



TRUNG TÂM TRỌNG TÀI QUỐC TẾ VIỆT NAM
BÊN CẠNH PHÒNG THƯƠNG MẠI VÀ CÔNG NGHIỆP VIỆT NAM

Nhận định điểm mới của Luật **Tạo bút phá** 2021 cho doanh nghiệp

THÁNG 1/2021



Thư ngỏ

Năm 2020 là một năm chứng kiến nhiều biến động của nền kinh tế thế giới nói chung và Việt Nam nói riêng do dịch Covid-19. Dưới tác động của dịch bệnh, không thể phủ nhận doanh nghiệp đã trải qua thời kỳ đầy khó khăn khi hoạt động kinh doanh bị ngừng trệ trong thời gian dài. Nhưng cũng chính từ ảnh hưởng của Covid-19, doanh nghiệp đã tìm ra được nhiều phương thức mới, Nhà nước cũng có nhiều thay đổi trong chính sách nhằm cải thiện môi trường kinh doanh, chống đỡ và khôi phục dần nền kinh tế. Điển hình cho bước tiến đó là việc xây dựng và ban hành những văn bản quy phạm pháp luật mới vào cuối năm 2020, đầu năm 2021. Cụ thể, tại Kỳ họp thứ 9 khóa XIV, Quốc Hội đã chính thức thông qua Luật doanh nghiệp 2020 và Luật Đầu tư 2020 với những điểm sửa đổi đáng chú ý; cùng với đó, nhiều văn bản quy phạm pháp luật khác cũng được các chuyên gia thảo luận, đóng góp ý kiến và chuẩn bị ban hành. Có thể thấy, song song với những nỗ lực tự thân của doanh nghiệp, những chuyển biến mới trong khung pháp lý hứa hẹn mang đến một môi trường kinh doanh thuận lợi và chất lượng hơn; góp phần tạo nên điểm tựa vững chắc giúp doanh nghiệp nhanh chóng hồi phục và bứt phá sau thời kỳ Covid-19.

Với mục tiêu đồng hành và sát cánh cùng doanh nghiệp trong bối cảnh hiện tại cũng như thời gian tới, tiếp nối Ấn phẩm mùa Covid-19 phát hành trong năm 2020 vừa rồi, đầu năm 2021, Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam (VIAC) gửi đến Quý doanh nghiệp Ấn phẩm “Nhận định điểm mới của Luật – Tạo bứt phá cho doanh nghiệp năm 2021” nhằm cung cấp cái nhìn tổng quan về những thay đổi đáng chú ý trong khung pháp lý; qua đó hỗ trợ doanh nghiệp áp dụng quy định pháp luật hiệu quả hơn, khuyến khích doanh nghiệp nỗ lực, mạnh dạn thay đổi nhằm phù hợp hơn với thay đổi của thị trường.

Thông qua ấn phẩm, VIAC mong muốn có thể gửi đến những bài học, thông điệp có ích, đóng góp thiết thực vào tiến trình phục hồi của doanh nghiệp sau một năm 2020 đầy biến động, đồng thời giúp doanh nghiệp tạo cho mình một bộ phận mới trong năm 2021.

Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam

CONTENTS

trang 03

|

Các điểm mới
quan trọng của
quyền cổ đông
trong Luật
Doanh nghiệp

2020



02



01

Điều kiện tiếp
cận thị trường
cho nhà đầu tư
nước ngoài theo
Luật Đầu tư 2020
và các tác động
đối với hoạt động
của doanh nghiệp
Việt Nam

|

trang 01



03

Kiểm soát tập
trung kinh tế
trong giao dịch
M&A - Những
điểm cần chú ý
khung pháp
lý thay đổi

|

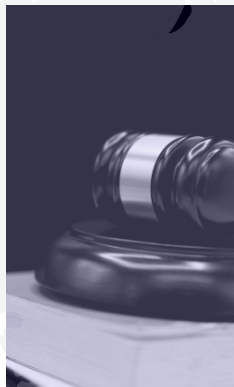
trang 05

trang 07

|

Lịch sử con dấu
và quy định mới
tại Luật Doanh
nghiệp 2020
- những điểm
cần lưu ý

04



trang 12

|

Giải quyết tranh
chấp trực tuyến
trong thời đại
Covid-19: Tiềm
năng và hạn chế

06



05

Ngành, nghề
cấm đầu tư kinh
doanh và hành
vi đầu tư kinh
doanh bị cấm
theo Luật Đầu
tư 2020

|

trang 10



07

Quy định mới về
hoạt động
thương mại điện
tử của tổ chức
nước ngoài trên
sàn giao dịch
điện tử Việt Nam

|

trang 15

ĐIỀU KIỆN TIẾP CẬN THỊ TRƯỜNG CHO NHÀ ĐẦU TƯ NƯỚC NGOÀI THEO LUẬT ĐẦU TƯ 2020 VÀ CÁC TÁC ĐỘNG ĐỐI VỚI HOẠT ĐỘNG CỦA DOANH NGHIỆP VIỆT NAM

Luật Đầu tư 2020 có hiệu lực thi hành kể từ ngày 01/01/2021 quy định nhiều điểm mới liên quan đến hoạt động đầu tư kinh doanh nói chung và hoạt động đầu tư kinh doanh của nhà đầu tư nước ngoài nói riêng. Một trong những điểm mới nổi bật, được cộng đồng doanh nghiệp đánh giá cao đó là việc các nhà làm luật đã thay đổi cách tiếp cận về điều kiện tiếp cận thị trường áp dụng đối với nhà đầu tư nước ngoài. Bài viết dưới đây sẽ tập trung vào phân tích điểm mới quan trọng này và dự liệu tác động của nó đến hoạt động của doanh nghiệp Việt Nam.

Ls. Phạm Quốc Tuấn

- Trọng tài viên Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam VIAC
- Luật sư điều hành Công ty Luật TNHH DIMAC



Ls. Hoàng Thanh Tuấn

- Luật sư Công ty Luật TNHH DIMAC



Thay đổi điều kiện tiếp cận thị trường từ “chọn-cho” sang “chọn-bỏ”

Theo quy định tại Luật Đầu tư 2014 và Nghị định số 118/2015/NĐ-CP ngày 12/11/2015 của Chính phủ (“**Nghị định 118**”) thì nhà đầu tư nước ngoài phải đáp ứng điều kiện đầu tư khi thực hiện hoạt động đầu tư trong những ngành, nghề đầu tư có điều kiện đối với nhà đầu tư nước ngoài theo quy định tại các luật, pháp lệnh, nghị định, điều ước quốc tế về đầu tư.¹ Theo cách tiếp cận này, nhà đầu tư nước ngoài phải đáp ứng các điều kiện đầu tư được quy định tại nhiều văn bản khác nhau, bao gồm luật, pháp lệnh, nghị định và điều ước quốc tế về đầu tư, trong khi các điều ước quốc tế về đầu tư có thể có cách tiếp cận không giống nhau.

Cụ thể, Biểu cam kết của Việt Nam trong Tổ chức thương mại thế giới (WTO) (“**Biểu cam kết**”) quy định điều kiện đầu tư theo hướng “chọn-cho” (positive list). Điều này nghĩa là nước ta cam kết mở cửa ở mức độ thế nào thì nhà đầu tư nước ngoài phải chịu cách áp dụng như thế. Trong khi đó, có một số Hiệp định song phương hoặc Hiệp định tự do thương mại thế hệ mới trong thời gian gần đây lại quy định điều kiện đầu tư theo hướng chọn-bỏ (negative list), hay nói cách khác hiệp định chỉ quy định các vấn đề hạn chế đầu tư và nếu không thuộc các vấn đề này thì nhà đầu tư được phép thực hiện. Dù vậy, trên thực tế đối với cả những ngành hay

phân ngành dịch vụ chưa cam kết hoặc không được quy định tại Biểu cam kết của Việt Nam trong WTO và điều ước quốc tế về đầu tư khác mà pháp luật Việt Nam chưa có quy định về điều kiện đầu tư đối với nhà đầu tư nước ngoài, bao gồm cả trường hợp hiệp định song phương không có quy định hạn chế đầu tư, thì Cơ quan đăng ký đầu tư phải lấy ý kiến Bộ Kế hoạch và Đầu tư và Bộ quản lý ngành để xem xét, quyết định theo Điểm đ, Khoản 2, Điều 10 của Nghị định số 118.

Để tháo gỡ vướng mắc này, Luật Đầu tư 2020 bổ sung quy định về Danh mục ngành, nghề tiếp cận thị trường có điều kiện đối với nhà đầu tư nước ngoài (“**Danh mục Ngành nghề Tiếp cận Thị trường có Điều kiện**”), được vận hành theo cách tiếp cận “chọn-bỏ”. Danh mục này sẽ do Chính phủ công bố bao gồm (i) Ngành, nghề nhà đầu tư nước ngoài chưa được tiếp cận thị trường; và (ii) Ngành, nghề nhà đầu tư nước ngoài được tiếp cận thị trường có điều kiện. Ngoài danh mục này, nhà đầu tư nước ngoài được áp dụng các điều kiện tiếp cận thị trường như quy định đối với nhà đầu tư trong nước.

1. Khoản 6 Điều 2 Nghị định 118



Sự hạn chế của cách tiếp cận “chọn-cho” và ưu điểm của cách tiếp cận “chọn-bỏ”

Có thể thấy rằng, việc liệt kê các ngành, nghề và điều kiện tiếp cận thị trường quy định tại Biểu cam kết và Luật Đầu tư 2014 được thiết kế theo dạng danh mục *chọn-cho* trên thực tế đã phần nào hạn chế khả năng tiếp cận thị trường của nhà đầu tư nước ngoài so với các doanh nghiệp nội địa. Về mặt lý thuyết và góc độ quản lý, cơ chế này nhằm đảm bảo mức độ bảo hộ nhất định đối với sự phát triển của nhiều ngành, nghề, cũng như phần nào đảm bảo cơ hội cạnh tranh của doanh nghiệp Việt Nam trên sân nhà. Tuy nhiên, việc Cơ quan đăng ký đầu tư phải lấy ý kiến Bộ Kế hoạch và Đầu tư và Bộ quản lý ngành trên thực tế cũng kéo dài thời gian và chi phí thực hiện thủ tục đầu tư cho nhà đầu tư nước ngoài. Trong một số trường hợp, cơ quan đăng ký đầu tư có thể từ chối việc tiếp cận thị trường của nhà đầu tư nước ngoài dựa trên ý kiến của Bộ Kế hoạch và Đầu tư và Bộ quản lý ngành, mà căn cứ từ chối nhiều khi không hẳn thuyết phục có thể làm cho hoạt động đầu tư nước ngoài vào Việt Nam bị ảnh hưởng.

Cách tiếp cận dài hạn, tạo đà cho sự phát triển bền vững và phù hợp với chủ trương chung của Đảng² yêu cầu cần có những thay đổi phù hợp về chính sách đối với đầu tư nước ngoài. Theo đó, khu vực kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài cần được khuyến khích và tạo điều kiện để phát triển và cạnh tranh lành mạnh với các khu vực kinh tế khác. Để triển khai Nghị quyết số 50-NQ/TW của Bộ Chính trị về định hướng hoàn thiện thể chế, chính sách và nâng cao hiệu quả hợp tác đầu tư nước ngoài, Luật Đầu tư 2020 đã sử dụng phương pháp *chọn-bỏ* khi tiếp cận việc thiết lập các điều kiện tiếp cận thị trường đối với nhà đầu tư nước ngoài.

Phương pháp chọn-bỏ có ưu điểm so với phương pháp của Luật đầu tư 2014, thể hiện chỉ giới hạn cụ thể các nhà đầu tư nước ngoài đối với các ngành, nghề thuộc nhóm chưa được tiếp cận thị trường và có điều kiện, còn ngoài ra thì các điều kiện tiếp cận thị trường đối với nhà đầu tư nước ngoài sẽ tương tự với các điều kiện áp dụng với các nhà đầu tư nội địa. Tính hiệu quả của cách tiếp cận này sẽ phát huy khi Danh mục Ngành nghề Tiếp cận Thị trường có Điều kiện đối với nhà đầu tư nước ngoài được các văn bản hướng dẫn quy định cụ thể và rõ ràng, cũng như việc triển khai, thi hành và áp dụng đúng đắn của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Các ảnh hưởng đến hoạt động của doanh nghiệp Việt Nam

Khi áp dụng cách tiếp cận chọn-bỏ thì về dài hạn, thủ tục tiếp cận thị trường được thuận lợi hơn sẽ góp phần tạo nên làn sóng nhà đầu tư nước ngoài gia nhập thị trường Việt Nam. Điều này chắc chắn tạo ra một xu hướng tích cực, đó là nâng cao khả năng cạnh tranh lành mạnh giữa doanh nghiệp Việt Nam đã hoạt động trên thị trường với các doanh nghiệp mới do các nhà đầu tư nước ngoài thành lập tại Việt Nam hoặc hoạt động dưới các hình thức đầu tư hợp pháp khác. Thực tế nhiều năm tham gia các

hiệp định thương mại quốc tế đến nay cho thấy quy mô nền kinh tế của nước ta ngày càng phát triển. Theo số liệu được thông tin tại Cổng thông tin điện tử Chính phủ³, cùng với tham gia WTO, việc thực thi các Hiệp định thương mại tự do đã góp phần thúc đẩy GDP của Việt Nam tăng hơn 300%, kim ngạch xuất nhập khẩu tăng 350% và tổng kim ngạch xuất-nhập khẩu đã đạt mức kỷ lục, vượt mốc 500 tỷ USD trong năm 2019.

