

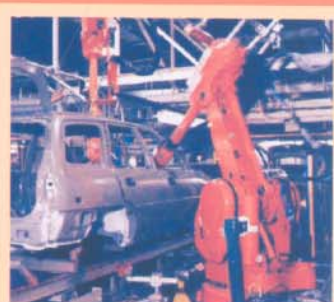
TS. BÙI NGỌC CƯỜNG (Chủ biên)
TS. ĐỒNG NGỌC BA - TS. LÊ ĐÌNH VINH
ThS. ĐOÀN TRUNG KIÊN

GIÁO TRÌNH LUẬT THƯƠNG MẠI

TẬP HAI



NHÀ XUẤT BẢN GIÁO DỤC



TS. BÙI NGỌC CƯỜNG (Chủ biên)
TS. ĐỒNG NGỌC BA – TS. LÊ ĐÌNH VINH
ThS. ĐOÀN TRUNG KIÊN

GIÁO TRÌNH
LUẬT THƯƠNG MẠI
TẬP HAI

(Dùng cho các trường đào tạo Đại học Luật)

NHÀ XUẤT BẢN GIÁO DỤC

Biên soạn:

TS. Bùi Ngọc Cường (Chủ biên)

TS. Đồng Ngọc Ba: *Chương VI, IX, X*

TS. Lê Đình Vinh: *Chương VII*

ThS. Đoàn Trung Kiên: *Chương VIII*

Bản quyền thuộc HEVOBCO – Nhà xuất bản Giáo dục

MỤC LỤC

	Trang
CHƯƠNG VI: PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG TRONG THƯƠNG MẠI	5
I – Khái niệm và phân loại hợp đồng trong thương mại	5
II – Pháp luật về hợp đồng trong thương mại	8
III – Giao kết hợp đồng trong thương mại	14
IV – Điều kiện có hiệu lực của hợp đồng và hợp đồng vô hiệu	19
V – Thực hiện hợp đồng và trách nhiệm do vi phạm hợp đồng trong thương mại	23
CHƯƠNG VII: PHÁP LUẬT VỀ THƯƠNG MẠI DỊCH VỤ	35
I – Khái niệm về thương mại dịch vụ	35
II – Pháp luật về thương mại dịch vụ	40
III – Những nội dung cơ bản của hiệp định chung về thương mại dịch vụ (GATTS)	44
IV – Nội dung pháp luật Việt Nam về thương mại dịch vụ	49
CHƯƠNG VIII: PHÁP LUẬT VỀ CẠNH TRANH	59
I – Khái quát về cạnh tranh và pháp luật về cạnh tranh	59
II – Pháp luật về kiểm soát hành vi hạn chế cạnh tranh	74
III – Pháp luật về chống cạnh tranh không lành mạnh	92
VI – Pháp luật về tố tụng cạnh tranh	100
CHƯƠNG IX: PHÁP LUẬT VỀ PHÁ SẢN	113
A – Khái quát về phá sản và pháp luật về phá sản	113
I – Khái niệm và phân loại phá sản	113
II – Khái quát pháp luật về phá sản	118
B – Thủ tục phá sản doanh nghiệp theo quy định hiện hành ở Việt Nam	122
I – Nộp đơn yêu cầu và mở thủ tục phá sản	123
II – Các biện pháp bảo toàn tài sản của doanh nghiệp	130
III – Hội nghị chủ nợ	136
IV – Phục hồi hoạt động kinh doanh	138
V – Thanh lý tài sản	140
VI – Tuyên bố doanh nghiệp bị phá sản	143
CHƯƠNG X: PHÁP LUẬT VỀ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP THƯƠNG MẠI	145
I – Khái quát về tranh chấp thương mại	145
II – Thương lượng và hòa giải	148
III – Giải quyết tranh chấp thương mại bằng phương thức Trọng tài	149
IV – Giải quyết tranh chấp thương mại bằng phương thức Tòa án	160

LỜI NÓI ĐẦU

Mặc dù nhiều vấn đề lý luận cơ bản về Luật Thương mại vẫn đang là chủ đề của những cuộc tranh luận khoa học chưa có hồi kết, nhưng môn học Luật Thương mại và những biến thể khác về tên gọi của nó vẫn luôn được coi là nội dung quan trọng và bắt buộc trong chương trình giảng dạy ở các cơ sở, các trường đào tạo luật trên cả nước.

Nhằm đáp ứng nhu cầu nghiên cứu, học tập và giảng dạy pháp luật, tập thể tác giả xin trân trọng giới thiệu đến sinh viên và bạn đọc cuốn giáo trình Luật Thương mại. Nội dung giáo trình được biên soạn trên cơ sở tiếp thu có chọn lọc, kế thừa và phát triển những thành tựu của khoa học pháp lý thời gian qua về xây dựng và hoàn thiện pháp luật thương mại trong điều kiện kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa ở Việt Nam.

Giáo trình là hệ thống những kiến thức cơ bản, mới về lý luận pháp luật thương mại cũng như thực tiễn pháp lý thương mại Việt Nam trong bối cảnh tự do hóa thương mại và hội nhập kinh tế quốc tế; cung cấp thông tin, luận giải những vấn đề lý luận cơ bản về pháp luật thương mại, bước đầu có định hướng chuyên sâu và rèn luyện kỹ năng thực hành cho người học.

Giáo trình này được chia làm hai tập, Tập hai gồm 5 chương (*Chương 6: Pháp luật về hợp đồng trong thương mại*; *Chương 7: Pháp luật về thương mại dịch vụ*; *Chương 8: Pháp luật về cạnh tranh*; *Chương 9: Pháp luật về phá sản*; *Chương 10: Pháp luật về giải quyết tranh chấp thương mại*).

