêu cầu trả tiền lãi trên số tiền chậm trả đó theo lãi suất nợ quá hạn trung bình trên thị trường tại thời điểm thanh toán tương ứng với thời gian chậm trả, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác”*. Quy định này không mâu thuẫn với BLDS năm 2015 bởi Điều 468 đã ghi nhận *“..trừ trường hợp luật khác có liên quan quy định khác”*. Tuy nhiên, cần nghiên cứu, đánh giá về sự cần thiết duy trì quy định có tính khác biệt này.

(5) Luật Kinh doanh bất động sản năm 2015 còn có quy định khác với BLDS năm 2015 về yếu tố lỗi trong trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ: theo quy định tại Điều 360 BLDS năm 2015 về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ *“Trường hợp có thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ gây ra thì bên có nghĩa vụ phải bồi thường toàn bộ thiệt hại, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật có quy định khác”*. Theo quy định này, căn cứ phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại theo nguyên tắc suy đoán lỗi. Bên có yêu cầu chỉ cần chứng minh có thiệt hại thực tế và thiệt hại là do hành vi của người vi phạm gây ra. Tuy nhiên, Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 (khoản 5 Điều 21, khoản 6 Điều 22, khoản 5 Điều 24, khoản 4 Điều 26, khoản 5 Điều 27, khoản 7 Điều 28, khoản 6 Điều 29,...) quy định theo hướng bên vi phạm chỉ phải bồi thường thiệt hại do lỗi của mình gây ra (quy định này không mâu thuẫn với BLDS năm 2015 bởi Điều 360 đã ghi nhận trừ trường hợp luật liên quan có quy định khác). Tuy nhiên, trong bối cảnh quy định về căn cứ phát sinh trách nhiệm BTTH tại BLDS

đã có điểm khác so với trước đây (áp dụng nguyên tắc suy đoán lỗi, người bị thiệt hại không có trách nhiệm chứng minh lỗi của bên gây ra thiệt hại nữa), do đó, quy định của Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 cũng cần được nghiên cứu, hoàn thiện để đảm bảo sự thống nhất.

Ngoài ra, còn tồn tại quy định mâu thuẫn với BLDS năm 2015. Chẳng hạn, theo quy định của BLDS năm 2015²⁵, việc một người ủy quyền cho người khác định đoạt tài sản của mình, trong đó có quyền chuyển nhượng tài sản thì quan hệ này không phải là hợp đồng chuyển nhượng quyền sở hữu đối với tài sản; loại hợp đồng này không chuyển giao quyền sở hữu tài sản cho người được ủy quyền.²⁶ Quan hệ này khác với hợp đồng chuyển quyền sở hữu tài sản. Tuy nhiên, Nghị định số 65/2013/NĐ-CP ngày 27/6/2013 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều của Luật Thuế thu nhập cá nhân và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Thuế thu nhập cá nhân (khoản 5 Điều 3) quy định thu nhập chịu thuế của cá nhân đối với thu nhập từ chuyển nhượng bất động sản theo hướng thu nhập chịu thuế *“bao gồm cả khoản thu nhập từ việc ủy quyền quản lý bất động sản mà người được ủy quyền có quyền chuyển nhượng bất động sản hoặc có quyền như người sở hữu bất động sản theo quy định của pháp luật”*. Quy định này dẫn đến việc thu thuế thu nhập cá nhân với người ủy quyền trong trường hợp ủy quyền cho người khác toàn quyền quản lý và định đoạt bất động sản, chưa đúng với nguyên tắc của pháp luật dân sự và pháp luật về thuế.

4. Hệ thống pháp luật còn chứa đựng một số quy định chưa rõ ràng, chưa phù hợp dẫn đến thực tiễn áp dụng còn gặp nhiều khó khăn, chưa thúc đẩy phát triển

(1) Luật Đất đai năm 2013 có những quy định còn chưa rõ ràng, bất cập như:

- Quy định về 7 quyền của chủ thể sử dụng đất tại Điều 167 Luật Đất đai năm 2013 chưa thể hiện rõ tinh thần của luật là ngoài các quyền này thì các chủ thể sử dụng đất có quyền xác lập, thực hiện các hợp đồng khác hay không.

- Quy định về khái niệm hộ gia đình sử dụng đất tại khoản 29 Điều 3 Luật Đất đai năm 2013 chưa rõ ràng dẫn đến những khó khăn phức tạp kéo dài nhiều năm qua liên quan đến xác định thành viên hộ gia đình trong quan hệ hợp đồng về quyền sử dụng đất²⁷.

²⁵ Điều 134, Điều 135, Điều 138, Điều 139 đến Điều 143, Điều 562 đến Điều 569 Bộ Luật Dân sự năm 2015.

²⁶ Nếu các bên che dấu một giao dịch khác sẽ bị xử lý theo quy định pháp luật về hợp đồng vô hiệu do giả tạo (Điều 124 Bộ luật Dân sự năm 2015). Bên cạnh đó quan hệ ủy quyền có thể chấm dứt theo ý chí của bên ủy quyền hoặc trong trường hợp bên ủy quyền chết thì quan hệ ủy quyền cũng chấm dứt và tài sản thuộc quyền sở hữu của các người thừa kế của bên ủy quyền; như vậy tồn tại những rủi ro cho các bên nếu muốn xác lập quan hệ ủy quyền để thực hiện một giao dịch khác và các bên phải tự chịu trách nhiệm về việc này.

²⁷ BLDS năm 2015 đã thay đổi cách tiếp cận so với BLDS năm 2005. Theo Điều 101 BLDS năm 2015, hộ gia đình là thực thể pháp lý tham gia quan hệ dân sự thông qua hành vi xác lập giao dịch dân sự của các cá nhân thành viên (chứ không còn là chủ thể độc lập của quan hệ pháp luật dân sự như hai BLDS trước đó); tuy nhiên,

- Điều 191 của Luật Đất đai năm 2013 quy định tổ chức kinh tế không được nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất trồng lúa, đất rừng phòng hộ, đất rừng đặc dụng của hộ gia đình, cá nhân; hộ gia đình, cá nhân không trực tiếp sản xuất nông nghiệp không được nhận chuyển nhượng, nhận tặng cho quyền sử dụng đất trồng lúa. Quy định này đang phân nào hạn chế nguồn lực đầu tư vào đất nông nghiệp để phát triển nông nghiệp như một ngành kinh tế

(2) Luật Nhà ở năm 2014 và Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014:

- Về loại hình nhà ở, bất động sản có sẵn, quy định “*nhà ở có sẵn là nhà ở đã hoàn thành việc đầu tư xây dựng và đưa vào sử dụng*” tại khoản 18 Điều 3 Luật Nhà ở năm 2014 và quy định tại khoản 3 và khoản 4 Điều 3 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 về “*nhà, công trình xây dựng có sẵn là nhà, công trình xây dựng đã hoàn thành việc xây dựng và đưa vào sử dụng*”; “*nhà, công trình xây dựng hình thành trong tương lai là nhà, công trình xây dựng đang trong quá trình xây dựng và chưa được nghiệm thu đưa vào sử dụng*” là chưa rõ ràng nhà ở, bất động sản có sẵn là loại tài sản hiện có hay tài sản hình thành trong tương lai²⁸. Trong khi đó, nếu căn cứ theo quy định tại khoản 2 Điều 108 BLDS năm 2015 thì nhà, công trình xây dựng có sẵn thuộc nhóm tài sản hình thành trong tương lai. Các quy định nêu trên của Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014, Luật Nhà ở năm 2014 dẫn đến thực tế khó đưa nhà, công trình xây dựng có sẵn vào giao dịch do không xác định được một cách rõ ràng tính chất pháp lý của loại tài sản này.

- Về hợp đồng chuyển nhượng bất động sản không phải là nhà ở hình thành trong tương lai, Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 mới quy định về việc chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở (Điều 59) mà chưa quy định về việc chuyển nhượng hợp đồng mua bán công trình xây dựng (không phải nhà ở) hình thành trong tương lai; trong khi đó, việc mua bán công trình xây dựng này diễn ra khá phổ biến trên thị trường.

BLDS năm 2015 (khoản 2 Điều 101) lại phải quy định “*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*”. Điều này khiến cho các bất cập, vướng mắc liên quan đến hộ gia đình sử dụng đất trong Luật Đất đai năm 2013 vẫn chưa được giải quyết. Bộ Tài nguyên và Môi trường đã nỗ lực giải quyết các bất cập, vướng mắc này ở tầm Thông tư (Thông tư số 33/2017/TT-BTNMT ngày 29/9/2017 của Bộ trưởng Bộ Tài nguyên và Môi trường quy định chi tiết Nghị định số 01/2017/NĐ-CP ngày 06/01/2017 của Chính phủ sửa đổi, bổ sung một số nghị định quy định chi tiết thi hành Luật Đất đai và sửa đổi, bổ sung một số điều của các thông tư hướng dẫn thi hành Luật Đất đai) nhưng vì nhiều lý do đã phải ngưng hiệu lực thi hành quy định mới này. Chính vì vậy, trong đề nghị xây dựng Luật Đất đai (sửa đổi) gần đây, Bộ Tài nguyên và Môi trường đã đề xuất “sửa đổi, bổ sung quy định việc sử dụng đất của hộ gia đình cho đồng bộ, thống nhất với quy định của BLDS” (Báo cáo số 56/BC-BTNMT ngày 05/7/2021 của Bộ Tài nguyên và Môi trường đánh giá tác động của chính sách xây dựng Luật Đất đai (sửa đổi), tr. 13).

²⁸ khái niệm tài sản hình thành trong tương lai đã được ghi nhận tại khoản 2 Điều 108 Bộ luật Dân sự năm 2015, theo đó “*Tài sản hình thành trong tương lai bao gồm: a) Tài sản chưa hình thành; b) Tài sản đã hình thành nhưng chủ thể xác lập quyền sở hữu tài sản sau thời điểm xác lập giao dịch*”. Khoản 19 Điều 3 Luật Nhà ở năm 2014 cũng có quy định: “*Nhà ở hình thành trong tương lai là nhà ở đang trong quá trình đầu tư xây dựng và chưa được nghiệm thu đưa vào sử dụng*”

- Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 chưa khắc phục được tình trạng chuyển nhượng dự án bất động sản thông qua hình thức mua bán sáp nhập để sở hữu vốn công ty dự án qua đó sở hữu dự án, bản chất là chuyển nhượng dự án bất động sản.

- Điểm a khoản 1 Điều 10 Luật Nhà ở quy định chủ sở hữu nhà ở là tổ chức, hộ gia đình, cá nhân trong nước, người Việt Nam định cư ở nước ngoài có quyền “*bất khả xâm phạm về quyền sở hữu nhà ở của mình*” mà chưa có ngoại lệ về giới hạn thực hiện quyền này là chưa thực sự thống nhất với luật hiện hành (chẳng hạn trường hợp nhà nước thu hồi đất và tài sản gắn liền với đất theo quy định của Luật Đất đai năm 2013; trường hợp tổ chức tín dụng thu giữ tài sản bảo đảm của khoản nợ xấu quy định tại Điều 7 Nghị quyết số 42/2017/QH14 về thí điểm xử lý nợ xấu của các tổ chức tín dụng).

- Khoản 2 Điều 148 Luật Nhà ở quy định “*Việc thế chấp dự án đầu tư xây dựng nhà ở và thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai chỉ được thực hiện theo quy định tại Luật này; các trường hợp thế chấp tài sản là dự án đầu tư xây dựng nhà ở hoặc nhà ở hình thành trong tương lai không đúng với quy định tại Luật này thì không có giá trị pháp lý*”. Quy định này chưa bao quát được các quy định pháp lý điều chỉnh quan hệ thế chấp dự án đầu tư xây dựng nhà ở và thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai, bởi vì: (i) việc thế chấp dự án đầu tư xây dựng nhà ở và thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai không chỉ được điều chỉnh bởi Luật Nhà ở năm 2014 mà còn được điều chỉnh bởi quy định của pháp luật liên quan như BLDS năm 2015 (về chủ thể, về đại diện, về hiệu lực của giao dịch dân sự, về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, về hợp đồng,...), Luật Công chứng năm 2014,... (ii) theo quy định tại Điều 132 BLDS năm 2015, việc một giao dịch dân sự (trong đó có giao dịch thế chấp dự án đầu tư xây dựng nhà ở và thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai) có bị tuyên là vô hiệu hay không thuộc thẩm quyền của Tòa án.

(3) Luật Công chứng năm 2014 chưa có những quy định cụ thể về công chứng hợp đồng có đối tượng là tài sản hình thành trong tương lai, đặc biệt là các hợp đồng liên quan đến nhà ở hình thành trong tương lai (như hợp đồng bán, cho thuê mua nhà ở xã hội hình thành trong tương lai (khoản 2 Điều 118 Luật Nhà ở năm 2014); mua bán, thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai (điểm a khoản 2 Điều 118 Luật Nhà ở năm 2014)) dẫn đến trên thực tế việc áp dụng pháp luật còn có những khó khăn hoặc không thực hiện được việc công chứng. Bên cạnh đó, Luật Công chứng năm 2014 chưa có quy định về phương thức công chứng điện tử; công chứng hợp đồng điện tử.

5. Quy định pháp luật hợp đồng chưa đảm bảo nguyên tắc tự do ý chí trong quan hệ hợp đồng

Vai trò nhà nước kiến tạo phát triển, xây dựng và hoàn thiện hành lang pháp lý đã được khẳng định tại nhiều Nghị quyết của Chính phủ trong thời gian qua, tuy nhiên, một số quy định pháp luật liên quan đến hợp đồng vẫn còn ít nhiều thể hiện sự can thiệp vào quyền tự do hợp đồng. Quy định pháp luật về hợp đồng do nhiều Bộ, ngành soạn thảo, ban hành hoặc trình cơ quan có thẩm quyền ban hành. Từ đó, đã có một số quy định có tính chất quản lý của nhà nước, “hành chính hóa” quan hệ hợp đồng, can thiệp vào quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp một cách chưa thực sự hợp lý. Chẳng hạn, Nhà nước đã ban hành văn bản pháp luật quy định một số hợp đồng mẫu²⁹ trong lĩnh vực mua bán điện mặt trời, quản lý vận hành hệ thống chiếu sáng đô thị, hợp đồng tư vấn xây dựng, thi công xây dựng trong khi đây là các loại hợp đồng không thuộc danh mục hợp đồng theo mẫu và hợp đồng phải đăng ký³⁰,... những quy định này có thực sự cần thiết hay không, có phải là sự can thiệp quá mức cần thiết vào tự do hợp đồng hay không là vấn đề còn phải phân tích thấu đáo, toàn diện. Bởi vậy, trong thời gian tới cần nghiên cứu, đánh giá kỹ lưỡng và lược bỏ nếu các quy định thể hiện sự can thiệp không cần thiết của Nhà nước vào quan hệ hợp đồng.

6. Pháp luật về hợp đồng còn có một số khoảng trống, còn thiếu quy định điều chỉnh các vấn đề mới phát sinh trong bối cảnh mới.

6.1. Về đăng ký tài sản

Hệ thống pháp luật hiện hành có nhiều quy định về vấn đề đăng ký đối với tài sản tại Bộ luật Dân sự năm 2015, Luật Đất đai năm 2013, Luật Nhà ở năm 2014, Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014, Bộ luật Hàng hải Việt Nam năm 2015, Luật Giao thông đường thủy nội địa năm 2004³¹, Luật Thủy sản năm 2017, Luật Hàng không dân dụng Việt Nam năm 2006, Luật Đường sắt năm 2017, Luật Di sản văn hóa năm 2001 (sửa đổi, bổ sung năm 2009), Luật Quản lý sử dụng vũ khí, vật liệu nổ, công cụ hỗ trợ 2017, Luật Chứng khoán năm 2019, Luật Sở hữu trí tuệ (sửa đổi, bổ sung năm 2019)... Theo đó, có thể phân chia thành đăng ký sở hữu tài sản (đăng ký bắt buộc và đăng ký theo yêu cầu) và đăng ký để quản lý nhà nước, cho phép lưu hành. Về cơ bản, hệ thống pháp luật

²⁹ Về lý thuyết, việc ban hành các loại hợp đồng theo mẫu là cách thức Nhà nước can thiệp nhằm bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, hạn chế tình trạng doanh nghiệp lợi dụng vị trí của mình trong quan hệ để đưa những điều khoản bất lợi cho đối tác.

³⁰ Danh mục hàng hóa, dịch vụ thiết yếu phải đăng ký hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung được quy định tại Quyết định số 02/2012/QĐ-TTg ngày 13/01/2012 của Thủ tướng Chính phủ; Quyết định số 35/2015/QĐ-TTg ngày 20/8/2015 về việc sửa đổi, bổ sung Quyết định số 02/2012/QĐ-TTg; Quyết định số 38/2018/QĐ-TTg ngày 05/9/2018 của Thủ tướng Chính phủ về sửa đổi Quyết định số 35/2015/QĐ-TTg.

³¹ được sửa đổi, bổ sung bởi Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Giao thông đường thủy nội địa năm 2014; Luật Phí và lệ phí năm 2015; Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của 37 luật có liên quan đến quy hoạch năm 2018; Luật Phòng, chống tác hại của rượu, bia năm 2019

về đăng ký tài sản khá đầy đủ, bao quát được hầu hết các lĩnh vực tài sản trong nền kinh tế và trong sinh hoạt tiêu dùng, trong quan hệ giữa tài sản thuộc sở hữu toàn dân với tài sản thuộc sở hữu của người dân, của các thành phần kinh tế.

Tuy nhiên, vấn đề còn bất cập của hệ thống đăng ký tài sản ở Việt Nam tại thời điểm này là: (1) thiếu sự đồng bộ, thống nhất về giá trị pháp lý của việc đăng ký tài sản, giao dịch (đăng ký để xác lập quyền sở hữu, quyền khác đối với tài sản hay đăng ký để công khai, xác lập hiệu lực đối kháng với người thứ ba); (2) còn thiếu sự liên thông giữa các hệ thống đăng ký tài sản, giao dịch với nhau, giữa các hệ thống đăng ký tài sản, giao dịch với hệ thống hỗ trợ tư pháp (công chứng, đấu giá, giám định); giữa các hệ thống đăng ký tài sản, giao dịch với các hệ thống quản lý nhà nước, thi hành pháp luật và tư pháp (Cơ quan kiểm toán, thanh tra, giám sát; Thi hành án, Tòa án, Trọng tài...); (3) thiếu cơ chế pháp lý thống nhất về trao đổi thông tin giữa cơ quan đăng ký tài sản, giao dịch với các cơ quan, tổ chức có thẩm quyền khác; thiếu cơ chế cung cấp thông tin hiệu quả cho người dân, doanh nghiệp tiếp cận được với chi phí thấp và kịp thời đối tài sản, giao dịch được đăng ký; (4) chưa có quy định về đăng ký theo yêu cầu đối với một số loại tài sản như quyền hưởng dụng, quyền bề mặt, công trình xây dựng trên đất nông nghiệp phục vụ phát triển nông nghiệp công nghệ cao (nhà kính, nhà lưới), một số loại hình bất động sản như nhà phố thương mại (shophouse), biệt thự du lịch (resort villa), căn hộ du lịch (condotel); (5) mô hình tổ chức và nguyên tắc vận hành hiện nay của hệ thống đăng ký ở nước ta vẫn còn chịu sự chi phối của tư duy hành chính, yếu tố phục vụ thị trường chưa được đề cao đúng mức trong tổ chức và hoạt động của cơ quan đăng ký - đăng ký tài sản vẫn được nhìn nhận chủ yếu trong vai trò phục vụ chức năng quản lý tài sản của Nhà nước.

6.2. Quy định hướng dẫn thi hành các quy định mang tính nguyên tắc chung của BLDS năm 2015

Với tính chất là luật chung trong hệ thống luật tư, BLDS năm 2015 chứa đựng nhiều quy định mang tính nguyên tắc chung làm cơ sở cụ thể hóa trong các QPPL chuyên ngành. Qua hơn 5 năm triển khai thi hành cho thấy, có một số quy định mới, mang tính nguyên tắc của BLDS³² cần có hướng dẫn cụ thể để các quy phạm đi vào cuộc sống, được hiểu và áp dụng thống nhất.

³² Chẳng hạn quy định về tài sản hình thành trong tương lai (Điều 108, Điều 295); bảo vệ người thứ ba ngay tình (Điều 133); mô tả tài sản bảo đảm (Điều 295); hiệu lực hợp đồng cầm cố tài sản (Điều 310); thế chấp quyền sử dụng đất mà không thế chấp tài sản gắn liền với đất (Điều 325); các trường hợp chấm dứt bảo lãnh (Điều 372); giải thích hợp đồng (Điều 404); điều kiện giao dịch chung (Điều 405); quy định về thực hiện hợp đồng khi điều kiện, hoàn cảnh thay đổi (Điều 420); quy định về quyền truy đòi, bảo lưu quyền sở hữu trong giao dịch bảo đảm; xác định về việc thực hiện hai phần ba nghĩa vụ trong giao dịch (Điều 129); mối quan hệ giữa lãi suất chậm trả và phạt vi phạm trong hợp đồng vay tài sản; vấn đề thế chấp, cầm cố tài sản bảo đảm nghĩa vụ của bên thứ ba; hậu quả pháp lý trong trường hợp các bên trong giao kết hợp đồng vi phạm trách nhiệm thông tin (Điều 387); xác định thiệt hại về lợi ích mà lẽ ra bên có quyền (bên bị vi phạm) sẽ được hưởng do hợp đồng mang lại và thiệt hại về tinh thần (Điều 419); nội dung của một số hợp đồng dân sự thông dụng như nghĩa vụ bảo hành trong hợp đồng mua bán, hợp đồng mua trả chậm trả dần (phân biệt với thuê mua và với vay tiền để mua; hợp đồng tặng cho có

6.3. Về tài sản, đối tượng của hợp đồng

Các loại tài sản tồn tại trong đời sống xã hội là hết sức phong phú; tuy nhiên, việc “định danh”, ghi nhận các loại tài sản, khả năng tham gia giao dịch của mỗi loại tài sản đang còn có một số khoảng trống hoặc được quy định còn phức tạp, thiếu thống nhất. Chẳng hạn:

(i) Tài sản là dự án đầu tư được đề cập trong nhiều văn bản khác nhau³³ với nhiều nội hàm khác nhau. Trong mỗi một dự án đầu tư có thể có nhiều loại tài sản khác nhau (dự án đầu tư, quyền sử dụng đất để thực hiện dự án, tài sản đã hình thành, tài sản hình thành trong tương lai, quyền tài sản phát sinh từ các hợp đồng, quyền khai thác phát triển dự án) nhưng khó có thể tách bạch được các tài sản này với nhau; điều này có thể dẫn đến một số rủi ro trong các giao dịch đối với các tài sản này.³⁴

(ii) Còn có sự lúng túng trong việc ghi nhận, quy định về một số loại tài sản phi truyền thống, bao gồm tài sản là kết quả của sự phát triển khoa học công nghệ trong bối cảnh cuộc Cách mạng công nghiệp lần thứ tư (như “tài sản mã hóa” (crypto-assets), đối tượng sở hữu trí tuệ do trí tuệ nhân tạo (AI) tạo ra), khía cạnh “tài sản” của dữ liệu cá nhân cũng như dữ liệu lớn (big data), một số loại tài sản phát sinh từ hội nhập kinh tế quốc tế (như hạn ngạch thuế quan - TRQ³⁵).

(iii) Việc điều chỉnh tài sản hình thành từ sự phát triển của thị trường bất động sản, du lịch còn chưa kịp thời. Cụ thể, pháp luật về kinh doanh bất động sản, du lịch ghi nhận các chủ đầu tư có quyền xây dựng, kinh doanh các loại hình bất động sản “mới” (như condotel, officetel, shophouse...) nhưng chưa điều chỉnh cụ thể (trong khi việc áp dụng pháp luật còn khác nhau ở một số địa

điều kiện; đơn phương chấm dứt hợp đồng gia công; xác định giá thị trường trong hợp đồng mua bán (Điều 433); về yêu cầu trả nợ trước hạn (Điều 465, Điều 467, Điều 470)...

³³ Khoản 4 Điều 3 Luật Đầu tư năm 2020; khoản 15 Điều 3 Luật Xây dựng năm 2014; khoản 8 Điều 3 Luật Nhà ở năm 2014, khoản 1 Điều 40 Nghị định số 102/2017/NĐ-CP ngày 01/9/2017 của Chính phủ về đăng ký biện pháp bảo đảm.

³⁴ Tồn tại một số rủi ro trong việc đưa tài sản vào lưu thông trên thị trường, điển hình là trong một số dự án về nhà ở, chủ đầu tư có thể bán nhà ở hình thành trong tương lai cho khách hàng, sau đó thế chấp quyền sử dụng đất thuộc dự án cho ngân hàng để vay vốn. Hoặc việc ghi nhận tài sản hình thành trong tương lai và quyền phát sinh từ hợp đồng mua bán tài sản hình thành trong tương lai đều có thể tài sản - đối tượng của giao dịch dẫn đến trong một số trường hợp giao dịch tài sản chồng lên tài sản, quyền chồng quyền.

³⁵ Còn có cách hiểu khác nhau giữa các bộ, ngành về việc xác định hạn ngạch thuế quan có phải là tài sản hay không. Cụ thể, Bộ Tài chính căn cứ vào phân loại tài sản công tại Điều 4 Luật Quản lý, sử dụng tài sản công năm 2017 để khẳng định Luật này quy định phân loại tài sản công thành 7 loại, trong đó không bao gồm quyền sử dụng hạn ngạch thuế quan nhập khẩu. Bộ Tư pháp căn cứ vào quy định của BLDS năm 2015 (khoản 1 Điều 105 và Điều 115), Luật Quản lý ngoại thương năm 2017 (khoản 2 Điều 20), yêu cầu của Hiệp định Đối tác Toàn diện và Tiến bộ xuyên Thái Bình Dương và bản chất của tài sản công theo Luật Quản lý, sử dụng tài sản công năm 2017 (khoản 1 Điều 3) cho rằng về nguyên tắc, hạn ngạch thuế quan nói chung và hạn ngạch thuế quan nhập khẩu nói riêng là có giới hạn, người nắm giữ (có quyền sử dụng) hạn ngạch thuế quan nhập khẩu có quyền hạn chế người khác sử dụng hạn ngạch đó (right to exclude) và có quyền sử dụng (right to use) hạn ngạch đó để có một lợi ích nhất định (do thuế suất ưu đãi hơn so với mức thuế suất ngoài hạn ngạch), bởi vậy hạn ngạch nói chung và hạn ngạch thuế quan được coi là tài sản (ở dạng quyền tài sản).

phương) về việc xác lập, thực hiện quyền sở hữu tài sản, chuyển nhượng và việc cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu các loại tài sản này.³⁶

(iv) Một số loại quyền tài sản chưa được ghi nhận là tài sản một cách rõ ràng, như: quyền khai thác khoáng sản, quyền khai thác tài nguyên thiên nhiên, quyền khai thác dự án, quyền tài sản phát sinh từ các hợp đồng bảo hiểm, quyền tài sản trong lĩnh vực thông tin và truyền thông... Thực tế cho thấy, các loại quyền tài sản ngày càng phong phú; tuy nhiên, cơ chế pháp lý đối với các loại quyền tài sản còn chưa rõ, việc nhận diện quyền tài sản trong hệ thống pháp luật còn có những khó khăn dẫn đến việc chưa khai thác được tối đa loại tài sản này trong đời sống xã hội.

(v) Việc tách bạch các loại tài sản như động sản và bất động sản³⁷; giữa tài sản đã hình thành và tài sản hình thành trong tương lai còn chưa thực sự rõ ràng.

6.4. Về bảo vệ người tiêu dùng trong bối cảnh phát triển nhiều phương thức giao dịch

Các quy định của Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010 phù hợp với giao dịch, kinh doanh - tiêu dùng có tính “truyền thống” mà chưa tính đến một số phương thức mới, hiện đại, đặc biệt là sự phát triển của thương mại điện tử và cách mạng khoa học công nghệ 4.0.

Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010 thiếu một số quy định bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trong các giao kết hợp đồng đặc thù, trong đó có hợp đồng giao kết từ xa qua phương tiện điện tử, như: quy định phạm vi quyền, trách nhiệm của từng chủ thể của hợp đồng, nhất là đối với các hợp đồng giao kết có sự tham gia của nhiều hơn hai chủ thể (bên bán hàng, sàn thương mại điện tử, bên vận chuyển, người tiêu dùng,...); bảo vệ người tiêu dùng đối với các giao kết hợp đồng xuyên biên giới (ví dụ: lĩnh vực truyền hình trả tiền, giao dịch trên các sàn/ứng dụng thương mại điện tử mà chủ thể không có hiện diện thương mại tại Việt Nam.)

Ngoài ra, trong những năm gần đây, bên cạnh những mô hình kinh doanh truyền thống như cung cấp dịch vụ liên tục, giao dịch từ xa, giao dịch tận cửa, thị trường Việt Nam ghi nhận sự bùng nổ và phát triển mạnh mẽ của nhiều mô hình kinh doanh mới, như mô hình kinh tế chia sẻ; mô hình cho vay ngang hàng

³⁶ Trần Thị Phương Liên, “Một số vấn đề pháp lý về Condotel, Officetel tại Việt Nam: thực trạng và đề xuất, kiến nghị”, trong Lê Thành Long và Nguyễn Thanh Tú (đồng chủ biên), *Hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa theo Văn kiện Đại hội XIII của Đảng: Một số vấn đề đặt ra từ thực tiễn công tác pháp luật dân sự - kinh tế*, NXB Tư pháp, Hà Nội, 2021, tr. 252-272.

³⁷ BLDS năm 2015 đã có quy định về động sản, bất động sản (Điều 107); tuy nhiên trong một số trường hợp, việc xác định tài sản cụ thể là động sản hay bất động sản còn có sự lúng túng, như quyền phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai, quyền khai thác dự án có được coi là bất động sản hay không; có phải mọi quyền tài sản (theo nghĩa hẹp) phát sinh từ bất động sản đều là bất động sản hay không.

và sự phát triển của các hình thức kinh doanh trực tuyến, dẫn đến có nhiều sự thay đổi trong quá trình giao dịch và tạo ra một số vấn đề bất cập như: xác định vai trò, trách nhiệm của các chủ thể tham gia giao dịch, nhận thức của người tiêu dùng bị hạn chế trong một số giao dịch, ví dụ như một số giao dịch có tính chất chuyên ngành cao, đòi hỏi người tiêu dùng phải có kỹ năng nhất định khi thực hiện giao dịch để có thể phòng tránh các rủi ro, tổn thất....Đối với các vấn đề trên, hiện quy định pháp luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng còn thiếu các quy định điều chỉnh, trong khi đó, trong các quy định pháp luật chuyên ngành, một số vấn đề chưa có hoặc có quy định quản lý nhưng chưa điều chỉnh được đầy đủ phạm vi và nội dung phát sinh.