Mặc dù vậy, về áp lực và thách thức, do cơ chế theo Luật đầu tư 2020 có xu hướng mở cho các nhà đầu tư nước ngoài nên những năm sắp tới, chắc chắn sẽ có những doanh nghiệp nội địa của Việt Nam bị thanh lọc và đào thải nếu không chịu hoặc thực hiện không đủ nhanh việc đổi mới, tái cấu trúc và bắt kịp với những tiến bộ trong quản lý, cách vận hành và áp dụng những tiến bộ công nghệ mà các nhà đầu tư nước ngoài mang vào Việt Nam.

Như vậy, với cơ chế chọn-bỏ đã chính thức được quy định trong Luật đầu tư 2020, các nhà đầu tư nước ngoài được hiểu là có thể tiếp cận thuận lợi hơn đối với thị trường Việt Nam. Điều này đương nhiên tạo ra áp lực rất lớn cho doanh nghiệp nội địa, khi thị trường trong thời gian tới đây sẽ đón nhận một làn sóng mới những nhà đầu tư nước ngoài gia nhập. Nếu không kịp thích nghi và thay đổi, sẽ có rất nhiều doanh

nh nghiệp Việt Nam bị tác động và thậm chí có thể bị loại bỏ khỏi thị trường. Mặc dù vậy, theo hướng tích cực, rất nhiều doanh nghiệp Việt Nam chắc chắn cũng nhận ra thách thức này, chấp nhận luật chơi để biến đây thành một cơ hội lớn, giúp họ nâng cao năng lực cung cấp dịch vụ, khả năng sản xuất, quản lý và lãnh đạo và từ đó hướng ra biển lớn, đủ sức cạnh tranh với các doanh nghiệp cùng ngành sẽ gia nhập. Điều này là một cơ chế tự nhiên và theo đó sẽ tạo ra sức bật cho cả nền kinh tế của Việt Nam phát triển trong những năm sắp tới.



2. Nghị quyết số 50-NQ/TW của Bộ Chính Trị về định hướng hoàn thiện thể chế, chính sách, nâng cao chất lượng, hiệu quả hợp tác đầu tư nước ngoài đến năm 2030

3. <http://baohinhphu.vn/Tin-noi-bat/Dai-lo-hoi-nhap-va-dau-an-nguoi-mo-duong/414411.vgp>

Các điểm mới quan trọng của quyền cổ đông trong Luật Doanh nghiệp 2020

Luật sư Vũ Thu Hằng

Hòa giải viên Trung tâm Hòa giải Việt Nam
thuộc Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam (VIAC)
Luật sư điều hành Công ty Luật TNHH Liên Kết Thanh Danh



Luật Doanh nghiệp số 59/2020/QH14 (“LDN 2020”) được Quốc hội thông qua ngày 17/06/2020 sẽ chính thức có hiệu lực vào ngày 01/01/2020 với nhiều nội dung sửa đổi trọng yếu so với Luật Doanh nghiệp số 68/2014/QH13 (“LDN 2014”). Nhìn lại quá trình ban hành và thực thi LDN 2014, phải ghi nhận những tiến bộ đáng kể trong việc tạo dựng hành lang pháp lý rõ ràng bảo vệ quyền lợi hợp pháp của nhà đầu tư, đặc biệt là cổ đông trong công ty cổ phần, một loại hình doanh nghiệp phổ biến trong nền kinh tế phát triển. Thực tế trong thời gian vừa qua, số lượng các vụ tranh chấp giữa (các) cổ đông nắm một số lượng cổ phần nhất định và người quản lý ngày càng tăng, đặc biệt liên quan đến quản trị doanh nghiệp, công khai minh bạch giao dịch với người có liên quan. LDN 2020 đã có một số thay đổi đáng lưu ý về quyền cổ đông trong công ty cổ phần nhằm tăng cường bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của nhà đầu tư trong loại hình doanh nghiệp này. Dưới đây là tóm tắt một số điểm đổi mới đáng lưu ý của LDN 2020 so với LDN 2014 về vấn đề này.

Quyền của (các) cổ đông nắm giữ 5% và 10% cổ phần

Ngoài các quyền của cổ đông phổ thông được giữ nguyên như LDN 2014, điểm mới đáng lưu ý thứ nhất là LDN 2020 quy định thêm về quyền của cổ đông hoặc nhóm cổ đông nắm giữ từ 5% tổng số cổ phần phổ thông trở lên hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn theo quy định tại Điều lệ công ty. Cụ thể là các cổ đông này có các quyền nhất định về thông tin như xem xét, tra cứu, trích lục một số tài liệu; có quyền triệu tập cuộc họp cổ đông để đánh giá các hành động của Hội đồng Quản trị (“HĐQT”) hoặc những người quản lý khác của công ty; có quyền yêu cầu Ban Kiểm soát (“BKS”) kiểm tra từng vấn đề cụ thể liên quan đến quản lý, điều hành hoạt động của công ty khi xét thấy cần thiết (Khoản 2 Điều 115). Trong LDN 2014, các quyền này chỉ thuộc về cổ đông hoặc nhóm cổ đông nắm giữ từ 10% tổng số cổ phần phổ thông trở lên và phải trong thời hạn liên tục sáu tháng (Khoản 2 Điều 114). Quy định mới về quyền của (các) cổ đông nắm giữ từ 5% quyền biểu quyết thay vì 10% như trước đây có thể nhằm tương đồng với quy định về cổ đông lớn trong Luật Chứng khoán 54/2019/QH14 được Quốc hội ban hành ngày 29/11/2019 và sẽ có hiệu lực thi hành từ 01/01/2021. Theo quy định của Luật Chứng khoán tại Khoản 18 Điều 4, “cổ đông lớn” được định nghĩa là cổ đông sở hữu từ 5% trở lên số cổ phiếu có quyền biểu quyết của một tổ chức phát hành. Với sự phát triển mạnh mẽ của nền kinh tế như hiện nay với số lượng các công ty cổ phần có vốn hóa lớn, tỷ lệ nắm giữ 5% cổ phần biểu quyết của cổ đông tại bất cứ thời điểm nào mà không cần thời hạn

nhất định (như sáu tháng liên tục) để có thể thực thi các quyền như trên là phù hợp và sát thực tế.

Một điểm sửa đổi mới đáng lưu ý đối với quyền tiếp cận thông tin của (các) cổ đông lớn là LDN 2020 đã bổ sung thêm quyền xem xét, trích lục (các) hợp đồng, giao dịch phải thông qua HĐQT và tài liệu khác trừ tài liệu liên quan đến bí mật thương mại, bí mật kinh doanh của công ty. Quy định này mở rộng quyền tiếp cận thông tin và tăng khả năng giám sát của (các) cổ đông đối với các giao dịch cần được giám sát như giao dịch với người có liên quan nhằm hạn chế việc thất thoát tài sản, gây thiệt hại cho công ty. Tuy nhiên, quyền tiếp cận thông tin này bị hạn chế đối với các tài liệu liên quan đến bí mật thương mại, bí mật kinh doanh của công ty. Để tránh điều khoản loại trừ này bị lạm dụng, cần phải có định nghĩa rõ ràng thế nào là “bí mật thương mại, bí mật kinh doanh” trong phạm vi Điểm a Khoản 2 Điều 116.

Đối với (các) cổ đông nắm giữ từ 10% tổng số cổ phần phổ thông trở lên hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn theo quy định tại Điều lệ công ty, LDN 2020 ghi nhận quyền đề cử người vào HĐQT và BKS nhưng đã loại bỏ yêu cầu việc (các) cổ đông phải liên tục nắm giữ cổ phần từ sáu tháng trở lên (Khoản 3 Điều 116). Đây là một thay đổi tích cực bởi nó cho phép cổ đông mới của một công ty cổ phần có thể thực thi quyền của chủ sở hữu kiểm soát công ty thông qua việc đề cử nhân sự vào các chức danh quản lý công ty ngay khi họ có được số cổ phần cần thiết thay vì

phải đợi thêm sáu tháng. Thực tế từ trước tới nay trong các giao dịch mua bán sáp nhập doanh nghiệp (M&A), để tránh yêu cầu thời hạn nắm giữ đủ sáu tháng liên tục mới có quyền giới thiệu người vào HĐQT và BKS, các bên trong giao dịch luôn phải có thỏa thuận về việc cổ đông hiện hữu (bên bán) có nghĩa vụ triệu tập Đại hội đồng cổ đông bất thường để bãi nhiệm người đại diện phần vốn góp của mình trong HĐQT và/hoặc BKS và bầu bổ nhiệm người đại

diện phần vốn góp của cổ đông nhận chuyển nhượng (bên mua) vào các vị trí thay thế tương ứng. Trong trường hợp (các) cổ đông mới chưa có quyền luật định để tham gia giám sát hoạt động của công ty trong giai đoạn chuyển tiếp sáu tháng này, người quản lý doanh nghiệp có thể lợi dụng khoảng thời gian cửa sổ này để thực hiện các giao dịch dàn xếp chuyển lợi nhuận của công ty về các doanh nghiệp khác hoặc tẩu tán tài sản gây thiệt hại cho công ty.

Quyền khởi kiện của (các) cổ đông nắm giữ 1% cổ phần

LDN 2020 cũng có thay đổi về quyền khởi kiện của (các) cổ đông đối với người quản lý công ty; cụ thể là LDN 2020 đã bỏ yêu cầu thời hạn nắm giữ liên tục trong sáu tháng của (các) cổ đông nắm giữ ít nhất 1% cổ phần để (các) cổ đông này có thể thực thi quyền tự mình hoặc nhân danh công ty khởi kiện người quản lý công ty liên quan đến các quyết định, hành động trong quá trình điều hành doanh nghiệp (Khoản 1 Điều 166).



LDN 2020 cũng giới thiệu thêm khái niệm “trách nhiệm liên đới” của thành viên HĐQT, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc liên quan đến quyền khởi kiện của (các) cổ đông nắm giữ 1% cổ phần trở lên trong khi LDN 2014 chỉ có khái niệm trách nhiệm dân sự của các đối tượng này. Ngoài ra, trong khi LDN 2014 chỉ quy định chung về quyền khởi kiện của (các) cổ đông nắm giữ 1% cổ phần trở lên thì LDN 2020 lại ghi rõ nội dung yêu cầu của cổ đông khi khởi kiện là “yêu cầu hoàn trả lợi ích hoặc bồi thường thiệt hại cho công ty hoặc người khác”. Định nghĩa về “người khác” trong quy định này cũng cần phải được hướng dẫn cụ thể trong văn bản hướng dẫn thi hành LDN 2020 để đảm bảo việc thực thi quyền của cổ đông được chính xác.

Nhận định sơ bộ

Các sửa đổi đáng lưu ý liên quan đến quyền của cổ đông trong công ty cổ phần như được trình bày ở trên có thể xem là tiến bộ và phù hợp với sự phát triển của thị trường, đảm bảo quyền của chủ sở hữu vốn khi đầu tư vào công ty cổ phần. Các quyền quan trọng như tiếp cận thông tin, giám sát sự minh bạch, đề cử người vào các chức danh quản lý trong hoạt động điều hành doanh nghiệp cũng như quyền khởi kiện bảo vệ lợi ích hợp pháp bị xâm phạm của cổ đông phải được công nhận và thực thi kể từ thời điểm cổ đông hoàn tất các thủ tục luật định về góp vốn, mua cổ phần và chính thức được ghi nhận là cổ đông của công ty. Tuy nhiên, như đã trình bày ở trên, một số thuật ngữ cần được quy định rõ ràng trong các văn bản hướng dẫn thi hành LDN 2020 để đảm bảo việc thực hiện quyền được rõ ràng, thông suốt.