Với thực tiễn nghiên cứu lý luận và thực hành luật pháp trong bối cảnh hội nhập kinh tế và tự do hóa thương mại toàn cầu, việc xây dựng một giáo trình Luật Thương mại hoàn chỉnh theo cách hiểu truyền thống là hết sức khó khăn và không tránh khỏi những thiếu sót. Trên tinh thần đó, chúng tôi rất mong đợi và chân thành cảm ơn những ý kiến đóng góp quý báu của sinh viên, đồng nghiệp và bạn đọc.

Mọi góp ý xin gửi về Công ty Cổ phần Sách Đại học – Dạy nghề, 25 Hàn Thuyên – Hà Nội.

Xin trân trọng cảm ơn!

TẬP THỂ TÁC GIẢ

PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG TRONG THƯƠNG MẠI

I — KHÁI NIỆM VÀ PHÂN LOẠI HỢP ĐỒNG TRONG THƯƠNG MẠI

1. Khái niệm về hợp đồng trong thương mại

Bản chất của hợp đồng nói chung là sự thỏa thuận và thống nhất ý chí giữa các chủ thể trong xã hội, thông qua đó xác lập, thay đổi hay chấm dứt các quyền và nghĩa vụ pháp lý. Hợp đồng là căn cứ pháp lý phổ biến làm phát sinh các quyền và nghĩa vụ dân sự. Trong điều kiện kinh tế thị trường, quan hệ kinh tế chủ yếu được xác lập và thực hiện thông qua hình thức pháp lý là hợp đồng. Nói cách khác, giao kết và thực hiện các hợp đồng là cách thức cơ bản để thực hiện hiệu quả các hoạt động kinh tế.

Khoa học pháp lý cũng như pháp luật thực định ở Việt Nam từ trước tới nay đã sử dụng nhiều khái niệm pháp lý để chỉ hợp đồng trong lĩnh vực thương mại như: hợp đồng kinh doanh¹, hợp đồng kinh tế², hợp đồng thương mại,... Pháp luật hiện hành không đưa ra định nghĩa pháp lý về hợp đồng trong lĩnh vực thương mại mà chỉ quy định khái niệm chung về hợp đồng dân sự. Theo Điều 388, Bộ luật Dân sự năm 2005, hợp đồng dân sự là sự thỏa thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự. Với phạm vi áp dụng của Bộ luật Dân sự năm 2005 (khoản 1, Điều 1), các quy định về hợp đồng dân sự được áp dụng cho hợp đồng nói chung (trong các lĩnh vực dân sự, kinh doanh, thương mại và lao động). Quyền và nghĩa vụ dân sự theo hợp đồng dân sự được hiểu bao gồm cả những quyền và nghĩa vụ phát sinh từ các quan hệ kinh doanh, thương mại. Khái niệm hợp đồng dân sự trong Bộ luật Dân sự được xem là khái niệm chung về hợp đồng (hình thức pháp lý của các quan hệ tài sản), bao gồm cả hợp đồng trong lĩnh vực thương mại.

Về mặt lý luận, hợp đồng trong lĩnh vực thương mại là một loại hợp đồng

¹ Xem: *Bản Điều lệ tạm thời về hợp đồng kinh doanh* kèm theo Nghị định số 735/TTg ngày 10/4/1957.

² Xem: *Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế* ngày 25/9/1989.

dân sự (một dạng cụ thể của hợp đồng dân sự). Tuy nhiên, hợp đồng trong thương mại có những đặc điểm riêng nhất định, khác với những hợp đồng dân sự thông thường theo cách hiểu truyền thống. Có thể xem xét hợp đồng thương mại trong mối liên hệ với hợp đồng dân sự theo nguyên lý của mối quan hệ giữa cái chung và cái riêng. Từ cách tiếp cận này, có thể thấy những vấn đề cơ bản về hợp đồng trong thương mại không có sự khác biệt so với các hợp đồng dân sự thông thường như: giao kết hợp đồng, nguyên tắc và các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng, hợp đồng vô hiệu và xử lý hợp đồng vô hiệu... Bên cạnh đó, xuất phát từ đặc điểm và yêu cầu của hoạt động thương mại, một số vấn đề về hợp đồng thương mại trong các lĩnh vực thương mại cụ thể, có tính chất là tiếp tục phát triển những quy định của dân luật truyền thống về hợp đồng (như chủ thể hợp đồng, hình thức, quyền và nghĩa vụ của các bên, chế tài và giải quyết tranh chấp hợp đồng...). Theo quy định hiện hành, có thể nhận diện hợp đồng trong thương mại theo một số tiêu chí pháp lý chủ yếu sau:

Thứ nhất, về chủ thể: hợp đồng thương mại được thiết lập chủ yếu giữa các thương nhân³. Theo quy định của Luật Thương mại (2005), thương nhân bao gồm tổ chức kinh tế được thành lập hợp pháp, cá nhân hoạt động kinh doanh một cách độc lập, thường xuyên và có đăng ký kinh doanh⁴. Có những quan hệ hợp đồng trong thương mại đòi hỏi các bên đều phải là thương nhân (Hợp đồng đại diện cho thương nhân, hợp đồng đại lý thương mại, hợp đồng dịch vụ quảng cáo thương mại...); bên cạnh đó có những hợp đồng thương mại chỉ đòi hỏi ít nhất một bên là thương nhân (hợp đồng ủy thác mua bán hàng hóa, hợp đồng dịch vụ bán đấu giá hàng hóa, hợp đồng môi giới thương mại, hợp đồng dịch vụ xây dựng, hợp đồng bảo hiểm...).