7. Quy định pháp luật về hợp đồng cần tiếp tục được nghiên cứu hoàn thiện để tương thích với các điều ước quốc tế mà Việt Nam đã ký kết, gia nhập; tiếp cận hơn với các luật mẫu về hợp đồng, tập quán thương mại tiến bộ trên thế giới.

Luật Thương mại năm 2005 còn có những quy định chưa tương thích với Công ước của Liên hiệp quốc về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế (gọi tắt là Công ước Viên 1980), chưa tương thích với Bộ quy tắc hợp đồng thương mại quốc tế của Viện Thống nhất tư pháp quốc tế - UNIDROIT (gọi tắt là PICC).

II. ĐỊNH HƯỚNG HOÀN THIỆN

Trong giai đoạn 2021-2025, Quốc hội, Chính phủ đã có những giải pháp, định hướng, lộ trình hoàn thiện pháp luật, theo đó nhiều luật dự kiến được nghiên cứu, rà soát để sửa đổi như Luật Đất đai, Luật Xây dựng, Luật Kinh doanh bất động sản, Luật Nhà ở, Luật Thương mại, Luật Giao dịch điện tử, Luật Kinh doanh bảo hiểm, Luật Sở hữu trí tuệ, Luật Bảo vệ người tiêu dùng, Luật Công chứng³⁸. Trong phạm vi bài viết, xin nêu một số kiến nghị chung đối với việc hoàn thiện hệ thống pháp luật về hợp đồng như sau:

Thứ nhất, nghiên cứu để tái cấu trúc hệ thống pháp luật về hợp đồng. Như đã phân tích, còn tồn tại một số bất cập, thiếu tính đồng bộ trong cách tiếp cận của các ngành luật, đạo luật; mỗi một đạo luật thường được soạn thảo bởi các bộ, ngành khác nhau, thể hiện khá rõ nét ý chí, tư duy quản lý ngành đó.

Cần thiết kế, định hình lại cấu trúc của hệ thống pháp luật và cần giải quyết được các vấn đề sau:

³⁸ Xem: Báo cáo số 442/BC-CP ngày 01/10/2020 gửi Quốc hội về kết quả rà soát văn bản quy phạm pháp luật thuộc các lĩnh vực quản lý nhà nước; Phụ lục III Chương trình hành động của Chính phủ nhiệm kỳ 2021-2025 thực hiện Nghị quyết của Quốc hội về kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội 5 năm 2021-2025 ban hành kèm theo Nghị quyết số 99/NQ-CP ngày 31/8/2021; Danh mục văn bản quy phạm pháp luật cần sửa đổi, bổ sung, ban hành mới được ban hành kèm theo Quyết định số 889/QĐ-TTg ngày 07/6/2021 của Thủ tướng Chính phủ; Danh mục nhiệm vụ xây dựng pháp luật nhiệm kỳ Quốc hội khóa XV ban hành kèm theo Đề án số 292-ĐA/ĐDQH15 ngày 20/10/2021 của Đảng đoàn Quốc hội.

(i) Làm rõ phạm vi điều chỉnh, mối quan giữa các đạo luật, như: Luật Đất đai với các đạo luật về xây dựng, nhà ở, kinh doanh bất động sản; Luật Đầu tư với các văn bản luật về đầu tư trong lĩnh vực xây dựng, giao thông, bất động sản, chứng khoán, tín dụng, kinh doanh bảo hiểm, dầu khí... Qua đó tránh sự chồng lấn phạm vi điều chỉnh của các đạo luật và có nguyên tắc ứng xử rõ ràng khi gặp tình huống nhiều VBQPPL cùng điều chỉnh về một vấn đề.

(ii) Xây dựng và thực hiện nguyên lý về phạm vi điều chỉnh của mỗi một đạo luật, nhất là phạm vi điều chỉnh của luật công và luật tư trong hệ thống pháp luật. Cụ thể, các đạo luật về quản lý tài nguyên môi trường, tài sản công, tài sản thuộc sở hữu toàn dân chỉ quy định về quản lý nhà nước, nguyên tắc quản lý, quy hoạch; nguyên tắc bảo toàn, tránh thất thoát lãnh phí...; khi tài sản đã được giao cho các tổ chức, cá nhân và đưa vào đời sống xã hội sẽ thuộc phạm vi điều chỉnh của đạo luật (đạo luật tư) khác.

(iii) Làm rõ vị trí của từng đạo luật trong hệ thống pháp luật, lược bỏ quy định xác lập vị trí trung gian của một đạo luật.

Thứ hai, lược bỏ những quy định trùng lặp giữa các đạo luật; đảm bảo các quy định pháp luật trong các lĩnh vực không quy định về hợp đồng, trường hợp cần có quy định thì chỉ quy định các nội dung mang tính đặc thù, không quy định lại để tránh tình trạng vừa thừa vừa thiếu.

Theo quy định tại khoản 2 Điều 8 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2020), “*văn bản quy phạm pháp luật phải quy định cụ thể nội dung cần điều chỉnh, không quy định chung chung, không quy định lại các nội dung đã được quy định trong văn bản quy phạm pháp luật khác*”. Bởi vậy, các quy định pháp luật về hợp đồng trong các văn bản quy phạm pháp luật cần đảm bảo không trùng lặp, nhắc lại lẫn nhau; tránh tình trạng chồng lấn, tạo nên hệ thống pháp luật phức tạp, khó áp dụng, gây khó khăn và tăng chi phí trong việc áp dụng. Theo đó các văn bản luật trong các lĩnh vực cụ thể chỉ quy định những vấn đề thực sự đặc thù về hợp đồng trong lĩnh vực đó, không quy định những nội dung đã được BLDS năm 2015 quy định. Trong trường hợp này những điểm khác nhau giữa luật chuyên ngành sẽ không được coi là mâu thuẫn, chồng chéo với luật chung.

Thứ ba, lược bỏ các quy định về hợp đồng trong các văn bản quy phạm pháp luật ở cấp độ thông tư, hạn chế quy định ở nghị định, trừ trường hợp luật giao quy định chi tiết.

Đặc thù của các quy phạm pháp luật về hợp đồng là chứa đựng nhiều quy định về quyền, nghĩa vụ, trách nhiệm của các bên trong quan hệ hợp đồng, bởi vậy, có thể hạn chế quyền dân sự của một hoặc một số chủ thể. Tiếp cận ở góc độ này, cùng với nguyên tắc việc giới hạn quyền dân sự phải bằng luật (đã được ghi

nhận tại khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013 và khoản 2 Điều 2 BLDS năm 2015) hoặc trường hợp luật giao cho Chính phủ quy định chi tiết luật thì “*cơ quan được giao ban hành văn bản chi tiết không được ủy quyền tiếp*” (khoản 2 Điều 11 Luật Ban hành văn bản QPPL năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2020)), cho thấy với số lượng lớn văn bản điều chỉnh trực tiếp quan hệ hợp đồng và việc tồn tại nhiều quy định dưới luật điều chỉnh quan hệ hợp đồng và trong một số trường hợp nhất định đã tồn tại các quy định mang tính giới hạn quyền hoặc “bó hẹp” quy định của luật. Bởi vậy, về lâu dài cần lược bỏ các quy định về hợp đồng trong các văn bản quy phạm pháp luật ở cấp độ thông tư, hạn chế quy định ở nghị định để đảm bảo không có quy định về hạn chế quyền dân sự ở các văn bản dưới luật.

Thứ tư, hạn chế và lược bỏ dần việc ban hành quy định mang tính hạn chế quyền tự do hợp đồng hoặc điều chỉnh quan hệ hợp đồng theo cách “hành chính hóa” quan hệ dân sự.

Vai trò nhà nước kiến tạo phát triển, xây dựng và hoàn thiện hành lang pháp lý đã được khẳng định tại nhiều Nghị quyết của Chính phủ trong thời gian qua, tuy nhiên, một số quy định pháp luật liên quan đến hợp đồng vẫn còn ít nhiều thể hiện sự can thiệp vào quyền tự do hợp đồng. Từ đó, đã có một số quy định có tính chất quản lý của nhà nước, “hành chính hóa” quan hệ hợp đồng, can thiệp vào quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp một cách chưa thực sự hợp lý. những quy định này có thực sự cần thiết hay không, có phải là sự can thiệp quá mức cần thiết vào tự do hợp đồng hay không là vấn đề còn phải phân tích thấu đáo, toàn diện. Bởi vậy, trong thời gian tới cần nghiên cứu, đánh giá kỹ lưỡng và lược bỏ nếu các quy định thể hiện sự can thiệp không cần thiết của Nhà nước vào quan hệ hợp đồng.

Thứ năm, nghiên cứu xây dựng các văn bản mang tính thí điểm, thử nghiệm để điều chỉnh những vấn đề mới phát sinh

Để đảm bảo tính ổn định của hệ thống pháp luật, nhất là các đạo luật cơ bản, đồng thời đáp ứng nhu cầu phát triển của xã hội³⁹, cần ban hành văn bản quy phạm pháp luật điều chỉnh về quan hệ hợp đồng trong bối cảnh cuộc Cách mạng công nghiệp lần thứ tư như quy định về đối tượng của hợp đồng, hợp đồng trong nền kinh tế chia sẻ, hợp đồng trong môi trường kỹ thuật số như hợp đồng “thông minh” (smart contract) ứng dụng công nghệ chuỗi khối (blockchain); hợp đồng và giải quyết tranh chấp trong kinh tế dữ liệu (data economy). Đây cũng là chủ trương được nêu tại nhiều Nghị quyết của Đảng ta trong thời gian gần đây, như Nghị quyết số 52-NQ/TW ngày 27/9/2019 của Bộ Chính trị về một số chủ trương, chính sách chủ động tham gia cuộc Cách mạng công nghiệp lần thứ tư

³⁹ Tại Nhật Bản, rất nhiều luật chuyên ngành (còn gọi là luật đặc biệt) được ban hành để đáp ứng tình hình thay đổi, mà các thay đổi diễn ra một cách đa dạng theo từng lĩnh vực đặc thù để kịp thời điều chỉnh quan hệ xã hội mới, đặc thù. Các nhà lập pháp không đặt vấn đề sửa đổi BLDS một cách liên tục để điều chỉnh các vấn đề mới phát sinh trong đời sống xã hội.

đã khẳng định “*phải đổi mới tư duy về quản lý kinh tế, quản lý xã hội, xây dựng, hoàn thiện thể chế cho phù hợp. Cần có cách tiếp cận mở, sáng tạo, cho thí điểm đối với những vấn đề thực tiễn mới đặt ra, tạo mọi thuận lợi cho đổi mới sáng tạo*”; và “*sớm ban hành khung thể chế thử nghiệm có kiểm soát đối với các công nghệ, sản phẩm, dịch vụ, mô hình kinh doanh mới hình thành từ cuộc Cách mạng công nghiệp lần thứ tư*”⁴⁰; Chiến lược Phát triển kinh tế - xã hội 10 năm 2021 – 2030 đã yêu cầu “*thúc đẩy phát triển mô hình kinh doanh mới, kinh tế số, xã hội số... Cho phép thực hiện cơ chế thử nghiệm chính sách mới, thúc đẩy triển khai và ứng dụng công nghệ mới, đổi mới sáng tạo, mô hình kinh doanh mới*”.⁴¹

⁴⁰ Mục II.1 và Mục III.2 Nghị quyết số 52-NQ/TW.

⁴¹ Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, tập I, NXB Chính trị Quốc gia Sự thật, Hà Nội, 2021, tr. 226

B. TÀI LIỆU KÈM THEO

DỰ THẢO BÁO CÁO

Về tổng thể thực trạng pháp luật hợp đồng, pháp luật giải quyết tranh chấp hợp đồng bằng phương thức trọng tài thương mại, hòa giải thương mại của Việt Nam và giải pháp hoàn thiện hệ thống pháp luật có liên quan

Ngày 02/10/2019, Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Quyết định số 1268/QĐ-TTg phê duyệt Đề án hoàn thiện pháp luật về hợp đồng và giải quyết tranh chấp hợp đồng bằng phương thức trọng tài thương mại, hòa giải thương mại (sau đây gọi là Quyết định 1268/QĐ-TTg). Tại Quyết định này, Thủ tướng Chính phủ đã giao Bộ Tư pháp nhiệm vụ: “Xây dựng Báo cáo Thủ tướng Chính phủ về tổng thể thực trạng pháp luật hợp đồng, pháp luật giải quyết tranh chấp hợp đồng bằng phương thức trọng tài thương mại, hòa giải thương mại của Việt Nam và giải pháp hoàn thiện hệ thống pháp luật có liên quan”⁴². Bộ Tư pháp đã phối hợp với các bộ ngành có liên quan và xây dựng dự thảo báo cáo như sau:

I. KẾT QUẢ RÀ SOÁT

1. Tổng quan

1.1. Về pháp luật hợp đồng

Các văn bản quy phạm pháp luật điều chỉnh quan hệ hợp đồng về tổng thể đã đảm bảo bao quát phần lớn các lĩnh vực giao dịch, hợp đồng trong các lĩnh vực của đời sống xã hội; phù hợp với chủ trương, định hướng về phát triển kinh tế thị trường, thúc đẩy giao lưu dân sự, hạn chế sự can thiệp của nhà nước. Tuy nhiên, việc triển khai thi hành Hiến pháp năm 2013 và Bộ luật Dân sự năm 2015 đã đặt ra những vấn đề về đảm bảo sự hài hòa của hệ thống pháp luật và đòi hỏi pháp luật hợp đồng trong các luật chuyên ngành cần tiếp tục được hoàn thiện để đảm bảo tính đồng bộ, thống nhất của các quy định về hợp đồng của BLDS năm

⁴² Song song với việc thực hiện nhiệm vụ nói trên, trong năm 2020, Bộ Tư pháp đã thực hiện nhiệm vụ tổng rà soát văn bản quy phạm pháp luật theo Quyết định số 236/QĐ-TTg ngày 12/12/2020 của Thủ tướng Chính phủ về thành lập Tổ công tác của Thủ tướng Chính phủ về rà soát văn bản quy phạm pháp luật, trong đó có việc rà soát các quy định của pháp luật về hợp đồng, giải quyết tranh chấp phát sinh trong kinh doanh và phá sản doanh nghiệp. Trên cơ sở kết quả của hoạt động rà soát này, Chính phủ đã có Báo cáo số 442/BC-CP ngày 01/10/2020 gửi Quốc hội về kết quả rà soát văn bản quy phạm pháp luật thuộc các lĩnh vực quản lý nhà nước và Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Quyết định số 889/QĐ-TTg ngày 07/6/2021 về Danh mục văn bản quy phạm pháp luật cần sửa đổi, bổ sung, ban hành mới.

Do vậy, đối với các quy định pháp luật đã được rà soát, đánh giá và đã được thể hiện tại Báo cáo số 442/BC-CP, Quyết định số 889/QĐ-TTg, Báo cáo này sẽ không thể hiện lại để tránh sự trùng lặp không cần thiết. Bên cạnh đó, Báo cáo này cũng không đề cập lại các vấn đề bất cập về quy định hợp đồng trong một số đạo luật đang được sửa đổi và chuẩn bị trình Quốc hội xem xét trong năm 2021 và 2022, như: Luật Đất đai (sửa đổi), Luật Kinh doanh bảo hiểm, Luật Sở hữu trí tuệ (sửa đổi) và quy định về hợp đồng trong một số Nghị định đang được bộ, ngành nghiên cứu sửa đổi, dự kiến trình Chính phủ ban hành trong năm 2021.

2015⁴³, đảm bảo hiệu lực, hiệu quả trong việc thực thi hợp đồng, kịp thời điều chỉnh các vấn đề mới phát sinh.

Qua hoạt động rà soát hệ thống pháp luật về hợp đồng cho thấy còn tồn tại một số bất cập chính sau đây:

(1) Pháp luật về hợp đồng còn có nhiều quy định dưới luật. Cụ thể: trong 176 văn bản được rà soát (*xem Phụ lục 2*), có 161 văn bản có quy định điều chỉnh quan hệ hợp đồng, trong đó có đến 119/161 văn bản dưới luật (nghị định của Chính phủ; thông tư của Bộ trưởng bộ, ngành; Nghị quyết của hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao).

(2) Pháp luật về hợp đồng trong một số lĩnh vực còn có một số quy định khác với BLDS năm 2015; sự khác biệt (hay đặc thù) này trong một số trường hợp cụ thể có thể gây nên sự thiếu thống nhất, đồng bộ với các quy định có tính nền tảng của BLDS năm 2015⁴⁴; đòi hỏi hệ thống pháp luật điều chỉnh quan hệ hợp đồng cần được rà soát, sửa đổi, bổ sung để đảm bảo tính tương thích, thống nhất với các quy định mang tính nguyên tắc chung.

(3) Pháp luật về hợp đồng còn có chồng lấn về phạm vi điều chỉnh giữa các đạo luật; tồn tại một số quy định trùng lặp⁴⁵ hoặc quy định nhắc lại quy định tại các luật khác nhưng không chính xác, không đầy đủ, có thể dẫn đến mâu thuẫn về nội dung⁴⁶, thậm chí lệch hướng nội dung của luật chung⁴⁷; đòi hỏi sớm có điều chỉnh, hoàn thiện.

(4) Pháp luật về hợp đồng còn có một số khoảng trống, còn thiếu quy định điều chỉnh các vấn đề mới phát sinh trong bối cảnh mới.

(5) Một số quy định mang tính nguyên tắc chung cần được hướng dẫn, quy định cụ thể để đảm bảo hiệu quả thi hành.

⁴³ Do đặc thù bối cảnh ở nước ta là hệ thống pháp luật chuyên ngành được xây dựng, phát triển trước khi quy định chung được ban hành, hoàn thiện. Bởi vậy, những quy định mới mang tính đột phá của BLDS năm 2015 có thể chưa được cập nhật, thể hiện trong pháp luật chuyên ngành. Điều này đòi hỏi có sự nghiên cứu, phân tích, đánh giá kỹ lưỡng để hoàn thiện hệ thống pháp luật được đồng bộ, thống nhất, đảm bảo cho những tư tưởng mới, tiến bộ được lan tỏa, không bị gây khúc.

⁴⁴ Như: quy định về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng, quy định về yếu tố lỗi trong bồi thường thiệt hại.

⁴⁵ Ví dụ: Luật Thương mại năm 2005 có nhiều quy định về hợp đồng mua bán hàng hóa (Điều 24 đến Điều 62), hợp đồng đại diện cho thương nhân (Điều 141 đến Điều 177), hợp đồng cho thuê hàng hóa (Điều 269 đến Điều 283), hợp đồng gia công hàng hóa trùng với BLDS năm 2015; quy định về quảng cáo thương mại (từ Điều 102 đến Điều 140) trùng với nhiều quy định của Luật Quảng cáo năm 2012; Luật Nhà ở năm 2014 quy định về thuê, mua bán, tặng cho nhà ở có nhiều quy định trùng lặp với BLDS năm 2015.

⁴⁶ Ví dụ: BLDS năm 2015, Luật Nhà ở năm 2015, Luật Đất đai năm 2013 đều có những quy định về các thời điểm liên quan đến hợp đồng, quy định về thời điểm chuyển quyền đối với tài sản tuy nhiên các thời điểm này còn thể hiện sự mâu thuẫn, thiếu thống nhất.

⁴⁷ Ví dụ: theo quy định của BLDS năm 2015, lừa dối trong giao dịch là một trong những loại giao dịch dân sự vô hiệu tương đối. Tuy nhiên, một số quy định trong pháp luật chuyên ngành lại chép lại BLDS nhưng lại nâng tầm thành quy định “cấm lừa dối”, điều này làm chuyển hóa giao dịch dân sự vô hiệu tương đối thành giao dịch dân sự vô hiệu tuyệt đối, chẳng hạn, quy định tại khoản 1 Điều 10 Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010.

(6) Quy định pháp luật về hợp đồng cần tiếp tục được nghiên cứu hoàn thiện để tương thích với các điều ước quốc tế mà Việt Nam đã ký kết, gia nhập; tiệm cận hơn với các luật mẫu về hợp đồng, tập quán thương mại tiên bộ trên thế giới.

(Các bất cập cụ thể được phân tích tại mục 2.1 dưới đây).

1.2. Về pháp luật giải quyết tranh chấp bằng phương thức trọng tài thương mại, hòa giải thương mại

Pháp luật điều chỉnh việc giải quyết tranh chấp bằng phương thức trọng tài thương mại và hòa giải thương mại đã được ban hành và có tác động đáng ghi nhận trong việc vận hành cơ chế giải quyết tranh chấp ngoài Tòa án. Luật Trọng tài thương mại năm 2010, các văn bản thi hành về cơ bản đảm bảo tính tương thích với các điều ước quốc tế có liên quan mà Việt Nam là thành viên và pháp luật quốc tế về phương thức giải quyết tranh chấp ngoài tố tụng. Pháp luật về giải quyết tranh chấp bằng phương thức hòa giải ghi nhận có tính nguyên tắc tại một số văn bản luật⁴⁸ và trong thời gian gần đây được quy định cụ thể tại Nghị định số 22/2017/NĐ-CP ngày 24/2/2017 của Chính phủ về hòa giải thương mại, một số văn bản hướng dẫn thi hành; đặc biệt, Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 đã ghi nhận thủ tục công nhận kết quả hòa giải thành ngoài Tòa án⁴⁹. Tuy nhiên, bên cạnh những kết quả tích cực nêu trên, hoạt động rà soát pháp luật về giải quyết tranh chấp bằng phương thức hòa giải thương mại, trọng tài thương mại cũng phát hiện một số tồn tại, vướng mắc; phương thức giải quyết tranh chấp ngoài tố tụng chưa thực sự phát triển như kỳ vọng; đòi hỏi các quy định cần tiếp tục được hoàn thiện trong thời gian tới *(Các bất cập cụ thể được phân tích tại mục 2.2 dưới đây)*.

1.3. Kết quả

Từ việc rà soát, đánh giá các văn bản quy phạm pháp luật về hợp đồng, ngoài danh mục văn bản cần được sửa đổi, bổ sung, ban hành mới đã được nêu tại Báo cáo số 442/BC-CP, Quyết định số 889/QĐ-TTg, Báo cáo đã xác định **10** văn bản luật, **02** nghị định cần được sửa đổi, bổ sung; **02** văn bản luật cần được ban hành mới trong thời gian tới *(xin gửi kèm theo Báo cáo này Phụ lục 1 Danh mục văn bản quy phạm pháp luật cần được sửa đổi, bổ sung, ban hành mới)*.

⁴⁸Như: Luật Thương mại năm 2005, Luật Đầu tư năm 2020, Luật Chứng khoán năm 2019, Luật Bảo vệ người tiêu dùng năm 2010, Luật Xây dựng năm 2014, Luật Trọng tài thương mại năm 2010.

⁴⁹ Chương XXXIII (Điều 416 đến Điều 419) Bộ Luật tố tụng dân sự năm 2015.

2. Một số bất cập của quy định pháp luật về hợp đồng, pháp luật giải quyết tranh chấp hợp đồng bằng phương thức trọng tài thương mại, hòa giải thương mại của Việt Nam

2.1. Các văn bản về hợp đồng⁵⁰

2.1.1. Luật Thương mại năm 2005

2.1.1.1. *Vướng mắc, bất cập*

a) Quy định chưa tương thích với Công ước của Liên hiệp quốc về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế (gọi tắt là Công ước Viên 1980)⁵¹:

(i) Điều 14 Công ước Viên 1980 định nghĩa một đề nghị giao kết hợp đồng hình thành một chào hàng khi nó được gửi đến một/nhiều người xác định, thể hiện ý chí của người chào hàng muốn ràng buộc mình trong trường hợp chào hàng được chấp nhận và nêu rõ hàng hóa, ấn định hoặc quy định cách xác định số lượng và giá cả. Tuy nhiên, Luật Thương mại năm 2005 hiện không yêu cầu nội dung cụ thể của một đề nghị giao kết hợp đồng.

Bên cạnh đó, khoản 2 Điều 14 Công ước Viên 1980 cũng phân biệt một chào hàng với một lời mời đưa ra chào hàng, theo đó, một đề nghị không gửi cho những người xác định chỉ được coi là một lời mời đưa ra chào hàng. Tuy nhiên, Luật Thương mại năm 2005 không có quy định tương ứng, *tính xác định cụ thể* của người nhận đề nghị cũng chưa được quy định rõ.

(ii) Về tính quốc tế của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, khoản 1 Điều 27 Luật Thương mại 2005, “*mua bán hàng hóa quốc tế được thực hiện dưới các hình thức xuất khẩu, nhập khẩu, tạm nhập, tái xuất, tạm xuất, tái nhập và chuyển khẩu*”, theo đó, tiêu chí để xác định tính quốc tế của hợp đồng mua bán hàng hóa theo Luật Thương mại là sự chuyển giao hàng hóa qua biên giới. Trong khi đó, Điều 1(1)(a) Công ước Viên 1980 quy định Công ước này được áp dụng đối với những hợp đồng mua bán hàng hóa giữa các bên có trụ sở kinh doanh ở các nước khác nhau và những nước này là thành viên Công ước. Dấu hiệu “lãnh thổ” của các bên ký kết (chứ không phải dấu hiệu về quốc tịch hay các dấu hiệu khác) được dùng để xác định tính quốc tế của hợp đồng. Công ước không có định nghĩa cụ thể về “trụ sở kinh doanh”, mặc dù tại Điều 10 Công

⁵⁰ Theo theo nguyên tắc áp dụng luật chuyên ngành đã được ghi nhận tại Điều 4 BLDS năm 2015 thì việc tồn tại quy định khác nhau giữa BLDS năm 2015 với các văn bản luật không phải là sự mâu thuẫn, chồng chéo của hệ thống pháp luật. Tuy nhiên, mục này của Báo cáo vẫn nêu và phân tích những nội dung còn có điểm khác nhau, chưa phù hợp giữa BLDS năm 2015 với các văn bản có quy định về hợp đồng (không coi những điểm khác biệt này là “mâu thuẫn, chồng chéo”) mà sự khác nhau này chưa thể hiện rõ sự cần thiết phải có quy định mang tính đặc thù của pháp luật chuyên ngành.

⁵¹ Xem chi tiết tại: (i) Công văn số 1534/BCT-PC ngày 19/3/2021 của Bộ Công Thương; (ii) Báo cáo của Bộ Tư pháp “*Nghiên cứu, khảo sát kinh nghiệm quốc tế về hợp đồng, giải quyết tranh chấp hợp đồng; rà soát tính tương thích của pháp luật Việt Nam với các điều ước quốc tế có liên quan mà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên và luật mẫu, tập quán quốc tế phổ biến có liên quan*”; (iii) Công văn số 324/LĐLSVN ngày 19/10/2021 của Liên đoàn Luật sư Việt Nam góp ý dự thảo Báo cáo tổng thể thực trạng pháp luật hợp đồng, pháp luật giải quyết tranh chấp hợp đồng.

ước ghi nhận trường hợp nếu một bên có nhiều hơn một trụ sở kinh doanh thì trụ sở kinh doanh là trụ sở có mối liên hệ chặt chẽ nhất với hợp đồng và việc thực hiện hợp đồng; và trường hợp nếu một bên không có trụ sở kinh doanh thì sẽ lấy nơi cư trú thường xuyên của họ làm căn cứ xác định. Căn cứ thứ hai có thể được sử dụng để xác định phạm vi điều chỉnh của Công ước được ghi nhận tại Điều 1(1)(b) là khi quy tắc tư pháp quốc tế dẫn chiếu đến việc áp dụng luật của một nước thành viên Công ước. Một số nước⁵² đã loại trừ khả năng áp dụng của Điều 1(1)(b) bằng việc đưa ra tuyên bố bảo lưu theo Điều 95. Căn cứ cuối cùng cho việc áp dụng Công ước là các bên trong hợp đồng nhìn chung được tự do chọn Công ước làm luật áp dụng và theo Điều 6 thì còn có thể *không áp dụng Công ước, hoặc làm khác/thay đổi hiệu lực áp dụng của bất kỳ điều khoản nào của Công ước*⁵³. Như vậy, có thể thấy có sự khác biệt giữa Luật Thương mại và Công ước Viên 1980 trong việc xác định tính quốc tế của hợp đồng.

(iii) Điều 49 Công ước Viên 1980⁵⁴ và Điều 312 Luật Thương mại năm 2005 quy định các trường hợp hủy bỏ hợp đồng trong trường hợp vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng. Tuy nhiên Công ước Viên 1980 còn quy định thêm trong trường hợp đã gia hạn thời gian thực hiện nhưng vẫn không thực hiện hợp đồng hoặc tuyên bố không thực hiện thì bên còn lại có thể hủy hợp đồng.

(iv) Điều 72 Công ước Viên 1980 cho phép một bên hủy bỏ hợp đồng (mua bán hàng hóa quốc tế) khi có lý do cho thấy rõ ràng bên kia sẽ vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng. Luật Thương mại năm 2005 không có cơ chế này mà chỉ đề cập đến một trường hợp cụ thể tại khoản 2 Điều 313 Luật này, theo đó trong trường hợp có thỏa thuận giao hàng, cung ứng dịch vụ từng phần mà một bên không thực hiện nghĩa vụ đối với một lần giao hàng, cung ứng dịch vụ là cơ sở để bên kia kết luận rằng vi phạm cơ bản sẽ xảy ra đối với những lần giao hàng, cung ứng dịch vụ sau đó thì bên vi phạm có quyền tuyên bố hủy bỏ hợp đồng đối với những lần giao hàng, cung ứng dịch vụ sau đó, với điều kiện là bên đó phải thực hiện quyền này trong thời hạn hợp lý.

(v) Quy định về trường hợp bên mua được yêu cầu giảm giá bán hàng hóa đối với trường hợp không từ chối nhận hàng không phù hợp với hợp đồng; trường hợp miễn trách do bên thứ ba gặp trường hợp bất khả kháng chưa đảm bảo tương thích với một số nội dung của Công ước Viên 1980.

⁵² Hoa Kỳ, Trung Quốc, Singapore.

⁵³ Ngoại lệ của quy định này là trường hợp một nước yêu cầu hợp đồng mua bán phải có hình thức văn bản (Điều 12 CISG).

⁵⁴ Điều 49 Công ước Viên 1980 quy định người mua có thể tuyên bố hủy hợp đồng nếu người bán không thực hiện một nghĩa vụ nào đó của họ phát sinh từ hợp đồng hay từ Công ước này cấu thành một vi phạm chủ yếu đến hợp đồng, hoặc trong trường hợp không giao hàng nếu người bán không giao hàng trong thời gian đã được người mua gia hạn thêm cho họ chiếu theo khoản 1 điều 47 hoặc nếu người bán tuyên bố sẽ không giao hàng trong thời gian được gia hạn này.