Luật sư Trần Thanh Tùng

Luật sư thành viên Công ty Luật Global Vietnam Lawyers

Kiểm soát tập trung kinh tế trong giao dịch M&A

Những điểm cần chú ý khi khung pháp lý thay đổi

M&A dưới góc độ Luật Cạnh tranh

Mua lại và sáp nhập (M&A) là việc mua vốn hoặc tài sản trong doanh nghiệp mục tiêu đến mức có thể kiểm soát được doanh nghiệp này. Nhìn từ góc độ kinh doanh, có nhiều lý do để các doanh nghiệp tiến hành M&A như mở rộng danh mục đầu tư, hoàn thiện chuỗi sản xuất, loại bỏ đối thủ cạnh tranh trên thị trường. Trên phương diện pháp lý, khung pháp lý điều chỉnh đối với hoạt động M&A sẽ bao gồm pháp luật về hợp đồng (như Bộ Luật dân sự, Luật Thương mại), pháp luật về đầu tư và doanh nghiệp (Luật Đầu tư, Luật Doanh nghiệp) và tùy theo đối tượng của giao dịch M&A, có thể có Luật Chứng khoán, Luật Đất đai, v.v. Trong trường hợp các giao dịch M&A có tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh thì Luật Cạnh tranh sẽ điều chỉnh đối với giao dịch.



Luật Cạnh tranh nhìn nhận M&A là hành vi tập trung kinh tế. Cụ thể hơn, tập trung kinh tế chịu sự điều chỉnh của Luật Cạnh tranh bao gồm: (1) Sáp nhập doanh nghiệp; (2) Hợp nhất doanh nghiệp; (3) Mua lại doanh nghiệp; (4) Liên doanh giữa các doanh nghiệp; và (5) Các hình thức tập trung kinh tế khác. Dưới những điều kiện nhất định, tập trung kinh tế có khả năng tạo ra các doanh nghiệp với quy mô lớn, thay đổi cấu trúc thị trường liên quan (vì tập trung kinh tế thường làm giảm số lượng doanh nghiệp trên thị trường liên quan) và từ đó tác động đến sự cạnh tranh trên thị trường. Vì lý do đó, kiểm soát tập trung kinh tế là một nhiệm vụ trọng tâm của Luật Cạnh tranh, ngoài nhiệm vụ chống độc quyền.

Kiểm soát tập trung kinh tế trong Luật Cạnh tranh

Luật Cạnh tranh điều chỉnh hoạt động M&A nhằm đảm bảo M&A dự kiến không gây tác động hạn chế cạnh tranh – tức là tác động loại trừ, làm giảm, sai lệch hoặc cản trở cạnh tranh trên thị trường. Để đánh giá tác động của một hoạt động tập trung kinh tế đối với sự cạnh tranh trên thị trường, Luật Cạnh tranh đưa ra cơ chế đánh giá tác động tích cực và tiêu cực của tập trung kinh tế đối với hoạt động cạnh tranh trên thị trường.

Một tiêu cực (tức là tác động hạn chế cạnh tranh) của tập trung kinh tế được xem xét dựa vào các yếu tố:

- 1 Thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế trên thị trường liên quan
- 2 Mức độ tập trung trên thị trường liên quan trước và sau khi tập trung kinh tế
- 3 (Mối quan hệ của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế trong chuỗi sản xuất, phân phối, cung ứng hàng hóa, dịch vụ hoặc ngành, nghề kinh doanh của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế là đầu vào của nhau hoặc hỗ trợ cho nhau
- 4 Lợi thế cạnh tranh do tập trung kinh tế mang lại trên thị trường liên quan
- 5 Khả năng doanh nghiệp sau tập trung kinh tế tăng giá hoặc tăng tỷ suất lợi nhuận trên doanh thu một cách đáng kể
- 6 Khả năng doanh nghiệp sau tập trung kinh tế loại bỏ hoặc ngăn cản doanh nghiệp khác gia nhập hoặc mở rộng thị trường
- 7 Yếu tố đặc thù trong ngành, lĩnh vực mà các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế

Ở chiều ngược lại, tác động tích cực của việc tập trung kinh tế sẽ căn cứ vào các yếu tố:

- 1 Tác động tích cực đến việc phát triển của ngành, lĩnh vực và khoa học, công nghệ theo chiến lược, quy hoạch của Nhà nước
- 2 Tác động tích cực đến việc phát triển doanh nghiệp nhỏ và vừa
- 3 Tăng cường sức cạnh tranh của doanh nghiệp Việt Nam trên thị trường quốc tế

Giao dịch M&A nhằm đáp ứng cho nhu cầu hoàn thiện chuỗi sản xuất, mở rộng danh mục sản phẩm hoặc giảm sức ép cạnh tranh. Bởi vậy, từ góc độ ngành nghề kinh doanh, doanh nghiệp có thể mua một doanh nghiệp đối thủ (tập trung kinh tế theo chiều ngang), mua một doanh nghiệp để hoàn thiện chuỗi sản xuất (tập trung kinh tế theo chiều dọc) hoặc mua một doanh nghiệp nằm ngoài hệ sinh thái ấy (tập trung kinh tế theo kiểu tập đoàn). Chính vì lẽ ấy so với Luật Cạnh tranh 2004, đã có sự thay đổi lớn trong cách thức kiểm soát tập trung kinh tế trong Luật Cạnh tranh 2018. Luật Cạnh tranh 2018 không chỉ căn cứ vào tiêu chí thị phần để đánh giá tác động của tập trung kinh tế đối với cạnh tranh mà dựa vào tác động tổng thể - tác động “hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể”. Khi dựa vào thị phần như là tiêu chí duy nhất, tức là chỉ kiểm soát các giao dịch theo chiều ngang, Luật Cạnh tranh 2004 đã vô tình bỏ lọt lưới các giao dịch theo chiều dọc, mà trong nhiều trường

hợp, mức độ tác động hạn chế cạnh tranh cũng không thua gì các giao dịch theo chiều ngang; còn tác động “hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể” được tổng hợp bởi nhiều yếu tố như thị phần, độ tập trung của thị trường, sức mạnh của doanh nghiệp sau tập trung kinh tế v.v. do vậy sẽ chính xác hơn.

Nhìn rộng hơn, tư tưởng trong việc kiểm soát tập trung kinh tế trong Luật Cạnh tranh cũng đã thay đổi, cụ thể Ủy ban Cạnh tranh Quốc gia sẽ đánh giá một cách tổng thể và hợp lý tác động tích cực/tiêu cực của giao dịch tập trung kinh tế đó đối với cạnh tranh – phương pháp “đánh giá tác động hợp lý” hay “rule of reason”. Theo cách tiếp cận mới này, Ủy ban Cạnh tranh Quốc gia có tiếng nói quyết định trong việc đánh giá tác động đối với cạnh tranh của một giao dịch tập trung kinh tế cụ thể và quyết định xem giao dịch có thể được thực hiện hay không.

Những lưu ý khi tiến hành M&A

Tự soát xét vị thế của doanh nghiệp trên thị trường liên quan

Như đã phân tích trên, các tiêu chí để xác định một giao dịch M&A được thực hiện hoặc bị cấm tương đối phức tạp và một số mang tính định tính hơn là định lượng. Tuy vậy, có một số tiêu chí được định lượng rõ ràng như tổng tài sản của các bên liên quan, giá trị của giao dịch, tổng doanh số mua và bán hoặc thị phần trên thị trường liên quan. Và hơn ai hết, doanh nghiệp là người biết rõ nhất bản thân doanh nghiệp mình và những đối thủ cạnh tranh của mình trên thị trường. Do vậy, doanh nghiệp hoàn toàn có thể nắm được thông tin về tổng tài sản của các bên liên quan, giá trị của giao dịch, tổng doanh số mua vào và bán hoặc thị phần trên thị trường liên quan v.v. Trên cơ sở đó, doanh nghiệp là người đầu tiên có thể dự đoán được giao dịch M&A dự kiến của mình có thuộc diện bị cấm hoặc phải thông báo tập trung kinh tế hay không. Từ cách nhìn đó, doanh nghiệp cần tập hợp các thông tin sẵn có để xem xét, đánh giá vị thế của mình trên thị trường và nội dung giao dịch M&A dự kiến, từ đó chuẩn bị các thông tin, tài liệu, phương án cũng như cách thức giải trình với Ủy ban Cạnh tranh Quốc gia trong trường hợp giao dịch thuộc diện phải thông báo tập trung kinh tế.

Chuẩn bị cấu trúc giao dịch một cách cẩn thận

Giao dịch M&A không chỉ bị điều chỉnh bởi Luật Cạnh tranh mà còn bị điều chỉnh bởi nhiều luật liên quan như Luật Đầu tư, Luật Doanh nghiệp, Luật Chứng khoán, Luật Đất đai v.v. Do vậy, các bên liên quan cần cẩn thận chuẩn bị cấu trúc giao dịch phù hợp để có thể tuân thủ tất cả các quy định trong các luật liên quan. Doanh nghiệp cũng cần lưu ý đến các điều kiện và thời điểm hoàn tất giao dịch, bởi doanh nghiệp rất khó kiểm soát thời điểm hoàn thành các thủ tục xin phê chuẩn từ cơ quan nhà nước, trong đó có thủ tục thông báo tập trung kinh tế.

Xem xét khả năng thông báo tập trung kinh tế

Có thể thấy, Luật Cạnh tranh kiểm soát tập trung kinh tế rất chặt chẽ qua việc ban hành các ngưỡng thông báo tập trung kinh tế thấp, kết quả là khả năng giao dịch thuộc diện phải thông báo tăng cao. Cùng với đó, các vi phạm về tập trung kinh tế sẽ bị xử phạt rất nặng. Một cách cẩn trọng, ngay từ khi dự định tham gia vào giao dịch tập trung kinh tế, các bên liên quan cần phải xem xét nghiêm túc khả năng giao dịch dự kiến sẽ thuộc diện phải thông báo tập trung kinh tế, chuẩn bị ngân sách và thời gian cho thủ tục này.

Tham vấn ý kiến của Ủy ban Cạnh tranh Quốc gia

Doanh nghiệp cũng có thể cân nhắc khả năng tham vấn ý kiến của Ủy ban Cạnh tranh Quốc gia khi không chắc chắn rằng giao dịch M&A dự kiến của mình có thuộc trường hợp phải thông báo tập trung kinh tế hay không. Với vai trò là cơ quan chuyên trách về kiểm soát tập trung kinh tế, Ủy ban Cạnh tranh Quốc gia có thể có ý kiến hướng dẫn để doanh nghiệp tuân thủ quy định của Luật Cạnh tranh. Dù ý kiến tham vấn này là không chính thức nhưng có thể giúp doanh nghiệp định hướng trong quá trình chuẩn bị và thực hiện giao dịch M&A.

Tham vấn ý kiến của chuyên gia

Về bản chất, M&A là các giao dịch rủi ro và tỉ lệ giao dịch thất bại nhiều hơn thành công, nhưng lợi ích có được từ một giao dịch thành công có thể bù đắp chi phí cho các thất bại. Do vậy, M&A vẫn được xem là một chiến lược đầy tiềm năng. Với khung pháp lý hiện hành, giao dịch M&A cần phải được xây dựng và thực thi một cách bài bản. Đối với những doanh nghiệp mới tham gia vào các giao dịch M&A, việc tham vấn các chuyên gia như chuyên gia đầu tư, luật sư, kiểm toán hoặc chuyên gia nghiên cứu thị trường v.v. là việc cần thiết. Với sự hỗ trợ của các chuyên gia, doanh nghiệp liên quan sẽ xây dựng cấu trúc giao dịch phù hợp, tránh được các rủi ro, giảm thiểu chi phí cũng như thiệt hại có thể xảy ra trong quá trình thực hiện M&A.

LỊCH SỬ CON DẤU VÀ QUY ĐỊNH MỚI TẠI LUẬT DOANH NGHIỆP 2020 NHỮNG ĐIỂM CẦN LƯU Ý



Luật sư Hoàng Nguyễn Hạ Quyên

Hòa giải viên Trung tâm Hòa giải Việt Nam (VMC)
thuộc Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam (VIAC)
Luật sư điều hành Công ty Luật LNT & Partners

Ngày 17/06/2020, Luật Doanh nghiệp (“LDN”) số 59/2020/QH14 được Quốc hội khóa XIV thông qua (“LDN 2020”) có hiệu lực từ ngày 01/01/2021 đã tạo ra một bước ngoặt mới đối với khái niệm con dấu doanh nghiệp, đưa việc sử dụng con dấu tại Việt Nam trở nên tiệm cận hơn với thông lệ quốc tế. Bên cạnh những điểm tích cực mà quy định mới này mang lại, doanh nghiệp cũng cần lưu ý một số khó khăn gặp phải liên quan đến con dấu doanh nghiệp. Bài viết này tập trung phân tích những điểm bất cập về con dấu doanh nghiệp¹ theo quy định cũ, và những tiến bộ cũng như một số lưu ý mà doanh nghiệp cần quan tâm khi luật mới có hiệu lực.