Thứ hai, về hình thức: hợp đồng trong thương mại có thể được thiết lập theo cách thức mà hai bên thể hiện sự thỏa thuận với nhau. Hợp đồng thương mại có thể được thể hiện dưới hình thức lời nói, bằng văn bản hoặc bằng hành vi cụ thể của các bên giao kết. Trong những trường hợp nhất định, pháp luật bắt buộc các bên phải thiết lập hợp đồng bằng hình thức văn bản như: (Hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế, hợp đồng dịch vụ khuyến mại, hợp đồng quảng cáo, hội chợ, triển lãm thương mại, hợp đồng tín dụng...). Luật

³ Với quy định của pháp luật hiện hành, có thể hiểu khái niệm thương nhân cùng nghĩa với khái niệm chủ thể kinh doanh.

⁴ Khoản 1, Điều 6, Luật Thương mại năm 2005.

Thương mại năm 2005 cho phép các bên trong hợp đồng có thể thay thế hình thức văn bản bằng các hình thức khác có giá trị pháp lý tương đương. Các hình thức có giá trị pháp lý tương đương với hình thức văn bản bao gồm điện báo, telex, fax, thông điệp dữ liệu ⁵.

Thứ ba, mục đích phổ biến của các bên trong hợp đồng thương mại là lợi nhuận. Khi tham gia hợp đồng thương mại, thông thường các bên của hợp đồng đều nhằm thu được lợi nhuận từ việc thực hiện hợp đồng. Tuy nhiên, trong nhiều trường hợp, một bên của hợp đồng thương mại không có mục đích lợi nhuận. Những hợp đồng này, về nguyên tắc không đương nhiên chịu sự điều chỉnh bởi những quy định riêng của pháp luật kinh doanh. Theo Luật Thương mại năm 2005, những hợp đồng được ký kết giữa một bên là thương nhân với một bên là chủ thể không phải là thương nhân và không nhằm mục đích lợi nhuận thì việc có áp dụng Luật Thương mại để điều chỉnh quan hệ trong hợp đồng đó hay không là do bên không có mục đích lợi nhuận trong hợp đồng đó quyết định ⁶.

2. Phân loại hợp đồng trong lĩnh vực thương mại

Dựa vào các tiêu chí khác nhau, hợp đồng có thể được phân chia thành nhiều loại khác nhau. Việc phân loại hợp đồng nhằm mục đích xác định cơ chế điều chỉnh cho phù hợp với tính chất của từng loại hợp đồng, nâng cao hiệu quả điều chỉnh pháp luật đối với hợp đồng. Theo pháp luật hiện hành, hợp đồng trong lĩnh vực thương mại được phân loại theo những tiêu chí chủ yếu sau ⁷:

– Căn cứ vào mức độ tương xứng về quyền và nghĩa vụ giữa các bên, hợp đồng nói chung được phân chia thành hợp đồng song vụ và hợp đồng đơn vụ. Hợp đồng song vụ là hợp đồng mà mỗi bên đều có nghĩa vụ đối với nhau; các bên đồng thời là người có nghĩa vụ và có quyền. Hợp đồng đơn vụ là hợp đồng mà chỉ một bên có nghĩa vụ.

– Căn cứ vào sự phụ thuộc lẫn nhau về hiệu lực giữa các quan hệ hợp đồng, hợp đồng được phân chia thành hợp đồng chính và hợp đồng phụ. Hợp đồng chính là hợp đồng mà hiệu lực của nó không phụ thuộc vào hợp đồng phụ. Hợp đồng phụ là hợp đồng mà hiệu lực của nó phụ thuộc vào hợp đồng chính;

⁵ Khoản 15, Điều 3, Luật Thương mại (2005).

⁶ Khoản 3, Điều 1, Luật Thương mại (2005).

⁷ Điều 406, Bộ luật Dân sự (2005).

– Căn cứ vào chủ thể được hưởng lợi từ hợp đồng, hợp đồng được phân chia thành: Hợp đồng vì lợi ích của các bên trong hợp đồng và hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba. Ở hợp đồng vì lợi ích của các bên trong hợp đồng, việc thực hiện nghĩa vụ của một bên nhằm mang lại lợi ích (đảm bảo quyền) của bên kia trong quan hệ hợp đồng. Hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba là hợp đồng mà các bên giao kết hợp đồng đều phải thực hiện nghĩa vụ và người thứ ba được hưởng lợi ích từ việc thực hiện nghĩa vụ đó;

– Căn cứ vào nội dung của mối quan hệ kinh tế, hợp đồng được chia thành các loại sau:

- Hợp đồng mua bán hàng hóa;
- Hợp đồng vận chuyển hàng hóa;
- Hợp đồng trong xây dựng cơ bản;
- Hợp đồng trung gian thương mại: (Hợp đồng đại diện cho thương nhân, hợp đồng môi giới thương mại, hợp đồng đại lý, hợp đồng ủy thác mua bán hàng hóa;
- Hợp đồng dịch vụ xúc tiến thương mại: Hợp đồng dịch vụ quảng cáo; hợp đồng dịch vụ trưng bày giới thiệu sản phẩm hàng hóa;
- Hợp đồng tín dụng;
- Hợp đồng bảo hiểm;
- Hợp đồng trong lĩnh vực đầu tư: hợp đồng hợp tác kinh doanh, hợp đồng liên doanh...

II — PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG TRONG THƯƠNG MẠI

1. Khái niệm và nội dung cơ bản của pháp luật về hợp đồng

Pháp luật về hợp đồng là tổng hợp các quy phạm pháp luật do Nhà nước ban hành hoặc thừa nhận, điều chỉnh các quan hệ hợp đồng. Pháp luật về hợp đồng có bản chất của luật tư. Trong nền kinh tế thị trường, pháp luật về hợp đồng đóng vai trò là công cụ chính đảm bảo cho những hoạt động trao đổi hàng hóa, dịch vụ... diễn ra trong trật tự.

Ở Việt Nam hiện nay, pháp luật điều chỉnh các quan hệ về hợp đồng được quy định trong nhiều văn bản pháp luật khác nhau. Ngoài những quy định về hợp đồng trong Bộ luật Dân sự, Luật Thương mại, còn có thể tìm thấy nhiều quy định liên quan đến hợp đồng trong các văn bản pháp luật điều chỉnh các

lĩnh vực kinh tế như: điện lực, tín dụng, ngân hàng, bảo hiểm, xây dựng, vận chuyển, đầu tư, chuyển giao công nghệ, đất đai... Trong hệ thống các văn bản pháp luật về hợp đồng, Bộ luật Dân sự chứa đựng những quy định chung, áp dụng cho mọi quan hệ hợp đồng, bao gồm các vấn đề cơ bản sau:

- Bản chất của hợp đồng và các nguyên tắc giao kết hợp đồng;
- Điều kiện và thủ tục giao kết hợp đồng;
- Các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng và các trường hợp hợp đồng vô hiệu;
- Đại diện và uỷ quyền ký kết hợp đồng;
- Sửa đổi, bổ sung, chuyển giao quyền và nghĩa vụ theo hợp đồng, chấm dứt, thanh lý hợp đồng;
- Các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ hợp đồng;
- Thực hiện hợp đồng;
- Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng.

Ngoài những quy định chung về hợp đồng, Bộ luật Dân sự còn quy định riêng về một số hợp đồng dân sự thông dụng như: hợp đồng mua bán tài sản, hợp đồng trao đổi tài sản, hợp đồng tặng cho tài sản, hợp đồng vay tài sản, hợp đồng thuê tài sản, hợp đồng mượn tài sản, hợp đồng dịch vụ, hợp đồng vận chuyển,* hợp đồng gia công, hợp đồng gửi giữ tài sản, hợp đồng bảo hiểm, hợp đồng uỷ quyền...

Trên cơ sở các quy định chung về hợp đồng trong Bộ luật Dân sự, các luật chuyên ngành có thể quy định thêm một số vấn đề để áp dụng riêng cho từng loại hợp đồng ở các lĩnh vực cụ thể. Các quy định riêng về hợp đồng trong các luật chuyên ngành thường đề cập đến các vấn đề chủ yếu như: chủ thể của quan hệ hợp đồng, hình thức của hợp đồng, quyền và nghĩa vụ của các bên, trách nhiệm do vi phạm hợp đồng.

2. Quan hệ giữa hợp đồng với pháp luật, thói quen trong hoạt động thương mại và tập quán thương mại

a) Quan hệ giữa hợp đồng và pháp luật

Các quy phạm pháp luật được quy định trong các văn bản pháp luật là cơ sở pháp lý chủ yếu để điều chỉnh các quan hệ hợp đồng. Quyền tự do ký kết hợp đồng cho phép các bên có thể chủ động, sáng tạo trong việc thiết lập các quan hệ kinh tế nhằm đạt được lợi ích của mình, song thỏa thuận của các bên phải phù hợp với pháp luật. Như vậy, mối quan hệ giữa hợp đồng với pháp luật thể hiện ở những điểm sau:

– Nếu nội dung thoả thuận trong hợp đồng không trái pháp luật thì quyền và nghĩa vụ của các bên được đảm bảo thực hiện theo sự thoả thuận đó. Ví dụ, Luật Thương mại năm 2005 (Điều 301) quy định mức phạt hợp đồng tối đa là 8% giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm. Nếu các bên ký kết hợp đồng mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ thương mại thoả thuận áp dụng mức phạt 5% giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm thì khi có vi phạm hợp đồng xảy ra chỉ được áp dụng mức phạt 5%;

– Nếu nội dung thoả thuận trong hợp đồng trái pháp luật thì thoả thuận đó không có giá trị; khi đó quyền và nghĩa vụ của các bên được áp dụng theo các quy định của pháp luật. Cũng ví dụ trên, nếu các bên thoả thuận phạt 10% giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm thì thoả thuận này không có giá trị pháp lý. Khi hợp đồng bị vi phạm thì bên vi phạm chỉ phải chịu phạt mức tối đa là 8% giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm;

– Nếu các bên không thoả thuận cụ thể trong hợp đồng về một vấn đề nào đó thì quyền và nghĩa vụ của các bên được áp dụng theo quy định của pháp luật. Ví dụ, khi ký kết hợp đồng, các bên không thoả thuận về việc bên vi phạm hợp đồng sẽ phải bồi thường thiệt hại cho bên kia. Nhưng khi hợp đồng bị vi phạm và gây thiệt hại cho bên bị vi phạm thì bên bị vi phạm vẫn có quyền yêu cầu bên vi phạm bồi thường các thiệt hại xảy ra cho mình, miễn là những thiệt hại đó là thiệt hại thực tế theo quy định của pháp luật và bên bị vi phạm có chứng cứ để chứng minh cho các thiệt hại mà mình đã phải gánh chịu.