(vi) Quy định của Luật Thương mại năm 2005 còn chưa tương thích với một số nội dung của Công ước Viên 1980 hoặc chưa ghi nhận một số trường hợp về miễn trách nhiệm dân sự, cụ thể:

- Luật Thương mại năm 2005 (điểm d khoản 1 Điều 294) quy định bên vi phạm được miễn trách nhiệm trong trường hợp “*do thực hiện quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền mà các bên không thể biết được vào thời điểm giao kết hợp đồng*” với tính chất là trường hợp miễn trách nhiệm độc lập. Tuy nhiên, Công ước Viên 1980 (khoản 1 Điều 79) không quy định riêng biệt căn cứ miễn trách nhiệm này, mà xem xét nó dưới phạm trù “trở ngại khách quan”.

- Điều 79 Công ước Viên 1980 quy định về trường hợp miễn trách nhiệm đối với hành vi vi phạm bao gồm sự kiện bất khả kháng và hành vi vi phạm của một bên hoàn toàn do lỗi của bên kia. Khoản 2 Điều 79⁵⁵ Công ước Viên 1980 ghi nhận về trường hợp miễn trách nhiệm do bên thứ ba là bên đã cam kết thực hiện toàn bộ hoặc một phần hợp đồng, điều kiện miễn trách nhiệm trong trường hợp này; theo đó, việc không thực hiện nghĩa vụ của người thứ ba là do sự trở ngại hay do một tình huống bất khả kháng mà bên thứ ba đó không thể thực hiện nghĩa vụ của mình được, đồng thời bên có nghĩa vụ cũng đã cố gắng thực hiện hợp đồng nhưng cũng không thể thực hiện được và việc không thực hiện được của bên thứ ba đó là không dự liệu trước được. Tuy nhiên, Điều 294 Luật Thương mại năm 2005⁵⁶ không quy định miễn trách do bên thứ ba.

(vii) Về tạm ngừng thực hiện hợp đồng, Điều 71 Công ước Viên 1980 quy định một bên có thể *tạm ngừng thực hiện hợp đồng* nếu có dấu hiệu cho thấy bên kia sẽ không thực hiện một phần chủ yếu nghĩa vụ của họ, cho đến khi bên

⁵⁵ Điều 79 Công ước Viên 1980 quy định:

“1. Một bên không chịu trách nhiệm về việc không thực hiện bất kỳ một nghĩa vụ nào đó của họ nếu chứng minh được rằng việc không thực hiện ấy là do một trở ngại nằm ngoài sự kiểm soát của họ và người ta không thể chờ đợi một cách hợp lý rằng họ phải tính tới trở ngại đó vào lúc ký kết hợp đồng hoặc là tránh được hay khắc phục các hậu quả của nó.

2. Nếu một bên không thực hiện nghĩa vụ của mình do người thứ ba mà họ nhờ thực hiện toàn phần hay một phần hợp đồng cũng không thực hiện điều đó thì bên ấy chỉ được miễn trách nhiệm trong trường hợp:

a. Được miễn trách nhiệm chiếu theo quy định của khoản trên, và,

b. Nếu người thứ ba cũng sẽ được miễn trách nếu các quy định của khoản trên được áp dụng cho họ.

3. Sự miễn trách được quy định tại điều này chỉ có hiệu lực trong thời kỳ tồn tại trở ngại đó.

4. Bên nào không thực hiện nghĩa vụ của mình thì phải báo cáo cho bên kia biết về trở ngại và ảnh hưởng của nó đối với khả năng thực hiện nghĩa vụ. Nếu thông báo không tới tay bên kia trong một thời hạn hợp lý từ khi bên không thực hiện nghĩa vụ đã biết hay đáng lẽ phải biết về trở ngại đó thì họ sẽ phải chịu trách nhiệm về những thiệt hại do việc bên kia không nhận được thông báo.

5. Các quy định của điều này không cản trở từng bên được sử dụng mọi quyền khác ngoài quyền được bồi thường thiệt hại chiếu theo Công ước này”.

⁵⁶ “Điều 294. Các trường hợp miễn trách nhiệm đối với hành vi vi phạm

1. Bên vi phạm hợp đồng được miễn trách nhiệm trong các trường hợp sau đây:

a) Xảy ra trường hợp miễn trách nhiệm mà các bên đã thoả thuận;

b) Xảy ra sự kiện bất khả kháng;

c) Hành vi vi phạm của một bên hoàn toàn do lỗi của bên kia;

d) Hành vi vi phạm của một bên do thực hiện quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền mà các bên không thể biết được vào thời điểm giao kết hợp đồng.

2. Bên vi phạm hợp đồng có nghĩa vụ chứng minh các trường hợp miễn trách nhiệm”.

kia chứng minh được ý định và khả năng thực hiện nghĩa vụ tương ứng ; như vậy, một bên có thể tạm ngừng thực hiện hợp đồng ngay cả trong trường hợp có vi phạm không cơ bản. Trong khi đó Điều 308 Luật Thương mại năm 2005 quy định hai trường hợp tạm ngừng thực hiện hợp đồng là khi xảy ra hành vi vi phạm mà các bên đã thỏa thuận là điều kiện để tạm ngừng thực hiện hợp đồng, hoặc một bên vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng⁵⁷.

(viii) Về bảo quản hàng hóa, Điều 85 đến 88 Công ước Viên 1980 quy định cụ thể về nghĩa vụ bảo quản hàng hóa của các bên trong trường hợp có tranh chấp trong khi Luật Thương mại năm 2005 không điều chỉnh vấn đề này⁵⁸.

(ix) Về thời hạn khiếu nại về hàng hóa, khoản 2 Điều 39 Công ước Viên 1980⁵⁹ quy định thời hạn dài hơn so với Điều 318 Luật Thương mại năm 2005⁶⁰, mặt khác, quy định về thời hạn khiếu nại về chất lượng hàng hóa tại Luật Thương mại tương đối ngắn với yêu cầu thực tế, chưa phù hợp với các hàng hóa phức tạp hoặc khó nhận biết các lỗi hàng hóa bằng mắt thường như công trình xây dựng.

b) Quy định chưa tương thích với Bộ quy tắc hợp đồng thương mại quốc tế của Viện Thống nhất tư pháp quốc tế - UNIDROIT (gọi tắt là PICC)⁶¹

(i) Luật Thương mại năm 2005 còn thiếu quy định cụ thể để xử lý các trường hợp khá phổ biến trong thực tiễn giao kết hợp đồng như: văn bản xác nhận; giao kết hợp đồng phụ thuộc vào việc thống nhất những điểm nhất định hoặc theo một hình thức nhất định; giao kết hợp đồng với những điều khoản chủ ý để ngỏ; các hành vi không trung thực khi giao kết hợp đồng; nghĩa vụ giữ bí mật, điều khoản về tính hoàn chỉnh; mâu thuẫn giữa một điều khoản của điều kiện chung và một điều khoản do các bên thỏa thuận.

⁵⁷ Công văn số 1534/BCT-PC ngày 19/3/2021 của Bộ Công Thương

⁵⁸ Công văn số 1534/BCT-PC ngày 19/3/2021 của Bộ Công Thương

⁵⁹ Khoản 2 Điều 39 Công ước Viên 1980 quy định “*Trong mọi trường hợp, người mua bị mất quyền khiếu nại về việc hàng không phù hợp với hợp đồng nếu họ không thông báo cho người bán biết về việc đó chậm nhất trong thời hạn 2 năm kể từ ngày hàng hóa đã thực sự được giao cho người mua trừ phi thời hạn này trái ngược với thời hạn bảo hành quy định trong hợp đồng*”

⁶⁰ Điều 318 Luật Thương mại năm 2005 quy định:

“*Trừ trường hợp quy định tại điểm đ khoản 1 Điều 237 của Luật này, thời hạn khiếu nại do các bên thỏa thuận, nếu các bên không có thỏa thuận thì thời hạn khiếu nại được quy định như sau:*

1. Ba tháng, kể từ ngày giao hàng đối với khiếu nại về số lượng hàng hoá;
2. Sáu tháng, kể từ ngày giao hàng đối với khiếu nại về chất lượng hàng hoá; trong trường hợp hàng hoá có bảo hành thì thời hạn khiếu nại là ba tháng, kể từ ngày hết thời hạn bảo hành;
3. Chín tháng, kể từ ngày bên vi phạm phải hoàn thành nghĩa vụ theo hợp đồng hoặc trong trường hợp có bảo hành thì kể từ ngày hết thời hạn bảo hành đối với khiếu nại về các vi phạm khác”.

⁶¹ Xem chi tiết tại: (i) Công văn số 1534/BCT-PC ngày 19/3/2021 của Bộ Công Thương; (ii) Báo cáo của Bộ Tư pháp “*Nghiên cứu, khảo sát kinh nghiệm quốc tế về hợp đồng, giải quyết tranh chấp hợp đồng; rà soát tính tương thích của pháp luật Việt Nam với các điều ước quốc tế có liên quan mà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên và luật mẫu, tập quán quốc tế phổ biến có liên quan*”; (iii) Công văn số 324/LĐLSVN ngày 19/10/2021 của Liên đoàn Luật sư Việt Nam góp ý dự thảo Báo cáo tổng thể thực trạng pháp luật hợp đồng, pháp luật giải quyết tranh chấp hợp đồng.

(ii) Về nội dung hợp đồng, PICC có những quy định cụ thể để áp dụng trong trường hợp các bên không có thỏa thuận và không thể xác định được các nội dung cụ thể của hợp đồng thì áp dụng (ví dụ quy định về nghĩa vụ hợp đồng, trong đó bao gồm cả các nghĩa vụ hiệu năng, mức độ của nghĩa vụ, chất lượng, giá cả, các loại nghĩa vụ). Với những quy định cụ thể này, PICC hướng dẫn các bên khắc phục những lỗ hổng mà họ chưa hoặc không thỏa thuận trong hợp đồng theo nguyên tắc, thiện chí, trung thực để đưa ra (ví dụ: mức giá, chất lượng xác định theo mức thích hợp hoặc xác định nghĩa vụ ở mức thích hợp).

(iii) Về thực hiện hợp đồng, Luật Thương mại năm 2005 chưa có các quy định cụ thể về đồng tiền thanh toán, chi phí thực hiện, khấu trừ các khoản thanh toán, khấu trừ đối với các nghĩa vụ không phải là nghĩa vụ trả tiền, xin phép cơ quan nhà nước có thẩm quyền, không trả lời về việc xin cấp phép, từ chối cấp phép,.. trong khi đó các vấn đề này được quy định khá cụ thể tại Điều 6.1.11, Điều 6.12, Điều 6.1.14, Điều 6.1.15, Điều 6.1.17 (và một số điều khoản khác) của PICC.

c) Một số quy định còn có điểm đặc thù so với BLDS năm 2015 và chưa thực sự hợp lý

(i) Về hoãn thực hiện hợp đồng: theo quy định tại khoản 1 Điều 354, Điều 411 BLDS 2015 hoãn thực hiện nghĩa vụ không đơn thuần thuộc phạm trù “trách nhiệm dân sự” với ý nghĩa là hậu quả pháp lý do vi phạm nghĩa vụ. Tuy nhiên, Luật Thương mại năm 2005 quy định khác, bó hẹp hơn so với BLDS, theo đó tạm ngừng thực hiện hợp đồng⁶² được quy định tại Điều 308 Luật Thương mại năm 2005 có tính chất là một loại chế tài và chỉ đặt ra trong trường hợp có vi phạm hợp đồng. Theo đó, một bên được tạm ngừng thực hiện nghĩa vụ của mình khi: (i) bên kia có hành vi vi phạm thuộc trường hợp các bên đã thỏa thuận là điều kiện để tạm ngừng thực hiện hợp đồng, hoặc (ii) bên kia vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng (trừ trường hợp bên vi phạm được miễn trách nhiệm).

(ii) Về đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng: Luật Thương mại năm 2005 quy định khác với BLDS năm 2015 về đơn phương chấm dứt hợp đồng ở một số điểm sau:

Theo quy định tại Điều 310 và Điều 311 Luật Thương mại năm 2005, đình chỉ thực hiện hợp đồng⁶³ có tính chất là một loại chế tài trong thương mại - luôn phải gắn với hành vi vi phạm của một bên. Trong khi đó, Điều 428 BLDS năm 2015 quy định đơn phương chấm dứt hợp đồng theo cách tiếp cận không chỉ thuần túy là quy định về trách nhiệm dân sự, mà bao hàm cả trường hợp chấm dứt

⁶² Luật Thương mại năm 2005 không sử dụng thuật ngữ “hoãn thực hiện nghĩa vụ” mà quy định về tạm ngừng thực hiện hợp đồng.

⁶³ Luật Thương mại năm 2005 không sử dụng thuật ngữ “đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng” mà sử dụng thuật ngữ “đình chỉ thực hiện hợp đồng”

hợp đồng không do hành vi vi phạm nghĩa vụ hợp đồng (có thể do các bên thỏa thuận hoặc do pháp luật có quy định). Cụ thể Luật Thương mại năm 2005 quy định các bên chỉ có thể thỏa thuận việc đình chỉ thực hiện hợp đồng khi xảy ra hành vi vi phạm của một bên, còn theo BLDS năm 2015 các bên có thể thỏa thuận trường hợp đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng mà không phụ thuộc có hay không hành vi vi phạm nghĩa vụ hợp đồng.

Khoản 3 Điều 428 BLDS năm 2015 ghi nhận khi đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng thì thỏa thuận về phạt vi phạm, bồi thường thiệt hại và giải quyết tranh chấp vẫn có thể được giữ nguyên hiệu lực; tuy nhiên Điều 311 Luật Thương mại năm 2005 lại không có quy định một cách rõ ràng về giữ nguyên hiệu lực (một cách mặc nhiên) của thỏa thuận về phạt vi phạm, bồi thường thiệt hại và thỏa thuận về giải quyết tranh chấp trong trường hợp đình chỉ thực hiện hợp đồng.

(iii) Về quyền của bên thế chấp: khoản 4 Điều 321 BLDS năm 2015 quy định bên thế chấp có quyền “Được bán, thay thế, trao đổi tài sản thế chấp, nếu tài sản đó là hàng hóa luân chuyển trong quá trình sản xuất, kinh doanh. Trong trường hợp này, quyền yêu cầu bên mua thanh toán tiền, số tiền thu được, tài sản hình thành từ số tiền thu được, tài sản được thay thế hoặc được trao đổi trở thành tài sản thế chấp. Trường hợp tài sản thế chấp là kho hàng thì bên thế chấp được quyền thay thế hàng hóa trong kho, nhưng phải bảo đảm giá trị của hàng hóa trong kho đúng như thỏa thuận”. Tuy nhiên, Điều 48 Luật Thương mại năm 2005 quy định: “Trường hợp hàng hóa được bán là đối tượng của biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự thì bên bán phải thông báo cho bên mua về biện pháp bảo đảm và phải được sự đồng ý của bên nhận bảo đảm về việc bán hàng hóa đó”. Quy định này là chưa tương thích với quy định của BLDS năm 2015 bởi theo quy định của BLDS, bên thế chấp có quyền bán tài sản thế chấp là hàng hóa luân chuyển trong quá trình sản xuất, kinh doanh, kho hàng hoặc tài sản khác theo quy định của luật mà không cần có sự đồng ý của bên nhận thế chấp.

(iv) Về lãi suất trong trường hợp chậm thực hiện nghĩa vụ, khoản 2 Điều 357 BLDS năm 2015 quy định lãi suất phát sinh do chậm trả tiền được xác định theo thỏa thuận của các bên nhưng không được vượt quá mức lãi suất được quy định tại khoản 1 Điều 468 của Bộ luật này (không vượt quá 20%/năm của khoản tiền chậm thanh toán); nếu không có thỏa thuận thì thực hiện theo quy định tại khoản 2 Điều 468 của Bộ luật này (10%/năm của khoản tiền chậm thanh toán). Trong khi đó, Điều 306 Luật Thương mại năm 2005 quy định “Trường hợp bên vi phạm hợp đồng chậm thanh toán tiền hàng hay chậm thanh toán thù lao dịch vụ và các chi phí hợp lý khác thì bên bị vi phạm hợp đồng có quyền yêu cầu trả tiền lãi trên số tiền chậm trả đó theo lãi suất nợ quá hạn trung bình trên thị trường tại thời điểm thanh toán tương ứng với thời gian chậm trả, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác”. Quy định này không mâu thuẫn với BLDS năm 2015 bởi Điều 468 đã ghi nhận “..trừ trường hợp luật khác có liên

quan quy định khác”. Tuy nhiên, cần nghiên cứu, đánh giá về sự cần thiết duy trì quy định có tính khác biệt này.

d) Quy định bất cập, không còn phù hợp với thực tiễn

(i) Về đối tượng áp dụng: theo quy định tại Điều 2 Luật Thương mại năm 2005, đối tượng áp dụng của Luật Thương mại năm 2005, gồm: thương nhân thực hiện hoạt động thương mại và tổ chức, cá nhân khác hoạt động có liên quan đến thương mại. Quy định này chưa bao quát được hết mối quan hệ (liên quan hợp đồng) giữa các chủ thể thực hiện hoạt động thương mại trên thực tế, gồm: cá nhân thực hiện hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên không phải đăng ký kinh doanh với nhau; cá nhân thực hiện hoạt động thương mại với thương nhân; thương nhân/cá nhân thực hiện hoạt động thương mại với người tiêu dùng. Bên cạnh đó, quy định “tổ chức, cá nhân khác hoạt động có liên quan đến thương mại” không rõ ràng và cũng không có quy định hướng dẫn cụ thể.

Quy định tại khoản 1 Điều 6 Luật Thương mại năm 2005 về khái niệm về thương nhân: “thương nhân bao gồm tổ chức kinh tế được thành lập hợp pháp, cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên và có đăng ký kinh doanh” không còn phù hợp với thực tiễn khi có những cá nhân hoạt động ở khu vực “phi chính thức” cũng nhằm mục đích sinh lợi nhưng hoạt động không thường xuyên. Bên cạnh đó, việc yêu cầu thương nhân phải có đăng ký kinh doanh cũng không phù hợp với thông lệ thế giới, thể hiện cách thức nhận diện thương nhân theo phương thức quản lý nhà nước đối với chủ thể này, thay vì chỉ nhận diện dựa trên bản chất thương mại của thương nhân, tạo ra sự phân biệt đối xử không cần thiết giữa các chủ thể được gọi là thương nhân với các tổ chức, cá nhân thực hiện hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên nhưng không đăng ký kinh doanh.

(ii) Về áp dụng Luật Thương mại năm 2005 và luật có liên quan: quy định tại Điều 4 Luật Thương mại năm 2005⁶⁴ cho thấy Luật Thương mại năm 2005 vừa chứa đựng những quy định mang tính chuyên ngành về hợp đồng trong quan hệ về hợp đồng với BLDS, vừa chứa đựng những quy định mang tính chung trong quan hệ với một số quy định về hợp đồng trong các luật khác. Cách tiếp cận này làm cho hệ thống pháp luật trở nên nhiều tầng nấc, khó áp dụng bởi nhiều quy định của Luật Thương mại năm 2005 mang tính chung chung, khó áp dụng trên thực tế trong khi hoạt động xây dựng, đấu giá hàng hóa, đấu thầu hàng hóa, dịch vụ, quảng cáo thương mại đã được điều chỉnh bởi Luật Xây dựng năm 2014 (được sửa đổi, bổ sung năm 2020), Luật Đấu giá tài sản năm 2016, Luật Đấu thầu năm 2013, Luật Quảng cáo năm 2012, Luật Du lịch năm 2017.

⁶⁴ “Điều 4. Áp dụng Luật thương mại và pháp luật có liên quan

1. Hoạt động thương mại phải tuân theo Luật thương mại và pháp luật có liên quan.
2. Hoạt động thương mại đặc thù được quy định trong luật khác thì áp dụng quy định của luật đó.
3. Hoạt động thương mại không được quy định trong Luật thương mại và trong các luật khác thì áp dụng quy định của BLDS”

Thực tiễn áp dụng pháp luật cho thấy, với quy định tại Điều 4 Luật Thương mại năm 2005, Điều 4 BLDS năm 2015 và ghi nhận “hợp đồng xây dựng là hợp đồng dân sự” tại Điều 138 Luật Xây dựng năm 2014 (sửa đổi, bổ sung năm 2020) dẫn đến việc thẩm phán hiểu rằng những vấn đề pháp lý nào liên quan hợp đồng xây dựng mà không được quy định trong Luật Xây dựng thì áp dụng quy định của BLDS về vấn đề pháp lý đó⁶⁵, dẫn đến việc thẩm phán bỏ qua các quy định về chế tài trong thương mại của Luật Thương mại năm 2005 và áp dụng trực tiếp các quy định của BLDS năm 2015 về trách nhiệm đối với vi phạm nghĩa vụ của hợp đồng dịch vụ hoặc quy định của Bộ luật này về trách nhiệm dân sự đối với phạm vi phạm nghĩa vụ dân sự nói chung. Trong khi đó, có ý kiến cho rằng, trường hợp các bên tham gia vào quan hệ hợp đồng xây dựng là thương nhân thì quan hệ hợp đồng đó là quan hệ hợp đồng kinh doanh thương mại, do đó những vấn đề pháp lý liên quan hợp đồng (đặc biệt là quy định về chế tài do vi phạm hợp đồng) của Luật Thương mại sẽ được áp dụng trong trường hợp Luật Xây dựng không quy định; quy định của BLDS chỉ áp dụng trong trường hợp cả Luật Thương mại cũng không quy định⁶⁶.

(iii) Luật Thương mại năm 2005 tồn tại những quy định trùng lặp vừa không tương thích với BLDS năm 2015, chẳng hạn quy định về nguyên tắc xác lập, thực hiện hợp đồng⁶⁷, áp dụng tập quán và pháp luật nước ngoài⁶⁸, hợp đồng mua bán⁶⁹, hợp đồng đại diện⁷⁰, hợp đồng cho thuê⁷¹, hợp đồng gia công⁷².

⁶⁵ Một ví dụ cho cách hiểu này là Quyết định số 12/2019/KDTM-GĐT ngày 24/9/2019 của Hội đồng thẩm phán TANDTC. Trong Quyết định giám đốc thẩm này, Hội đồng thẩm phán TANDTC cho rằng: “Hợp đồng 16/HĐTC/12 ngày 22/02/2012 giữa Công ty QM và Công ty TN liên quan đến hợp đồng xây dựng, được xác lập trên cơ sở hợp đồng thi công xây dựng số 01/HP-XD/HĐ ngày 18/8/2011 giữa Công ty Cổ phần Điện TL với Công ty QM nhưng Tòa án cấp sơ thẩm lại áp dụng Luật Thương mại để giải quyết vụ án là không đúng. Trong trường hợp này, cần xác định quan hệ tranh chấp liên quan đến lĩnh vực xây dựng, nên cần áp dụng pháp luật xây dựng. Trường hợp pháp luật xây dựng không quy định thì áp dụng Bộ luật dân sự để giải quyết”.

⁶⁶ Phan Huy Hồng, “Định hướng hoàn thiện đồng bộ pháp luật hợp đồng để triển khai Chiến lược phát triển kinh tế - xã hội 10 năm 2021 - 2030”, trong Lê Thành Long và Nguyễn Thanh Tú (đồng chủ biên), Hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa theo Văn kiện Đại hội XIII của Đảng: Một số vấn đề đặt ra từ thực tiễn công tác pháp luật dân sự - kinh tế, NXB Tư pháp, Hà Nội, 2021, tr. 125-144.

⁶⁷ Điều 3 BLDS năm 2015 quy định các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự. Tuy nhiên, các điều từ Điều 10 đến Điều 15 Luật Thương mại năm 2005 quy định một số nguyên tắc điều chỉnh quan hệ thương mại và có những nguyên tắc trùng lặp với nguyên tắc quan hệ pháp luật dân sự được quy định tại Điều 3 BLDS năm 2015 như nguyên tắc bình đẳng, nguyên tắc tự do cam kết thỏa thuận (Điều 10, Điều 11 Luật Thương mại năm 2005).

⁶⁸ Theo quy định tại Điều 666 BLDS năm 2015, tập quán quốc tế được áp dụng nếu hậu quả của việc áp dụng tập quán quốc tế đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam. Điều 670 BLDS năm 2015 quy định pháp luật nước ngoài được dẫn chiếu đến không được áp dụng trong trường hợp “hậu quả của việc áp dụng pháp luật nước ngoài trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam”.

Tuy nhiên, khoản 2 Điều 5 Luật Thương mại năm 2005 quy định: “Các bên trong giao dịch thương mại có yếu tố nước ngoài được thỏa thuận áp dụng pháp luật nước ngoài, tập quán thương mại quốc tế nếu pháp luật nước ngoài, tập quán thương mại quốc tế đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam”

⁶⁹ BLDS năm 2015 quy định về hợp đồng mua bán tại Điều 430 đến Điều 454. Luật Thương mại năm 2005 quy định hợp đồng mua bán hàng hóa tại Điều 24 đến Điều 62 Luật Thương mại có những nội dung còn trùng lặp với BLDS.

⁷⁰ Điều 134 đến Điều 143, Điều 562 đến Điều 568 BLDS năm 2015 quy định về quan hệ đại diện. Điều 141 đến Điều 177 Luật Thương mại năm 2005 cũng có những quy định về đại diện cho thương nhân.

⁷¹ 472 đến Điều 482 BLDS năm 2015 quy định về hợp đồng cho thuê. Điều 269 đến Điều 283 Luật Thương mại năm 2005 cũng có quy định về hợp đồng cho thuê hàng hóa.

2.1.1.2. Kiến nghị

Sau hơn 15 năm thực hiện, Luật Thương mại năm 2005 bên cạnh những tác động tích cực đến đời sống kinh tế - xã hội, đã bộc lộ những hạn chế, đòi hỏi phải có giải pháp khắc phục, nhất là trong bối cảnh: (1) Việt Nam đã gia nhập tổ chức Thương mại thế giới (WTO), đàm phán, ký kết các Hiệp định thương mại tự do song phương và đa phương⁷³; (2) Nhiều văn bản luật có liên quan đã được ban hành như Luật Quản lý ngoại thương, BLDS; (3) Các hoạt động thương mại ở nước ta đã có sự phát triển mạnh mẽ, phát sinh nhiều vấn đề mới; (4) Nhiều quy định của Luật Thương mại năm 2005 đã tỏ ra lỗi thời, không còn phù hợp với thực tiễn, có thể trở thành rào cản cho các thương nhân khi hoạt động trên thị trường. Do đó, cần nghiên cứu đề xử lý theo một trong hai phương án sau:

Phương án 1: nghiên cứu bãi bỏ các quy định về hợp đồng trong Luật Thương mại năm 2005 (thậm chí nghiên cứu cả phương án bãi bỏ Luật Thương mại năm 2005) vì về cơ bản Luật này đã hoàn thành sứ mệnh của mình; các vấn đề chung nhất về hợp đồng đã được ghi nhận bởi BLDS năm 2015⁷⁴ và các hoạt động thương mại cụ thể cũng đã được quy định cụ thể trong Luật Quản lý ngoại thương, Luật Du lịch, Luật Quảng cáo, Luật Đấu thầu, Luật Đầu giá tài sản...

Phương án 2: Trường hợp sửa đổi, bổ sung Luật Thương mại năm 2005, cần nghiên cứu sửa đổi, bổ sung một cách cơ bản Luật này. Một số vấn đề cần được quan tâm, nghiên cứu trong quá trình sửa đổi, bổ sung Luật Thương mại năm 2005 (dưới góc độ hợp đồng), gồm:

(i) Nghiên cứu nội luật hóa, đảm bảo tính phù hợp của Luật Thương mại với các quy định của Công ước Viên 1980 về: xác định tính quốc tế của hợp đồng; bổ sung quyền hủy bỏ hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế khi có lý do cho thấy rõ ràng bên kia sẽ vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng; bổ sung quy định về quyền hủy hợp đồng sau thời gian gia hạn thực hiện nghĩa vụ; bổ sung quy định bên mua được yêu cầu giảm giá bán hàng hóa đối với trường hợp không từ chối nhận hàng không phù hợp với hợp đồng; bổ sung quy định về trường hợp miễn trách do bên thứ ba gặp trường hợp bất khả kháng; trường hợp miễn trách nhiệm dân sự; tạm ngừng thực hiện hợp đồng; bổ sung quy định về trách nhiệm bảo quản hàng hóa; sửa đổi Luật Thương mại về thời gian khiếu nại về hàng hóa theo hướng bổ sung quy định rõ về thời hạn khiếu nại là 2 năm cho các lỗi ẩn tàng của hàng hóa phức tạp, khó nhận biết lỗi bằng mắt thường như bất động sản, dược phẩm, hóa chất.

⁷² BLDS năm 2015 quy định về hợp đồng gia công từ Điều 542 đến Điều 553. Luật Thương mại năm 2005 quy định về quan hệ gia công hàng hóa tại Điều 178 đến Điều 184.

⁷³ Việt Nam đã ký kết 12 FTA gồm: 7 FTA ký kết với tư cách là thành viên ASEAN; 7 FTA ký kết với tư cách là một bên độc lập, trong đó có Hiệp định đối tác Toàn diện và Tiên bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP), Hiệp định thương mại tự do Việt Nam - EU (EVFTA).

⁷⁴ Các quy định của BLDS năm 2015 cũng đã đảm bảo phù hợp với Công ước Viên năm 1980.

(ii) Nghiên cứu kỹ lưỡng về phạm vi, đối tượng điều chỉnh của Luật Thương mại (sửa đổi) trong bối cảnh Luật Quản lý ngoại thương và nhiều luật điều chỉnh quan hệ thương mại cụ thể (Luật Đấu giá tài sản năm 2016, Luật Đấu thầu năm 2013, Luật Quảng cáo năm 2012, Luật Du lịch năm 2017,...) đã được ban hành để đảm bảo đúng vị trí, vai trò, hiệu quả điều chỉnh của Luật Thương mại.

(iii) Xây dựng các quy định về hợp đồng mua bán hàng hóa và cung ứng dịch vụ theo hướng chỉ giữ lại các quy định mà BLDS năm 2015 chưa có quy định (chẳng hạn Điều 39 và Điều 40 (có bổ sung, dẫn chiếu đến Điều 432, và Điều 445 BLDS); Điều 57, Điều 58 (có bổ sung quy định tại Điều 441 BLDS) Điều 301, Điều 294, Điều 295; khoản 1,2,3 Điều 312; Điều 313); loại bỏ hoặc dẫn chiếu thống nhất các quy định còn lại giữa hợp đồng dân sự và hợp đồng thương mại

(iv) Sửa đổi một số quy định đảm bảo sự thống nhất, đồng bộ với quy định chung về hợp đồng, như: hoãn thực hiện nghĩa vụ, đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng, quyền của bên thế chấp trong quan hệ bảo đảm thực hiện nghĩa vụ.