1. Lịch sử con dấu và những bất cập phát sinh trong quá trình sử dụng:

Thực tế cho thấy, không ít các tranh chấp bị kéo dài thời gian giải quyết do việc chiếm giữ con dấu trái pháp luật từ các cổ đông, người đại diện theo pháp luật hay thành viên hội đồng quản trị, những người nắm trong tay quyền quản lý và sử dụng con dấu. Thông qua các điều khoản, LDN 2014 đã thể hiện rõ tầm quan trọng và quy định khắt khe về con dấu; vô hình trung điều này dẫn đến cách hiểu con dấu chính là hiện thân của doanh nghiệp mà nếu không có nó, doanh nghiệp không thể chứng minh được tư cách pháp lý của mình. Đã có nhiều luật sư dè dặt gọi con dấu là “con” của doanh nghiệp nhưng lại có quyền lực xác nhận tư cách và năng lực của “cha mẹ” nó. Trong một thời gian dài, con dấu được xem như bảo chứng cho tính pháp lý của doanh nghiệp và nếu con dấu bị chiếm dụng, doanh nghiệp sẽ gặp nhiều khó khăn để chứng minh giá trị pháp lý của các văn bản, tài liệu.

Việc doanh nghiệp đối xử với con dấu như bảo bối xuất phát từ khung pháp lý đối với con dấu, lần đầu tiên được nhắc đến tại LDN 1999², cụ thể: “Doanh nghiệp có con dấu riêng theo quy định của Chính phủ”. Tiếp theo đó, quy định về con dấu được “thể chế hóa” cụ thể hơn tại Nghị định 58³, con dấu thể hiện vị trí pháp lý và khẳng định giá trị pháp lý đối với các văn bản, giấy tờ⁴; doanh nghiệp phải xin phép Cơ quan Công an trước khi thực hiện khắc con dấu, phải đăng ký và chỉ được sử dụng sau khi được Cơ quan Công an cấp Giấy chứng nhận

đăng ký mẫu dấu⁵.

2. Cải cách đối với con dấu:

LDN 2014 và Nghị định 96/2015/NĐ-CP quy định chi tiết một số điều của LDN (sau đây gọi là “Nghị định 96”) trao cho doanh nghiệp quyền tự chủ trong việc tạo lập, sử dụng và quản lý con dấu. Bộ quy định con dấu phải hình tròn, bỏ yêu cầu doanh nghiệp phải đăng ký mẫu dấu với cơ quan Công An, con dấu



theo LDN 2014 có thể có bất kỳ hình dạng gì với bất kỳ màu sắc gì nhưng phải đảm bảo có ít nhất hai nội dung (i) tên doanh nghiệp và (ii) mã số doanh nghiệp. Tuy vậy, doanh nghiệp vẫn có nghĩa vụ thông báo mẫu con dấu với cơ quan đăng ký kinh doanh để đăng tải công khai trên Cổng thông tin quốc gia về đăng ký doanh nghiệp trước khi sử dụng.

Với sự ra đời của LDN 2020, con dấu doanh nghiệp hoàn toàn do doanh nghiệp tự chủ, tự quyết định. Đây được xem là một cải cách lớn trong vấn đề con dấu doanh nghiệp, cụ thể:

- 1 Bỏ quy định về nội dung bắt buộc phải được khắc trên dấu của doanh nghiệp;
- 2 Bỏ quy định về thông báo mẫu dấu với cơ quan đăng ký kinh doanh để đăng tải công khai trên Cổng thông tin quốc gia về đăng ký doanh nghiệp trước khi sử dụng dấu của doanh nghiệp;
- 3 Chính thức ghi nhận con dấu của chi nhánh, văn phòng đại diện trong văn bản luật chứ không phải đợi hướng dẫn của văn bản dưới luật như trước, mở rộng đối với hình thức “đơn vị khác” của doanh nghiệp.

Ngoài ra, LDN 2020 còn cho phép áp dụng dấu của doanh nghiệp dưới hình thức chữ ký số theo quy định của pháp luật về giao dịch điện tử, bên cạnh con dấu khắc thông thường tại các cơ sở khắc dấu.

Như vậy, có thể nói LDN 2020 đã chính thức khai tử vai trò của con dấu theo các quy định cũ, khép lại một chương quan trọng trong hành trình con dấu đồng hành cùng doanh nghiệp. Sự thay đổi này được đánh giá là giúp Việt Nam tiệm cận gần hơn với quy chuẩn của thế giới. Theo thống kê của Nhóm Ngân hàng Thế giới



(World Bank Group), trong số 189 quốc gia và nền kinh tế được xếp hạng về môi trường kinh doanh tại báo cáo Doing Business năm 2018, chỉ có 7 quốc gia quy định bắt buộc doanh nghiệp phải có dấu, 72 quốc gia cho phép doanh nghiệp được lựa chọn việc có sử dụng dấu hay không, số còn lại không sử dụng dấu doanh nghiệp. Việc lược bỏ quy định, thủ tục hành chính bắt buộc về con dấu doanh nghiệp sẽ nâng cao thứ hạng chỉ số khởi sự kinh doanh mà Việt Nam từng bị Nhóm Ngân hàng Thế giới đánh giá thấp do ảnh hưởng của thủ tục hành chính rườm rà⁶ liên quan đến con dấu. Cải cách này cũng đồng nghĩa với việc xúc tiến, tạo điều kiện cho đầu tư nước ngoài vào Việt Nam⁷, nâng cao tính chủ động và tự chịu trách nhiệm của doanh nghiệp trong việc sử dụng dấu của doanh nghiệp. Bên cạnh đó, các thủ tục hành chính về dấu được lược bỏ nhằm tạo thuận tiện, giảm chi phí, nghĩa vụ cho doanh nghiệp và giảm áp lực cho Cơ quan Nhà nước. Sự thay đổi này là xu hướng tất yếu trong quá trình Việt Nam hội nhập với thế giới.

3. Lưu ý đối với doanh nghiệp về con dấu theo quy định mới:

Với quy định mới này, con dấu của doanh nghiệp

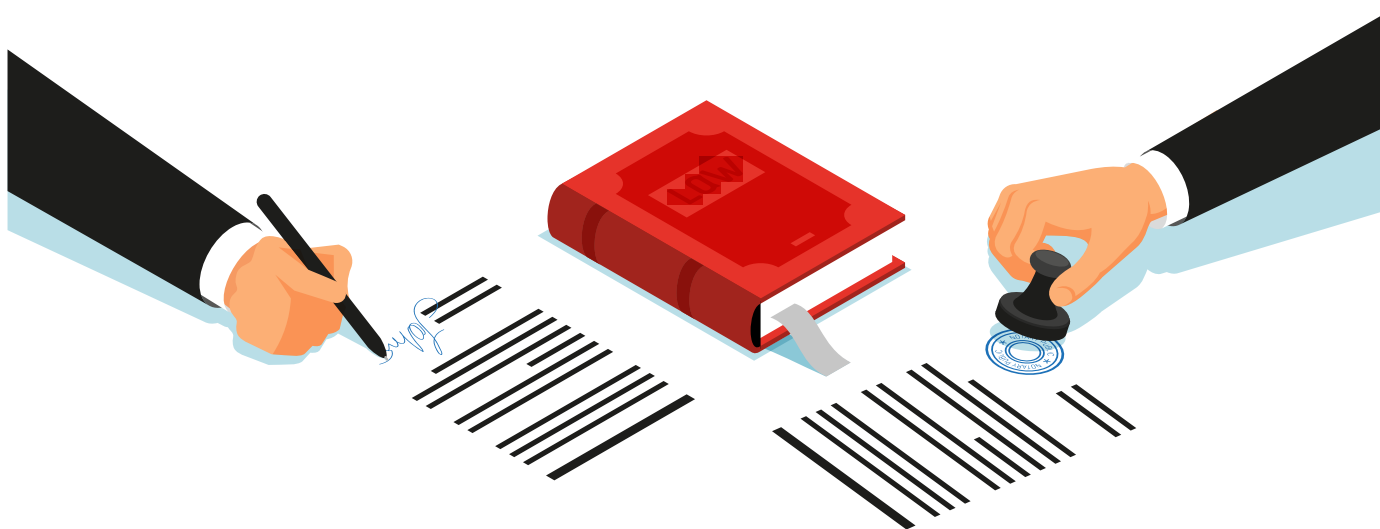
không còn là một trong những yếu tố quan trọng đảm bảo cho sự tin cậy của giao dịch, hay của các bên trong giao dịch của doanh nghiệp. Giờ đây, các doanh nghiệp cần thận trọng hơn khi giao kết hợp đồng để đảm bảo tài liệu mà mình ký kết với đối tác là tài liệu đã được ký bởi người có đủ thẩm quyền. Nói cách khác, doanh nghiệp sẽ không thể chỉ dựa vào “con dấu” mà cần phải kiểm tra xác nhận thông tin bằng những phương thức khác. Một rắc rối khác có thể xảy ra là khi có tranh chấp, có khả năng sẽ khó xác định được giá trị pháp lý của các tài liệu giao dịch, khi mà dấu của doanh nghiệp không còn là yếu tố đảm bảo cho sự tin cậy của tài liệu. Trong khi đó, việc xác minh hoặc giám định chữ ký cần rất nhiều thời gian và nỗ lực của các bên để có thể xác định được giá trị của từng tài liệu. Chưa kể, hiện nay, với việc chưa có quy định hay cơ chế nào về việc đăng ký mẫu chữ ký của người có thẩm quyền hoặc được phép đại diện doanh nghiệp đối với bên thứ ba, doanh nghiệp cần phải thận trọng hơn trong quá trình giao dịch và ký kết hợp đồng với đối tác bởi lúc này tính hợp lệ của tài liệu trở nên khó kiểm chứng hơn so với thời gian trước rất nhiều.

Một điểm đáng chú ý khác là quy định về “dấu dưới hình thức chữ ký số” tại LDN 2020. Theo đó, Điều 43 Luật này quy định dấu bao gồm dấu được làm tại cơ sở khắc dấu hoặc dấu dưới hình thức chữ ký số theo quy định của pháp luật về giao dịch điện tử; tuy nhiên, đáng nói là, hiện nay vẫn chưa có quy định về cách thức tạo lập và sử dụng “dấu dưới hình thức chữ ký số” kể cả trong pháp luật về giao dịch điện tử hay thương mại điện tử hiện nay, dẫn đến khó khăn trong việc tiếp cận với “dấu dưới hình thức chữ ký số” và phân biệt dấu này với chữ ký điện tử.

LDN 2020 cũng thiếu quy định về “đơn vị khác” của doanh nghiệp. Việc thiếu quy định về “đơn vị khác” này của doanh nghiệp có thể dẫn đến khúc mắc trong việc áp dụng quy định về dấu vì mỗi doanh nghiệp có thể hiểu và áp dụng theo nhiều cách khác nhau. Căn cứ theo quy định tại Điều 44 LND 2020, ngoài quyền được thành lập chi nhánh, văn phòng đại diện thì doanh nghiệp còn có quyền thành lập địa điểm kinh doanh. Tuy địa điểm kinh doanh cũng là đơn vị phụ thuộc của doanh nghiệp nhưng chỉ là địa điểm tiến hành hoạt động kinh doanh cụ thể của doanh nghiệp, và không được có những hoạt động, chức năng, thẩm quyền độc lập một phần như chi nhánh hay văn phòng đại diện. Như vậy, liệu rằng địa điểm kinh doanh có thể được

hiểu là “đơn vị khác” của doanh nghiệp trong quy định về dấu của doanh nghiệp theo LDN 2020 hay không; nếu có, thì việc cho phép địa điểm kinh doanh có dấu riêng thì có phù hợp với bản chất của địa điểm kinh doanh hay không? Nếu “đơn vị khác” không phải là loại hình địa điểm kinh doanh thì “đơn vị khác” sẽ bao gồm loại hình nào trong khi các loại hình theo LDN chỉ đề cập đến chi nhánh, văn phòng đại diện và địa điểm kinh doanh?