b) Quan hệ giữa hợp đồng với tập quán và thói quen trong hoạt động thương mại

Các quy phạm pháp luật về hợp đồng có thể được hình thành từ nhiều nguồn luật khác nhau, trong đó có thói quen và tập quán thương mại. Luật Thương mại năm 2005 là văn bản pháp luật đầu tiên của Việt Nam đề cập tới thói quen trong hoạt động thương mại và nguyên tắc áp dụng thói quen trong hoạt động thương mại. Khoản 3, Điều 3, Luật Thương mại năm 2005 quy định: “Thói quen trong hoạt động thương mại là quy tắc xử sự có nội dung rõ ràng được hình thành và lặp lại nhiều lần trong một thời gian dài giữa các bên, được các bên mặc nhiên thừa nhận để xác định quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng thương mại”. Theo Điều 12, Luật Thương mại thì trừ trường hợp có thoả thuận khác, các bên được coi là mặc nhiên áp dụng thói quen trong hoạt động thương mại đã được thiết lập mà các bên đã biết hoặc phải biết nhưng không được trái với quy định của pháp luật. Như vậy, trường

hợp các bên ký kết hợp đồng không thoả thuận cụ thể về cách thức giải quyết và thực hiện hợp đồng thì có thể áp dụng các quy tắc thói quen trong hoạt động thương mại.

Tập quán thương mại là nguồn luật có vai trò quan trọng trong việc điều chỉnh các quan hệ hợp đồng, đặc biệt là đối với hợp đồng có yếu tố nước ngoài. Theo Luật Thương mại 2005, tập quán thương mại là thói quen được thừa nhận rộng rãi trong hoạt động thương mại trên một vùng, miền hoặc một lĩnh vực thương mại, có nội dung rõ ràng được các bên thừa nhận để xác định quyền và nghĩa vụ của các bên trong hoạt động thương mại⁸. Tập quán thương mại thường được áp dụng để điều chỉnh các quan hệ hợp đồng khi các mối quan hệ này không được điều chỉnh bởi điều ước quốc tế và luật pháp của các quốc gia. Trong mối quan hệ với hợp đồng, tập quán được áp dụng theo nguyên tắc: nếu pháp luật không có quy định, các bên không có thoả thuận và không có thói quen đã được thiết lập giữa các bên ký kết hợp đồng thì tập quán được áp dụng nhưng không được trái với những nguyên tắc của pháp luật của các bên trong hợp đồng.

3. Lược sử phát triển của pháp luật về hợp đồng thương mại ở Việt Nam

Pháp luật về hợp đồng trong thương mại ở Việt Nam đã có quá trình phát triển trải qua nhiều giai đoạn với những đặc điểm khác nhau về điều kiện kinh tế, xã hội. Trong thời kỳ đầu xây dựng chủ nghĩa xã hội ở miền Bắc, với yêu cầu từng bước xây dựng quan hệ kinh tế xã hội chủ nghĩa, để điều chỉnh các quan hệ hợp đồng trong thương mại, Thủ tướng Chính phủ đã ban hành bản Điều lệ tạm thời về hợp đồng kinh doanh kèm theo Nghị định số 735/TTg ngày 10/4/1957. Theo bản điều lệ này, hợp đồng kinh doanh được thiết lập bằng việc hai hay nhiều đơn vị kinh doanh tự nguyện cam kết với nhau thực hiện một số nhiệm vụ nhất định, trong một thời gian nhất định, nhằm phát triển kinh doanh công thương nghiệp, góp phần thực hiện kế hoạch nhà nước. Hợp đồng kinh doanh được xây dựng trên nguyên tắc các bên tự nguyện, cùng có lợi và có lợi cho việc phát triển nền kinh tế quốc dân.

Sau khi hoàn thành cơ bản công cuộc cải tạo xã hội chủ nghĩa ở miền Bắc (1960), các quan hệ kinh tế đã có sự thay đổi về chất. Cơ chế kế hoạch hóa và hạch toán kinh tế đòi hỏi phải có những quy định mới để điều chỉnh các quan hệ hợp đồng giữa các đơn vị kinh tế. Để điều chỉnh các quan hệ hợp

⁸ Khoản 4, Điều 3, Luật Thương mại.

đồng trong điều kiện đó, ngày 4/1/1960 Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Nghị định số 04/TTg kèm theo bản Điều lệ tạm thời về chế độ hợp đồng kinh tế. Đây là lần đầu tiên một khái niệm pháp lý về hợp đồng kinh tế chính thức được quy định trong văn bản pháp quy của Việt Nam. Theo Điều lệ tạm thời này, các bên tham gia quan hệ hợp đồng là các đơn vị kinh tế cơ sở, các tổ chức xã hội chủ nghĩa; việc ký kết hợp đồng là nhằm thực hiện chỉ tiêu kế hoạch của Nhà nước; khi hợp đồng kinh tế bị vi phạm, thẩm quyền giải quyết tranh chấp thuộc Hội đồng trọng tài kinh tế... Cũng trong thời gian này, Nhà nước ta đã ban hành nhiều văn bản pháp lý quy định về từng loại hợp đồng kinh tế cụ thể trong các lĩnh vực: ngoại thương, xây dựng cơ bản, vận chuyển hàng hóa... Hệ thống các văn bản pháp quy này đã đánh dấu một bước chuyển biến quan trọng trong sự phát triển của chế độ hợp đồng kinh tế ở nước ta.