(v) Nghiên cứu, đánh giá về sự cần thiết duy trì quy định có tính khác biệt giữa Luật Thương mại và BLDS để phù hợp với bối cảnh thực tiễn là BLDS năm 2015 đã được ban hành như quy định về lãi suất phát sinh do chậm trả tiền.

Tại mục 5 Phụ lục I Quyết định số 889/QĐ-TTg ngày 07/6/2021 ban hành danh mục văn bản quy phạm pháp luật cần sửa đổi, bổ sung, ban hành mới, Thủ tướng Chính phủ đã giao Bộ Công Thương “Đánh giá sự cần thiết duy trì các quy định mang tính đặc thù, can thiệp ý chí các bên trong hợp đồng, tính phù hợp thực tiễn của các luật này để hoàn thiện trong thời gian tới, hướng đến sửa đổi quy định tại Điều 301, Điều 307 Luật Thương mại năm 2005 về phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng để phù hợp với nguyên tắc thỏa thuận tự nguyện của các bên và quy định của Bộ luật Dân sự (theo kiến nghị tại mục II.6.2.1.6, phần B Báo cáo số 442/BC-CP)” và “đưa vào Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh năm 2025”.

2.1.2. Luật Nhà ở năm 2014 (được sửa đổi, bổ sung một số điều bởi Luật Đầu tư năm 2020, Luật đầu tư theo phương thức đối tác công tư năm 2020)⁷⁵

2.1.2.1. Vướng mắc, bất cập

(i) Một số nội dung về giao dịch nhà ở trong Luật Nhà ở có sự trùng lặp, chồng lấn về phạm vi điều chỉnh với Luật kinh doanh bất động sản, BLDS, chưa

⁷⁵ Xem chi tiết tại: Hồ sơ đề nghị xây dựng dự án Luật Nhà ở (sửa đổi); Công văn số 337/CDKQGDGBĐ-QLNV ngày 08/10/2021 của Cục Đăng ký quốc gia giao dịch bảo đảm về việc góp ý dự thảo Báo cáo tổng thể thực trạng pháp luật hợp đồng, pháp luật giải quyết tranh chấp hợp đồng.

bảo đảm tính đồng bộ, thống nhất của hệ thống pháp luật (như các quy định về giao dịch mua bán, cho thuê nhà ở của doanh nghiệp, hợp tác xã kinh doanh bất động sản với cá nhân, quy định về nhượng hợp đồng mua bán nhà ở, thừa kế nhà ở, tặng cho nhà ở...).

(ii) Điểm a khoản 1 Điều 10 Luật Nhà ở quy định chủ sở hữu nhà ở là tổ chức, hộ gia đình, cá nhân trong nước, người Việt Nam định cư ở nước ngoài có quyền “*bất khả xâm phạm về quyền sở hữu nhà ở của mình*” mà chưa có ngoại lệ về giới hạn thực hiện quyền này là chưa thực sự thống nhất với luật hiện hành (chẳng hạn trường hợp nhà nước thu hồi đất và tài sản gắn liền với đất theo quy định của Luật Đất đai năm 2013; trường hợp tổ chức tín dụng thu giữ tài sản bảo đảm của khoản nợ xấu quy định tại Điều 7 Nghị quyết số 42/2017/QH14 về thí điểm xử lý nợ xấu của các tổ chức tín dụng).

(iii) Về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng mua bán nhà ở: khoản 2 Điều 122 Luật Nhà ở quy định, “*...Đối với các giao dịch quy định tại khoản này thì thời điểm có hiệu lực của hợp đồng là do các bên thỏa thuận; trường hợp các bên không có thỏa thuận thì thời điểm có hiệu lực của hợp đồng là thời điểm ký kết hợp đồng*”. Trong khi đó, BLDS năm 2015 quy định: “*Hợp đồng được giao kết hợp pháp có hiệu lực từ thời điểm giao kết, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật liên quan có quy định khác*” (khoản 1 Điều 401); “*Thời điểm giao kết hợp đồng bằng văn bản là thời điểm bên sau cùng ký vào văn bản hay bằng hình thức chấp nhận khác được thể hiện trên văn bản*” (khoản 1 Điều 400). Như vậy, quy định tại khoản 2 Điều 122 Luật Nhà ở năm 2014 còn chưa đảm bảo bao quát các thời điểm giao kết hợp đồng theo quy định của BLDS năm 2015.

(iv) Khoản 2 Điều 148 Luật Nhà ở quy định “*Việc thế chấp dự án đầu tư xây dựng nhà ở và thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai chỉ được thực hiện theo quy định tại Luật này; các trường hợp thế chấp tài sản là dự án đầu tư xây dựng nhà ở hoặc nhà ở hình thành trong tương lai không đúng với quy định tại Luật này thì không có giá trị pháp lý*”. Quy định này chưa bao quát được các quy định pháp lý điều chỉnh quan hệ thế chấp dự án đầu tư xây dựng nhà ở và thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai, bởi vì: (i) việc thế chấp dự án đầu tư xây dựng nhà ở và thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai không chỉ được điều chỉnh bởi Luật Nhà ở năm 2014 mà còn được điều chỉnh bởi quy định của pháp luật liên quan như BLDS năm 2015 (về chủ thể, về đại diện, về hiệu lực của giao dịch dân sự, về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, về hợp đồng,...), Luật Công chứng năm 2014,... (ii) theo quy định tại Điều 132 BLDS năm 2015, việc một giao dịch dân sự (trong đó có giao dịch thế chấp dự án đầu tư xây dựng nhà

ở và thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai) có bị tuyên là vô hiệu hay không thuộc thẩm quyền của Tòa án.

(v) Luật Nhà ở năm 2014 quy định về thuê, mua bán, tặng cho nhà ở có nhiều quy định trùng lặp với BLDS năm 2015.

2.1.2.2. Kiến nghị

(i) Sửa đổi quy định tại điểm a khoản 1 Điều 10 Luật Nhà ở năm 2014 theo hướng chủ sở hữu nhà ở là tổ chức, hộ gia đình, cá nhân trong nước, người Việt Nam định cư ở nước ngoài có quyền bất khả xâm phạm về quyền sở hữu nhà ở “trừ trường hợp luật có quy định khác”.

(ii) Sửa đổi quy định tại khoản 2 Điều 122 Luật Nhà ở năm 2014 về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng về nhà ở do các bên thỏa thuận; trường hợp các bên không có thỏa thuận thì thời điểm có hiệu lực của hợp đồng là thời điểm giao kết hợp đồng theo quy định của BLDS.

(iii) Sửa đổi quy định tại khoản 2 Điều 148 Luật Nhà ở năm 2014 theo hướng ghi nhận việc thế chấp dự án đầu tư xây dựng nhà ở và thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai chỉ được thực hiện theo quy định tại Luật này, Bộ luật Dân sự và pháp luật khác có liên quan.

(iv) Rà soát kỹ lưỡng để lược bỏ những quy định về hợp đồng trùng lặp với BLDS năm 2015.

Đề nghị xây dựng Luật Nhà ở (sửa đổi) đã được Bộ Tư pháp thẩm định (Báo cáo thẩm định số 221/BCTĐ-BTP ngày 17/11/2021); tại Chương trình hành động của Chính phủ nhiệm kỳ 2021-2025 thực hiện Nghị quyết của Quốc hội về kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội 5 năm 2021-2025 ban hành kèm theo Nghị quyết số 99/NQ-CP ngày 31/8/2021 (tiêu mục 100, mục V, Phụ lục III), Chính phủ giao Bộ Xây dựng nghiên cứu, xây dựng Dự án Luật sửa đổi, bổ sung (hoặc thay thế) Luật Nhà ở trong năm 2022-2024.

2.1.3. Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014⁷⁶

2.1.3.1. Vướng mắc, bất cập

(i) Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 chưa làm rõ được phạm vi điều chỉnh của luật; chưa có quy định về nguyên tắc áp dụng pháp luật khi có sự mâu thuẫn, chồng chéo của Luật với các luật có liên quan đối với các nội dung, quy định về kinh doanh bất động sản; các quy định vẫn có sự giao thoa về phạm vi

⁷⁶ Hồ sơ đề nghị xây dựng dự án Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi); Công văn số 337/CĐKQGDGBĐ-QLNV ngày 08/10/2021 của Cục Đăng ký quốc gia giao dịch bảo đảm về việc góp ý dự thảo Báo cáo tổng thể thực trạng pháp luật hợp đồng, pháp luật giải quyết tranh chấp hợp đồng; Công văn số 324/LĐLSVN ngày 19/10/2021 của Liên đoàn Luật sư Việt Nam góp ý dự thảo Báo cáo tổng thể thực trạng pháp luật hợp đồng, pháp luật giải quyết tranh chấp hợp đồng.

điều chỉnh, áp dụng với pháp luật về đất đai⁷⁷, nhà ở⁷⁸, đầu tư⁷⁹, xây dựng dẫn đến có sự phân tán, chông chéo về quy định giữa các đạo luật và ngay trong một đạo luật; gây khó khăn cho các tổ chức, cơ quan, cá nhân trong việc nắm bắt, hiểu rõ và lựa chọn áp dụng quy định pháp luật.

(ii) Khoản 3 và khoản 4 Điều 3 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 quy định “*nhà, công trình xây dựng có sẵn là nhà, công trình xây dựng đã hoàn thành việc xây dựng và đưa vào sử dụng*”; “*nhà, công trình xây dựng hình thành trong tương lai là nhà, công trình xây dựng đang trong quá trình xây dựng và chưa được nghiệm thu đưa vào sử dụng*”. Trong khi đó, nếu căn cứ theo quy định tại khoản 2 Điều 108 BLDS năm 2015⁸⁰ thì nhà, công trình xây dựng có sẵn thuộc nhóm tài sản hình thành trong tương lai. Quy định này của Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 dẫn đến thực tế khó đưa nhà, công trình xây dựng có sẵn vào giao dịch do không xác định được một cách rõ ràng tính chất pháp lý của loại tài sản này.

(iii) Về hình thức hợp đồng kinh doanh bất động sản⁸¹, khoản 2 Điều 17 Luật kinh doanh bất động sản năm 2014 quy định hợp đồng kinh doanh bất động sản phải được lập thành văn bản, việc công chứng, chứng thực hợp đồng do các bên thỏa thuận; tuy nhiên, hợp đồng mua bán, thuê mua nhà, công trình xây dựng, hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất mà các bên là hộ gia đình, cá nhân bán, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê mua bất động sản quy mô nhỏ, không thường xuyên thì phải công chứng hoặc chứng thực. Quy định này còn có

⁷⁷ Các quy định về kinh doanh quyền sử dụng đất trong Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 hiện hành chưa cụ thể, rõ ràng và còn có sự giao thoa giữa kinh doanh quyền sử dụng đất theo pháp luật về KDBDS với chuyển nhượng, cho thuê quyền sử dụng đất theo pháp luật về đất đai.

⁷⁸ Hoạt động kinh doanh nhà ở thương mại vừa được điều chỉnh bởi Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014, đồng thời cũng được quy định, điều chỉnh bởi Luật Nhà ở năm 2014; trong khi Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 không quy định riêng về kinh doanh nhà ở mà quy định gộp chung, trộn lẫn kinh doanh nhà ở với kinh doanh công trình xây dựng.

Nhiều quan hệ xã hội, nhiều nội dung liên quan đến hoạt động kinh doanh nhà ở thương mại hiện nay vừa phải tuân thủ, thực hiện theo quy định của Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014, đồng thời lại vừa phải tuân thủ, thực hiện theo quy định của Luật nhà ở năm 2014 (Ví dụ như các hoạt động liên quan đến huy động vốn thông qua hợp đồng kinh doanh nhà ở, ký hợp đồng mua bán nhà ở thương mại, chủ đầu tư dự án thực hiện thủ tục thông báo và được sở xây dựng địa phương xác nhận nhà ở hình thành trong tương lai tại dự án đủ điều kiện đưa vào kinh doanh, quyền và trách nhiệm của chủ đầu tư dự án, đối tượng được mua nhà ở tại dự án...). Do Luật Kinh doanh bất động sản trong nhiều trường hợp có dẫn chiếu sang thực hiện theo quy định của Luật Nhà ở; các tổ chức, cá nhân, các cơ quan khó xác định được các quy định nào trong Luật Kinh doanh bất động sản được áp dụng đối với kinh doanh nhà ở (ví dụ như trường hợp thực hiện quy định về bắt buộc hay không bắt buộc phải công chứng hợp đồng bán nhà ở, chuyển nhượng hợp đồng bán nhà ở hình thành trong tương lai...).

⁷⁹ Thủ tục chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án bất động sản hiện nay được thực hiện theo hai trình tự thủ tục được quy định theo hai luật là Luật Kinh doanh bất động sản và Luật Đầu tư 2020 và có quy định khác nhau giữa các luật

⁸⁰ Khoản 2 Điều 108 BLDS năm 2015:

“2. Tài sản hình thành trong tương lai bao gồm:

a) Tài sản chưa hình thành;

b) Tài sản đã hình thành nhưng chủ thể xác lập quyền sở hữu tài sản sau thời điểm xác lập giao dịch”.

⁸¹ Công văn số 337/ĐKKQGĐGBĐ-QLNV ngày 08/10/2021 của Cục Đăng ký quốc gia giao dịch bảo đảm về việc góp ý dự thảo Báo cáo tổng thể thực trạng pháp luật hợp đồng, pháp luật giải quyết tranh chấp hợp đồng.

điểm vừa trùng lặp, vừa thiếu thống nhất với quy định của Luật Nhà ở năm 2014 về công chứng, chứng thực hợp đồng về nhà ở⁸².

(iv) Về yếu tố lỗi trong trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ: theo quy định tại Điều 360 BLDS năm 2015 về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ “*Trường hợp có thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ gây ra thì bên có nghĩa vụ phải bồi thường toàn bộ thiệt hại, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật có quy định khác*”. Theo quy định này, căn cứ phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại theo nguyên tắc suy đoán lỗi. Bên có yêu cầu chỉ cần chứng minh có thiệt hại thực tế và thiệt hại là do hành vi của người vi phạm gây ra. Tuy nhiên, Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 (khoản 5 Điều 21, khoản 6 Điều 22, khoản 5 Điều 24, khoản 4 Điều 26, khoản 5 Điều 27, khoản 7 Điều 28, khoản 6 Điều 29,...) quy định theo hướng bên vi phạm chỉ phải bồi thường thiệt hại do lỗi của mình gây ra (quy định này không mâu thuẫn với BLDS năm 2015 bởi Điều 360 đã ghi nhận trừ trường hợp luật liên quan có quy định khác). Tuy nhiên, trong bối cảnh quy định về căn cứ phát sinh trách nhiệm BTTH tại BLDS đã có điểm khác so với trước đây (áp dụng nguyên tắc suy đoán lỗi, người bị thiệt hại không có trách nhiệm chứng minh lỗi của bên gây ra thiệt hại nữa), do đó, quy định của Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 cũng cần được nghiên cứu, hoàn thiện để đảm bảo sự thống nhất.

(v) Quyền của chủ đầu tư trong hoạt động kinh doanh bất động sản hình thành trong tương lai đang bị hạn chế bởi các hình thức bán, chuyển nhượng, cho thuê mua; chưa có quy định để chủ đầu tư sử dụng bất động sản hình thành trong tương lai phục vụ huy động vốn thực hiện dự án. Quy định về quyền kinh doanh bất động sản của chủ đầu tư dự án bất động sản tại Điều 54 của Luật Kinh doanh bất động sản chỉ bao gồm sản có quyền bán, cho thuê, cho thuê mua nhà, công trình xây dựng hình thành trong tương lai không đầy đủ so với quy định về “kinh doanh bất động sản” tại khoản 1 Điều 3 của Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014; đồng thời cũng hẹp hơn, không tương xứng với phạm vi, hình thức kinh doanh bất động sản của tổ chức, cá nhân kinh doanh bất động sản được quy định tại Điều 11 của Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014.

⁸² Điều 112 Luật Nhà ở năm 2014:

“1. Trường hợp mua bán, tặng cho, đổi, góp vốn, thế chấp nhà ở, chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở thương mại thì phải thực hiện công chứng, chứng thực hợp đồng, trừ trường hợp quy định tại khoản 2 Điều này.

Đối với các giao dịch quy định tại khoản này thì thời điểm có hiệu lực của hợp đồng là thời điểm công chứng, chứng thực hợp đồng.

2. Đối với trường hợp tổ chức tặng cho nhà tình nghĩa, nhà tình thương; mua bán, cho thuê mua nhà ở thuộc sở hữu nhà nước; mua bán, cho thuê mua nhà ở xã hội, nhà ở phục vụ tái định cư; góp vốn bằng nhà ở mà có một bên là tổ chức; cho thuê, cho mượn, cho ở nhờ, ủy quyền quản lý nhà ở thì không bắt buộc phải công chứng, chứng thực hợp đồng, trừ trường hợp các bên có nhu cầu.

Đối với các giao dịch quy định tại khoản này thì thời điểm có hiệu lực của hợp đồng là do các bên thỏa thuận; trường hợp các bên không có thỏa thuận thì thời điểm có hiệu lực của hợp đồng là thời điểm ký kết hợp đồng.

3. Văn bản thừa kế nhà ở được công chứng hoặc chứng thực theo quy định của pháp luật về dân sự.

4. Việc công chứng hợp đồng về nhà ở được thực hiện tại tổ chức hành nghề công chứng; việc chứng thực hợp đồng về nhà ở được thực hiện tại Ủy ban nhân dân cấp xã nơi có nhà ở”.

(vi) Về việc bảo lãnh trong bán, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai, khoản 1, khoản 2 Điều 56 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 quy định, “*Chủ đầu tư dự án bất động sản trước khi bán, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai phải được ngân hàng thương mại có đủ năng lực thực hiện bảo lãnh nghĩa vụ tài chính của chủ đầu tư đối với khách hàng khi chủ đầu tư không bàn giao nhà ở theo đúng tiến độ đã cam kết với khách hàng*”, “...*Chủ đầu tư có trách nhiệm gửi bản sao hợp đồng bảo lãnh cho bên mua, bên thuê mua khi ký kết hợp đồng mua, thuê mua*”, quy định này đồng nghĩa với việc hợp đồng bảo lãnh phải được phát hành trước khi xác định được người mua, người thuê mua nhà, trước khi xác định được bên nhận bảo lãnh. Trong khi đó, với quan hệ bảo lãnh thông thường thì phạm vi, đối tượng, nội dung bảo lãnh, người được bảo lãnh được xác định rõ trước khi giao kết. Bởi vậy Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 cần có quy định cụ thể hơn về trình tự, thủ tục thực hiện việc bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với các dự án bất động sản.

(vii) Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 chưa khắc phục được tình trạng chuyển nhượng dự án bất động sản thông qua hình thức mua bán sáp nhập để sở hữu vốn công ty dự án qua đó sở hữu dự án, bản chất là chuyển nhượng dự án bất động sản.

(viii) Quy định tổ chức, cá nhân kinh doanh bất động sản khi bán, cho thuê, cho thuê mua bất động sản không bắt buộc phải thông qua Sàn giao dịch bất động sản dẫn đến việc nhà đầu tư thiếu kênh tham khảo thông tin qua một tổ chức chính thống để thẩm định, thẩm tra sản phẩm trước khi ký kết hợp đồng về đầu tư bất động sản; nhà nước khó quản lý được thông tin về thị trường bất động sản.

(ix) Luật Kinh doanh bất động sản thiếu quy định cụ thể điều chỉnh hợp đồng liên quan đến công trình xây dựng không phải là nhà ở; giao dịch, hợp đồng ở dạng đầu tư xây dựng tạo lập công trình xây dựng để kinh doanh (bán, cho thuê mua, cho thuê công trình xây dựng), huy động vốn, sử dụng vốn và các giao dịch, hợp đồng được xác lập thực hiện trong giai đoạn trước khi công trình xây dựng tại dự án đủ điều kiện được đưa vào kinh doanh tiềm ẩn nhiều rủi ro cho các chủ thể trong quan hệ; khó khăn trong công tác quản lý.

(x) Luật Kinh doanh bất động sản thiếu quy định về bảo lãnh trong bán, cho thuê mua bất động sản hình thành trong tương lai đang đang có một số nội dung thiếu chi tiết; các nội dung về bảo lãnh không được áp dụng đối với bán, cho thuê công trình xây dựng hình thành trong tương lai. Cụ thể Điều 56 của Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 chưa quy định trách nhiệm của chủ đầu tư phải làm thủ tục để tổ chức tín dụng cấp chứng thư bảo lãnh cho bên mua, bên thuê mua đối với hợp đồng bán, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai là chưa phù hợp với quy định của pháp luật về bảo lãnh; không có quy định

các nội dung cơ bản, bắt buộc phải có trong hợp đồng bảo lãnh; không xác định rõ phạm vi, điều kiện, nội dung và phí bảo lãnh do các bên thỏa thuận là thỏa thuận giữa chủ đầu tư dự án với tổ chức tín dụng hay giữa chủ đầu tư với người mua, thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai; không quy định trách nhiệm của chủ đầu tư dự án bất động sản trong trường hợp không thực hiện bảo lãnh cũng như chưa quy định bảo vệ quyền lợi người mua bất động sản trong trường hợp chủ đầu tư là bên bán bất động sản không thực hiện bảo lãnh đúng quy định. Bên cạnh đó, pháp luật không bắt buộc chủ đầu tư dự án bán công trình xây dựng hình thành trong tương lai không phải là nhà ở phải có bảo lãnh của tổ chức tín dụng đối với nghĩa vụ phải bàn giao công trình xây dựng cho người mua, thuê mua đúng chất lượng, thời điểm cam kết trong hợp đồng dẫn đến quyền, lợi ích hợp pháp của người mua, thuê mua công trình xây dựng hình thành trong tương lai nhiều khi không được bảo vệ đầy đủ, thường thua thiệt khi có tranh chấp (như các trường hợp chủ đầu tư bán căn hộ Condotel, officetel nhưng cung cấp thông tin sai về bất động sản, không thực hiện đúng hợp đồng đã ký,...).

(xi) Luật Kinh doanh bất động sản thiếu quy định về việc cho phép bên bán nhà ở và bên mua nhà ở được thỏa thuận áp dụng biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bàn giao nhà ở của chủ đầu tư thay cho việc chỉ cho phép chủ đầu tư không thu quá 95% giá trị của hợp đồng mua bán nhà ở. Điều 57 của Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 quy định trường hợp bên mua, bên thuê mua chưa được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất thì bên bán, bên cho thuê mua không được thu quá 95% giá trị hợp đồng; giá trị còn lại của hợp đồng được thanh toán khi cơ quan nhà nước có thẩm quyền đã cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất cho bên mua, bên thuê mua. Điều Khoản nêu trên của Luật kinh doanh bất động sản chưa quy định bên bán, bên cho thuê mua bất động sản hình thành trong tương lai được áp dụng các biện pháp, hình thức đảm bảo thay thế cho việc chưa được thu hết 5% giá trị hợp đồng (như áp dụng hình thức có bảo lãnh nghĩa vụ tài chính); đồng thời cũng chưa có quy định trách nhiệm đảm bảo nghĩa vụ thanh toán hết 5% giá trị hợp đồng của bên mua, bên thuê mua cho bên bán, bên cho thuê mua. Điều 57 của Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 chưa có quy định về việc khi cơ quan nhà nước có thẩm quyền đã cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất cho bên mua, bên thuê mua nhưng bên mua, bên thuê mua chưa thanh toán hết 5% giá trị còn lại của hợp đồng thì ai là người nắm giữ Giấy chứng nhận; và trong trường hợp Giấy chứng nhận đã được cấp cho bên mua, bên thuê mua nhưng bên mua, bên thuê mua chưa thanh toán hết 5% giá trị còn lại của hợp đồng cho bên bán, bên cho thuê mua thì bên bán, bên cho thuê mua có được quyền bảo lưu quyền sở hữu đối với bất động sản không.

(xii) Luật Kinh doanh bất động sản thiếu quy định việc chuyển nhượng hợp đồng mua bán, thuê mua nhà, công trình xây dựng không phải là nhà ở hình thành trong tương lai (Điều 59 của Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 mới chỉ quy định việc chuyển nhượng hợp đồng mua bán, thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai)

(xiii) Luật Kinh doanh bất động sản thiếu các quy định về kinh doanh quyền sử dụng đất trong Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 còn chung chung, chưa có các quy định cụ thể về các trường hợp chuyển nhượng quyền sử dụng đất đã có hạ tầng kỹ thuật để xây dựng nhà ở, công trình thương mại, dịch vụ hoặc chuyển nhượng, cho thuê quyền sử dụng đất đã có hạ tầng kỹ thuật để xây dựng công trình xây dựng trong khu công nghiệp, cụm công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao,...

(xiv) Cơ chế bảo vệ quyền lợi khách hàng hoặc các bên có liên quan trong chuyển nhượng dự án chưa phù hợp. Trong hoạt động đầu tư kinh doanh bất động sản là dự án nhà ở thương mại hình thành trong tương lai, sau khi đủ điều kiện luật định, chủ đầu tư sẽ thực hiện hoạt động huy động vốn từ khách hàng, ngân hàng, các tổ chức tài chính để có nguồn tài chính thực hiện dự án, ngoài ra, chủ đầu tư còn thực hiện ký kết hợp đồng với các nhà thầu, nhà cung cấp vật tư xây dựng, các hợp đồng tư vấn thiết kế, hợp đồng bảo lãnh của ngân hàng thương mại. Do đó, trong quá trình này, chủ đầu tư dự án sẽ xác lập nhiều mối quan hệ hợp đồng song vụ với các bên, trong đó có thể nêu điển hình là khách hàng, ngân hàng và nhà thầu. Trường hợp chuyển nhượng dự án, Điều 48 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 quy định chủ đầu tư dự án BĐS phải đảm bảo khi thực hiện hoạt động chuyển nhượng dự án cho chủ đầu tư khác là phải bảo đảm quyền lợi của khách hàng và các bên có liên quan; tuy nhiên, việc thông báo và giải quyết các quyền lợi của khách hàng và các bên liên quan đến dự án được thực hiện sau khi có quyết định chấp thuận về việc chuyển nhượng dự án của cơ quan thẩm quyền và chỉ mang tính chất là một thủ tục hình thức trong hoạt động chuyển nhượng dự án mà không có cơ chế kiểm định hay giám sát. Do vậy, trên thực tế nhiều trường hợp quyền lợi của bên thứ ba bị ảnh hưởng, không được giải quyết khi dự án đã được chuyển nhượng xong.

2.1.3.2. Kiến nghị

(i) Sửa đổi Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 theo hướng: (i) làm rõ phạm vi điều chỉnh, áp dụng của luật; (ii) bổ sung điều khoản về nguyên tắc áp dụng pháp luật khi có sự mâu thuẫn, chồng chéo của luật kinh doanh bất động sản với các luật có liên quan đối với các nội dung, quy định về kinh doanh bất động sản; (ii) khắc phục các quy định mâu thuẫn chồng chéo của luật với luật khác có liên quan như Luật Đầu tư, Luật Nhà ở, Luật Đất đai, BLDS để đảm bảo tính phù hợp, đồng bộ của hệ thống pháp luật.

(ii) Bổ sung quy định về giải thích các từ ngữ như “Hợp đồng trong kinh doanh bất động sản”, “Chuyển nhượng toàn bộ dự án bất động sản”, “Chuyển nhượng một phần dự án bất động sản”, “Chuyển nhượng hợp đồng”.

(iii) Sửa đổi khoản 3 và khoản 4 Điều 3 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 theo hướng ghi nhận nhà, công trình xây dựng có sẵn thuộc nhóm tài sản hình thành trong tương lai.

(iv) Sửa đổi quy định tại Điều 17 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 về hình thức hợp đồng để đảm bảo thống nhất với quy định của Luật Nhà ở năm 2014.

(v) Sửa đổi quy định về yếu tố lỗi trong trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ để phù hợp với bối cảnh mới.

(vi) Bổ sung các quy định điều chỉnh về kinh doanh bất động sản có sẵn, trong đó có các quy định riêng về công trình xây dựng có sẵn; kinh doanh quyền sử dụng đất; chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án bất động sản

(vii) Bổ sung quy định chủ đầu tư dự án bất động sản thực hiện bán, cho thuê, cho thuê mua nhà ở, công trình xây dựng thông qua sàn giao dịch bất động sản.

(viii) Bổ sung quy định về kinh doanh bất động sản hình thành trong tương lai, cụ thể: sửa đổi, bổ sung quy định về bảo lãnh trong bán, cho thuê mua bất động sản hình thành trong tương lai; bổ sung quy định về bảo lãnh khi bán công trình xây dựng hình thành trong tương (đặc biệt là các công trình văn phòng lưu trú, căn hộ du lịch...); sửa đổi, bổ sung quy định về chuyển nhượng hợp đồng mua bán, cho thuê mua bất động sản; bổ sung quy định cho phép chuyển nhượng hợp đồng mua bán công trình xây dựng hình thành trong tương lai (đặc biệt là các công trình văn phòng lưu trú, căn hộ du lịch...); sửa đổi, bổ sung các quy định về hợp đồng, thanh toán, bàn giao, trách nhiệm các bên trong kinh doanh nhà ở, công trình xây dựng hình thành trong tương lai.

(ix) Bổ sung các quy định về chuyển nhượng toàn bộ dự án và chuyển nhượng một phần dự án theo hướng tách bạch quy định pháp luật điều chỉnh từng quan hệ (việc chuyển nhượng dự án bất động sản thống nhất thực hiện theo pháp luật kinh doanh bất động sản; chuyển nhượng dự án đầu tư khác (không phải là dự án bất động sản) và đăng ký, chấp thuận điều chỉnh dự án đầu tư sau khi chuyển nhượng dự án thực hiện theo pháp luật về đầu tư).

(x) Bổ sung quy định cụ thể hơn về trình tự, thủ tục thực hiện việc bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với các dự án bất động sản để thực hiện hiệu quả hơn quy định tại Điều 56 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014.

Đề nghị xây dựng Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi) đã được Bộ Tư pháp thẩm định (Báo cáo thẩm định số 223/BCTĐ-BTP ngày 17/11/2021); tại Chương trình hành động của Chính phủ ban hành kèm theo Nghị quyết số 99/NQ-CP ngày 31/8/2021 (tiểu mục 101, mục V, Phụ lục III), Chính phủ giao Bộ Xây dựng nghiên cứu, xây dựng Dự án Luật sửa đổi, bổ sung (hoặc thay thế) Luật Kinh doanh bất động sản trong năm 2022-2024.