Quy định về con dấu đối với từng loại hình doanh nghiệp “đặc thù” được tách biệt ra khỏi quy định về con dấu của doanh nghiệp khác. Con dấu của các cơ quan, tổ chức nhà nước, các doanh nghiệp được thành lập theo Luật Công chứng, Luật Luật sư, Luật Giám định tư pháp, Luật Kinh doanh bảo hiểm, Luật Chứng khoán và Luật Hợp tác xã được điều chỉnh bởi Nghị định 99. Con dấu của doanh nghiệp được điều chỉnh bởi Luật Doanh nghiệp.



1. Bài viết này chỉ phân tích quy định về con dấu của doanh nghiệp được thành lập và hoạt động theo Luật Doanh nghiệp và các văn bản hướng dẫn thi hành; không đi sâu vào phân tích con dấu của các doanh nghiệp mang tính “đặc thù” thuộc sự điều chỉnh của Nghị định 99/2016/NĐ-CP (Chính phủ ban hành ngày 01/07/2016), ví dụ như cơ quan, tổ chức nhà nước; doanh nghiệp, hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã được thành lập, hoạt động theo các luật: công chứng, luật sư, giám định tư pháp, kinh doanh bảo hiểm, chứng khoán, hợp tác xã...

2. Luật Doanh nghiệp số 13/1999/QH10 do Quốc hội khóa X thông qua ngày 12/06/1999

3. Nghị định 58/2001/NĐ-CP do Chính phủ ban hành ngày 24/08/2001 hướng dẫn về quản lý và sử dụng con dấu đối với con dấu của doanh nghiệp và con dấu của các doanh nghiệp “đặc thù” khác như cơ quan, tổ chức nhà nước; doanh nghiệp, hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã được thành lập, hoạt động theo các luật: công chứng, luật sư, giám định tư pháp, kinh doanh bảo hiểm, chứng khoán, hợp tác xã...

4. Điều 1 Nghị định 58.

5. Chương 3 Nghị định 58 quy định về Thẩm quyền quy định mẫu dấu, thủ tục khắc dấu, cấp phép khắc dấu và đăng ký mẫu dấu.

6. Quy định về dấu của doanh nghiệp theo Điều 43 LDN 2020:

“1. Dấu bao gồm dấu được làm tại cơ sở khắc dấu hoặc dấu dưới hình thức chữ ký số theo quy định của pháp luật về giao dịch điện tử.

2. Doanh nghiệp quyết định loại dấu, số lượng, hình thức và nội dung dấu của doanh nghiệp, chi nhánh, văn phòng đại diện và đơn vị khác của doanh nghiệp.

3. Việc quản lý và lưu giữ dấu thực hiện theo quy định của Điều lệ công ty hoặc quy chế do doanh nghiệp, chi nhánh, văn phòng đại diện hoặc đơn vị khác của doanh nghiệp có dấu ban hành. Doanh nghiệp sử dụng dấu trong các giao dịch theo quy định của pháp luật.”

7. Theo Báo cáo Môi trường kinh doanh của Ngân hàng Thế giới (WB), đi khắc dấu và thông báo mẫu dấu ở Việt Nam là hai thủ tục hành chính (trên tổng số 08 thủ tục) và mất 02 ngày (trên 16 ngày). Thủ tục này khiến chỉ số gia nhập thị trường của Việt Nam bị đánh giá thấp so với đa số quốc gia khác, hiện xếp hạng 114/190 quốc gia. (<https://baodautu.vn/tranh-cai-viec-trao-toan-quyen-su-dung-con-dau-cho-doanh-nghiep-d111112.html>, truy cập ngày 16/12/2020).



NGÀNH, NGHỀ CẤM ĐẦU TƯ KINH DOANH VÀ HÀNH VI ĐẦU TƯ KINH DOANH BỊ CẤM THEO LUẬT ĐẦU TƯ 2020

Nguyễn Công Phú

Nguyên Phó Chánh tòa Kinh tế TAND TP.HCM, Trọng tài viên VIAC

Việc xác định ngành, nghề đầu tư kinh doanh bị cấm luôn là vấn đề được các nhà đầu tư trong cũng như ngoài nước quan tâm. Sau quá trình thu thập ý kiến và thảo luận tại Quốc hội, Luật Đầu tư năm 2020 đã được Quốc hội thông qua, trong đó đã bổ sung một ngành, nghề vào danh mục ngành, nghề cấm đầu tư kinh doanh, đó là ngành, nghề kinh doanh dịch vụ đòi nợ (thường được gọi là “đòi nợ thuê”). Trước khi Luật Đầu tư năm 2020 được thông qua, đã có nhiều ý kiến trái chiều giữa các chuyên gia và cả trong các đại biểu Quốc hội về việc có nên cấm ngành, nghề đầu tư kinh doanh này hay không do quan điểm đánh giá tác động của nó đối với xã hội chưa đạt được sự thống nhất.

Thật ra, hầu như ai cũng hiểu rằng bản thân dịch vụ đòi nợ thuê không gây nguy hại cho xã hội nhưng điều mà nhiều người lo lắng chính là sự biến tướng của nó, hay nói một cách chính xác, là sự lợi dụng việc đăng ký kinh doanh ngành, nghề này để tiến hành các hoạt động đòi nợ bằng các biện pháp trái pháp luật, mà trong đó nguy hại và phổ biến nhất là hành vi cưỡng đoạt tài sản của người bị cho là mắc nợ.

Trong thực tế đã xuất hiện nhiều tổ chức, cá nhân hành nghề dịch vụ đòi nợ thuê không hiểu hoặc cố ý không hiểu hai nguyên tắc cơ bản mà pháp luật đã quy định đối với các tổ chức, cá nhân khi giải quyết nợ, tức là giải quyết mối quan hệ quyền và nghĩa vụ tài sản với nhau.

Nguyên tắc thứ nhất, để giải quyết nợ, vấn đề cần phải giải quyết trước tiên là xác định xác định khoản nợ, tức là xác định nghĩa vụ tài sản của một bên đối với bên kia. Trường hợp các bên liên quan không thống nhất ý kiến hoặc thống nhất ý kiến nhưng không thực hiện nghĩa vụ trả nợ, tức là đã phát sinh tranh chấp, thì vụ việc phải được đưa ra Tòa án hoặc Trọng tài để phân xử. Tuy nhiên, trong thực tiễn, nhiều chủ nợ và người đòi nợ thuê đã làm thay Tòa án, Trọng tài.

Nguyên tắc thứ hai, trường hợp đã xác định được nghĩa vụ trả nợ theo phán quyết có hiệu lực pháp luật của Tòa án hoặc Trọng tài mà người mắc nợ vẫn không tự giác thì hành nghĩa vụ thì chủ nợ muốn thu hồi nợ phải có đơn yêu cầu cơ quan thi hành án dân sự có thẩm quyền tiến hành thủ tục cưỡng chế thi hành án. Đáng tiếc là trong thực tiễn, nhiều chủ nợ và người đòi nợ thuê đã làm thay cơ quan thi hành án.

Và tất nhiên, một tổ chức, cá nhân không có chức năng hoặc thẩm quyền cưỡng chế mà lại áp dụng các biện pháp cưỡng bức người khác thực hiện nghĩa vụ tài sản thì hành động đó sẽ bị coi là hành vi cưỡng đoạt hoặc cướp tài sản của người khác, một tội danh trong Bộ luật Hình sự. Vấn đề đặt ra ở đây là vì sao luật đã có chế tài hình sự đối với hoạt động cưỡng đoạt tài sản núp bóng hoạt động đòi nợ thuê mà hiện tượng núp bóng đó vẫn ngang nhiên xảy ra ở nhiều nơi, đe dọa trật tự an toàn xã hội và Quốc hội không còn cách nào khác là phải chấp thuận bổ sung ngành, nghề kinh doanh dịch vụ đòi nợ vào danh mục ngành, nghề cấm đầu tư kinh doanh quy định tại Điều 6 của Luật Đầu tư năm 2020. Có phải vì chế tài hình sự chưa đủ sức răn đe hay việc phát hiện và xử lý hành vi phạm pháp này có gặp những khó khăn nào đó?



Theo tìm hiểu của cá nhân tác giả thì có lẽ không phải do luật không có chế tài hoặc chế tài không đủ mạnh mà là do các tổ chức, cá nhân hành nghề dịch vụ đòi nợ thuê chuyên nghiệp thường có đủ kinh nghiệm sử dụng những biện pháp đủ mạnh bạo để uy hiếp tinh thần của người bị cho là con nợ, buộc họ hoặc người thân của họ phải giao tài sản ngoài ý muốn của mình nhưng cũng đủ tinh vi để các cơ quan tố tụng không đủ chứng cứ truy cứu trách nhiệm hình sự về tội cưỡng đoạt tài sản. Mặt khác, chế tài hành chính cũng không thể áp dụng ở đây vì hoạt động dịch vụ của họ được đăng ký kinh doanh hợp pháp. Thêm vào đó là tâm lý e ngại của người mắc nợ, họ ít khi dám tố giác hành vi cưỡng đoạt tài sản của các tổ chức, cá nhân hành nghề dịch vụ đòi nợ thuê do lo sợ bị trả thù.

Có lẽ vì những khó khăn nói trên mà các cơ quan quản lý đã buộc phải đề xuất và Quốc hội đã chấp thuận thông qua giải pháp cấm kinh doanh dịch vụ đòi nợ bằng Luật Đầu tư năm 2020, một giải pháp được cho là hiệu quả nhất hiện nay để ngăn chặn, hạn chế tình trạng hoạt động cưỡng đoạt tài sản núp bóng hoạt động đòi nợ thuê. Như vậy là từ một ngành, nghề vô hại, dịch vụ đòi nợ đã trở thành một ngành, nghề bị cấm do đã bị nhiều người lợi dụng để tiến hành các hoạt động phi pháp mà các cơ quan quản lý và cơ quan tư pháp không có cách nào khác để ngăn chặn.



Một vấn đề khác trong lĩnh vực đầu tư cũng được các nhà đầu tư và cả các cơ quan giải quyết tranh chấp như Tòa án, Trọng tài quan tâm, là việc xác định các hành vi đầu tư kinh doanh bị cấm. Thông thường trong các luật chuyên ngành được ban hành thời gian gần đây, ở phần những quy định chung sẽ có một điều khoản quy định về những hành vi bị cấm trong lĩnh vực mà luật đó điều chỉnh. Đây là một xu hướng tiến bộ nhằm minh bạch hóa hệ thống pháp luật nước nhà. Tuy nhiên, riêng Luật Đầu tư năm 2020 (cũng như các Luật Đầu tư trước đây) thì lại hoàn toàn không có một điều luật nào như thế, ngoại trừ Điều 6 quy định về danh mục ngành, nghề cấm đầu tư kinh doanh. Việc thiếu một điều luật như thế sẽ gây khó khăn, lúng túng cho các nhà đầu tư và các cơ quan tài phán khi giải quyết các tranh chấp phát sinh từ hợp đồng trong lĩnh vực đầu tư mà trong đó việc thực hiện hợp đồng sẽ trái với quy định của Luật Đầu tư nhưng không vi phạm điều cấm của luật khác và cũng không thuộc trường hợp quy định tại Điều 6 Luật Đầu tư năm 2020.

Một ví dụ rất dễ gặp trong thực tiễn mà thực tế Tòa án cũng đã từng thụ lý, giải quyết là trường hợp tranh chấp phát sinh từ việc thực hiện hợp đồng hợp tác kinh doanh (hợp đồng BCC) mà trong đó ít nhất có một bên là nhà đầu tư nước ngoài hoặc tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài quy định tại khoản 1 Điều 23 Luật Đầu tư năm 2020 nhưng các bên chưa thực hiện thủ tục cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư theo quy định tại khoản 1 Điều 37 Luật Đầu tư năm 2020. Giả sử trong vụ tranh chấp này, một bên có yêu cầu tiếp tục thực hiện hợp đồng và/hoặc yêu cầu bồi thường thiệt hại hoặc trả tiền phạt do vi phạm hợp đồng thì Tòa án hoặc Trọng tài sẽ giải quyết như thế nào, có chấp nhận yêu cầu này hay không trong khi dự án đầu tư nói trên chưa được đăng ký tại cơ quan có thẩm quyền mà lẽ ra nó phải được đăng ký theo quy định của Luật Đầu tư trước khi triển khai thực hiện?

Do Luật Đầu tư năm 2020 không có điều luật nào quy định cấm thực hiện dự án đầu tư trong trường hợp luật quy định phải thực hiện thủ tục cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư nhưng nhà đầu tư chưa được cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư, nên cơ quan tài phán không thể bác yêu cầu thực hiện hợp đồng với lý do việc thực hiện hợp đồng này vi phạm điều cấm của luật được.