Đến năm 1975, trước yêu cầu của việc đổi mới quản lý kinh tế theo hướng xóa bỏ lối quản lý hành chính cung cấp, thực hiện quản lý theo phương thức kinh doanh xã hội chủ nghĩa, Hội đồng Chính phủ đã ban hành Nghị định số 54/NĐ – CP ngày 10/3/1975 kèm theo bản Điều lệ về chế độ hợp đồng kinh tế. Điều lệ này đã quy định tương đối đầy đủ các vấn đề như: vai trò của hợp đồng kinh tế, nguyên tắc ký kết, các nội dung ký kết và thực hiện hợp đồng kinh tế, giải quyết tranh chấp và trách nhiệm do vi phạm chế độ hợp đồng kinh tế... Trong giai đoạn này, với sự phát triển của cơ chế tập trung quan liêu bao cấp, hợp đồng kinh tế trở thành một công cụ pháp lý chủ yếu của Nhà nước để quản lý nền kinh tế kế hoạch xã hội chủ nghĩa. Hợp đồng kinh tế được coi là một công cụ hữu hiệu trong xây dựng, thực hiện và đánh giá việc hoàn thành hay không hoàn thành kế hoạch. Ký kết hợp đồng kinh tế là xây dựng kế hoạch, thực hiện hợp đồng kinh tế là thực hiện kế hoạch, vi phạm hợp đồng kinh tế là vi phạm kỷ luật kế hoạch... Việc ký kết hợp đồng kinh tế được Nghị định số 54/NĐ - CP quy định là một nghĩa vụ, là kỷ luật nhà nước. Nhà nước quy định và kiểm soát một cách chặt chẽ hầu hết nội dung chủ yếu của hợp đồng kinh tế, buộc các bên phải chấp hành.

Tháng 11 năm 1986, Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ VI của Đảng Cộng sản Việt Nam đã đề ra đường lối đổi mới cơ chế quản lý kinh tế, phát triển nền kinh tế hàng hóa nhiều thành phần theo cơ chế thị trường, có sự quản lý và điều tiết của Nhà nước định hướng xã hội chủ nghĩa. Với cơ chế kinh tế mới, các quan hệ kinh tế đã có sự thay đổi về chất; quan hệ kinh tế được xác lập và thực hiện theo các nguyên tắc cơ bản của thị trường là tự do và bình đẳng.

Quan điểm điều chỉnh hợp đồng kinh tế theo Nghị định số 54/NĐ – CP ngày 13/3/1975 không còn phù hợp. Để điều chỉnh các quan hệ hợp đồng kinh tế trong điều kiện mới, ngày 25/9/1989 Hội đồng Nhà nước đã ban hành Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế. Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế đã trực tiếp thể chế hóa quan điểm đổi mới quản lý kinh tế của Đảng, phù hợp với giai đoạn đầu của quá trình đổi mới cơ chế quản lý kinh tế ở nước ta. Theo Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế, hợp đồng kinh tế có bản chất là sự thỏa thuận trên cơ sở tự nguyện của các bên; việc giao kết hợp đồng là quyền của các đơn vị kinh tế (trừ những hợp đồng kinh tế theo chỉ tiêu pháp lệnh của Nhà nước). Cùng với các văn bản hướng dẫn thi hành và các văn bản pháp luật có liên quan, Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế đánh dấu sự thay đổi cơ bản về tư duy pháp lý điều chỉnh các quan hệ hợp đồng trong cơ chế kinh tế mới ở Việt Nam. Tuy nhiên, do được ban hành trong những năm đầu của quá trình đổi mới, nhiều nội dung của Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế đã dần bộc lộ những bất cập trong quá trình áp dụng, như: tiêu chí xác định hợp đồng kinh tế, chủ thể của hợp đồng kinh tế, các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng, điều kiện có hiệu lực và hợp đồng vô hiệu, trách nhiệm do vi phạm hợp đồng... Những quy định này một mặt không phù hợp với thông lệ quốc tế, mặt khác đã tác động tiêu cực đến việc thực hiện quyền tự do hợp đồng, cản trở việc thực hiện hiệu quả các giao dịch thương mại ở Việt Nam.

Trước yêu cầu của công cuộc đổi mới trong bối cảnh hội nhập, ngày 14/6/2005 Quốc hội đã thông qua Bộ luật Dân sự mới thay thế Bộ luật Dân sự năm 1995⁹ và Luật Thương mại thay thế Luật Thương mại năm 1997¹⁰ và Nghị quyết của Quốc hội số 45/2005/QH11 ngày 14 /6/2005 về việc thi hành Bộ luật Dân sự cũng đồng thời bãi bỏ hiệu lực thi hành Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế kể từ ngày 01/01/2006.

Bộ luật Dân sự (2005) và Luật Thương mại (2005) ra đời đã đánh dấu bước phát triển mới của pháp luật về hợp đồng ở Việt Nam. Các quy định về hợp đồng trong thương mại đã có những thay đổi cơ bản cả về kỹ thuật lập pháp và nội dung pháp lý. Các quy định về hợp đồng trong Bộ luật Dân sự được áp dụng với các quan hệ hợp đồng nói chung, không phân biệt hợp đồng dân sự hay hợp đồng trong thương mại, còn Luật Thương mại năm

⁹ Bộ luật Dân sự năm 2005 có hiệu lực thi hành từ ngày 01/01/2006 và thay thế cho Bộ luật Dân sự năm 1995.