2.1.4. Luật Xây dựng năm 2014 (sửa đổi, bổ sung năm 2020)

2.1.4.1. *Vướng mắc, bất cập*

(i) Về hoãn thực hiện hợp đồng: theo quy định tại khoản 1 Điều 354, Điều 411 BLDS 2015 hoãn thực hiện nghĩa vụ không đơn thuần thuộc phạm trù “trách nhiệm dân sự” với ý nghĩa là hậu quả pháp lý do vi phạm nghĩa vụ. Tuy nhiên, Luật Xây dựng không sử dụng thuật ngữ “hoãn thực hiện nghĩa vụ” mà sử dụng thuật ngữ “tạm dừng thực hiện hợp đồng xây dựng”. Theo đó, quy định về tạm dừng thực hiện hợp đồng xây dựng có tính chất là một loại chế tài và chỉ đặt ra trong trường hợp có vi phạm hợp đồng trong trường hợp: bên giao thầu có quyền tạm dừng thực hiện hợp đồng xây dựng khi bên nhận thầu không đáp ứng yêu cầu về chất lượng, an toàn lao động và tiến độ theo hợp đồng đã ký kết; bên nhận thầu có quyền tạm dừng thực hiện hợp đồng xây dựng khi bên giao thầu vi phạm các thỏa thuận về thanh toán (khoản 1 Điều 145).

(ii) Về yếu tố lỗi trong trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ: Điều 360 BLDS năm 2015 về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ quy định “Trường hợp có thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ gây ra thì bên có nghĩa vụ phải bồi thường toàn bộ thiệt hại, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật có quy định khác”. Theo quy định này, căn cứ phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại theo nguyên tắc suy đoán lỗi. Bên có yêu cầu chỉ cần chứng minh có thiệt hại thực tế và thiệt hại là do hành vi của người vi phạm gây ra. Tuy nhiên, điểm a khoản 3, khoản 4 Điều 146 Luật Xây dựng quy định bên nhận thầu phải bồi thường thiệt hại cho bên giao thầu trong trường hợp “*Chất lượng công việc không bảo đảm với thỏa thuận trong hợp đồng hoặc kéo dài thời hạn hoàn thành do lỗi của bên nhận thầu gây ra*”. Trong bối cảnh quy định về căn cứ phát sinh trách nhiệm BTTH tại BLDS đã có điểm khác so với trước đây (áp dụng nguyên tắc suy đoán lỗi, người bị thiệt hại không có trách nhiệm chứng minh lỗi của bên gây ra thiệt hại nữa), do đó, quy định của Luật Xây dựng cũng cần được nghiên cứu, hoàn thiện để đảm bảo sự thống nhất.

2.1.4.2. *Kiến nghị*

Đề nghị nghiên cứu sửa đổi quy định về hoãn thực hiện hợp đồng, yếu tố lỗi trong trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ để đảm bảo phù hợp với thực tiễn, bối cảnh mới; nghiên cứu, đánh giá về sự cần thiết duy trì quy định có tính khác biệt giữa Luật xây dựng và BLDS.

Tại Chương trình hành động của Chính phủ ban hành kèm theo Nghị quyết số 99/NQ-CP ngày 31/8/2021 (tiểu mục 103, mục V, Phụ lục III), Chính phủ giao Bộ Xây dựng nghiên cứu, xây dựng Dự án Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Xây dựng (hoặc Luật Xây dựng) trong năm 2025-2026.

2.1.5. Luật Công chứng năm 2014⁸³

2.1.5.1. *Vướng mắc, bất cập*

(i) Khoản 1 Điều 5 Luật Công chứng năm 2014 quy định “*Văn bản công chứng có hiệu lực kể từ ngày được công chứng viên ký và đóng dấu của tổ chức hành nghề công chứng*”. Quy định này của Luật Công chứng năm 2014 chưa ghi nhận thỏa thuận của các bên về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng và dẫn đến thời điểm có hiệu lực của hợp đồng được công chứng theo yêu cầu (những hợp đồng pháp luật không bắt buộc phải công chứng) có hiệu lực muộn hơn so với việc hợp đồng đó không được công chứng theo quy định tại Điều 401 BLDS năm 2015⁸⁴.

(ii) Luật Công chứng năm 2014 mới có quy định về thủ tục công chứng hợp đồng ủy quyền mà chưa có quy định về công chứng hay không công chứng đối với cam kết đơn phương có nội dung ủy quyền cho người khác, trong khi theo quy định tại Điều 116 BLDS năm 2015 thì hành vi pháp lý đơn phương cũng là giao dịch dân sự.

(iii) Luật Công chứng năm 2014 chưa có những quy định cụ thể về công chứng hợp đồng có đối tượng là tài sản hình thành trong tương lai, đặc biệt là các hợp đồng liên quan đến nhà ở hình thành trong tương lai (như hợp đồng bán, cho thuê mua nhà ở xã hội hình thành trong tương lai (khoản 2 Điều 118 Luật Nhà ở năm 2014); mua bán, thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai (điểm a khoản 2 Điều 118 Luật Nhà ở năm 2014)) dẫn đến trên thực tế việc áp dụng pháp luật còn có những khó khăn hoặc không thực hiện được việc công chứng.

(iv) Luật Công chứng năm 2014 chưa có quy định về phương thức công chứng điện tử; công chứng hợp đồng điện tử.

2.1.5.2. *Kiến nghị*

(i) Bổ sung quy định cụ thể về công chứng hợp đồng thế chấp tài sản hình thành trong tương lai.

(ii) Nghiên cứu hoàn thiện Luật công chứng năm 2014 theo hướng không quy định các vấn đề về nội dung hợp đồng như thời điểm có hiệu lực của hợp

⁸³ Báo cáo số 289/BC-NHNN ngày 03/9/2020 của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam; Công văn số 337/CDKQGDGBĐ-QLNV ngày 08/10/2021 của Cục Đăng ký quốc gia giao dịch bảo đảm về việc góp ý dự thảo Báo cáo tổng thể thực trạng pháp luật hợp đồng, pháp luật giải quyết tranh chấp hợp đồng.

⁸⁴ “Điều 401. Hiệu lực của hợp đồng

1. *Hợp đồng được giao kết hợp pháp có hiệu lực từ thời điểm giao kết, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật liên quan có quy định khác*”.

đồng hoặc sửa đổi quy định tại khoản 1 Điều 5 theo hướng quy định này áp dụng đối với các hợp đồng mà pháp luật bắt buộc công chứng, đối với các hợp đồng được công chứng theo yêu cầu thì thời điểm có hiệu lực của hợp đồng được xác định theo quy định của BLDS, luật khác có liên quan.

(iii) Nghiên cứu bổ sung việc công chứng cam kết đơn phương có nội dung ủy quyền cho người khác.

(iv) Nghiên cứu bổ sung quy định về phương thức công chứng điện tử.

Tại Chương trình hành động của Chính phủ ban hành kèm theo Nghị quyết số 99/NQ-CP ngày 31/8/2021 (tiểu mục 38, mục II, Phụ lục III), Chính phủ giao Bộ Tư pháp nghiên cứu, xây dựng Dự án Luật sửa đổi, bổ sung Luật Công chứng trong năm 2023-2024.

2.1.6. Luật Giao dịch điện tử (GDĐT) năm 2005⁸⁵

2.1.6.1. *Vướng mắc bất cập*

a) Quy định đảm bảo giá trị pháp lý của giao dịch điện tử:

Luật GDĐT năm 2005 chưa quy định rõ ràng về thông điệp dữ liệu an toàn và chữ ký điện tử an toàn, dẫn đến sự thiếu tin tưởng của các bên khi tham gia GDĐT. Bên cạnh đó, Luật còn thiếu quy định về định danh, xác thực điện tử, dịch vụ tin cậy, nhà cung cấp dịch vụ tin cậy dẫn tới hạn chế trong xác định trách nhiệm pháp lý của các bên liên quan trong GDĐT. Cụ thể:

b) Về thông điệp dữ liệu

(i) Luật GDĐT thiếu quy định về thông điệp dữ liệu an toàn, theo đó, Điều 11 Luật GDĐT quy định về giá trị pháp lý của thông điệp dữ liệu nhưng Luật chưa quy định thông điệp dữ liệu an toàn, áp dụng trong các trường hợp cần bảo đảm an toàn⁸⁶.

(ii) Khoản 2 Điều 17, khoản 2 Điều 19⁸⁷ Luật GDĐT quy định về địa điểm gửi, nhận thông điệp dữ liệu là “trụ sở” hoặc “nơi cư trú” của người khởi tạo thông điệp dữ liệu không đúng với tính chất của GDĐT bởi khi kết nối với Internet, người dùng có thể gửi, nhận thông điệp dữ liệu ở bất cứ nơi nào.

⁸⁵ Báo cáo số 289/BC-NHNN ngày 03/9/2020 của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam; Hồ sơ đề nghị xây dựng dự án Luật GDĐT (sửa đổi).

⁸⁶ Về vấn đề này, Luật GDĐT 2010 của Singapore quy định: “Thông điệp dữ liệu an toàn được xác định là an toàn nếu được áp dụng một quy trình chỉ định hoặc thủ tục an toàn hợp lý, áp dụng đúng cách xác minh để đảm bảo rằng thông điệp dữ liệu không bị thay đổi so với một mốc thời điểm cụ thể”.

⁸⁷ Khoản 2 Điều 17 Luật GDĐT quy định: “2. Đặc điểm gửi thông điệp dữ liệu là trụ sở của người khởi tạo nếu người khởi tạo là cơ quan, tổ chức hoặc nơi cư trú của người khởi tạo nếu người khởi tạo là cá nhân. Trường hợp người khởi tạo có nhiều trụ sở thì địa điểm gửi thông điệp dữ liệu là trụ sở có mối liên hệ mật thiết nhất với giao dịch.”; Khoản 2 Điều 19 quy định: “2. Địa điểm nhận thông điệp dữ liệu là trụ sở của người nhận nếu người nhận là cơ quan, tổ chức hoặc nơi cư trú thường xuyên của người nhận nếu người nhận là cá nhân. Trường hợp người nhận có nhiều trụ sở thì địa điểm nhận thông điệp dữ liệu là trụ sở có mối liên hệ mật thiết với giao dịch.”

(iii) Luật GDĐT chưa quy định về gán dấu thời gian đối với thông điệp dữ liệu. Để xác định chính xác thời điểm gửi, nhận thông điệp dữ liệu và có căn cứ giải quyết tranh chấp.

(iv) Luật GDĐT chưa quy định về chuyển đổi tài liệu điện tử sang tài liệu giấy và ngược lại⁸⁸ dẫn đến không triển khai được việc chuyển đổi tài liệu điện tử sang tài liệu giấy và ngược lại.

c) Quy định về chữ ký điện tử và chứng thực chữ ký điện tử

(i) Điều 20, 21 Luật Giao dịch điện tử năm 2005 quy định 02 mức độ “chữ ký điện tử” và “chữ ký điện tử bảo đảm an toàn”, tuy nhiên chưa có quy định cụ thể về trường hợp sử dụng các mức độ chữ ký điện tử khác nhau. Điều 22 Luật GDĐT quy định về điều kiện để đảm bảo an toàn cho chữ ký điện tử, tuy nhiên chưa rõ ràng về yêu cầu đối với tính toàn vẹn, xác thực gây khó khăn trong triển khai⁸⁹.

(ii) Khoản 1 Điều 24 Luật Giao dịch điện tử năm 2005 quy định “1. Trong trường hợp pháp luật quy định văn bản cần có chữ ký thì yêu cầu đó đối với một thông điệp dữ liệu được xem là đáp ứng nếu chữ ký điện tử được sử dụng để ký thông điệp dữ liệu đó đáp ứng các điều kiện sau đây: a) Phương pháp tạo chữ ký điện tử cho phép xác minh được người ký và chứng tỏ được sự chấp thuận của người ký đối với nội dung thông điệp dữ liệu; b) Phương pháp đó là đủ tin cậy và phù hợp với mục đích mà theo đó thông điệp dữ liệu được tạo ra và gửi đi”. Quy định tại điểm a khoản 1 Điều 24 chỉ phù hợp với chữ ký số và quy định tại điểm b khoản 1 Điều 24 là chưa cụ thể để xác định “phương pháp đủ tin cậy và phù hợp với mục đích mà theo đó thông điệp dữ liệu được tạo ra và gửi đi”.

(iii) Luật GDĐT chưa quy định và công nhận giá trị pháp lý của chữ ký điện tử theo cấp độ⁹⁰.

d) Quy định về định danh và xác thực điện tử

Luật Giao dịch điện tử năm 2005, các văn bản hướng dẫn chưa có quy định cụ thể về cách thức để xác thực danh tính điện tử đối với cá nhân, tổ chức tham gia các giao dịch trên môi trường điện tử.

đ) Về giao kết và thực hiện hợp đồng điện tử

⁸⁸ Trong khi đó pháp luật trong một số lĩnh vực như tài chính, bảo hiểm đã quy định việc chuyển đổi chứng từ điện tử sang chứng từ giấy và ngược lại (Nghị định 165/2018/NĐ-CP, Nghị định 166/2016/NĐ-CP)

⁸⁹ Về vấn đề này, Luật GDĐT 2010 của Singapore quy định “chữ ký điện tử an toàn nếu được áp dụng một quy trình bảo mật được chỉ định trước hoặc một thủ tục bảo mật thương mại phù hợp do hai bên liên quan thống nhất, có thể xác minh thời điểm tạo và chữ ký điện tử là: (1) duy nhất đối với người sử dụng; (2) có khả năng xác định người đó; (3) được tạo ra theo cách thức hoặc sử dụng dưới sự kiểm soát của người sử dụng và (4) được liên kết với hồ sơ điện tử liên quan theo cách khi bản ghi bị thay đổi thì chữ ký điện tử bị vô hiệu. Chữ ký như vậy được coi là chữ ký điện tử an toàn.”

⁹⁰ Về vấn đề này, Quy định về định danh điện tử và dịch vụ tin cậy cho GDĐT trong thị trường nội khối (eIDAs) của Liên minh châu Âu xác định có 3 cấp độ chữ ký điện tử là: đơn giản, cao cấp và bảo đảm.

(i) Giao dịch điện tử, gồm cả hợp đồng điện tử là sự kết hợp của 3 thành tố là thông điệp dữ liệu cấu thành nên nội dung hợp đồng, định danh các bên tham gia hợp đồng và xác thực điện tử. Tuy nhiên, khoản 4, khoản 5 Điều 6, Điều 33 Luật Giao dịch điện tử năm 2005 quy định “*Giao dịch điện tử là giao dịch được thực hiện bằng phương tiện điện tử*”, “*Giao dịch điện tử tự động là giao dịch điện tử được thực hiện tự động từng phần hoặc toàn bộ thông qua hệ thống thông tin đã được thiết lập sẵn*”, “*hợp đồng điện tử là hợp đồng được thiết lập dưới dạng thông điệp dữ liệu theo quy định của Luật này*” cho thấy chưa phản ánh đầy đủ 3 thành tố trên (chưa có định danh điện tử).

(ii) Luật Giao dịch điện tử năm 2005 không quy định cụ thể các vấn đề pháp lý liên quan đến các bước giao kết và ký kết hợp đồng điện tử mà chỉ quy định những vấn đề liên quan đến kỹ thuật của việc trao đổi trong giao kết và thực hiện hợp đồng điện tử.

(iii) Luật GDĐT chưa quy định giá trị pháp lý của một đề nghị giao kết hợp đồng dưới hình thức điện tử, tạo khoảng trống pháp lý đối với đề nghị giao kết hợp đồng điện tử.

(iv) Luật GDĐT chưa có quy định liên quan đến điều kiện có hiệu lực của hợp đồng điện tử: Luật GDĐT không đề cập đến điều kiện có hiệu lực của hợp đồng điện tử; hoặc dẫn chiếu, kết nối với các quy định trong thực hiện hợp đồng điện tử với hệ thống pháp luật về hợp đồng và giao kết hợp đồng nói chung. Luật GDĐT chưa có quy định về giao dịch vô hiệu. Các văn bản hướng dẫn thi hành Luật cũng không có quy định cụ thể về điều kiện bị coi là giao dịch vô hiệu và hậu quả pháp lý của hợp đồng điện tử/giao dịch vô hiệu.

(v) Luật Giao dịch điện tử năm 2005, Luật Công chứng năm 2014 và các văn bản hiện hành mới chỉ quy định về chứng thực chữ ký điện tử mà chưa có các quy định về việc công chứng hợp đồng điện tử.

e) Về tổ chức trung gian cung cấp dịch vụ liên quan đến giao dịch điện tử

Luật Giao dịch điện tử năm 2005 có đề cập đến “người trung gian” trong giao dịch điện tử nhưng không có quy định cụ thể về quyền và nghĩa vụ của “người trung gian” đối với giao dịch điện tử và đối với các bên trực tiếp tham gia giao dịch điện tử, đặc biệt là các nghĩa vụ liên quan đến bảo mật thông tin.

2.1.6.2. Kiến nghị

(i) Bổ sung quy định bảo đảm giá trị pháp lý của GDĐT, cụ thể:

Quy định rõ ràng, phân biệt các khái niệm thông điệp dữ liệu, thông điệp dữ liệu an toàn, chữ ký điện tử, chữ ký điện tử an toàn. Đồng thời, Luật GDĐT (sửa đổi) cần quy định rõ các điều kiện, tiêu chuẩn để chữ ký điện tử được xác định là chữ ký điện tử an toàn và thông điệp dữ liệu được xác định là thông điệp dữ liệu an toàn. Quy định cụ thể, rõ ràng hơn trong Luật GDĐT sửa đổi các cấp

độ chữ ký điện tử, giá trị pháp lý theo từng cấp độ và các trường hợp sử dụng để chữ ký điện tử có tính ứng dụng cao, phù hợp với nhu cầu đa dạng của các GDDT;

Sửa đổi, bổ sung các quy định về thông điệp dữ liệu hiện còn chưa rõ ràng, hạn chế, chưa phù hợp với thực tiễn: địa điểm gửi và nhận, gán dấu thời gian đối với thông điệp dữ liệu, việc chuyển đổi chứng từ điện tử sang dạng giấy và ngược lại, bản gốc, bản sao, bản chính và giá trị pháp lý của chứng từ sau khi chuyển đổi, v.v.

Quy định về giá trị pháp lý của chữ ký điện tử/chữ ký điện tử an toàn, và quy định các trường hợp sử dụng tương ứng với các cấp độ chữ ký điện tử (cơ bản, an toàn, bảo đảm).

Bổ sung quy định về định danh và xác thực điện tử nhằm tạo cơ sở pháp lý cho việc quản lý, cung cấp và sử dụng dịch vụ định danh và xác thực điện tử. Nghiên cứu việc áp dụng, công nhận giá trị pháp lý khi triển khai công nghệ mới như QR code, blockchain để xác thực và định danh.

(ii) Quy định về giao kết và thực hiện hợp đồng điện tử

Nghiên cứu quy định hình thức của giao dịch, làm rõ giá trị pháp lý của hợp đồng điện tử, các quy định mang tính chất đặc thù trong hoạt động giao kết khi tiến hành đối với hình thức điện tử và bổ sung quy định giao Chính phủ hướng dẫn cụ thể đối với một số lĩnh vực chuyên ngành.

(iii) Sửa đổi khoản 1 Điều 24 Luật Giao dịch điện tử năm 2005 theo hướng xác định phương pháp ký chữ ký điện tử cho phép định danh được người ký và chứng tỏ được sự chấp thuận của người ký đối với nội dung thông điệp dữ liệu, đồng thời, bổ sung quy định hướng dẫn phương pháp tạo lập đủ tin cậy đối với chữ ký điện tử theo hướng quy định cụ thể các điều kiện chứng thực chữ ký điện tử.

(iv) Nghiên cứu, bổ sung các quy định về xác thực danh tính điện tử đối với cá nhân, tổ chức tham gia giao kết hợp đồng điện tử để đảm bảo sự an toàn, quyền lợi của các bên tham gia giao dịch.

(v) Nghiên cứu, bổ sung quy định đối với việc giao kết hợp đồng khi sử dụng các công nghệ khác như xác thực OTP hay sinh trắc học... Điều này nhằm mục đích phù hợp với xu hướng ứng dụng công nghệ thông tin trong cung ứng, phát triển sản phẩm, dịch vụ, tạo điều kiện cho ngân hàng thực hiện chuyển đổi số.

(vi) Nghiên cứu, bổ sung các quy định về xác thực định danh điện tử theo hướng: áp dụng 03 mức độ đảm bảo đối với định danh điện tử gồm: cơ bản, tiên tiến, cao. Ba mức độ đảm bảo này được xây dựng dựa trên tiêu chuẩn ISO/IEC 2915 và mức độ tin cậy (confidence level) được dựa trên hai yếu tố là: (i) đảm

bảo danh tính (Identity assurance) tại thời điểm đăng ký và (ii) đảm bảo phê duyệt (Authentication assurance) - độ mạnh của các phương thức sử dụng trong thời điểm phê duyệt để đảm bảo sự an toàn, quyền lợi của các bên tham gia giao dịch.

(vii) Bổ sung các quy định về nghĩa vụ của “người trung gian” trong giao dịch điện tử liên quan đến nghĩa vụ bảo mật thông tin.

Đề nghị xây dựng Luật Giao dịch điện tử (sửa đổi) đã được Bộ Tư pháp thẩm định (Báo cáo thẩm định số 105/BCTĐ-BTP ngày 25/8/2021); tại Chương trình hành động của Chính phủ ban hành kèm theo Nghị quyết số 99/NQ-CP ngày 31/8/2021 (tiểu mục 29, mục II, Phụ lục III), Chính phủ giao Bộ Thông tin truyền thông nghiên cứu, xây dựng Dự án Luật Giao dịch điện tử và Kinh tế số (sửa đổi, bổ sung Luật Giao dịch điện tử 2005) trong năm 2022.

2.1.7. Luật Dầu khí năm 1993 (sửa đổi, bổ sung năm 2000, 2008)⁹¹

2.1.7.1. *Vướng mắc, bất cập*

a) Bất cập chung

(i) Thời hạn hợp đồng, gia hạn của hợp đồng dầu khí chưa linh hoạt để khuyến khích, ưu tiên cho nhà thầu dầu khí hiện hữu đầu tư lâu dài hơn (hợp đồng có thời hạn dài hơn hoặc theo đời mỏ). Cho phép giữ lại phát hiện nhỏ chưa có điều kiện phát triển ở hiện tại, nhưng có tiềm năng ở những kế hoạch khác (hợp tác phát triển chung, công nghệ mới...).

(ii) Diện tích hợp đồng chưa được cập nhật để phản ánh tình huống phát sinh thực tế là hệ thống thiết bị của các dự án khí có thể phải được xây dựng ở ngoài diện tích hợp đồng đã được xác định ban đầu.

(iii) Các quy định về cam kết thực hiện hợp đồng đã được đề cập nhưng cần linh hoạt hơn. Xem xét cam kết công việc của một diện tích hợp đồng sang thực hiện ở một diện tích hợp đồng khác trong trường hợp hai hợp đồng có cùng một tổ hợp nhà thầu và cùng một người điều hành nhằm tối ưu hóa hiệu quả đầu tư. Chưa có quy định về việc Nhà thầu phải có trách nhiệm nghiên cứu, thực hiện gia tăng hệ số thu hồi dầu trong quá trình thực hiện khai thác phát triển mỏ (đồng thời với cơ chế khuyến khích cụ thể).

(iv) Chưa có các quy định cụ thể về nghĩa vụ tài chính về chuyển nhượng quyền lợi tham gia (trực tiếp, gián tiếp) trong hợp đồng dầu khí.

(v) Chưa có quy định cụ thể cho việc tiếp nhận tài sản sau khi nhà thầu kết thúc hợp đồng dầu khí chuyển giao cho nước chủ nhà.

⁹¹ Xem chi tiết tại: Công văn số 1534/BCT-PC ngày 19/3/2021 của Bộ Công Thương.

(vi) Chưa có quy định việc trích lập quỹ thu dọn công trình dầu khí (việc quy định trích lập quỹ ở Văn bản hướng dẫn Luật).

(vii) Điều khoản ổn định pháp luật trong Luật Dầu khí và trong Hợp đồng mẫu Hợp đồng Chia sản phẩm dầu khí ban hành kèm theo Nghị định số 33/2013/NĐ-CP chỉ tập trung vào quyền lợi và nghĩa vụ thuế trong khi quy định về bảo đảm đầu tư trong Luật Đầu tư có phạm vi rộng hơn.

(viii) Các quy định về luật áp dụng và giải quyết tranh chấp trong các Hợp đồng dầu khí cần được cập nhật phù hợp với pháp luật hiện hành, Điều ước quốc tế đã ký kết mà Việt Nam là thành viên và thông lệ dầu khí thế giới.

b) Vương mắc, bất cập tại các quy định cụ thể:

(i) Điều 15 Luật Dầu khí quy định hợp đồng dầu khí được ký kết dưới các hình thức PSC, hợp đồng liên doanh hoặc các hình thức khác. Hợp đồng dầu khí phải tuân thủ Hợp đồng mẫu do Chính phủ Việt Nam ban hành. Tuy nhiên, hiện nay Chính phủ mới chỉ ban hành hợp đồng mẫu của hình thức PSC tại Nghị định số 33/2013/NĐ-CP. Các hình thức hợp đồng khác của hợp đồng dầu khí chưa có quy định cụ thể về hợp đồng mẫu.

(ii) Điều 22 Luật Dầu khí chỉ quy định về thẩm quyền Thủ tướng Chính phủ phê duyệt hợp đồng dầu khí và hợp đồng có hiệu lực theo Giấy chứng nhận đầu tư. Luật Dầu khí chưa có quy định cụ thể về việc thẩm định, ký kết, chuyển nhượng, chấm dứt hợp đồng dầu khí và cấp Giấy chứng nhận đầu tư cùng các vấn đề liên quan đến hợp đồng dầu khí. Các vấn đề này hiện nay lại được điều chỉnh tại Nghị định số 95/2015/NĐ-CP trong khi Luật Dầu khí không giao thẩm quyền cho Chính phủ quy định hướng dẫn các nội dung này.

(iii) Quy định về diện tích hợp đồng hiện tại trong các văn bản pháp lý chưa có quy định cho trường hợp thực tế phát sinh khi hệ thống thiết kế khai thác của dự án khí có thể phải được xây dựng ở ngoài diện tích hợp đồng đã được xác định ban đầu (áp dụng cho tuyến ống, hệ thống làm sạch khí...). Quy định về diện tích hợp đồng chưa được cập nhật để phản ánh tình huống phát sinh thực tế là hệ thống thiết bị của một dự án khí có thể phải được xây dựng ở ngoài diện tích hợp đồng đã được xác định ban đầu (gồm tuyến ống dẫn sản phẩm từ mỏ về bờ, nhà máy chế biến khí ở trên bờ, đường ống dẫn khí thương phẩm tới các hộ tiêu thụ (như trường hợp dự án Cá Voi Xanh). Do vậy cần có quy định về nguyên tắc cho các trường hợp phát sinh như trên. Cần có văn bản pháp luật quy định cụ thể về phần diện tích nằm ngoài hợp đồng này (mở rộng diện tích hợp đồng nếu chưa có hợp đồng hoặc quy định về cùng tìm kiếm thăm dò khai thác dầu khí (nếu đã có hợp đồng với nhà thầu khác).

(iv) Luật Dầu khí và các văn bản dưới luật chưa có quy định cụ thể điều chỉnh trường hợp chuyển nhượng quyền lợi tham gia gián tiếp (thông qua chuyển nhượng cổ phần của công ty nắm giữ quyền lợi tham gia trong Hợp

đồng dầu khí hoặc sáp nhập hoặc chuyển nhượng cổ phần của Công ty mẹ của nhà thầu tham gia trong Hợp đồng dầu khí), trừ quy định tại Hợp đồng dầu khí mẫu được ban hành theo Nghị định 33/2013/NĐ-CP, nhưng chỉ dừng lại ở việc xác định nghĩa vụ.

(v) Quy định của các văn bản pháp luật mới được ban hành trong một số trường hợp chưa phù hợp với quy định của các hợp đồng dầu khí đã được ký kết trước đó hoặc không thống nhất, đặc biệt là các quy định có ảnh hưởng đến lợi ích kinh tế của nhà đầu tư (quỹ thu dọn mỏ, tiền thuê mặt nước, thuế chuyển nhượng gián tiếp, mở tài khoản vốn đầu tư trực tiếp trong nước, việc các nhà thầu bán chung các sản phẩm của hoạt động dầu khí là đối tượng miễn trừ của luật cạnh tranh...) nên khó khăn trong việc hướng dẫn nhà thầu thực hiện nghĩa vụ tại thời điểm phát sinh, tiềm ẩn các khả năng phát sinh tranh chấp. Do đó, quy định rõ nguyên tắc ổn định pháp luật và nguyên tắc không hồi tố nhằm tránh các tranh cãi có thể xảy ra trong quá trình triển khai hoạt động dầu khí theo quy định của các hợp đồng dầu khí.

(vi) Thời hạn hợp đồng, gia hạn của hợp đồng dầu khí chưa linh hoạt để khuyến khích, ưu tiên cho nhà thầu dầu khí hiện hữu đầu tư lâu dài hơn (hợp đồng có thời hạn dài hơn hoặc theo đời mỏ). *Thời gian khai thác dầu (25 năm) và thời gian khai thác khí (30 năm) khác nhau của Hợp đồng dầu khí trong Lô vừa có mỏ dầu và mỏ khí.* Cho phép giữ lại phát hiện nhỏ chưa có điều kiện phát triển ở hiện tại, nhưng có tiềm năng ở những kế hoạch khác (hợp tác phát triển chung, công nghệ mới...).

2.1.7.2. Kiến nghị

(i) Đề nghị cân nhắc sửa đổi Điều 15 Luật Dầu khí theo hướng bổ sung quy định cụ thể về loại hợp đồng dầu khí nào phải tuân theo hợp đồng mẫu do Chính phủ ban hành.

(ii) Sửa đổi Điều 22 Luật Dầu khí theo hướng bổ sung thêm quy định giao thẩm quyền cho Chính phủ quy định chi tiết các nội dung trên.

(iii) Bổ sung tại Luật Dầu khí quy định điều chỉnh về trường hợp phát sinh thực tế phải xây dựng công trình ngoài diện tích hợp đồng dầu khí ban đầu. Quy định này phải cụ thể về phần diện tích nằm ngoài hợp đồng này (mở rộng diện tích hợp đồng nếu chưa có hợp đồng hoặc quy định về cùng tìm kiếm thăm dò khai thác dầu khí (nếu đã có hợp đồng với nhà thầu khác).

(iv) Bổ sung tại Luật Dầu khí quy định về chuyển cam kết công việc của một diện tích hợp đồng sang thực hiện ở một diện tích hợp đồng khác trong trường hợp hai hợp đồng có cùng một tổ hợp nhà thầu và cùng một người điều hành, vì mục đích thực hiện đầu tư một cách hiệu quả. Việc chuyển cam kết này

thuộc thẩm quyền phê duyệt của Thủ tướng Chính phủ. Bổ sung các quy định có liên quan đến vấn đề chuyển nhượng quyền lợi tham gia trong hợp đồng (trực tiếp và gián tiếp) trong hợp đồng và hoàn thiện các văn bản về thuế chuyển nhượng vốn trong mỗi trường hợp để nhà đầu tư biết và tuân thủ ngay từ khi đàm phán hợp đồng chuyển nhượng

(v) Xem xét, bổ sung tại Luật Dầu khí quy định thống nhất thời hạn hợp đồng đối với khai thác dầu và khai thác khí và gia hạn Hợp đồng dầu khí theo hướng linh hoạt hơn, ưu tiên cho nhà thầu hiện hữu.