Trước đây, theo Điều 55 Nghị định số 108/2006/NĐ-CP ngày 22/9/2006 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn Luật Đầu tư năm 2005, hợp đồng hợp tác kinh doanh giữa bên Việt Nam và bên nước ngoài có hiệu lực kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đầu tư. Nếu căn cứ vào quy định này thì cơ quan tài phán có thể không chấp nhận yêu cầu thực hiện hợp đồng với lý do hợp đồng đó chưa có hiệu lực theo quy định của pháp luật. Điều đó cũng phù hợp với Điều 405 của Bộ luật Dân sự năm 2005, quy định hiệu lực của hợp đồng được giao kết hợp pháp có hiệu lực từ thời điểm giao kết, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác.

Tuy nhiên, giả sử Nghị định của Chính phủ hướng dẫn Luật Đầu tư năm 2020 hoặc một văn bản dưới luật khác có quy định tương tự như Nghị định số 108/2006/NĐ-CP nói trên thì việc áp dụng quy định này đến nay cũng không còn phù hợp vì Điều 401 của Bộ luật Dân sự năm 2015 đã có quy định (khác với quy định tại Điều 405 của Bộ luật Dân sự năm 2005 nói trên): Hiệu lực của 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. Trong khi đó, Luật Đầu tư năm 2020 (cũng như các Luật Đầu tư trước đây và các luật chuyên ngành khác) không có điều luật nào quy định hợp đồng hợp tác kinh doanh giữa nhà đầu tư trong nước và nhà đầu tư nước ngoài chỉ có hiệu lực kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư.

Nói tóm lại, nếu phải giải quyết tình huống tranh chấp nói trên, cơ quan tài phán sẽ rơi vào tình thế “tiến thoái lưỡng nan”, bởi có chấp nhận hay không chấp nhận yêu cầu buộc thực hiện hợp đồng thì đều có điều bất ổn. Nếu không chấp nhận yêu cầu thì không căn cứ pháp luật, còn nếu chấp nhận yêu cầu thì vô hình trung cơ quan tài phán đã hợp pháp hóa một hành vi đầu tư kinh doanh vi phạm Luật Đầu tư và quy định đăng ký đầu tư trong trường hợp này trở nên vô nghĩa. Đây là một bất cập của Luật Đầu tư cần được nhanh chóng khắc phục nhằm minh bạch hóa và nâng cao hiệu quả của hệ thống pháp luật nước nhà trong tiến trình hội nhập kinh tế và pháp luật với thế giới.

GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP TRỰC TUYẾN TRONG THỜI ĐẠI COVID19: TIỀM NĂNG & HẠN CHẾ



Luật sư Nguyễn Trung Nam

Trọng tài viên Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam (VIAC), Phó Giám đốc Trung tâm Hòa giải Việt Nam (VMC) thuộc VIAC, Luật sư sáng lập EP Legal

1. Bối cảnh

Nhiều người nhận xét rằng, COVID-19 chính là “cỗ máy thời gian” đưa kinh doanh đến tương lai¹ bởi vì với sự thúc đẩy của đại dịch này, nhiều quá trình chuyển đổi thế giới vật chất lên kỹ thuật số (quá trình số hóa) diễn ra chỉ trong vài tháng thay vì hàng thập kỷ, đi kèm với sự bùng nổ của kinh doanh trực tuyến, và mọi hoạt động liên quan khác như hội họp, marketing, trao đổi giao dịch khách hàng, và tất nhiên là giải quyết tranh chấp cũng được thực hiện trực tuyến. Xét ở bình diện quốc tế, ít nhất trong thời gian mà sự đi lại đã bị giới hạn tối đa hoặc thậm chí ngăn cấm hoàn toàn, thì hoạt động giải quyết tranh chấp thông qua hình thức trực tuyến (Online Dispute Resolution – ODR) đã trở thành lựa chọn duy nhất. Trong bối cảnh như vậy, đâu là những thuận lợi cho việc phát triển giải quyết tranh chấp trực tuyến, và đâu là những giới hạn và hạn chế cần được khắc phục cho hình thức giải quyết tranh chấp này?



2. Thực tiễn áp dụng ODR trên thế giới

Hiện nay, có nhiều định nghĩa khác nhau về ODR. Có ý kiến cho rằng, ODR được hiểu là việc áp dụng công nghệ thông tin trong việc giải quyết tranh chấp thương mại. Tùy thuộc vào mức độ mà công nghệ thông tin được sử dụng trong phương thức này, việc áp dụng công nghệ thông tin trong ODR được phân thành hai loại: (a) giải quyết tranh chấp được công nghệ hỗ trợ, theo đó công nghệ thông tin chỉ được áp dụng là một phương tiện thông tin truyền thông và trao đổi thông tin; (b) ODR với nền tảng công nghệ, theo đó công nghệ thông tin được áp dụng toàn diện đầy đủ trong quá trình giải quyết tranh chấp. Như vậy, giải quyết tranh chấp trực tuyến được công nghệ hỗ trợ chỉ giải quyết một số khâu trong trao đổi thông tin trực tuyến, mà không xử lý tận gốc những vấn đề thiết yếu của ODR là sử dụng nền tảng công nghệ để tạo ra cả một

chu trình khép kín giải quyết tranh chấp nhằm giảm thiểu chi phí cũng như sự bất tiện của tiêu tốn vật chất và hậu cần như đi lại, ăn ở, in ấn, giao nhận, ký và tra cứu các tài liệu gốc². Bên cạnh đó, có ý kiến khác cho rằng ODR chỉ diễn ra hoàn toàn bằng việc sử dụng Internet và công nghệ số³.

Bài viết này áp dụng cách hiểu ODR là việc sử dụng phương thức giải quyết tranh chấp bằng trọng tài hoặc hòa giải với sự hỗ trợ của công nghệ internet, bao gồm một loạt các bước trong quy trình giải quyết tranh chấp thay thế được thực hiện qua cơ chế trực tuyến như internet hoặc một số hình thức công nghệ cho phép thực hiện các kết nối mà không đòi hỏi các bên phải liên hệ trực tiếp trong một không gian vật chất nhất định⁴.

1. Xem bài viết ‘Covid-19 - ‘Cỗ máy thời gian’ đưa kinh doanh đến tương lai’ (VNExpress 29/12/2020) truy cập tại <<https://vnxpress.net/covid-19-co-may-thoi-gian-dua-kinh-doanh-den-tuong-lai-4212311.html>>.

2. Xem ví dụ Jie Zheng, ‘The recent development of online arbitration rules in China’ (2017) Information & Communications Technology Law, Vol.26, No.2, 135-145.

3. Amy J. Schmitz, ‘Drive-Thru’ Arbitration in the Digital Age: Empowering Consumers through Binding’ (2010) ODR, 62 BAYLOR L. REV. 178, 182.

4. Ethan M. Katsh and Janet Rifkin, ‘Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace’ (2001): Jossey-Bass., p.2-3

3. Trọng tài hay hòa giải trực tuyến

Giải quyết tranh chấp trực tuyến xuất hiện lần đầu tiên vào năm 1996 thông qua các đề xuất của các tổ chức và các trung tâm nghiên cứu chuyên về giải quyết tranh chấp thương mại điện tử ở Hoa Kỳ⁵. Cho đến trước đại dịch Covid-19, các tranh chấp áp dụng hình thức trực tuyến phần lớn là các vụ việc được giải quyết bằng phương thức hòa giải. Điều này có thể được lý giải là do trung bình chi phí trọng tài cao hơn đáng kể so với số tiền trung bình tham gia vào các tranh chấp thương mại điện tử, khiến cho phương án hòa giải trở thành lựa chọn giải quyết tranh chấp ưa thích của các bên. Trong thập kỷ 90s hầu hết các quốc gia phát triển đều lần lượt thành lập các trung tâm hòa giải trực tuyến nhằm giải quyết các tranh chấp giá trị nhỏ.⁶

Vào ngày 15/02/2016, Ủy ban Châu Âu đã thành lập cổng thông tin ODR để người tiêu dùng ở Liên minh Châu Âu sử dụng giải quyết các tranh chấp ngoài tòa án. Nền tảng này là một công cụ trực tuyến cho phép người tiêu dùng khiếu nại đối với thương nhân nơi hàng hóa hoặc dịch vụ đã được mua trực tuyến. Khiếu nại do người tiêu dùng gửi sẽ được giải quyết bởi một nhà cung cấp dịch vụ Giải quyết tranh chấp thay thế (ADR) đã được EU phê duyệt. Danh sách các nhà cung cấp ADR này phần lớn là các tổ chức hòa giải tại các nước thành viên EU. Điều này phản ánh rõ nét việc ODR phù hợp nhất cho hòa giải với các tranh chấp giá trị nhỏ, các tranh chấp thương mại điện tử, và tranh chấp giữa thương nhân với người tiêu dùng, nếu xét từ góc độ kinh tế.

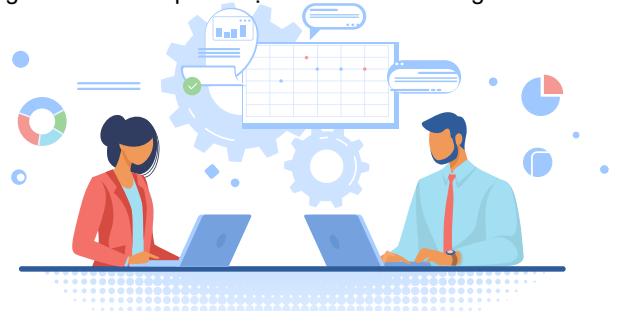
Tuy nhiên nếu việc hòa giải không thành công hoặc trong những trường hợp mà hòa giải không phải là phương án phù hợp, thì trọng tài trực tuyến có thể được xem là một lựa chọn khả thi, nhất là trong trường hợp giá trị thấp của giao dịch là rào cản đối với mong muốn nhận được sự bồi thường thiệt hại của người tiêu dùng, hoặc một hay các bên (bao gồm cả trọng tài viên) gặp khó khăn trong việc di chuyển để tiến hành tham gia giải quyết tranh chấp. Trên thế giới, giải quyết tranh chấp bằng phương thức trọng tài trực tuyến đã và đang được xây dựng, áp dụng bởi các tổ chức như Tổ chức Sở hữu trí tuệ thế giới (World Intellectual Property Organization - WIPO), Phòng Thương mại quốc tế (International Chamber Of Commerce - ICC) và Ủy ban Trọng tài Quảng Châu (Guangzhou Arbitration Commission - GZAC).

Trong khoảng thời gian covid-19 hoành hành trên khắp các châu lục thì hầu hết các trung tâm trọng tài lớn trên thế giới đã phát triển và tích hợp hệ thống giải quyết tranh chấp trực tuyến vào quy trình tổ tụng trọng tài của mình, cùng với đó là ban hành các hướng dẫn về việc xét xử trực tuyến.⁷ Tuy vậy, quá trình này không hoàn toàn giống nhau. Một số trung tâm trọng tài như Tòa Trọng tài Luân Đôn (LCIA)⁸ đã thực hiện toàn bộ quá trình đăng ký và quản trị vụ kiện trên website của mình. Một số khác như Trung tâm Trọng tài Quốc tế Singapore (SIAC) hay Trung tâm Trọng tài Quốc tế Hong Kong (HKIAC) vẫn tiến hành nhận đăng ký qua email và bản hardcopy, và chỉ thực hiện hoặc thay thế một số công đoạn có sự hỗ trợ của công nghệ trực tuyến.

4. Cơ hội và rủi ro khi áp dụng ODR

Thuận lợi lớn nhất của việc phát triển ODR là trong thời gian qua hoạt động đầu tư vào lĩnh vực công nghệ và trải nghiệm trực tuyến có xu hướng gia tăng, giúp cải thiện đáng kể trải nghiệm trực tuyến của người dùng và khiến cho việc giải quyết tranh chấp trực tuyến trở nên thuận lợi và chi phí hợp lý hơn bao giờ hết. eBay và PayPal xử lý hơn 60 triệu vụ tranh chấp mỗi năm trực tuyến bằng cách sử dụng Squaretrade, một hệ thống ODR ngang hàng được xây dựng vào năm 1999 bởi một nhóm mà sau này đã phát triển hệ thống ODR của Modria, một trong những phần mềm phổ biến nhất thế giới về ODR. Hơn 80% các tranh chấp trên eBay và PayPal được giải quyết bằng phần mềm này.