¹⁰ Luật Thương mại năm 2005 có hiệu lực thi hành từ ngày 01/01/2005 và thay thế cho Luật Thương mại năm 1997

2005 là nguồn quan trọng điều chỉnh quan hệ hợp đồng giữa các thương nhân với nhau và với các bên có liên quan nhằm triển khai hoạt động thương mại. Luật Thương mại hiện hành vừa chứa đựng các quy định chung về hợp đồng trong thương mại và các quy định riêng về hợp đồng trong một số hoạt động thương mại cụ thể như: (mua bán hàng hóa, trung gian thương mại, xúc tiến thương mại, dịch vụ đấu giá hàng hóa, dịch vụ giám định thương mại, nhượng quyền thương mại...). Luật Thương mại được xây dựng trên cơ sở tiếp tục phát triển các quy định mang tính nguyên tắc của Bộ luật Dân sự, cụ thể hóa các nguyên tắc này để điều chỉnh quan hệ hợp đồng trong thương mại. Bên cạnh các quy định trong Bộ luật Dân sự và Luật Thương mại, hợp đồng trong thương mại còn được điều chỉnh bởi các quy định trong luật chuyên ngành như: (Bộ luật Hàng hải, Luật Kinh doanh bảo hiểm, Luật Tổ chức tín dụng, Luật Xây dựng...).

III — GIAO KẾT HỢP ĐỒNG TRONG THƯƠNG MẠI

1. Nguyên tắc giao kết hợp đồng trong thương mại

Không phải sự thỏa thuận nào giữa các chủ thể cũng dẫn tới việc hình thành hợp đồng, cũng như không phải mọi quyền và nghĩa vụ của các chủ thể đối với nhau đều phát sinh từ sự thỏa thuận. Sự thỏa thuận giữa các chủ thể được coi là hợp đồng và được pháp luật bảo vệ phải đáp ứng đầy đủ những điều kiện theo quy định của pháp luật, trong đó có điều kiện (tuân thủ các nguyên tắc khi giao kết hợp đồng).

Hợp đồng trong thương mại được giao kết phải phù hợp với các nguyên tắc được quy định trong hợp đồng dân sự nói chung. Nguyên tắc giao kết hợp đồng được quy định xuất phát từ việc nhằm đảm bảo quyền tự do hợp đồng. Quyền tự do hợp đồng của các tổ chức, cá nhân được pháp luật bảo vệ, và quyền đó phải được thực hiện trong khuôn khổ pháp luật để không xâm hại đến lợi ích chính đáng của các chủ thể có liên quan. Theo quy định của Bộ luật Dân sự, việc giao kết hợp đồng phải tuân theo các nguyên tắc: tự do giao kết nhưng không trái pháp luật và đạo đức xã hội; tự nguyện, bình đẳng, thiện chí, hợp tác, trung thực và ngay thẳng¹¹. Việc tuân thủ các nguyên tắc giao kết hợp đồng có ý nghĩa quan trọng nhằm đảm bảo cho sự thỏa thuận của các bên trong hợp đồng phù hợp với ý chí thực của họ; hợp đồng có thể mang lại lợi ích cho các bên đồng thời không xâm hại đến những lợi ích khác được pháp luật bảo vệ.

¹¹ Điều 389, Bộ luật Dân sự.

2. Nội dung của hợp đồng trong thương mại

Nội dung của hợp đồng trong thương mại là các điều khoản do các bên thỏa thuận, thể hiện quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ hợp đồng. Trên cơ sở vai trò của các điều khoản trong hợp đồng, có thể phân chia nội dung của hợp đồng thành các loại: (i) Điều khoản chủ yếu (điều khoản cơ bản) là những điều khoản quan trọng nhất của hợp đồng. Khi giao kết hợp đồng các bên phải thỏa thuận được các điều khoản chủ yếu thì hợp đồng mới được giao kết; (ii) Điều khoản thông thường là những điều khoản đã được pháp luật quy định, nếu các bên không thỏa thuận thì coi như đã mặc nhiên công nhận và phải thực hiện theo quy định của pháp luật; (iii) Điều khoản tùy nghi là những điều khoản do các bên tự lựa chọn và thỏa thuận với nhau miễn là không trái với các quy định của pháp luật.

Bộ luật Dân sự (2005) và Luật Thương mại (2005) không quy định các bên bắt buộc phải thỏa thuận những nội dung cụ thể nào trong hợp đồng. Tuy nhiên, đối với từng loại hợp đồng cụ thể, pháp luật (các luật chuyên ngành) có thể có quy định về những nội dung bắt buộc phải có (nội dung chủ yếu) của hợp đồng, chẳng hạn như: nội dung chủ yếu của hợp đồng tín dụng được quy định tại Điều 51, Luật Tổ chức tín dụng năm 1996 (đã được sửa đổi, bổ sung năm 2004); nội dung chủ yếu của hợp đồng kinh doanh bảo hiểm được quy định tại Điều 13, Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2000; nội dung chủ yếu của hợp đồng trong hoạt động xây dựng được quy định tại Điều 108, Luật Xây dựng năm 2003...