(vi) Do quá trình thực tế phát sinh nhiều vấn đề bất cập khi thay đổi về pháp luật, cần thiết phải bổ sung tại Luật Dầu khí quy định rõ nguyên tắc ổn định pháp luật và nguyên tắc không hồi tố nhằm tránh các tranh cãi có thể xảy ra trong quá trình triển khai hoạt động dầu khí theo quy định của các hợp đồng dầu khí.

Dự án Luật Dầu khí (sửa đổi) đã được Bộ Tư pháp thẩm định vào tháng 12/2021. Tại Chương trình hành động của Chính phủ ban hành kèm theo Nghị quyết số 99/NQ-CP ngày 31/8/2021 (tiểu mục 40, mục II, Phụ lục III), Chính phủ giao Bộ Công Thương nghiên cứu, xây dựng Dự án Luật Dầu khí (sửa đổi) trong năm 2022.

2.1.8. Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010⁹²

2.1.8. *Vướng mắc, bất cập*

(i) Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010 chưa được xác định vị trí trong hệ thống pháp luật, chưa được làm rõ về mối quan hệ với các Luật chuyên ngành.

(ii) Các quy định của Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010 phù hợp với giao dịch, kinh doanh - tiêu dùng có tính “truyền thống” mà chưa tính đến một số phương thức mới, hiện đại, đặc biệt là sự phát triển của thương mại điện tử và cách mạng khoa học công nghệ 4.0.

(iii) Quy định về các trường hợp điều khoản của hợp đồng giao kết với người tiêu dùng, điều kiện giao dịch chung bị coi là không có hiệu lực tại Điều 16 Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010 còn thiếu linh hoạt, chưa tính toán đến hoàn cảnh, lĩnh vực kinh doanh đặc thù của từng loại thị trường; thiếu quy định chung mang tính khái quát để định hình chuẩn mực kiểm soát tính bất công bằng của các điều khoản mẫu; danh mục các điều khoản không có hiệu lực tại chưa bao quát tất cả các dạng thức mới của các điều khoản bất công trên thị trường. Do đó, trong trường hợp xuất hiện các điều khoản mới bất công thái quá cho người tiêu dùng, nhưng lại nằm ngoài danh mục liệt kê tại Điều 16

⁹² Xem chi tiết tại: Công văn số 1534/BCT-PC ngày 19/3/2021 của Bộ Công Thương; Hồ sơ đề nghị xây dựng dự án Luật Bảo vệ người tiêu dùng.

Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010, cơ quan nhà nước không có cơ sở pháp lý để kiểm soát điều khoản đó. Việc thiếu vắng một điều khoản quy định chung đồng nghĩa với việc thiếu vắng một công cụ quan trọng để thiết lập một chuẩn mực về tính công bằng trong pháp luật hợp đồng Việt Nam, cũng như đảm bảo tính linh hoạt của cơ chế kiểm soát trước sự thay đổi nhanh chóng của đời sống kinh tế - xã hội.

(iv) Cơ chế kiểm soát hợp đồng giao kết với người tiêu dùng, điều kiện giao dịch chung chưa được quy định đầy đủ, cụ thể (ví dụ: quy định về phân cấp thẩm quyền kiểm soát giữa cấp Trung ương và địa phương; tiêu chí xác định “hàng hóa, dịch vụ thiết yếu”; phạm vi kiểm soát hợp đồng giao kết với người tiêu dùng, điều kiện giao dịch chung; trách nhiệm của doanh nghiệp sau khi được cơ quan nhà nước chấp nhận đăng ký/ đăng ký lại; bảo vệ người tiêu dùng trong các giao dịch đặc thù...).

(v) Các quy định liên quan đến cung cấp bằng chứng giao dịch, bảo hành, thu hồi hàng hóa khuyết tật được thiết kế lỏng lẻo và sơ sài khiến các chủ thể liên quan gặp khó trong việc thực hiện; ví dụ: quy định các tổ chức, cá nhân kinh doanh chỉ phải báo cáo kết quả sau khi thực hiện xong việc thu hồi sản phẩm khuyết tật khiến việc giám sát quá trình này gặp khó khăn.

(vi) Quy định về trách nhiệm của doanh nghiệp sau khi được cơ quan nhà nước chấp nhận đăng ký/ đăng ký lại: Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010 còn thiếu các quy định liên quan đến: nghĩa vụ báo cáo định kỳ của doanh nghiệp về việc áp dụng các mẫu đã được chấp nhận trên thực tế để tạo điều kiện cho cơ quan tiếp nhận đăng ký phải thường xuyên kiểm tra, theo dõi việc lưu hành các hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung đã đăng ký; trách nhiệm của doanh nghiệp như thế nào trong việc ký kết lại hợp đồng với khách hàng theo bản đăng ký lại.

(vii) Quy định về thủ tục đăng ký hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung:

Thứ nhất, quy định về giá trị pháp lý của kết quả chấp nhận hồ sơ đăng ký của cơ quan bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng (ví dụ: có được các cơ quan có thẩm quyền giải quyết tranh chấp như Tòa án) căn cứ vào kết quả chấp nhận hồ sơ đăng ký mà công nhận tính phù hợp của hồ sơ đăng ký với quy định của Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng và các văn bản hướng dẫn thi hành trong quá trình xét xử các tranh chấp liên quan hay không? văn bản chấp nhận hồ sơ đăng ký có phải là thành phần bắt buộc khi doanh nghiệp nộp hồ sơ thực hiện các thủ tục hành chính có liên quan khác để đưa hàng hóa, dịch vụ thuộc danh mục thiết yếu phải đăng ký vào kinh doanh hay không? (ví dụ trong hồ sơ nộp cho Sở Xây dựng về việc doanh nghiệp đủ điều kiện bán nhà ở hình thành trong tương lai

cần có văn bản chấp nhận hợp đồng mua bán căn hộ chung cư hình thành trong tương lai);

Thứ hai, quyền hạn của cơ quan chấp nhận hồ sơ đăng ký trong việc sửa đổi kết quả chấp nhận (ví dụ: yêu cầu doanh nghiệp sửa đổi, hủy bỏ một số các điều khoản vi phạm phát sinh từ hồ sơ đã được chấp nhận) chưa rõ.

(viii) Quy định về một số hợp đồng đặc thù giao kết với người tiêu dùng:

Thứ nhất, pháp luật bảo vệ người tiêu dùng hiện hành thiếu một số quy định bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trong các giao kết hợp đồng đặc thù, trong đó có hợp đồng giao kết từ xa qua phương tiện điện tử, như: quy định phạm vi quyền, trách nhiệm của từng chủ thể của hợp đồng, nhất là đối với các hợp đồng giao kết có sự tham gia của nhiều hơn hai chủ thể (bên bán hàng, sàn thương mại điện tử, bên vận chuyển, người tiêu dùng,...); bảo vệ người tiêu dùng đối với các giao kết hợp đồng xuyên biên giới (ví dụ: lĩnh vực truyền hình trả tiền, giao dịch trên các sàn/ứng dụng thương mại điện tử mà chủ thể không có hiện diện thương mại tại Việt Nam.)

Thứ hai, trong những năm gần đây, bên cạnh những mô hình kinh doanh truyền thống như cung cấp dịch vụ liên tục, giao dịch từ xa, giao dịch tận cửa, thị trường Việt Nam ghi nhận sự bùng nổ và phát triển mạnh mẽ của nhiều mô hình kinh doanh mới, như mô hình kinh tế chia sẻ; mô hình cho vay ngang hàng và sự phát triển của các hình thức kinh doanh trực tuyến, dẫn đến có nhiều sự thay đổi trong quá trình giao dịch và tạo ra một số vấn đề bất cập như: xác định vai trò, trách nhiệm của các chủ thể tham gia giao dịch, nhận thức của người tiêu dùng bị hạn chế trong một số giao dịch, ví dụ như một số giao dịch có tính chất chuyên ngành cao, đòi hỏi người tiêu dùng phải có kỹ năng nhất định khi thực hiện giao dịch để có thể phòng tránh các rủi ro, tổn thất...Đối với các vấn đề trên, hiện quy định pháp luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng còn thiếu các quy định điều chỉnh, trong khi đó, trong các quy định pháp luật chuyên ngành, một số vấn đề chưa có hoặc có quy định quản lý nhưng chưa điều chỉnh được đầy đủ phạm vi và nội dung phát sinh.

(ix) Các phương thức giải quyết tranh chấp giữa người tiêu dùng và các tổ chức, cá nhân kinh doanh chưa được quy định phù hợp và đầy đủ (ví dụ: không thương lượng với vụ việc khiếu nại nhiều người, áp dụng thủ tục của trọng tài thương mại để giải quyết tranh chấp tiêu dùng hay sự chưa phù hợp giữa Luật Bảo vệ người tiêu dùng và Luật Tố tụng dân sự trong việc áp dụng thủ tục đơn giản/rút gọn...) khiến cho nhiều khiếu nại không được giải quyết.

2.1.8. Kiến nghị

(i) Hoàn thiện quy định về khái niệm hàng hóa có khuyết tật; hoàn thiện định nghĩa về hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung

(ii) Hoàn thiện cơ chế kiểm soát đối với hợp đồng giao kết cũng như hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung (Điều 14 đến Điều 19) theo hướng quy định các trường hợp các điều khoản không có hiệu lực; sửa đổi, bổ sung phạm vi xem xét hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung; bổ sung một số quy định đảm bảo tính chặt chẽ cho thủ tục đăng ký hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung; bổ sung một số quy định bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trong các giao kết hợp đồng đặc thù

(iii) Sửa đổi, bổ sung Điều 12 và Điều 13 để bảo đảm việc cung cấp thông tin cho người tiêu dùng, đặc biệt trong bối cảnh phát triển thương mại điện tử và sự xuất hiện của nhiều mô hình kinh doanh trên cơ sở nền tảng.

(iv) Sửa đổi, bổ sung quy định về một số giao dịch đặc thù, về quyền của người tiêu dùng, về trách nhiệm bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng của doanh nghiệp, chủ thể có liên quan khi thực hiện giao dịch đặc thù, đặc biệt, các hợp đồng giữa tổ chức, cá nhân kinh doanh và người tiêu dùng liên quan đến các mô hình kinh doanh mới.

(v) Bổ sung các nguyên tắc chung định nghĩa về điều khoản không có hiệu lực/điều khoản bất công làm cơ sở pháp lý cho việc đánh giá tính công bằng của tất cả các điều khoản mẫu; sau đó làm rõ bởi danh mục cụ thể (trên cơ sở sửa đổi danh mục tại Điều 16 Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng hiện hành) hoặc quy định cơ quan bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng có thể rà soát hàng năm để ban hành, điều chỉnh danh mục cụ thể trên cơ sở thay đổi của thị trường.

(vi) Sửa đổi, bổ sung từ Điều 22 đến Điều 24 về hàng hóa có khuyết tật theo hướng quy định cụ thể về trách nhiệm thu hồi hàng hóa có khuyết tật, giới hạn mốc thời gian, quy trình, thủ tục tổ chức, cá nhân cần báo cáo kết quả thực hiện chương trình tới cơ quan quản lý nhà nước về bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng có thẩm quyền; tăng cường sự tham gia, giám sát của cơ quan nhà nước, tổ chức xã hội và người tiêu dùng ngay từ đầu của hoạt động thu hồi hàng hóa có khuyết tật; bổ sung trách nhiệm của một số chủ thể khác cũng tham gia vào quá trình sản xuất và đưa hàng hóa đến với người tiêu dùng bên cạnh tổ chức, cá nhân sản xuất, nhập khẩu.

(vii) Bổ sung thêm các quy định về nghĩa vụ của doanh nghiệp trước và sau khi hoàn thành nghĩa vụ đăng ký; các quy định về thủ tục đăng ký hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung như giá trị pháp lý của kết quả chấp nhận hồ sơ đăng ký; phạm vi trách nhiệm, quyền hạn của cơ quan tiếp nhận hồ sơ đăng ký;...

(viii) Bổ sung quy định cụ thể về vai trò của cơ quan quản lý nhà nước về bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trong quá trình giải quyết tranh chấp bằng

phương thức thương lượng nhằm giúp Nhà nước thực hiện đồng thời công tác kiểm soát hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung đối với những tranh chấp có liên quan đến hàng hóa, dịch vụ thiết yếu phải đăng ký hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung;

(ix) Lược bỏ quy định “Không được thương lượng, hòa giải trong trường hợp tranh chấp gây thiệt hại đến...lợi ích của nhiều người tiêu dùng” tại Điều 30 vì điều này không phù hợp với thông lệ quốc tế và thực tiễn giải quyết tranh chấp người tiêu dùng trong thời gian vừa qua.

Đề nghị xây dựng Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng (sửa đổi) đã được Bộ Tư pháp thẩm định (Báo cáo thẩm định số 23/BCTĐ-BTP ngày 05/3/2021); tại Chương trình hành động của Chính phủ ban hành kèm theo Nghị quyết số 99/NQ-CP ngày 31/8/2021 (tiểu mục 39, mục II, Phụ lục III), Chính phủ giao Bộ Công Thương nghiên cứu, xây dựng Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng (sửa đổi) trong năm 2022-2023.

2.1.9. Nghị định số 33/2013/NĐ-CP ngày 22/4/2013 của Chính phủ ban hành hợp đồng mẫu của Hợp đồng Chia sản phẩm dầu khí⁹³

2.1.9.1. Vương mắc, bắt cập

Nghị định 33/2013/NĐ-CP còn có những vương mắc, bắt cập sau:

(i) Khoản 1.1.39 Điều 1.1 Chương I Hợp đồng mẫu ban hành kèm theo Nghị định số 33/2013/NĐ-CP định nghĩa về “*Kế hoạch Phát triển*” là kế hoạch... để tiến hành các hoạt động xây dựng công trình, lắp đặt thiết bị và khai thác vỉa sản phẩm, tầng sản phẩm hoặc mỏ. Định nghĩa này chưa đầy đủ, cũng không cần thiết phải liệt kê các hoạt động vì còn nhiều hoạt động khác. Trong Hợp đồng mẫu này đã có khái niệm rõ ràng về các “Hoạt động Phát triển”, do đó phần định nghĩa về “Kế hoạch Phát triển” chỉ cần ghi “Kế hoạch Phát triển” là kế hoạch... để tiến hành các Hoạt động Phát triển.

(ii) Khoản 2.1.7 Điều 2.1. Chương II Hợp đồng mẫu ban hành kèm theo Nghị định số 33/2013/NĐ-CP quy định “*Trong trường hợp Bất Khả kháng hoặc trong trường hợp đặc biệt khác, các bên có thể thỏa thuận phương thức tạm dừng việc thực hiện một số quyền và nghĩa vụ trong Hợp đồng và phụ thuộc vào phê duyệt của Thủ tướng Chính phủ*”. Định nghĩa này không đảm bảo logic vì theo quy định của Luật Dầu khí và quy định tại Chương 19, khi xảy ra “Bất khả kháng” thì nhà thầu có quyền dừng hoạt động dầu khí mà không phụ thuộc vào phê duyệt của Thủ tướng Chính phủ.

(iii) Khoản 2.1.8 Điều 2.1. Chương II Hợp đồng mẫu ban hành kèm theo Nghị định số 33/2013/NĐ-CP quy định “*Trường hợp vì lý do quốc phòng, an ninh, Thủ tướng Chính phủ sẽ xem xét, quyết định việc gia hạn thêm giai đoạn*

⁹³ Xem chi tiết tại: Công văn số 1534/BCT-PC ngày 19/3/2021 của Bộ Công Thương.

tìm kiếm thăm dò Hợp đồng. Chậm nhất 90 ngày trước ngày kết thúc giai đoạn tìm kiếm thăm dò hoặc chậm nhất 1 năm trước ngày kết thúc hợp đồng, nhà thầu gửi Tập đoàn Dầu khí Việt Nam để trình cơ quan có thẩm quyền thẩm định, báo cáo Thủ tướng Chính phủ xem xét, quyết định". Quy định này không chính xác vì việc gia hạn giai đoạn tìm kiếm thăm dò chỉ xảy ra trong và cuối thời kỳ tìm kiếm thăm dò chứ không xảy ra trước khi kết thúc hợp đồng.

(iv) Khoản 8.2.1 Điều 8.2. Chương VIII Hợp đồng mẫu ban hành kèm theo Nghị định số 33/2013/NĐ-CP đề cập tới giá khí được thỏa thuận giữa người mua và người bán và có lưu ý rằng “bao gồm nhưng không chỉ giới hạn giá condensate được tạo thành từ khí”. Nội dung câu chữ ở đây không rõ ràng, gây khó hiểu.

(v) Điều 17 Chương XVII Hợp đồng mẫu ban hành kèm theo Nghị định số 33/2013/NĐ-CP quy định trong trường hợp khẩn cấp, Chính phủ Việt Nam có thể yêu cầu nhà thầu bán tại thị trường Việt Nam nhiều hơn lượng Dầu Thô theo kế hoạch đã thỏa thuận... nhưng không có quy định về nguyên tắc xử lý đối với các chi phí phát sinh liên quan đến lượng dầu bán bổ sung cho nội địa đó (các chi phí phát sinh không thực hiện được hợp đồng đối với bên thứ ba bởi phải tăng lượng bán ở thị trường nội địa vì lý do khẩn cấp). Trong trường hợp này, nếu nhà thầu yêu cầu hoàn trả các chi phí (với điều kiện nhà thầu phải cung cấp các chứng từ hợp lệ) thì cũng là hợp lý...

(vi) Điều khoản ổn định tại Chương 18 Hợp đồng mẫu ban hành kèm theo Nghị định số 33/2013/NĐ-CP chỉ áp dụng cho 03 mức thuế suất cơ bản, thực tế áp dụng quy định này cho thấy rất khó thuyết phục các nhà thầu chấp nhận, về lâu dài trở thành rào cản lớn cho nhà đầu tư, làm giảm nghiêm trọng mức hấp dẫn đầu tư nhất là trong bối cảnh hiện nay khi tiềm năng dầu khí của Việt Nam ngày càng giảm và ngành đang gặp nhiều thách thức lớn từ các nguyên nhân khách quan khác.

Về khía cạnh pháp luật, điều khoản ổn định là một điều khoản quan trọng để bảo đảm quyền lợi của nhà đầu tư nước ngoài trong trường hợp trong quá trình thực hiện dự án có sự thay đổi pháp luật dẫn đến ảnh hưởng quyền, lợi ích kinh tế của nhà đầu tư so với thời điểm bắt đầu tiến hành đầu tư. Đây là một điều khoản đã được quy định xuyên suốt trong quá trình xây dựng và sửa đổi hệ thống pháp luật về đầu tư của Việt Nam. Trong khi đó, quy định ổn định trong Luật Đầu tư bao hàm các quyền lợi, lợi ích kinh tế (phạm vi bảo đảm rộng hơn) gây tâm lý không yên tâm cho các nhà đầu tư và có thể dẫn đến các tranh cãi trong quá trình triển khai hoạt động dầu khí theo quy định của các Hợp đồng dầu khí và pháp luật Việt Nam. Để cụ thể hóa các quy định về bảo đảm đầu tư, Luật

Đầu tư năm 2020 đã quy định Bảo đảm đầu tư kinh doanh trong trường hợp thay đổi pháp luật tại Điều 13 như sau:

“1. Trường hợp văn bản pháp luật mới được ban hành quy định ưu đãi đầu tư mới, ưu đãi đầu tư cao hơn thì nhà đầu tư được hưởng ưu đãi đầu tư theo quy định của văn bản pháp luật mới cho thời gian hưởng ưu đãi còn lại của dự án đầu tư, trừ ưu đãi đầu tư đặc biệt đối với dự án đầu tư thuộc trường hợp quy định tại điểm a khoản 5 Điều 20 của Luật này.

2. Trường hợp văn bản pháp luật mới được ban hành quy định ưu đãi đầu tư thấp hơn ưu đãi đầu tư mà nhà đầu tư được hưởng trước đó thì nhà đầu tư được tiếp tục áp dụng ưu đãi đầu tư theo quy định trước đó cho thời gian hưởng ưu đãi còn lại của dự án đầu tư.

3. Quy định tại khoản 2 Điều này không áp dụng trong trường hợp thay đổi quy định của văn bản pháp luật vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng, bảo vệ môi trường.

4. Trường hợp nhà đầu tư không được tiếp tục áp dụng ưu đãi đầu tư theo quy định tại khoản 3 Điều này thì được xem xét, giải quyết bằng một hoặc một số biện pháp sau đây:

- a) Khấu trừ thiệt hại thực tế của nhà đầu tư vào thu nhập chịu thuế;.*
- b) Điều chỉnh mục tiêu hoạt động của dự án đầu tư;*
- c) Hỗ trợ nhà đầu tư khắc phục thiệt hại.*

5. Đối với biện pháp bảo đảm đầu tư quy định tại khoản 4 Điều này, nhà đầu tư phải có yêu cầu bằng văn bản trong thời hạn 03 năm kể từ ngày văn bản pháp luật mới có hiệu lực thi hành.”

Như vậy, đối chiếu với các quy định trong Luật Đầu tư có thể thấy điều khoản ổn định quy định tại Chương 18 Hợp đồng mẫu ban hành kèm theo Nghị định số 33/2013/NĐ-CP có phạm vi hẹp hơn so với quy định của Luật đầu tư năm 2020, cụ thể là chỉ ổn định quyền lợi của nhà đầu tư liên quan đến 3 sắc thuế là thuế tài nguyên, thu nhập doanh nghiệp và thuế xuất khẩu. Điều này là một rào cản rất lớn trong quá trình thu hút đầu tư nước ngoài trong lĩnh vực dầu khí. Thực tế triển khai hoạt động dầu khí từ khi ban hành Nghị định số 33/2013/NĐ-CP đến nay cũng cho thấy, nhà thầu rất khó chấp nhận quy định về ổn định tại hợp đồng mẫu mới và rất khó khăn cho Tập đoàn Dầu khí Việt Nam trong việc thuyết phục nhà thầu tuân thủ quy định này. Về lâu dài, quy định như vậy là một rào cản rất lớn cho hoạt động đầu tư của nhà đầu tư trong lĩnh vực công nghiệp dầu khí.

(vii) Nội dung về chuyển nhượng quyền lợi tham gia (trực tiếp và gián tiếp) trong hợp đồng dầu khí được quy định tại Điều 12.2 Chương XII Hợp đồng mẫu ban hành kèm theo Nghị định số 33/2013/NĐ-CP. Tuy nhiên, quy định này chưa

rõ ràng, chỉ dừng lại ở việc xác định nghĩa vụ. Quy định này chưa rõ về thuế chuyển nhượng vốn trong mỗi trường hợp để nhà đầu tư biết và tuân thủ ngay từ khi đàm phán hợp đồng chuyển nhượng. Thời gian hoàn tất văn bản và thủ tục phê duyệt chuyển nhượng kéo dài, đặc biệt là vấn đề thuế chuyển nhượng. Việc không quy định tường minh dẫn đến xung đột lợi ích, các bên liên quan phải hòa giải⁹⁴, đưa ra trọng tài⁹⁵. Do đó, cần phải nghiên cứu và bổ sung các quy định cụ thể liên quan đến vấn đề chuyển nhượng quyền lợi tham gia trong hợp đồng, vấn đề mua công ty và đặc biệt là vấn đề thuế chuyển nhượng.

(viii) Quy trình đàm phán, thẩm định, phê duyệt các hợp đồng dầu khí quá dài làm nản lòng các nhà đầu tư.

(ix) Điều 7.10 Chương VII Hợp đồng mẫu ban hành kèm theo Nghị định số 33/2013/NĐ-CP quy định *"Nếu pháp luật thuế Việt Nam quy định những mức thuế suất hoặc có chế độ ưu đãi hơn cho công nghiệp dầu khí, nhà thầu sẽ, với sự hỗ trợ của PETROVIETNAM và phê duyệt của cơ quan nhà nước có thẩm quyền được áp dụng những mức thuế suất hoặc chế độ ưu đãi đó"*. Quy định này được đánh giá là chưa đảm bảo công bằng với các doanh nghiệp khác.

2.1.9.2. Kiến nghị

(i) Hợp đồng mẫu ban hành kèm theo Nghị định số 33/2013/NĐ-CP đã có khái niệm rõ ràng về các “Hoạt động Phát triển”, do đó phân định nghĩa về “Kế hoạch Phát triển” tại khoản 1.1.39 Điều 1.1 Chương I cần sửa đổi theo hướng “Kế hoạch Phát triển” là kế hoạch để tiến hành các Hoạt động Phát triển.

(ii) Sửa đổi khoản 2.1.7 Điều 2.1 Chương II Hợp đồng mẫu ban hành kèm theo Nghị định số 33/2013/NĐ-CP theo hướng quy định tách riêng hai trường hợp “Bất khả kháng” và “trường hợp đặc biệt khác” hoặc sửa lại nội dung điều này như sau: *“2.1.7. Trong trường hợp đặc biệt khác, phụ thuộc vào phê duyệt của Thủ tướng Chính phủ, các bên có thể thỏa thuận phương thức tạm dừng việc thực hiện một số quyền và nghĩa vụ trong Hợp đồng”*. Trường hợp “Bất khả kháng” có thể không cần nhắc tới trong chương này vì hợp đồng đã có quy định cụ thể cho trường hợp “Bất khả kháng” trong Chương 19.

(iii) Khoản 2.1.8 Điều 2.1 Hợp đồng mẫu ban hành kèm theo Nghị định số 33/2013/NĐ-CP quy định *“Trường hợp vì lý do quốc phòng, an ninh, Thủ tướng Chính phủ sẽ xem xét, quyết định việc gia hạn thêm giai đoạn tìm kiếm thăm dò Hợp đồng. Chậm nhất 90 ngày trước ngày kết thúc giai đoạn tìm kiếm thăm dò hoặc chậm nhất 1 năm trước ngày kết thúc hợp đồng, nhà thầu gửi Tập đoàn Dầu khí Việt Nam để trình cơ quan có thẩm quyền thẩm định, báo cáo Thủ*

⁹⁴ Chuyển nhượng, trong PSC Lô 06.1 giữa BP và TNK/BP.

⁹⁵ Chuyển nhượng trong PC 15-1 giữa ConocoPhillips và Perenco.

tướng Chính phủ xem xét, quyết định” cần được hiệu chỉnh lại về thời điểm gia hạn giai đoạn tìm kiếm thăm dò.

(iv) Bãi bỏ nội dung nhắc đến Condensate trong khoản 8.2.1 Điều 8.2. Chương VIII Hợp đồng mẫu ban hành kèm theo Nghị định số 33/2013/NĐ-CP vì thực tế trong nội dung của khái niệm dầu thô đã bao gồm cả Condensate được tạo thành từ khí nên đương nhiên được xử lý theo dầu.

(v) Bổ sung Chương XVII quy định về nguyên tắc xử lý đối với các chi phí phát sinh liên quan đến lượng dầu bán bổ sung cho nội địa (các chi phí phát sinh không thực hiện được hợp đồng đối với bên thứ ba bởi phải tăng lượng bán ở thị trường nội địa vì lý do khẩn cấp). Trong trường hợp này, nếu nhà thầu yêu cầu hoàn trả các chi phí (với điều kiện nhà thầu phải cung cấp các chứng từ hợp lệ) thì được coi là hợp lý.

(vi) Kiến nghị áp dụng điều khoản ổn định một cách linh hoạt trên cơ sở bảo đảm ưu đãi đầu tư cho nhà thầu khi có sự thay đổi về pháp luật phù hợp với quy định của Luật Đầu tư năm 2014.

(vii) Bổ sung các quy định cụ thể liên quan đến vấn đề chuyển nhượng quyền lợi tham gia trong hợp đồng, vấn đề mua công ty và đặc biệt là vấn đề thuế chuyển nhượng tại điều khoản về chuyển nhượng quyền lợi tham gia (trực tiếp và gián tiếp) trong hợp đồng dầu khí (Điều 12.2 Chương XII Hợp đồng mẫu ban hành kèm theo Nghị định số 33/2013/NĐ-CP)

(viii) Sửa đổi Điều 7.10 Chương VII Hợp đồng mẫu ban hành kèm theo Nghị định số 33/2013/NĐ-CP thành: *"Nếu pháp luật thuế Việt Nam quy định những mức thuế suất, hoặc có chế độ ưu đãi hơn cho công nghiệp dầu khí, NHÀ THẦU sẽ được quyền áp dụng các mức thuế, hoặc chế độ ưu đãi đó phù hợp với pháp luật mới về thuế kể từ ngày quy định đó có hiệu lực, và không phải yêu cầu bất kỳ chấp thuận, hoặc phê duyệt nào của cơ quan nhà nước"*.

2.1.10. Nghị định số 65/2013/NĐ-CP ngày 27/6/2013 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật thuế thu nhập cá nhân và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật thuế thu nhập cá nhân

2.1.10.1. Vương mắc, bất cập

Nghị định số 65/2013/NĐ-CP ngày 27/6/2013 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật thuế thu nhập cá nhân và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật thuế thu nhập cá nhân quy định chưa phù hợp với BLDS năm 2015 về bản chất của quan hệ ủy quyền. Cụ thể:

Theo quy định của BLDS năm 2015⁹⁶, việc một người ủy quyền cho người khác định đoạt tài sản của mình⁹⁷, trong đó có quyền chuyển nhượng tài sản thì

⁹⁶ Điều 134, Điều 135, Điều 138, Điều 139 đến Điều 143, Điều 562 đến Điều 569 Bộ Luật Dân sự năm 2015.

quan hệ này không phải là hợp đồng chuyển nhượng quyền sở hữu đối với tài sản; loại hợp đồng này không chuyển giao quyền sở hữu tài sản cho người được ủy quyền; đồng thời BLDS năm 2015 còn quy định những chế tài đối với hành vi xác lập giao dịch giả tạo⁹⁸. Tuy nhiên, Nghị định số 65/2013/NĐ-CP ngày 27/6/2013 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều của Luật Thuế thu nhập cá nhân và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Thuế thu nhập cá nhân (khoản 5 Điều 3) quy định thu nhập chịu thuế của cá nhân đối với thu nhập từ chuyển nhượng bất động sản theo hướng thu nhập chịu thuế *“bao gồm cả khoản thu nhập từ việc ủy quyền quản lý bất động sản mà người được ủy quyền có quyền chuyển nhượng bất động sản hoặc có quyền như người sở hữu bất động sản theo quy định của pháp luật”*. Như vậy, thu thuế thu nhập cá nhân với người ủy quyền gồm thù lao làm người đại diện (nếu có) và thu nhập như với giao dịch chuyển nhượng quyền sở hữu bất động sản. Quy định này chưa thực sự đúng với quy định của BLDS năm 2015.