Một sự phát triển đáng lưu ý khác là sự bùng nổ của các phần mềm và hạ tầng hỗ trợ phiên họp trực tuyến (tele-conference hay video-conference) với chi phí hợp lý cùng với trải nghiệm người dùng luôn được chú trọng nâng cấp và hoàn thiện. Sự ra đời của ứng dụng Zoom và đại dịch covid-19 đã tạo ra một cuộc cạnh tranh mạnh mẽ giữa các nhà cung cấp dịch vụ này như Skype, teams, google hangout, và các phần mềm chuyên dụng khác như ADRg Express của ADR Group, AAA, CaseXplorer của DecisionQuest, eQuibbly, GoADR của Youlaw v.v. Nhờ sự phát triển vượt bậc trong thời gian ngắn này, dịch vụ hòa giải, trọng tài trực tuyến cũng trở nên thuận tiện, thân thiện hơn với người dùng với mức chi phí được tối ưu hơn bao giờ hết.



Thêm vào đó, sự hạn chế đi lại gây ra bởi đại dịch covid đã thúc đẩy, buộc mọi người dùng tham gia trong “chuỗi mắt xích” giải quyết tranh chấp (các bên, luật sư và trọng tài/hòa giải viên) phải làm quen và sử dụng thành thục các công cụ giao tiếp văn phòng trực tuyến. Chính điều này đã giúp việc áp dụng công nghệ số và trực tuyến không còn gặp cản trở về thói quen và văn hóa như trước.

Có thể nói sự phát triển các kỹ thuật công nghệ ODR trong giai đoạn mới đã và đang đem lại những cơ hội to lớn để cải thiện hoạt động giải quyết tranh chấp, đem lại công lý với chi phí hợp lý và tốc độ nhanh chóng.

5. Ethan Katsh & Leah Wing, *Ten Years of Online Dispute Resolution (ODR): Looking at the Past and Constructing the Future*, (2006) 38 U. TOL. L. REV. 19, 20

6. Ví dụ tại Anh có các trung tâm hòa giải trực tuyến như ADRg <<http://www.adrgroup.co.uk/DisputeResolution/dispute-resolution-home>>, <https://ukmediation.net/> hoặc <https://www.promediate.co.uk/mediate-online/>, ở Mỹ có hòa giải trực tuyến của JAMS (<https://www.jamsadr.com/online>), ở Pháp có <https://www.media-teurfevad.fr/>, ở Úc có <https://www.immediation.com/> v.v. (truy cập ngày 29/12/2020).

5. Định hướng cho ODR tại Việt Nam

“Nơi ODR hữu ích nhất là nơi bắt đầu tranh chấp trực tuyến, ví dụ: mua hoặc bán hàng hóa hoặc dịch vụ trực tuyến. Điều tự nhiên nhất là giải quyết tranh chấp trực tuyến nếu có một diễn đàn thích hợp để làm điều đó.”¹⁰

Đây cũng là cơ hội để (i) phân loại, xử lý các tranh chấp có giá trị nhỏ và không phức tạp thông qua quy trình hoàn toàn tự động và giảm thiểu chi phí, thời gian đi lại và chuẩn bị tài liệu của con người; (ii) quản lý vụ kiện (case management) hiệu quả và minh bạch thông qua các công cụ quản lý trực tuyến (trên nền tảng IoT); hay, (iii) sử dụng trí tuệ nhân tạo để làm thay các công việc lọc tài liệu chứng cứ, soạn thảo văn bản, thậm chí dự đoán kết quả giải quyết tranh chấp.⁹

Tuy nhiên, cản trở lớn nhất đối với toàn bộ quá trình này là sự “cởi mở” và hợp thức hóa của quy định pháp luật, khiến ODR bị đặt vào hoàn cảnh rủi ro của việc thực thi. Ví dụ rõ nhất của rủi ro này là quy định của pháp luật Việt Nam, cụ thể Điều 119 Bộ luật Dân sự 2015 quy định giao dịch dân sự có thể được xác lập bằng lời nói, bằng văn bản hoặc bằng hành vi cụ thể. Trong khi đó, căn cứ Điều 16.2 Luật Trọng tài thương mại 2010, thỏa thuận trọng tài phải được xác lập dưới dạng văn bản. Hay nói cách khác, cách thức xác lập thỏa thuận trọng tài không hoàn toàn tương đồng với cách thức xác lập giao dịch dân sự thông thường. Việc xác lập một thỏa thuận trọng tài có yêu cầu, đòi hỏi ngặt nghèo hơn về hình thức và pháp luật về giao dịch điện tử và chữ ký điện tử của Việt Nam còn nhiều điểm chưa rõ ràng. Trong nhiều trường hợp giao dịch điện tử (ví dụ hình thức browse-wrap hoặc click-wrap), thỏa thuận trọng tài có thể bị tuyên vô hiệu và vì vậy phán quyết trọng tài tạo ra bởi ODR sẽ không thể thi hành. Mặt khác, giá trị của chứng cứ điện tử cũng thường xuyên bị đặt câu hỏi, đặc biệt khi có nghi vấn một bên làm giả chứng cứ. Ngoài thỏa thuận trọng tài, việc thực thi thỏa thuận hòa giải thành (nếu áp dụng hình thức hòa giải trực tuyến) cũng sẽ vướng phải cản trở tương tự, dẫn đến nguy cơ không thể thi hành trên thực tế.

Bên cạnh rủi ro về pháp luật, ODR cũng gặp phải một số thách thức về kỹ thuật, một số nền tảng dịch vụ phục vụ ODR (ví dụ như dịch vụ chuyển tự động âm thanh thành chữ trực tuyến, dịch trực tuyến, dịch vụ lưu trữ tài liệu trực tuyến) vẫn còn dật dờ và hầu như độc quyền bởi nhóm một vài nhà cung cấp trên thế giới. Về an ninh, tiến bộ khoa học kỹ thuật cũng đồng nghĩa với việc mở ra những lỗ hổng lớn về an ninh mạng và có nguy cơ xâm phạm đến quyền riêng tư và bảo mật của các bên có liên quan và cả thông tin mật của chính phủ (xem ví dụ về Panama record - wikileaks và vụ lộ dữ liệu khách hàng của facebook), trong khi đó, chi phí để che chắn những lỗ hổng an ninh này là rất lớn.

Cuối cùng, đối với dịch vụ hòa giải trực tuyến, ODR vẫn chưa thể giải quyết được những chỉ trích chủ yếu về việc nó hạn chế khá lớn khả năng lắng nghe, thấu hiểu các bên do thiếu sự tiếp xúc trực tiếp của hòa giải viên với các bên tranh chấp, và giữa các bên tranh chấp với nhau. Vì vậy, với những tranh chấp phức tạp và giá trị lớn, nhiều tầng nội dung và đa lợi ích, ODR chưa thực sự được coi là phù hợp.

Cuộc Cách mạng công nghệ 4.0 đã và đang tạo ra gương mặt mới cho toàn bộ nền kinh tế sản xuất, chuỗi cung ứng hàng hóa, dịch vụ và tài chính toàn cầu cũng như mối quan hệ giữa các chủ thể của nó. Đây là xu hướng không thể đảo ngược và qua khủng hoảng đại dịch covid 19, nó càng được chứng minh là lựa chọn duy nhất của các thành phần tham gia trong chuỗi vận động này. Với ODR, dù bất kể ở vị trí nào, các tổ chức tham gia vào giải quyết tranh chấp thương mại cũng không thể quay lưng, mà phải tìm hiểu, nghiên cứu và sử dụng các nguồn lực mà mình có để tận dụng tối đa những lợi thế, cơ hội mà ODR mang lại, cũng như hạn chế những rủi ro và thách thức mà nó có thể đem đến.

Tại Việt Nam, hình thức giải quyết tranh chấp trực tuyến cũng đã được triển khai bước đầu ở nhiều tổ chức, trong đó có Trung tâm Hòa giải Việt Nam (VMC) thuộc Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam (VIAC). Từ kinh nghiệm quốc tế như trên đã phân tích, các hệ thống giải quyết tranh chấp nói trên muốn thành công cần được thiết kế nhằm đáp ứng và thúc đẩy trước hết là nhu cầu giải quyết các tranh chấp giữa thương nhân với người tiêu dùng (B2C, bao gồm các tranh chấp tín dụng, bảo hiểm, các tranh chấp thông qua sàn thương mại điện tử) thông qua hình thức hòa giải trực tuyến. Đối với hình thức trọng tài, trọng tâm nên tập trung vào việc số hóa quản trị vụ kiện, số hóa từng phần các công đoạn tố tụng, và triển khai xét xử trực tuyến. Ngoài ra, việc phát triển ODR cần được tiến hành song song với việc phát triển, cập nhật hành lang pháp lý để thừa nhận kết quả giải quyết tranh chấp bằng ODR cũng như giảm thiểu rủi ro thi hành các kết quả giải quyết tranh chấp này.

7. Xem ví dụ Hướng dẫn của SIAC tại <[https://www.siac.org.sg/images/stories/documents/siac_guides/SIAC%20Guides%20-%20Taking%20Your%20Arbitration%20Remote%20\(August%202020\).pdf](https://www.siac.org.sg/images/stories/documents/siac_guides/SIAC%20Guides%20-%20Taking%20Your%20Arbitration%20Remote%20(August%202020).pdf)> truy cập ngày 29/12/2020.

8. Xem tại <https://onlinefiling.lcia.org/> truy cập ngày 29/12/2020.

9. Xem Báo cáo “Artificial Intelligence: From HAL, to Watson, and Beyond - What Every Lawyer Should Know” tại hội thảo Nextlaw Referral Network 2019.

10. Xem trang 10 báo cáo ‘Tác động của công nghệ ODR về Giải quyết Tranh chấp ở Vương quốc Anh’ (Thomson Reuters, 2016) truy cập tại <https://blogs.thomsonreuters.com/legal-uk/wp-content/uploads/sites/14/2016/10/BLC_ODRwhitepaper.pdf> ngày 29/12/2020.

QUY ĐỊNH MỚI VỀ HOẠT ĐỘNG THƯƠNG MẠI ĐIỆN TỬ CỦA TỔ CHỨC NƯỚC NGOÀI TRÊN SÀN GIAO DỊCH ĐIỆN TỬ VIỆT NAM



Nguyễn Xuân Thủy

– Luật sư Thành viên LNT & Partners



Lê Thị Hồng Ngọc

– Cộng sự LNT & Partners

Nội dung

Với thực tiễn ngày càng có nhiều thương nhân hoạt động theo pháp luật nước ngoài giao dịch qua các sàn giao dịch thương mại điện tử Việt Nam, Bộ Công Thương đã đưa vào Dự thảo Nghị định sửa đổi Nghị định 52/2013/NĐ-CP những quy định mới nhằm bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, giải quyết sự bất bình đẳng về điều kiện kinh doanh do thiếu quy định điều chỉnh cũng như đặt ra cơ chế thu thuế của thương nhân nước ngoài trong mô hình này.

Bối cảnh

Đại dịch Covid-19 bùng phát trên toàn cầu đã tạo những cú hích quan trọng đối với sự phát triển của công nghệ số, hoạt động thương mại điện tử trong khu vực cũng như tại Việt Nam đã có những động lực mới, thu hút sự quan tâm của các nhà cung cấp hàng hóa, dịch vụ cũng như các nhà đầu tư dày dặn kinh nghiệm trong lĩnh vực thương mại điện tử. Trong đó, có thể kể đến Lazada, Tiki, Shopee và Sendo là những sàn giao dịch thương mại điện tử (“sàn TMĐT”) lớn, dẫn đầu thị trường và tạo động lực cho TMĐT tại Việt Nam phát triển.

Thời gian gần đây, các sàn TMĐT luôn tìm cách đa dạng nguồn cung hàng hóa và mở rộng đối tượng tham gia giao dịch trên sàn. Nhận thấy người tiêu dùng Việt Nam có nhu cầu lớn trong việc mua hàng hóa từ nước ngoài, nhiều sàn TMĐT đã nhanh chóng cho phép các thương nhân nước ngoài không có hiện diện tại Việt Nam (“TNNN”) bán hàng hóa, dịch vụ của họ trên sàn tương tự như một thương nhân trong nước. Theo Sách Trắng TMĐT 2020 do Cục Thương mại điện tử và Kinh tế số (Bộ Công thương) phát hành, tỷ lệ số lượng gian hàng của TNNN trên tổng số gian hàng trong năm 2018 là 33% và đã tăng lên 39% trong năm 2019.



Về mặt pháp lý, mô hình này đã đặt ra các vấn đề cần phải giải quyết dưới góc độ bảo vệ người tiêu dùng như đảm bảo chất lượng hàng hóa, bảo hành sản phẩm và giải quyết tranh chấp giữa người tiêu dùng và TNNN. Dưới góc độ đầu tư nước ngoài, mô hình này cũng làm phát sinh sự bất bình đẳng cho các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài đang hoạt động trong lĩnh vực phân phối tại Việt Nam, khi các doanh nghiệp này chịu sự hạn chế về các loại hàng hóa được kinh doanh cũng như các điều kiện nghiêm ngặt để được cấp giấy phép kinh doanh, giấy phép

bán lẻ theo quy định của pháp luật nội địa. Ngoài ra, cơ chế thu thuế đối với các TNNN cũng là một vấn đề cần phải giải quyết.

Mặc dù vậy, Nghị định 52/2013/NĐ-CP về thương mại điện tử cùng các văn bản liên quan hiện chưa có quy định phù hợp để điều chỉnh quyền và nghĩa vụ của sàn TMĐT và TNNN trong mô hình này. Vậy nhu cầu đặt ra là hành lang pháp lý cần điều chỉnh như thế nào để có cơ sở giải quyết những bất cập nêu trên?

Những điểm mới đáng chú ý

Với tinh thần đẩy mạnh giao dịch TMĐT xuyên biên giới được thông qua tại Quyết định số 645/QĐ-TTg ngày 15/05/2020 của Thủ tướng Chính phủ phê duyệt kế hoạch tổng thể phát triển TMĐT quốc gia giai đoạn 2021-2025, Bộ Công Thương đã xây dựng Dự thảo Nghị định sửa đổi, bổ sung Nghị định 52/2013/NĐ-CP (“Dự thảo”) và đưa ra lấy ý kiến hoàn thiện. Dự thảo đã đặt ra những nền tảng ban đầu điều chỉnh hoạt động của TNNN trên sàn TMĐT Việt Nam theo các quy định nổi bật sau:

Nghĩa vụ bảo vệ người tiêu dùng của chủ sàn TMĐT

Theo Dự thảo, chủ sàn TMĐT có trách nhiệm nhiều hơn trong việc bảo vệ người tiêu dùng thông qua việc tuân thủ các nghĩa vụ sau:

Xác thực danh tính TNNN: Cụm từ “xác thực danh tính” đã được bổ sung tại Dự thảo lần này, đặt ra một trách nhiệm mới cho chủ sàn TMĐT khi cho phép TNNN tham gia mua bán trên sàn giao dịch tại Việt Nam. Từ góc độ chủ sàn, nhiều quan điểm cho rằng việc xác minh này là không khả thi, làm khó chủ sàn; chủ sàn chỉ cần yêu cầu TNNN cung cấp thông tin về chất lượng sản phẩm là đủ. Tuy nhiên, ở góc độ quản lý nhà nước và bảo vệ người tiêu dùng, yêu cầu xác thực này được xem là cần thiết, nhất là khi các TNNN khó nhận diện và kiểm soát hơn so với thương nhân Việt Nam.

Xuất, nhập khẩu hàng hóa: Chủ sàn TMĐT có trách nhiệm yêu cầu TNNN thực hiện quyền và nghĩa vụ liên quan đến hoạt động xuất, nhập khẩu theo quy định của pháp luật hoặc chỉ định đại lý thương mại tại Việt Nam. Trong trường hợp có chức năng phù hợp, chủ sàn có thể tổ chức việc thực hiện hoạt động nhập khẩu theo ủy thác của người mua đối với hàng hóa do TNNN bán trên sàn TMĐT.

Thanh toán đảm bảo: Chủ sàn TMĐT phải cho phép khách hàng lựa chọn phương thức thanh toán đảm bảo, theo đó, khoản tiền thanh toán của khách hàng sẽ được tạm giữ trong khoảng thời gian nhất định để hỗ trợ giải quyết các tranh chấp phát sinh giữa người mua hàng, chủ sàn TMĐT và người bán. Phương thức này không chỉ áp dụng đối với TNNN mà còn áp dụng chung cho cả thương nhân trong nước.

Giải quyết khiếu nại: Chủ sàn TMĐT có trách nhiệm thay mặt TNNN giải quyết khiếu nại của khách hàng liên quan đến hàng hóa, dịch vụ do TNNN cung cấp. Trong trường hợp giao dịch có nhiều hơn hai bên tham gia, chủ sàn phải là đầu mối tiếp nhận và giải quyết khiếu nại của khách hàng.

Trách nhiệm liên đới: Chủ sàn TMĐT chịu trách nhiệm liên đới về hàng hóa, dịch vụ nếu không thực hiện các nghĩa vụ của mình trong việc xử lý hành vi kinh doanh vi phạm pháp luật và hỗ trợ giải quyết khiếu nại, tranh chấp.



Đánh giá một cách khách quan, dự thảo Nghị định mặc dù đã được bổ sung thêm một số điều khoản nhằm tạo hành lang pháp lý cho TNNN tiếp cận thị trường Việt Nam thông qua các sàn TMĐT, nhưng các quy định này vẫn chưa đủ rõ ràng, chi tiết để điều chỉnh toàn diện mô hình kinh doanh này. Cụ thể, việc gán trách nhiệm của chủ sàn TMĐT với người bán hàng trên sàn trong trường hợp người bán vi phạm đã được đặt ra từ Nghị định 52/2013/NĐ-CP và kỳ vọng sẽ có sự chỉnh sửa tiến bộ hơn tại Dự thảo. Theo đó, Dự thảo đã quy định việc yêu cầu chủ sàn chịu trách nhiệm liên đới với người bán nếu chủ sàn không thực hiện nghĩa vụ quy định tại Khoản 8, 9 Điều 36 Nghị định. Tuy vậy, nếu hiểu và vận dụng một cách máy móc, điều khoản này sẽ bộc lộ những hạn chế nghiêm trọng, gây bất lợi cho chủ sàn TMĐT, ví dụ nếu sàn đã đảm bảo thực hiện đúng theo khoản 8, 9 Điều 36 nhưng người bán cố tình hoặc dùng thủ đoạn để qua mặt hệ thống kiểm duyệt, giám sát thì lúc này chủ sàn có phải chịu trách nhiệm liên đới không? Rõ ràng, nếu không đánh giá kỹ lưỡng, việc chủ sàn phải bồi thường một cách vô lý trong trường hợp mình không có lỗi sẽ liên tục diễn ra; người bán cũng có được “chìa khóa” để “qua cửa” dễ dàng, chịu ít thiệt hại và tổn thất hơn khi có sai phạm với người tiêu dùng.

Với hướng quy định hiện tại, tác giả khuyến nghị rằng các sàn TMĐT nên có những bước chuẩn bị cần thiết và chủ động để tuân thủ các nghĩa vụ nêu trên, đồng thời bảo vệ chính mình trong mối quan hệ với TNNN. Cụ thể, các sàn TMĐT nên siết chặt hơn việc kiểm tra, xác minh danh tính của TNNN, yêu cầu TNNN cung cấp tất cả hồ sơ, giấy phép theo quy định của pháp luật Việt Nam trước khi cho phép hàng hóa của TNNN được bán trên sàn TMĐT, cũng như trao đổi với TNNN về cách thức nhập khẩu, vận chuyển và bảo hành hàng hóa cho người tiêu dùng phù hợp với pháp luật. Mặt khác, các chủ sàn TMĐT cần đảm bảo có các điều khoản chặt chẽ trong hợp đồng với TNNN để phân định rõ quyền và trách nhiệm của từng bên, là cơ sở vững chắc để bảo vệ quyền lợi hợp pháp của chủ sàn TMĐT trong quá trình giải quyết tranh chấp tại tòa án hoặc trọng tài.

Nguyên tắc tuân thủ điều kiện kinh doanh hàng hóa, ngành nghề có điều kiện

Dự thảo cũng sửa đổi nhằm làm rõ nguyên tắc tuân thủ điều kiện đầu tư, kinh doanh đối với ngành nghề và hàng hóa, dịch vụ kinh doanh có điều kiện. Cụ thể, theo Dự thảo, hoạt động TMĐT đối với hàng hóa, dịch vụ hạn chế kinh doanh, kinh doanh có điều kiện, thuộc ngành nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện phải tuân thủ các quy định pháp luật liên quan.

Mặc dù quy định trên chỉ dừng lại ở phạm vi đặt ra nguyên tắc nhưng có thể thấy rằng nhà làm luật có xu hướng siết chặt điều kiện kinh doanh phân phối của các TNNN bán hàng trên sàn TMĐT. Với quy định trên, tác giả cho rằng các nhà làm luật đang hướng đến việc giới hạn các loại mặt hàng mà TNNN có thể phân phối qua sàn theo các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên, cũng như yêu cầu TNNN cần phải xin các giấy phép phù hợp theo pháp luật Việt Nam để kinh doanh các hàng hóa, dịch vụ kinh doanh có điều kiện. Việc này cũng có nghĩa rằng các TNNN buộc phải tuân thủ các quy định của pháp luật Việt Nam về điều kiện kinh doanh hàng hóa, điều mà hiện nay các TNNN chưa thực sự tuân thủ nghiêm túc và triệt để.

Nếu việc này được áp dụng, người tiêu dùng Việt Nam có thể yên tâm về chất lượng của hàng hóa do TNNN phân phối vào Việt Nam. Đồng thời, quy định này cũng tạo sự cân bằng về điều kiện kinh doanh giữa TNNN và các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài kinh doanh phân phối theo pháp luật Việt Nam. Ngược lại, các TNNN cũng nên có sự chuẩn bị về cả chiến lược kinh doanh lẫn chi phí để đáp ứng với những thay đổi này.

Tuy nhiên, chúng ta cần chờ Nghị định sửa đổi chính thức, các văn bản hướng dẫn cũng như thực tiễn áp dụng pháp luật của các cơ quan nhà nước có liên quan (bao gồm cơ quan quản lý nhà nước chuyên ngành, cơ quan hải quan, cơ quan quản lý thị trường và bảo vệ người tiêu dùng và kể cả cơ quan giải quyết tranh chấp) để biết được mức độ thay đổi và siết chặt hoạt động của TNNN trong mô hình này.

Cơ chế thu thuế

Theo Dự thảo, Chủ sàn TMĐT có trách nhiệm khấu trừ và khai nộp thuế nhà thầu thay mặt cho TNNN. Quy định này nhằm tạo cơ chế bắt buộc cho việc khấu trừ và nộp thuế tại nguồn, đảm bảo nguồn thu thuế từ các tổ chức, cá nhân nước ngoài kinh doanh tại Việt Nam, tuân thủ pháp luật về thuế, cũng như tạo sự bình đẳng giữa các thương nhân kinh doanh trong và ngoài nước. Việc áp dụng các ưu đãi trong Hiệp định tránh đánh thuế hai lần (nếu có) cần phải căn cứ theo từng Hiệp định cụ thể áp dụng cho từng TNNN và ý kiến tư vấn từ đơn vị tư vấn chuyên môn thuế.

Kết luận

Nhìn chung, những quy định mới của Dự thảo đã tạo ra một khung pháp lý cơ bản để kiểm soát hoạt động của TNNN trên sàn TMĐT tại Việt Nam theo hướng tích cực cho người tiêu dùng và quản lý nhà nước. Tuy nhiên, các quy định còn mang tính nguyên tắc, dẫn chiếu đến pháp luật chuyên ngành, một số quy định chưa rõ ràng và có khả năng dẫn đến những cách diễn giải khác nhau của cơ quan thi hành pháp luật. Nếu Nghị định chính thức và các văn bản hướng dẫn được ban hành trong tương lai có thể khắc phục tối đa được những vấn đề nêu trên thì cùng với tốc độ tăng trưởng mạnh mẽ của thị trường TMĐT năm 2021 hứa hẹn sẽ là thời điểm TMĐT lên ngôi và trở thành một trong những lĩnh vực thúc đẩy tăng trưởng của đất nước và khu vực, góp phần đạt được những mục tiêu mà Quyết định số 645 của Thủ tướng Chính phủ đã đặt ra.





VIAC

TRUNG TÂM TRỌNG TÀI QUỐC TẾ VIỆT NAM

THÂN THIỆN - MINH BẠCH - HIỆU QUẢ



Trụ sở chính - Hà Nội

Địa chỉ: Tầng 6 Tòa tháp VCCI, số 9 Đào Duy Anh, phường Phương Mai, quận Đống Đa, Hà Nội
Phone Number: 024 3 574 6916 | 024 3 574 4001
Fax: 024 3 574 4001 | Email: info@viac.org.vn

Chi nhánh - Hồ Chí Minh

Địa chỉ: Tầng 5 Tòa tháp VCCI, số 171 Võ Thị Sáu, Quận 3, tp. Hồ Chí Minh
Phone Number: 028 3 932 1632 | 028 3 932 9555
Fax: 028 3 932 0119 | Email: info@viac.org.vn