2.1.10.2. Kiến nghị

Đề nghị sửa đổi quy định tại khoản 5 Điều 3 Nghị định số 65/2013/NĐ-CP ngày 27/6/2013 của Chính phủ theo hướng không tính thuế thu nhập cá nhân với người được ủy quyền, người ủy quyền trong quan hệ ủy quyền đối với bất động sản.

2.1.11. Một số vấn đề chưa có văn bản quy phạm pháp luật điều chỉnh cụ thể

2.1.11.1. Vấn đề chưa có quy định điều chỉnh cụ thể, toàn diện

a) Hệ thống pháp luật hiện hành có nhiều quy định về vấn đề đăng ký đối với tài sản tại Bộ luật Dân sự năm 2015, Luật Đất đai năm 2013, Luật Nhà ở năm 2014, Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014, Bộ luật Hàng hải Việt Nam năm 2015, Luật Giao thông đường thủy nội địa năm 2004⁹⁹, Luật Thủy sản năm 2017, Luật Hàng không dân dụng Việt Nam năm 2006, Luật Đường sắt năm 2017, Luật Di sản văn hóa năm 2001 (sửa đổi, bổ sung năm 2009), Luật Quản lý sử dụng vũ khí, vật liệu nổ, công cụ hỗ trợ 2017, Luật Chứng khoán năm 2019, Luật Sở hữu trí tuệ (sửa đổi, bổ sung năm 2019)... Theo đó, có thể phân chia thành đăng ký sở hữu tài sản (đăng ký bắt buộc và đăng ký theo yêu cầu) và đăng ký để quản lý nhà nước, cho phép lưu hành. Về cơ bản, hệ thống pháp luật về đăng ký tài sản khá đầy đủ, bao quát được hầu hết các lĩnh vực tài sản trong

⁹⁷ Quan hệ ủy quyền có thể chấm dứt theo ý chí của bên ủy quyền hoặc trong trường hợp bên ủy quyền chết thì quan hệ ủy quyền cũng chấm dứt và tài sản thuộc quyền sở hữu của các người thừa kế của bên ủy quyền; như vậy tồn tại những rủi ro cho các bên nếu muốn xác lập quan hệ ủy quyền để thực hiện một giao dịch khác và các bên phải chịu trách nhiệm về việc này.

⁹⁸ Nếu các bên che giấu một giao dịch khác sẽ bị xử lý theo quy định pháp luật về hợp đồng vô hiệu do giả tạo (Điều 124 Bộ luật Dân sự năm 2015).

⁹⁹ được sửa đổi, bổ sung bởi Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Giao thông đường thủy nội địa năm 2014; Luật Phí và lệ phí năm 2015; Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của 37 luật có liên quan đến quy hoạch năm 2018; Luật Phòng, chống tác hại của rượu, bia năm 2019

nền kinh tế và trong sinh hoạt tiêu dùng, trong quan hệ giữa tài sản thuộc sở hữu toàn dân với tài sản thuộc sở hữu của người dân, của các thành phần kinh tế.

Tuy nhiên, vấn đề còn bất cập của hệ thống đăng ký tài sản ở Việt Nam tại thời điểm này là: (1) thiếu sự đồng bộ, thống nhất về giá trị pháp lý của việc đăng ký tài sản, giao dịch (đăng ký để xác lập quyền sở hữu, quyền khác đối với tài sản hay đăng ký để công khai, xác lập hiệu lực đối kháng với người thứ ba); (2) còn thiếu sự liên thông giữa các hệ thống đăng ký tài sản, giao dịch với nhau, giữa các hệ thống đăng ký tài sản, giao dịch với hệ thống hỗ trợ tư pháp (công chứng, đấu giá, giám định); giữa các hệ thống đăng ký tài sản, giao dịch với các hệ thống quản lý nhà nước, thi hành pháp luật và tư pháp (Cơ quan kiểm toán, thanh tra, giám sát; Thi hành án, Tòa án, Trọng tài...); (3) thiếu cơ chế pháp lý thống nhất về trao đổi thông tin giữa cơ quan đăng ký tài sản, giao dịch với các cơ quan, tổ chức có thẩm quyền khác; thiếu cơ chế cung cấp thông tin hiệu quả cho người dân, doanh nghiệp tiếp cận được với chi phí thấp và kịp thời đối tài sản, giao dịch được đăng ký; (4) chưa có quy định về đăng ký theo yêu cầu đối với một số loại tài sản như quyền hưởng dụng, quyền bề mặt, công trình xây dựng trên đất nông nghiệp phục vụ phát triển nông nghiệp công nghệ cao (nhà kính, nhà lưới), một số loại hình bất động sản như nhà phố thương mại (shophouse), biệt thự du lịch (resort villa), căn hộ du lịch (condotel); (5) mô hình tổ chức và nguyên tắc vận hành hiện nay của hệ thống đăng ký ở nước ta vẫn còn chịu sự chi phối của tư duy hành chính, yếu tố phục vụ thị trường chưa được đề cao đúng mức trong tổ chức và hoạt động của cơ quan đăng ký - đăng ký tài sản vẫn được nhìn nhận chủ yếu trong vai trò phục vụ chức năng quản lý tài sản của Nhà nước.

b) Quy định hướng dẫn thi hành các quy định mang tính nguyên tắc chung của BLDS năm 2015: với tính chất là luật chung trong hệ thống luật tư, BLDS năm 2015 chứa đựng nhiều quy định mang tính nguyên tắc chung làm cơ sở cụ thể hóa trong các QPPL chuyên ngành. Qua hơn 5 năm triển khai thi hành cho thấy, có một số quy định mới, mang tính nguyên tắc của BLDS¹⁰⁰ cần có hướng dẫn cụ thể để các quy phạm đi vào cuộc sống, được hiểu và áp dụng thống nhất.

¹⁰⁰ Chẳng hạn quy định về tài sản hình thành trong tương lai (Điều 108, Điều 295); bảo vệ người thứ ba ngay tình (Điều 133); mô tả tài sản bảo đảm (Điều 295); hiệu lực hợp đồng cầm cố tài sản (Điều 310); thế chấp quyền sử dụng đất mà không thế chấp tài sản gắn liền với đất (Điều 325); các trường hợp chấm dứt bảo lãnh (Điều 372); giải thích hợp đồng (Điều 404); điều kiện giao dịch chung (Điều 405); quy định về thực hiện hợp đồng khi điều kiện, hoàn cảnh thay đổi (Điều 420); quy định về quyền truy đòi, bảo lưu quyền sở hữu trong giao dịch bảo đảm; xác định về việc thực hiện hai phần ba nghĩa vụ trong giao dịch (Điều 129); mối quan hệ giữa lãi suất chậm trả và phạt vi phạm trong hợp đồng vay tài sản; vấn đề thế chấp, cầm cố tài sản bảo đảm nghĩa vụ của bên thứ ba; hậu quả pháp lý trong trường hợp các bên trong giao kết hợp đồng vi phạm trách nhiệm thông tin (Điều 387); xác định thiệt hại về lợi ích mà lẽ ra bên có quyền (bên bị vi phạm) sẽ được hưởng do hợp đồng mang lại và thiệt hại về tinh thần (Điều 419); nội dung của một số hợp đồng dân sự thông dụng như nghĩa vụ bảo hành trong hợp đồng mua bán, hợp đồng mua trả chậm trả dần (phân biệt với thuê mua và với vay tiền để mua; hợp đồng tặng cho có điều kiện; đơn phương chấm dứt hợp đồng gia công; xác định giá thị trường trong hợp đồng mua bán (Điều 433); về yêu cầu trả nợ trước hạn (Điều 465, Điều 467, Điều 470)...

2.1.11.2. Kiến nghị

(i) Trước mắt, cơ quan có thẩm quyền cần nghiên cứu, hoàn thiện quy định về đăng ký tài sản trong Luật Đất đai, Luật Nhà ở và Luật Kinh doanh bất động sản và pháp luật có liên quan theo hướng bảo đảm tính liên thông về đăng ký tài sản, điện tử hóa hệ thống đăng ký (đặc biệt đăng ký bất động sản), bảo đảm việc đăng ký tài sản phải được công khai, dễ tiếp cận không chỉ với người dân, doanh nghiệp.

Nghiên cứu, chuẩn bị cơ sở lý luận và thực tiễn của việc xây dựng Luật Đăng ký tài sản trên cơ sở kế thừa các hệ thống đăng ký tài sản, giao dịch hiện hành và tập trung điều chỉnh các vấn đề về hiệu lực pháp lý của việc đăng ký tài sản, giao dịch; về sự liên thông giữa các hệ thống đăng ký tài sản, giao dịch và giữa hệ thống này với các thiết chế khác có liên quan trong lĩnh vực hỗ trợ tư pháp, quản lý nhà nước, tố tụng và thi hành án; về cơ chế pháp lý trong trao đổi thông tin, cung cấp thông tin về tài sản, giao dịch được đăng ký.

(ii) Đề nghị TANDTC xây dựng nghị quyết; lựa chọn và công bố án lệ để làm rõ hướng giải quyết đối với các quy định mang tính nguyên tắc chung của BLDS năm 2015.

2.2. Các văn bản pháp luật về giải quyết tranh chấp hợp đồng bằng phương thức trọng tài thương mại, hòa giải thương mại

2.2.1. Quy định của Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 (BLTTDS năm 2015) liên quan đến trọng tài thương mại, hòa giải thương mại

2.2.1.1. Vướng mắc, bất cập

(i) Về thẩm quyền giải quyết những tranh chấp về kinh doanh, thương mại của Tòa án: Điều 30 BLTTDS năm 2015 quy định về những tranh chấp về kinh doanh, thương mại thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án, tuy nhiên, tiêu chí lợi nhuận chưa thực sự rõ ràng về mặt lý luận và thực tiễn, không quy định tiêu chí cụ thể. Thực tiễn xét xử cho thấy, Tòa án nhân dân cấp huyện vẫn thụ lý và giải quyết sơ thẩm những tranh chấp kinh doanh mà một bên hoặc các bên không có đăng ký kinh doanh nhưng đều có mục đích lợi nhuận.

(ii) Về công nhận và cho thi hành biện pháp khẩn cấp tạm thời do trọng tài nước ngoài tuyên: BLTTDS năm 2015 chưa quy định về việc công nhận và cho thi hành các biện pháp khẩn cấp tạm thời do trọng tài nước ngoài tuyên.

(iii) Quy định tại khoản 1 Điều 424 BLTTDS năm 2015 về các phán quyết của Trọng tài nước ngoài được xem xét công nhận và cho thi hành tại Việt Nam là chưa tương thích với Công ước New York 1958¹⁰¹ bởi theo quy định của công

¹⁰¹ Điều 1 Công ước New York 1958 quy định “Công ước này áp dụng đối với việc công nhận và thi hành các phán quyết trọng tài được ban hành tại lãnh thổ của một Quốc gia khác với Quốc gia nơi có yêu cầu công nhận và thi hành phán quyết trọng tài đó, xuất phát từ các tranh chấp giữa các thể nhân hay pháp nhân. Công ước

ước các phán quyết được các quốc gia công nhận và thi hành gồm nhiều loại phán quyết, quyết định bất kể tên gọi là gì như phán quyết chung thẩm, phán quyết từng phần, phán quyết sơ bộ, phán quyết về chi phí,... Trong khi đó, khoản 1 Điều 424 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 chỉ công nhận và thi hành phán quyết cuối cùng của hội đồng trọng tài giải quyết toàn bộ nội dung vụ tranh chấp, chấm dứt tố tụng trọng tài và có hiệu lực thi hành¹⁰².

2.2.1.2. Kiến nghị

Sửa đổi, bổ sung Điều 424 BLTTDS theo hướng bổ sung quy định về công nhận và cho thi hành tại Việt Nam quyết định về áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời do trọng tài nước ngoài tuyên; quy định công nhận và cho thi hành các loại phán quyết ngoài phán quyết toàn phần của Trọng tài nước ngoài.

2.2.2. Luật Trọng tài thương mại năm 2010 (Luật TTTM năm 2010)¹⁰³

2.2.2.1. Vướng mắc, bất cập

a) Về thẩm quyền giải quyết tranh chấp của Trọng tài thương mại

Thẩm quyền giải quyết tranh chấp của Trọng tài thương mại được quy định tại Điều 2 Luật TTTM năm 2010 và một số luật khác có liên quan như BLDS năm 2015 (Điều 14), Bộ luật Hàng hải năm 2015 (Điều 3, Điều 5, Điều 54, Điều 130, Điều 131, Điều 141, Điều 268, Điều 287, Điều 338, Điều 339), Luật Đầu tư năm 2020 (Điều 14), Luật Thương mại năm 2005 (Điều 317), Luật Nhà ở năm 2014 (Điều 177), Luật Xây dựng năm 2014 (Điều 146), Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2009, 2019) (Điều 198), Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010 (Điều 30, Điều 38, Điều 39), Luật Kiểm toán độc lập năm 2011 (sửa đổi, bổ sung năm 2015) (Điều 61).

Thực tiễn áp dụng quy định về thẩm quyền giải quyết tranh chấp của Trọng tài thương mại cho thấy còn cách giải thích khác nhau. Cụ thể, đối với tranh chấp có yếu tố nước ngoài liên quan đến quyền đối với tài sản là bất động sản tại Việt Nam, Điều 470 BLTTDS năm 2015 quy định:

“Điều 470. Thẩm quyền riêng biệt của Tòa án Việt Nam

1. Những vụ án dân sự có yếu tố nước ngoài sau đây thuộc thẩm quyền giải quyết riêng biệt của Tòa án Việt Nam:

còn được áp dụng cho những phán quyết trọng tài không được coi là phán quyết trong nước tại Quốc gia nơi việc công nhận và thi hành chúng được yêu cầu”.

¹⁰² Công văn số 324/LĐLSVN ngày 19/10/2021 của Liên đoàn Luật sư Việt Nam góp ý dự thảo Báo cáo tổng thể thực trạng pháp luật hợp đồng, pháp luật giải quyết tranh chấp hợp đồng.

¹⁰³ Báo cáo số 348/BC-HLGVN ngày 04/12/2020 của Hội Luật gia Việt Nam về rà soát, đánh giá và kiến nghị hoàn thiện pháp luật về giải quyết tranh chấp hợp đồng bằng phương thức trọng tài thương mại.

Báo cáo số 289/BC-NHNN ngày 03/9/2020 của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam về rà soát, đánh giá, đề xuất giải pháp hoàn thiện pháp luật hợp đồng trong lĩnh vực tín dụng, ngân hàng

Công văn số 1310/VIAC ngày 25/10/2021 của Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam về việc góp ý dự thảo Báo cáo về tổng thể thực trạng pháp luật hợp đồng, pháp luật về giải quyết tranh chấp hợp đồng

a) Vụ án dân sự đó có liên quan đến quyền đối với tài sản là bất động sản có trên lãnh thổ Việt Nam;”

Với quy định trên, có cách hiểu cho rằng đây là điều khoản phân định thẩm quyền riêng biệt của Tòa án Việt Nam đối với không chỉ tòa án nước ngoài, cơ quan tài phán nước ngoài mà còn phân biệt với thẩm quyền của Trọng tài thương mại Việt Nam; cách hiểu khác cho rằng quy định tại Điều 470 BLTTDS năm 2015 không nên được hiểu theo hướng loại trừ thẩm quyền của trọng tài Việt Nam đối với tranh chấp thuộc thẩm quyền riêng biệt của Tòa án Việt Nam, quy định này chỉ nhằm phân biệt thẩm quyền giữa Tòa án Việt Nam và Tòa án nước ngoài mà không phải nhằm phân biệt thẩm quyền giữa Tòa án và trọng tài trong nước. Do tồn tại nhiều ý kiến khác nhau trong việc phân định thẩm quyền của trọng tài, tòa án dẫn đến trên thực tế đã có một số vụ tranh chấp có cùng bản chất nhưng các Tòa án đã có các quyết định khác nhau¹⁰⁴. Bên cạnh đó, trong thực tiễn và tương lai, có những vụ việc tranh chấp về lao động, môi trường...nếu các bên thỏa thuận lựa chọn trọng tài để giải quyết tranh chấp thì có nên tôn trọng thỏa thuận của họ hay không? Đây là vấn đề cần nghiên cứu để hoàn thiện pháp luật về trọng tài thương mại.

b) Về quyền và nghĩa vụ của Trọng tài viên

Theo khoản 5 Điều 21 Luật TTTM năm 2010 thì Trọng tài viên có nghĩa vụ: *“5. Giữ bí mật nội dung vụ tranh chấp mà mình giải quyết, trừ trường hợp phải cung cấp thông tin cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền theo quy định của pháp luật”*. Việc quy định chung chung “cơ quan nhà nước có thẩm quyền” có thể gây hoài nghi về tính bảo mật - vốn là ưu điểm cốt lõi của trọng tài thương mại so với thủ tục toà án truyền thống.

c) Về các bên tranh chấp

Theo quy định tại khoản 3 Điều 3 Luật TTTM năm 2010 *“Các bên tranh chấp là cá nhân, cơ quan, tổ chức Việt Nam hoặc nước ngoài tham gia tố tụng trọng tài với tư cách nguyên đơn, bị đơn”*, như vậy, các bên tranh chấp chỉ bao gồm nguyên đơn và bị đơn, không bao gồm người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan, theo đó, trọng tài không được quyền triệu tập người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan. Quy định này dẫn đến việc giải quyết tranh chấp bằng phương

¹⁰⁴ Cụ thể, Quyết định số 393/2017-QĐ-PQTT của Tòa án nhân dân Tp Hồ Chí Minh xem xét yêu cầu hủy phán quyết trọng tài đã kết luận rằng việc Hội đồng trọng tài giải quyết một tranh chấp thương mại (Hợp đồng thuê đất cùng các cơ sở hạ tầng) là đúng thẩm quyền theo Điều 2 Luật TTTM năm 2010 (Quyết định số 393/2017-QĐ-PQTT của Tòa án nhân dân Tp Hồ Chí Minh nêu *“Hoạt động cho thuê đất cùng các cơ sở hạ tầng nhằm mục đích thu lợi nhuận là hoạt động thương mại. Các bên tham gia hợp đồng đều có đăng ký kinh doanh, vì vậy tranh chấp giữa các bên trong hợp đồng thuộc phạm vi giải quyết bằng trọng tài theo Điều 2 của Luật Trọng tài Thương mại năm 2010 nên Hội đồng Trọng tài giải quyết tranh chấp giữa các bên là đúng thẩm quyền”*). Tuy nhiên, với vụ việc tương tự, Tòa án nhân dân thành phố Hà Nội tại Quyết định số 03/2018/QĐ-PQTT ngày 11/07/2018 đã chấp nhận yêu cầu hủy Phán quyết trọng tài đối với tranh chấp có liên quan tới tài sản là bất động sản, một trong những căn cứ hủy được Tòa án đưa ra đó là tranh chấp giữa các bên không thuộc thẩm quyền giải quyết của Trọng tài mà thuộc thẩm quyền riêng biệt của Tòa án theo điểm a khoản 1 Điều 470 Bộ luật tố tụng dân sự 2015.

thức trọng tài không phù hợp với các tranh chấp liên quan đến một số loại hợp đồng, chẳng hạn hợp đồng tín dụng¹⁰⁵.

d) Các hình thức Trọng tài

Khái niệm về trọng tài quy chế và trọng tài vụ việc được quy định tại Điều 3 Luật TTTM năm 2010, theo đó “6. *Trọng tài quy chế là hình thức giải quyết tranh chấp tại một Trung tâm trọng tài theo quy định của Luật này và quy tắc tổ tụng của Trung tâm trọng tài đó.* 7. *Trọng tài vụ việc là hình thức giải quyết tranh chấp theo quy định của Luật này và trình tự, thủ tục do các bên thỏa thuận*”. Quy định trên chưa rõ ràng và chưa bao quát hết được các trường hợp của thủ tục trọng tài trên thực tế¹⁰⁶.

d) Về thời hạn yêu cầu tòa án giải quyết đối với trường hợp không đồng ý quyết định của trọng tài về đơn khiếu nại của một/các bên tranh chấp liên quan thẩm quyền giải quyết vụ việc tranh chấp

Thời hạn yêu cầu tòa án giải quyết đối với trường hợp không đồng ý quyết định của trọng tài về đơn khiếu nại của một/các bên tranh chấp liên quan thẩm quyền giải quyết vụ việc tranh chấp của trọng tài tại Điều 44 Luật TTTM năm 2010 là 05 ngày, thời hạn này ngắn hơn so với thông lệ quốc tế, theo đó Luật mẫu Trọng tài thương mại năm 1985 (sửa đổi, bổ sung năm 2006) quy định thời hạn này là 30 ngày (khoản 3 Điều 16).

e) Về biện pháp khẩn cấp tạm thời trong tổ tụng trọng tài và cơ chế trọng tài viên khẩn cấp (emergency arbitrator).

Điều 49 Luật TTTM năm 2010 quy định thẩm quyền của Hội đồng trọng tài áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời. Tuy nhiên, trên thực tế, nhiều trường hợp yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời xảy ra trước thời điểm Hội

¹⁰⁵ Tranh chấp liên quan đến hợp đồng tín dụng không chỉ liên quan đến Bên được cấp tín dụng và Bên cấp tín dụng theo Hợp đồng tín dụng mà còn liên quan đến Bên bảo đảm theo Hợp đồng bảo đảm (có khoản cấp tín dụng được bảo đảm bằng nhiều hợp đồng bảo đảm với nhiều bên bảo đảm khác nhau), do vậy, nếu muốn giải quyết tranh chấp bằng phương thức trọng tài thì tổ chức tín dụng cùng lúc phải khởi kiện cả Bên được cấp tín dụng theo Hợp đồng tín dụng, khởi kiện Bên bảo đảm theo Hợp đồng bảo đảm. Điều này làm cho việc giải quyết tranh chấp sẽ phức tạp, hơn nữa nếu một Hợp đồng tín dụng được bảo đảm bởi nhiều Hợp đồng bảo đảm, trong trường hợp này, thủ tục khởi kiện, giải quyết tranh chấp tại Trọng tài sẽ phức tạp hơn giải quyết tại Tòa án vì nếu khởi kiện tại Tòa án thì tổ chức tín dụng chỉ cần khởi kiện Bên được cấp tín dụng, Tòa sẽ triệu tập (các) Bên bảo đảm với tư cách là Bên có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan.

¹⁰⁶ Ví dụ 1: Các bên thỏa thuận nếu có tranh chấp sẽ đưa ra giải quyết tranh chấp tại một tổ chức trọng tài cụ thể nhưng họ không sử dụng quy tắc tổ tụng trọng tài của tổ chức trọng tài đó, mà sử dụng Quy tắc tổ tụng của UNCITRAL. Với thỏa thuận này thì đây được coi là trọng tài quy chế hay vụ việc? (UNCITRAL không phải một tổ chức trọng tài) (Cụ thể hơn: các bên thỏa thuận giải quyết tranh chấp tại Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam – VIAC theo Quy tắc tổ tụng của UNCITRAL).

Ví dụ 2: Các bên thỏa thuận nếu có tranh chấp thì sẽ sử dụng trọng tài theo Quy tắc tổ tụng trọng tài của UNCITRAL và cơ quan có thẩm quyền thực hiện việc chỉ định (appointing authority) là Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam – VIAC, chi phí cho VIAC được chia đều cho hai bên tranh chấp. Với điều khoản này thì thủ tục trọng tài diễn ra được coi là trọng tài vụ việc hay trọng tài quy chế?

Hai ví dụ nêu trên là hai ví dụ điển hình của điều khoản trọng tài lai (hybrid-arbitration agreement) và việc xác định thủ tục trọng tài thực hiện theo điều khoản lai cụ thể nào đó là trọng tài vụ việc hay quy chế rất quan trọng vì sẽ liên quan trực tiếp tới thủ tục đăng ký phán quyết cũng như thi hành phán quyết trọng tài.

đồng Trọng tài được thành lập, muốn yêu cầu Hội đồng Trọng tài áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời, các bên phải chờ cho đến khi Hội đồng Trọng tài được thành lập, vì vậy việc áp dụng không còn ý nghĩa. Pháp luật và thực tiễn trọng tài các nước đã có quy định về trọng tài viên khẩn cấp, theo đó việc chỉ định trọng tài viên có thể được thực hiện ngay khi nhận được đơn yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời; trọng tài viên khẩn cấp chỉ có vai trò ra quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời, không giải quyết vụ tranh chấp¹⁰⁷. Việc giải quyết vụ tranh chấp sẽ do Hội đồng Trọng tài được các bên thành lập thực hiện. Do vậy, cần nghiên cứu quy định về “trọng tài viên khẩn cấp” để nâng cao hiệu lực và hiệu quả của hoạt động trọng tài trong tương lai.

Bên cạnh đó, so với luật mẫu quốc tế, Điều 49 Luật TTTM năm 2010 quy định thẩm quyền áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời của hội đồng trọng tài còn hẹp, theo đó, việc yêu cầu bên tranh chấp khôi phục nguyên trạng để chờ phán quyết về tranh chấp, điều kiện áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời chưa được quy định. Trong khi đó theo quy định tại Điều 17 Luật mẫu Trọng tài thương mại năm 1985 (sửa đổi, bổ sung năm 2006), các nội dung này được ghi nhận rõ ràng.

f) Các quy định về nội dung Phán quyết trọng tài

(i) Điểm c khoản 1 Điều 61 Luật TTTM năm 2010 quy định nội dung phán quyết trọng tài phải có nội dung chủ yếu đó là “*địa chỉ của trọng tài viên*”, với quy định nội dung chủ yếu trong phán quyết trọng tài sẽ dẫn đến phán quyết trọng tài có thể bị coi là vi phạm tố tụng trọng tài nếu thiếu nội dung này. Quy định này là không cần thiết, mặt khác, Luật Mẫu UNCITRAL và pháp luật trọng tài các nước không có quy định này.

(ii) Khoản 3 Điều 61 Luật TTTM năm 2010 quy định “*Phán quyết trọng tài được ban hành ngay tại phiên họp hoặc chậm nhất là 30 ngày, kể từ ngày kết thúc phiên họp cuối cùng*”. Tuy nhiên, trên thực tế, nhiều vụ việc có nội dung phức tạp, nhiều trường hợp không thể ban hành phán quyết trong thời hạn 30 ngày. Hơn nữa, Luật Mẫu UNCITRAL và luật trọng tài các nước không quy định về thời hạn lập phán quyết trọng tài.

h) Hủy phán quyết trọng tài

(i) Điểm d khoản 2 Điều 68 Luật TTTM năm 2010 quy định phán quyết trọng tài bị hủy nếu “*Chứng cứ do các bên cung cấp mà Hội đồng trọng tài căn cứ vào đó để ra phán quyết là giả mạo...*”. Trong khi đó, quy định tại khoản 4 Điều 71¹⁰⁸ Luật TTTM năm 2010 về quy trình xét đơn yêu cầu (hủy phán quyết

¹⁰⁷ Singapore, Hồng Kông.

¹⁰⁸ Điều 71 Luật TTTM năm 2010: “4. Khi xét đơn yêu cầu (hủy phán quyết trọng tài), Hội đồng xét đơn yêu cầu căn cứ vào các quy định tại Điều 68 của Luật này và các tài liệu kèm theo để xem xét, quyết định; không xét xử lại nội dung vụ tranh chấp mà Hội đồng trọng tài đã giải quyết. Sau khi xem xét đơn và các tài liệu kèm

trọng tài) chưa rõ việc xem xét lại chứng cứ do các bên cung cấp tại trọng tài có phải là giả mạo hay không sẽ được thực hiện như thế nào, xem xét lại chứng cứ có phải là xem xét lại nội dung vụ tranh chấp không. Tham khảo Luật Mẫu UNCITRAL và luật trọng tài các nước cho thấy không có quy định về việc hủy phán quyết trọng tài trong trường hợp chứng cứ do các bên cung cấp mà Hội đồng trọng tài căn cứ vào đó để ra phán quyết là giả mạo.

(ii) Điểm đ khoản 2 Điều 68 Luật TTTM năm 2010 quy định phán quyết trọng tài bị hủy nếu khoản *“trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam”*, điểm đ khoản 2 Điều 14 Nghị quyết số 01/2014/NQ-HĐTP của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân Tối cao hướng dẫn thi hành một số quy định của Luật TTTM năm 2010 quy định *“Phán quyết trọng tài trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam”* là phán quyết vi phạm các nguyên tắc xử sự cơ bản có hiệu lực bao trùm đối với việc xây dựng và thực hiện pháp luật Việt Nam. Quy định của Nghị quyết số 01/2014/NQ-HĐTP còn chung chung, chưa thực sự rõ ràng, gây khó khăn trong việc áp dụng, thuật ngữ *“các nguyên tắc xử sự cơ bản có hiệu lực bao trùm đối với việc xây dựng và thực hiện pháp luật Việt Nam”* cũng chưa được làm rõ thế nào là các nguyên tắc xử sự cơ bản có hiệu lực bao trùm đối với việc xây dựng và thực hiện pháp luật Việt Nam. Vì vậy, quy định này có thể dẫn đến việc áp dụng tùy tiện, không thống nhất trong nhiều vụ việc trong thực tiễn, dẫn đến nguy cơ phán quyết trọng tài bị hủy là rất cao.

g) Về việc sửa chữa, giải thích phán quyết, phán quyết bổ sung; xem xét lại quyết định của Tòa án hủy hoặc không hủy phán quyết trọng tài

Theo quy định tại Điều 63 Luật TTTM năm 2010, trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được phán quyết, trừ trường hợp có thỏa thuận khác đương sự có quyền yêu cầu hoặc Hội đồng trọng tài chủ động sửa chữa, giải thích, phán quyết bổ sung.

Bên cạnh đó, theo quy định tại khoản 10 Điều 71 Luật TTTM năm 2010 quyết định của Tòa án hủy hoặc không hủy phán quyết trọng tài *“là quyết định cuối cùng và có hiệu lực thi hành”*; Điều 415 BLTTDS năm 2015 quy định: *“Thủ tục giải quyết các việc dân sự liên quan đến hoạt động của Trọng tài thương mại Việt Nam được thực hiện theo quy định của pháp luật về Trọng tài thương mại Việt Nam”*. Quyết định của Tòa án là quyết định cuối cùng và có hiệu lực thi hành. Tại phần mẫu Quyết định hủy Phán quyết Trọng tài, Nghị quyết số 01/2014/NQ-HĐTP ngày 20/3/2014 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn thi hành một số quy định của Luật TTTM quy định *“Quyết định này là quyết định cuối cùng và có hiệu lực thi hành kể từ ngày ký, các bên, Hội đồng trọng tài không có quyền khiếu nại, kháng cáo, Viện kiểm sát*

không có quyền kháng nghị”.

Các quy định nói trên cần được tiếp tục nghiên cứu, hoàn thiện bởi thực tiễn áp dụng cho thấy việc thi hành án dân sự hiện hành không quy định trình tự, thủ tục riêng đối với việc thi hành phán quyết của Trọng tài mà vẫn áp dụng thủ tục chung về thi hành án dân sự như thi hành đối với Bản án, Quyết định của Tòa án, nhiều trường hợp nội dung của Phán quyết Trọng tài không rõ, không thể thi hành và hết thời hạn yêu cầu sửa chữa, giải thích nên cơ quan thi hành án dân sự cũng không được yêu cầu giải thích, đính chính hoặc kiến nghị các cơ quan có thẩm quyền kháng nghị để giải quyết, dẫn đến việc thi hành Phán quyết tồn đọng, nhiều trường hợp gây bức xúc đối với các bên được sự và xã hội.

i) Xác định Cơ quan thi hành án có thẩm quyền thi hành phán quyết trọng tài

Khoản 1 Điều 8 Luật TTTM năm 2010 quy định: *“Cơ quan thi hành án dân sự có thẩm quyền thi hành phán quyết trọng tài là Cơ quan thi hành án dân sự tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương nơi Hội đồng trọng tài ra phán quyết”.* Quy định này được đánh giá là không hợp lý và không tạo điều kiện thuận lợi cho các bên tranh chấp vì trong nhiều trường hợp tại nơi Hội đồng trọng tài ra phán quyết thì người phải thi hành phán quyết lại không có địa chỉ cư trú, tài sản nên Cơ quan thi hành án dân sự phải ủy thác thi hành án dẫn đến tốn kém thời gian và lãng phí cho cơ quan thi hành án dân sự và bên phải thi hành. Do vậy, nên nghiên cứu, sửa đổi theo hướng hiệu quả hơn như trao thẩm quyền cho Cơ quan thi hành án dân sự nơi cư trú, trụ sở, tài sản của người phải thi hành phán quyết.

l) Về thời hiệu khởi kiện

Điều 33 Luật TTTM năm 2010 quy định *“trừ trường hợp luật chuyên ngành có quy định khác, thời hiệu khởi kiện theo thủ tục trọng tài là 02 năm, kể từ thời điểm quyền và lợi ích hợp pháp bị xâm phạm”*, quy định này chưa phù hợp với Điều 429 BLDS năm 2015, theo đó thời hiệu khởi kiện về hợp đồng là *“03 năm, kể từ ngày người có quyền yêu cầu biết hoặc phải biết quyền và lợi ích hợp pháp của mình bị xâm phạm”*.

2.2.2.2. Kiến nghị

a) Nghiên cứu hoàn thiện Luật TTTM năm 2010 theo hướng:

(i) Làm rõ và mở rộng phạm vi giải quyết tranh chấp của Trọng tài thương mại (Điều 2).

(ii) Sửa đổi quy định tại khoản 3 Điều 3 theo hướng xác định người tham gia giải quyết tranh chấp trọng tài còn bao gồm cả người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan.

(iii) Quy định rõ hơn khái niệm trọng tài quy chế và trọng tài vụ việc (Điều 3).

(iv) Sửa đổi quy định tại khoản 1 Điều 8 theo hướng xác định cơ quan thi hành án dân sự có thẩm quyền thi hành phán quyết trọng tài là cơ quan thi hành án dân sự nơi cư trú, nơi có trụ sở, tài sản của người phải thi hành phán quyết.

(v) Hoàn thiện quy định tại khoản 5 Điều 21 theo hướng làm rõ “cơ quan nhà nước có thẩm quyền” mà trọng tài viên có nghĩa vụ cung cấp thông tin bao gồm cơ quan điều tra, Viện kiểm sát, Tòa án có thẩm quyền xem xét Đơn yêu cầu hủy phán quyết trọng tài, cơ quan thuế.

(vi) Sửa đổi Điều 33 theo hướng quy định về thời hiệu khởi kiện theo thủ tục trọng tài là 03 năm, kể từ ngày người có quyền yêu cầu biết hoặc phải biết quyền và lợi ích hợp pháp của mình bị xâm phạm để đảm bảo phù hợp, thống nhất với BLDS năm 2015.

(vii) Bổ sung chế định về trọng tài viên khẩn cấp; trọng tài quốc tế.

(viii) Sửa đổi quy định tại Điều 44 thời hạn yêu cầu tòa án giải quyết đối với trường hợp không đồng ý quyết định của trọng tài về đơn khiếu nại của một/các bên tranh chấp liên quan thẩm quyền giải quyết vụ việc tranh chấp theo hướng dài hơn quy định 5 ngày như hiện tại để phù hợp với thông lệ quốc tế.

(ix) Nghiên cứu tính khả thi của việc cho phép áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời trước thời điểm Hội đồng Trọng tài được thành lập; mở rộng thẩm quyền áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời của hội đồng trọng tài theo hướng cho phép yêu cầu bên tranh chấp khôi phục nguyên trạng để chờ phán quyết về tranh chấp; bổ sung quy định về điều kiện áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời (Điều 49).

(x) Hoàn thiện quy định về nội dung, hình thức và hiệu lực của phán quyết trọng tài tại Điều 61 theo hướng: sửa đổi quy định tại điểm c khoản 1 Điều 61 theo hướng lược bỏ quy định nội dung phán quyết trọng tài phải có nội dung chủ yếu là “*địa chỉ của trọng tài viên*”; nghiên cứu, cân nhắc hoàn thiện quy định về thời hạn ban hành phán quyết trọng tài tại khoản 3 Điều 61 theo hướng cho phép kéo dài hơn thời hạn này đối với một số vụ việc có nội dung phức tạp.

(xi) Sửa đổi quy định tại Điều 63 theo hướng không áp dụng thời hạn Hội đồng trọng tài thực hiện việc giải thích phán quyết trọng tài theo yêu cầu của bên được thi hành và/hoặc của cơ quan thi hành án dân sự.

(xii) Hoàn thiện quy định về hủy phán quyết trọng tài (Điều 68): nghiên cứu, cân nhắc về việc duy trì quy định phán quyết trọng tài bị hủy nếu chứng cứ do các bên cung cấp mà Hội đồng trọng tài căn cứ vào đó để ra phán quyết là giả mạo tại điểm d khoản 2 Điều 68; làm rõ nội hàm “nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam” (điểm đ khoản 2 Điều 68); để hạn chế thực trạng một số phán

quyết của trọng tài chưa đúng với quy định tại Điều 68, Nghị quyết số 01/NQ-HĐTP, đề nghị nghiên cứu hoàn thiện Luật TTTM theo hướng trường hợp Tòa án có thẩm quyền dự định hủy phán quyết trọng tài có yếu tố nước ngoài thì phải báo cáo lên Tòa án cấp cao hơn; nếu Tòa án cấp cao hơn không đồng ý hủy phán quyết trọng tài, Tòa án có thẩm quyền buộc phải bác đơn yêu cầu hủy.

(xiii) Nghiên cứu hoàn thiện cơ chế xem xét lại quyết định của Tòa án hủy hoặc không hủy phán quyết trọng tài theo trình tự, thủ tục giám đốc thẩm (khoản 10 Điều 71)¹⁰⁹.

b) Đề nghị Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao ban hành Nghị quyết về: công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài; hướng dẫn thi hành một số quy định của Bộ luật Tố tụng dân sự về thủ tục công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài.

Nhiệm vụ nghiên cứu, rà soát Luật Trọng tài thương mại đã được xác định và giao Hội Luật gia Việt Nam thực hiện trong năm 2023 – 2025 tại mục 86 Phụ lục 1 Danh mục nhiệm vụ xây dựng pháp luật nhiệm kỳ Quốc hội khóa XV ban hành kèm theo Đề án số 292-ĐA/ĐĐQH15 ngày 20/10/2021 của Đảng đoàn Quốc hội.

2.2.3. Nghị định số 22/2017/NĐ-CP ngày 24/2/2017 của Chính phủ về hòa giải thương mại¹¹⁰

2.2.3.1. *Vướng mắc, bất cập*

(i) Nghị định số 22/2017/NĐ-CP điều chỉnh về phương thức giải quyết tranh chấp nhưng mới chỉ ở tầm nghị định nên còn thiếu các quy định mang tính đột phá nhằm nâng tầm hòa giải thương mại, phù hợp với Luật mẫu UNCITRAL. Cụ thể là tiêu chuẩn, điều kiện trở thành hòa giải viên còn đơn giản, chưa có yêu cầu bắt buộc về việc phải trải qua khóa học về kỹ năng hòa giải. Quy định chưa cho phép các tổ chức được thành lập Trung tâm hòa giải thương mại cũng gây khó khăn cho các tổ chức có đầy đủ năng lực, cơ sở vật chất thành lập các Trung tâm hòa giải. Bên cạnh đó, do giới hạn bởi văn bản dưới luật nên Nghị định số 22/2017/NĐ-CP chưa điều chỉnh hoạt động hòa giải quốc tế mà bước đầu mới quy định về tổ chức hòa giải thương mại nước ngoài tại Việt Nam.

¹⁰⁹ Tham khảo kinh nghiệm quốc tế cho thấy, một số quốc gia như Hàn Quốc, Nhật Bản, vv. cho phép các bên có thể kháng cáo quyết định của tòa về hủy hoặc không hủy phán quyết trọng tài lên tòa án cấp cao hơn; cộng hòa Pháp cho phép giám đốc thẩm quyết định này của tòa. Việc này được coi là bảo đảm được quyền và lợi ích của các bên và cũng tránh được tình trạng Tòa án ra quyết định liên quan đến phán quyết trọng tài tùy tiện. Vì vậy, cần nghiên cứu, cân nhắc hoàn thiện Luật TTTM theo hướng cho phép quyết định của tòa án có thể được giám đốc thẩm. Tham khảo luật mẫu quốc tế, cụ thể là Luật mẫu Trọng tài thương mại năm 1985 (sửa đổi, bổ sung năm 2006) cũng cho thấy có ghi nhận cơ chế này.

¹¹⁰ Báo cáo của Bộ Tư pháp “Rà soát cụ thể, đánh giá pháp luật và kiến nghị hoàn thiện pháp luật về giải quyết tranh chấp hợp đồng bằng phương thức hòa giải thương mại”. Công văn số 324/LĐLSVN ngày 19/10/2021 của Liên đoàn Luật sư Việt Nam góp ý dự thảo Báo cáo tổng thể thực trạng pháp luật hợp đồng, pháp luật giải quyết tranh chấp hợp đồng.

(ii) Nghị định số 22/2017/NĐ-CP quy định phạm vi giải quyết tranh chấp của hòa giải thương mại là tranh chấp phát sinh từ hoạt động thương mại và tranh chấp mà theo quy định của pháp luật được giải quyết bằng hòa giải thương mại. Tuy nhiên, khái niệm thương mại theo Luật Thương mại 2005 của Việt Nam còn khá hẹp, chưa phù hợp với khái niệm thương mại quốc tế. Ngoài ra, theo quy định của pháp luật đất đai và pháp luật lao động thì các tranh chấp về đất đai và lao động thuộc thẩm quyền giải quyết hòa giải của Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp xã¹¹¹ và của hòa giải viên lao động¹¹², trong khi đây là hai loại tranh chấp đứng hàng đầu tại Việt Nam. Như vậy, phạm vi các loại tranh chấp có thể giải quyết bằng hòa giải bị bó hẹp bởi các quy định của pháp luật. Khoản 2 Điều 14 Nghị định số 22/2017/NĐ-CP quy định “*Tranh chấp có thể do một hoặc nhiều hòa giải viên thương mại tiến hành theo thỏa thuận của các bên*”, quy định này không đặt ra trường hợp nếu các bên không có thỏa thuận thì số lượng hòa giải viên trong một vụ tranh chấp là bao nhiêu¹¹³.

(iii) Nghị định số 22/2017/NĐ-CP chưa quy định về một số vấn đề quan trọng:

Điều 4 Nghị định số 22/2017/NĐ-CP quy định các thông tin liên quan đến vụ việc hòa giải phải được giữ bí mật, Điều 9 nghị định này quy định một trong những nghĩa vụ của hòa giải viên là Bảo vệ bí mật thông tin về vụ tranh chấp mà mình tham gia hòa giải, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận bằng văn bản hoặc theo quy định của pháp luật. Tuy nhiên, để đảm bảo tính bảo mật của phương thức hòa giải cần có quy định về hạn chế việc cung cấp hay viện dẫn chứng cứ đã được cung cấp trong quá trình hòa giải làm chứng cứ trong tố tụng trọng tài hoặc tòa án, trừ khi được các bên cho phép¹¹⁴.

Nghị định quy định thỏa thuận hòa giải phải bằng văn bản mà chưa ghi nhận việc các bên thỏa thuận bằng lời nói;

¹¹¹ Điều 202 Luật Đất đai năm 2013.

¹¹² Điều 188, 190 Bộ luật Lao động năm 2019.

¹¹³ Tham khảo Luật Mẫu UNCITRAL về Hòa giải thương mại cho thấy, khoản 1 Điều 6 luật này quy định số lượng hòa giải viên tiến hành hòa giải “*Chỉ có một hòa giải viên, trừ khi các bên thỏa thuận có hai hoặc nhiều hòa giải viên*”.

¹¹⁴ Tham khảo Điều 9, Điều 10 Luật Mẫu UNCITRAL về Hòa giải thương mại cho thấy luật này quy định về tính hợp lệ của bằng chứng trong các phương thức tố tụng khác. Điều 11 Luật Mẫu UNCITRAL về Hòa giải thương mại quy định “*“Hòa giải viên, các bên tranh chấp hay bất kỳ bên thứ ba nào không được viện dẫn hay cung cấp các chứng cứ thu được từ thủ tục hòa giải sau đây hoặc người làm chứng liên quan đến các chứng cứ đó vào thủ tục tố tụng khác (như trọng tài, tòa án): (a) Đề nghị hòa giải của một bên gửi cho bên kia hoặc việc một bên sẵn sàng tham gia thủ tục hòa giải; (b) Quan điểm, đề xuất mà một bên đưa ra trong quá trình hòa giải liên quan đến giải pháp giải quyết vụ việc; (c) Các tuyên bố hay tình tiết được một bên đưa ra hay thừa nhận trong quá trình hòa giải; (d) Các đề xuất do hòa giải viên đưa ra; (e) Việc một bên thể hiện sự sẵn sàng chấp nhận đề xuất giải pháp giải quyết vụ việc do hòa giải viên đưa ra; (f) Tài liệu được lập chỉ để phục vụ mục đích tiến hành thủ tục hòa giải. Các thông tin này nếu được tiết lộ như là chứng cứ ở các thủ tục khác thì sẽ bị coi là vô hiệu*”.

Thiếu quy định về việc các bên không được sử dụng thông tin tiết lộ trong quá trình hòa giải làm bằng chứng trước Tòa khi việc hòa giải không thành và tranh chấp được đưa ra Tòa giải quyết;

Nghị định cũng chưa có quy định về việc thời gian tranh chấp được giải quyết bằng hòa giải không tính vào thời hiệu giải quyết vụ việc, quy định Tòa án từ chối giải quyết vụ tranh chấp nếu các bên có thỏa thuận hòa giải nhưng lại không thực hiện hòa giải theo thỏa thuận hòa giải. Việc thiếu các quy định mang tính quyết định này đã làm giảm tính hấp dẫn của hòa giải thương mại, đặc biệt trong bối cảnh hòa giải thương mại còn rất mới ở Việt Nam.

Nghị định chưa quy định trường hợp các bên đã có thỏa thuận lựa chọn giải quyết tranh chấp bằng phương thức hòa giải thì phải thực hiện thỏa thuận này; trường hợp hòa giải không thành thì mới khởi kiện ra Trọng tài (nếu có thỏa thuận) hoặc Tòa án để giải quyết; Tòa án, Trung tâm Trọng tài từ chối thụ lý giải quyết trong trường hợp các bên đã có thỏa thuận lựa chọn giải quyết tranh chấp bằng phương thức hòa giải mà chưa tiến hành hòa giải¹¹⁵

(iv) Ngoài các bất cập trong các quy định của Nghị định số 22/2017/NĐ-CP nêu trên, còn có một số vấn đề cần tiếp tục nghiên cứu trong bối cảnh phương thức hòa giải thương mại đang được các nước lưu tâm phát triển, trong đó có việc tham gia các Điều ước quốc tế về phương thức giải quyết tranh chấp ngoài tố tụng. Tuy nhiên, hiện nay Việt Nam chưa phải là thành viên của Viện Thống nhất tư pháp quốc tế (UNIDROIT) nên chưa áp dụng một số luật mẫu của UNIDROIT và cũng chưa tham gia Công ước của Liên hợp quốc về thỏa thuận quốc tế giải quyết tranh chấp thông qua hòa giải ký kết năm 2019 (Công ước Singapore), trong khi đã có 53 quốc gia đã trở thành Bên ký kết Công ước, trong đó có nhiều đối tác thương mại quan trọng của Việt Nam.

2.2.3.2. Kiến nghị

(i) Nghiên cứu, chuẩn bị cơ sở lý luận và thực tiễn của việc xây dựng Luật Hòa giải thương mại nhằm khắc phục sự bất cập của pháp luật về hòa giải thương mại. Theo đó, cần mở rộng khái niệm thương mại, hoạt động thương mại; cho phép hòa giải viên thương mại được tham gia giải quyết các vụ việc ngoài phạm vi “thương mại” nếu được các bên tranh chấp mời làm hòa giải viên cho vụ việc tranh chấp của họ; quy định thời gian hòa giải không tính vào thời hiệu đối với các tranh chấp; ghi nhận Tòa án, Trung tâm Trọng tài từ chối thụ lý giải quyết trong trường hợp các bên đã có thỏa thuận lựa chọn giải quyết tranh chấp bằng phương thức hòa giải mà chưa tiến hành hòa giải; quy định về hạn chế việc cung cấp hay viện dẫn chứng cứ đã được cung cấp trong quá trình hòa giải làm chứng cứ trong tố tụng trọng tài hoặc tòa án, trừ khi được các bên cho phép; quy định

¹¹⁵ Điều 13 Luật Mẫu UNCITRAL về Hòa giải thương mại quy định trong trường hợp các bên đã có thỏa thuận hòa giải và cam không khởi kiện ra Tòa án và trọng tài trong một thời gian xác định thì Hội đồng trọng tài hoặc Tòa án phải thừa nhận hiệu lực của thỏa thuận đó và từ chối thụ lý vụ việc cho đến hết thời hạn trong cam kết.

01 hòa giải viên sẽ tiến hành hòa giải trong trường hợp các bên không thỏa thuận số lượng hòa giải viên để giải quyết tranh chấp của mình.

(ii) Nghiên cứu ban hành Quy tắc hòa giải mẫu trên cơ sở tiếp cận các nội dung Quy tắc hòa giải mẫu của UNCITRAL, có chọn lọc phù hợp với bối cảnh và điều kiện kinh tế, xã hội và văn hóa của Việt Nam.

(iii) Xây dựng các chương trình đào tạo bắt buộc về giải quyết tranh chấp thay thế ngoài Tòa án tại các trường đại học luật, trường đào tạo nghề tư pháp.

(iv) Cần nghiên cứu kỹ lưỡng nội dung Công ước Singapore và hiệu quả đối với Việt Nam trong việc gia nhập Công ước này. Từ đó, có kế hoạch tổng thể với lộ trình cho từng bước chuẩn bị để đảm bảo khi gia nhập Việt Nam có đầy đủ cơ sở pháp lý, điều kiện cơ sở vật chất và con người để có thể thực hiện đầy đủ và hiệu quả Công ước Singapore.

II. KIẾN NGHỊ, ĐỀ XUẤT

Trên cơ sở kết quả rà soát tổng thể hệ thống pháp luật về hợp đồng và giải quyết tranh chấp hợp đồng bằng phương thức hòa giải thương mại, trọng tài thương mại, Bộ Tư pháp đề xuất:

1. Các bộ, ngành, cơ quan có liên quan nghiên cứu, xây dựng quy định để sửa đổi, bổ sung các quy định mâu thuẫn, bất cập, không phù hợp với thực tiễn, khắc phục khoảng trống pháp luật

Mục I của Báo cáo rà soát đã thể hiện các kiến nghị khắc phục các quy định mâu thuẫn; bất cập, không phù hợp với thực tiễn, gây khó khăn, kìm hãm sự phát triển của hệ thống pháp luật về hợp đồng, giải quyết tranh chấp bằng phương thức hòa giải thương mại, trọng tài thương mại. Theo đó, Bộ Tư pháp đề xuất sửa đổi, bổ sung nội dung của **12** văn bản, gồm **10** văn bản luật và **02** nghị định của Chính phủ (*Danh mục văn bản quy phạm pháp luật cần được sửa đổi, bổ sung, ban hành mới được thể hiện tại Phụ lục 1; các nội dung cần sửa đổi, bổ sung được thể hiện chi tiết tại mục II.2 ở trên của Báo cáo*). Các văn bản luật được đề xuất sửa đổi, bổ sung đã được xác định tại Phụ lục III Chương trình hành động của Chính phủ nhiệm kỳ 2021-2025 thực hiện Nghị quyết của Quốc hội về kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội 5 năm 2021-2025 ban hành kèm theo Nghị quyết số 99/NQ-CP ngày 31/8/2021; Danh mục văn bản quy phạm pháp luật cần sửa đổi, bổ sung, ban hành mới được ban hành kèm theo Quyết định số 889/QĐ-TTg ngày 07/6/2021 của Thủ tướng Chính phủ; Danh mục nhiệm vụ xây dựng pháp luật nhiệm kỳ Quốc hội khóa XV ban hành kèm theo Đề án số 292-ĐA/ĐĐQH15 ngày 20/10/2021 của Đảng đoàn Quốc hội. Bởi vậy, việc giao nhiệm vụ hoàn thiện các quy định pháp luật về hợp đồng không gây xáo trộn lớn tới kế hoạch công tác của Chính phủ, các Bộ, ngành, tổ chức.

Các Bộ, ngành sử dụng kết quả rà soát và tiếp tục rà soát cập nhật trong quá trình đề xuất, tham mưu và xây dựng các chương trình xây dựng pháp luật và các văn bản quy phạm pháp luật liên quan bảo đảm thống nhất, đồng bộ giữa các văn bản quy phạm pháp luật.

2. Nghiên cứu cơ sở lý luận và thực tiễn cho việc ban hành một số văn bản quy phạm pháp luật mới kịp thời điều chỉnh các vấn đề theo yêu cầu của đời sống xã hội

- Nghiên cứu, chuẩn bị cơ sở lý luận và thực tiễn cho việc ban hành Luật Đăng ký tài sản, Luật Hòa giải thương mại (Bộ Tư pháp).

- Nghiên cứu xây dựng các văn bản mang tính thí điểm, thử nghiệm để điều chỉnh những vấn đề mới phát sinh: để đảm bảo tính ổn định của hệ thống pháp luật, nhất là các đạo luật cơ bản, đồng thời đáp ứng nhu cầu phát triển của xã hội¹¹⁶, cần ban hành văn bản quy phạm pháp luật điều chỉnh về quan hệ hợp đồng trong bối cảnh cuộc Cách mạng công nghiệp lần thứ tư như quy định về đối tượng của hợp đồng, hợp đồng trong nền kinh tế chia sẻ, hợp đồng trong môi trường kỹ thuật số như hợp đồng “thông minh” (smart contract) ứng dụng công nghệ chuỗi khối (blockchain); hợp đồng và giải quyết tranh chấp trong kinh tế dữ liệu (data economy). Đây cũng là chủ trương được nêu tại nhiều Nghị quyết của Đảng ta trong thời gian gần đây, như Nghị quyết số 52-NQ/TW ngày 27/9/2019 của Bộ Chính trị về một số chủ trương, chính sách chủ động tham gia cuộc Cách mạng công nghiệp lần thứ tư đã khẳng định “*phải đổi mới tư duy về quản lý kinh tế, quản lý xã hội, xây dựng, hoàn thiện thể chế cho phù hợp. Cần có cách tiếp cận mở, sáng tạo, cho thí điểm đối với những vấn đề thực tiễn mới đặt ra, tạo mọi thuận lợi cho đổi mới sáng tạo*”; và “*sớm ban hành khung thể chế thử nghiệm có kiểm soát đối với các công nghệ, sản phẩm, dịch vụ, mô hình kinh doanh mới hình thành từ cuộc Cách mạng công nghiệp lần thứ tư*”¹¹⁷; Chiến lược Phát triển kinh tế - xã hội 10 năm 2021 – 2030 đã yêu cầu “*thúc đẩy phát triển mô hình kinh doanh mới, kinh tế số, xã hội số... Cho phép thực hiện cơ chế thử nghiệm chính sách mới, thúc đẩy triển khai và ứng dụng công nghệ mới, đổi mới sáng tạo, mô hình kinh doanh mới*”.¹¹⁸

3. Đề nghị Tòa án nhân dân tối cao:

- Nghiên cứu để tiếp tục hoàn thiện BLTTDS năm 2015.

- Ban hành một số Nghị quyết hướng dẫn áp dụng BLDS năm 2015, BLTTDS năm 2015, Luật TTTM năm 2010 và văn bản có liên quan.

¹¹⁶ Tại Nhật Bản, rất nhiều luật chuyên ngành (còn gọi là luật đặc biệt) được ban hành để đáp ứng tình hình thay đổi, mà các thay đổi diễn ra một cách đa dạng theo từng lĩnh vực đặc thù để kịp thời điều chỉnh quan hệ xã hội mới, đặc thù. Các nhà lập pháp không đặt vấn đề sửa đổi BLDS một cách liên tục để điều chỉnh các vấn đề mới phát sinh trong đời sống xã hội.

¹¹⁷ Mục II.1 và Mục III.2 Nghị quyết số 52-NQ/TW.

¹¹⁸ Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, tập I, NXB Chính trị Quốc gia Sự thật, Hà Nội, 2021, tr. 226

- Đẩy mạnh hoạt động lựa chọn và công bố án lệ để làm rõ hướng giải quyết đối với các quy định mang tính nguyên tắc chung của BLDS năm 2015.

**PHỤ LỤC 1. DANH MỤC CÁC VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT CẦN
ĐƯỢC SỬA ĐỔI, BỔ SUNG, BAN HÀNH MỚI**

TÊN VĂN BẢN	THỜI GIAN	GHI CHÚ	NỘI DUNG HOÀN THIỆN
SỬA ĐỔI, BỔ SUNG			
A. Luật, Bộ luật (10)			
1. Luật Thương mại năm 2005	2025	Nhiệm vụ đã được xác định tại mục 5 Phụ lục I Danh mục văn bản quy phạm pháp luật cần sửa đổi, bổ sung, ban hành mới ban hành kèm theo Quyết định số 889/QĐ-TTg ngày 07/6/2021 của Thủ tướng Chính phủ	Mục I. 2.1.1.2. Báo cáo
2. Luật Nhà ở năm 2014	2022-2024	Nhiệm vụ đã được xác định tại tiểu mục 100, mục V, Phụ lục III Chương trình hành động của Chính phủ ban hành kèm theo Nghị quyết số 99/NQ-CP ngày 31/8/2021	Mục I. 2.1.2.2. Báo cáo
3. Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014.	2022-2024	Nhiệm vụ đã được xác định tại tiểu mục 101, mục V, Phụ lục III Chương trình hành động của Chính phủ ban hành kèm theo Nghị quyết số 99/NQ-CP ngày 31/8/2021	Mục I. 2.1.3.2. Báo cáo
4. Luật Xây dựng năm 2014 (sửa đổi, bổ sung năm 2020)	2025-2026	Nhiệm vụ đã được xác định tại tiểu mục 103, mục V, Phụ lục III Chương trình hành động của Chính phủ ban hành kèm theo Nghị quyết số 99/NQ-CP ngày 31/8/2021	Mục I. 2.1.4.2. Báo cáo
5. Luật Công chứng năm 2014	2023-2024	Nhiệm vụ đã được xác định tại tiểu mục 38, mục II, Phụ lục III Chương trình hành động của	Mục I. 2.1.5.2. Báo cáo

		Chính phủ ban hành kèm theo Nghị quyết số 99/NQ-CP ngày 31/8/2021	
6. Luật Giao dịch điện tử năm 2005	2022	Nhiệm vụ đã được xác định tại tiểu mục 29, mục II, Phụ lục III Chương trình hành động của Chính phủ ban hành kèm theo Nghị quyết số 99/NQ-CP ngày 31/8/2021	Mục I. 2.1.6.2. Báo cáo
7. Luật Dầu khí năm 1993 (sửa đổi, bổ sung năm 2000, 2008).	2022	Nhiệm vụ đã được xác định tại tiểu mục 40, mục II, Phụ lục III Chương trình hành động của Chính phủ ban hành kèm theo Nghị quyết số 99/NQ-CP ngày 31/8/2021	Mục I. 2.1.7.2. Báo cáo
8. Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010	2022-2023	Nhiệm vụ đã được xác định tại tiểu mục 39, mục II, Phụ lục III Chương trình hành động của Chính phủ ban hành kèm theo Nghị quyết số 99/NQ-CP ngày 31/8/2021	Mục I. 2.1.1.2. Báo cáo
9. Luật Trọng tài thương mại năm 2010	2023-2025	Nhiệm vụ đã được xác định và giao Hội Luật gia Việt Nam thực hiện tại mục 86 Phụ lục 1 Danh mục nhiệm vụ xây dựng pháp luật nhiệm kỳ Quốc hội khóa XV ban hành kèm theo Đề án số 292-ĐA/ĐĐQH15 ngày 20/10/2021 của Đảng đoàn Quốc hội	Mục I. 2.2.2.2. Báo cáo
10. Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015	2023-2026		Mục I. 2.2.1.2. Báo cáo
B. Nghị định (02)			
11. Nghị định số 33/2013/NĐ-CP ngày 22/4/2013 của	2022-2023		Mục I. 2.1.9.2. Báo cáo

Chính phủ ban hành hợp đồng mẫu của Hợp đồng Chia sản phẩm dầu khí			
12. Nghị định số 65/2013/NĐ-CP ngày 27/6/2013 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật thuế thu nhập cá nhân và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật thuế thu nhập cá nhân	2022-2023		Mục I. 2.1.10.2. Báo cáo
BAN HÀNH MỚI			
Luật (02)			
13. Luật Đăng ký tài sản	2022-2026	Nghiên cứu, chuẩn bị cơ sở lý luận và thực tiễn của việc xây dựng luật	Mục I.2.1.11.2. Báo cáo
14. Luật Hòa giải thương mại	2022-2026	Nghiên cứu, chuẩn bị cơ sở lý luận và thực tiễn của việc xây dựng luật	Mục I.2.2.3.2. Báo cáo