Đối với những hợp đồng mà pháp luật không quy định về nội dung chủ yếu, thì các bên có thể thỏa thuận nội dung của hợp đồng trên cơ sở những quy định mang tính "khuyến nghị", "định hướng" của pháp luật¹², thói quen và tập quán thương mại. Xuất phát từ tính chất của quan hệ hợp đồng trong thương mại, có thể thấy những điều khoản quan trọng của hợp đồng trong thương mại bao gồm: đối tượng, chất lượng, giá cả, phương thức thanh toán, thời hạn và địa điểm thực hiện hợp đồng. Trong thực tiễn, các bên thỏa thuận nội dung hợp đồng càng chi tiết thì càng thuận lợi cho việc thực hiện hợp đồng. Việc pháp luật quy định nội dung của hợp đồng thương mại có ý nghĩa

¹² Điều 402, Bộ luật Dân sự quy định: Tuỳ theo từng loại hợp đồng, các bên có thể thoả thuận về những nội dung sau đây: Đối tượng của hợp đồng là tài sản phải giao, công việc phải làm hoặc không được làm; số lượng, chất lượng; giá, phương thức thanh toán; thời hạn, địa điểm, phương thức thực hiện hợp đồng; quyền, nghĩa vụ của các bên; trách nhiệm do vi phạm hợp đồng; phạt vi phạm hợp đồng; các nội dung khác.

hướng các bên tập trung vào thỏa thuận những nội dung quan trọng của hợp đồng, tạo điều kiện thuận lợi cho việc thực hiện hợp đồng, đồng thời hạn chế những tranh chấp có thể xảy ra trong quá trình thực hiện hợp đồng.

3. Thủ tục giao kết hợp đồng trong thương mại

a) Đề nghị giao kết hợp đồng

Đề nghị giao kết hợp đồng mang bản chất là hành vi pháp lý đơn phương của một chủ thể bày tỏ ý định giao kết hợp đồng với chủ thể khác theo những điều kiện xác định. Theo quy định của Điều 390, Bộ luật Dân sự, có thể định nghĩa *đề nghị giao kết hợp đồng trong thương mại* là việc bên đề nghị thể hiện rõ ý định mong muốn giao kết hợp đồng và chịu sự ràng buộc pháp lý về đề nghị của mình đối với bên được đề nghị.

Về nguyên tắc, hình thức của đề nghị hợp đồng phải phù hợp với hình thức của hợp đồng. Bộ luật Dân sự không quy định về hình thức của đề nghị hợp đồng, song có thể dựa vào quy định về hình thức của hợp đồng để xác định hình thức của đề nghị giao kết hợp đồng, theo đó đề nghị giao kết hợp đồng có thể được thể hiện bằng văn bản, bằng lời nói hoặc bằng hành vi cụ thể hoặc kết hợp giữa các hình thức trên. Trong trường hợp pháp luật quy định hình thức của hợp đồng phải bằng văn bản thì hình thức của đề nghị giao kết hợp đồng cũng phải bằng văn bản.

Đề nghị giao kết hợp đồng được gửi đến cho một hay nhiều chủ thể đã xác định. Hiệu lực của đề nghị giao kết hợp đồng thông thường được bên đề nghị ấn định. Trường hợp bên đề nghị không ấn định thời điểm có hiệu lực thì đề nghị giao kết hợp đồng có hiệu lực kể từ khi bên được đề nghị nhận được đề nghị đó. Căn cứ để xác định bên được đề nghị đã nhận được đề nghị giao kết hợp đồng là:

- Đề nghị được chuyển đến nơi cư trú (trường hợp bên được đề nghị là cá nhân) hoặc trụ sở của bên được đề nghị (trường hợp bên được đề nghị là pháp nhân);
- Đề nghị được đưa vào hệ thống thông tin chính thức của bên được đề nghị;
- Bên được đề nghị biết được đề nghị giao kết hợp đồng thông qua các phương thức khác.

Bên đề nghị phải chịu trách nhiệm về lời đề nghị của mình. Trong thời hạn đề nghị giao kết hợp đồng có hiệu lực, nếu bên được đề nghị thông báo

chấp nhận vô điều kiện đề nghị giao kết hợp đồng thì hợp đồng hình thành và ràng buộc quyền và nghĩa vụ của các bên với nhau. Nếu các bên không thực hiện các nghĩa vụ theo hợp đồng đã thoả thuận thì phải gánh chịu các hình thức chế tài pháp lý tương ứng. Các hình thức chế tài có thể do các bên tự thoả thuận trong hợp đồng, nếu các bên không thoả thuận về chế tài xử lý vi phạm hợp đồng thì áp dụng các quy định của pháp luật.

Bên đề nghị giao kết hợp đồng có thể thay đổi hoặc rút lại đề nghị giao kết hợp đồng trong các trường hợp: (i) Bên được đề nghị nhận được thông báo về việc thay đổi hoặc rút lại đề nghị trước hoặc cùng với thời điểm nhận được đề nghị; (ii) Điều kiện thay đổi hoặc rút lại đề nghị phát sinh trong trường hợp bên đề nghị có nêu rõ về việc được thay đổi hoặc rút lại đề nghị khi điều kiện đó phát sinh.

Trong trường hợp bên đề nghị giao kết hợp đồng thực hiện quyền huỷ bỏ đề nghị do đã nêu rõ quyền này trong đề nghị thì phải thông báo cho bên được đề nghị và thông báo này chỉ có hiệu lực khi bên được đề nghị nhận được thông báo trước khi bên được đề nghị trả lời chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng.

Đề nghị giao kết hợp đồng chấm dứt hiệu lực trong các trường hợp sau:

- Bên nhận được đề nghị trả lời không chấp nhận; (ii) Hết thời hạn trả lời chấp nhận;
- Thông báo về việc thay đổi hoặc rút lại đề nghị có hiệu lực;
- Thông báo về việc huỷ bỏ đề nghị có hiệu lực;
- Theo thoả thuận của bên đề nghị và bên nhận được đề nghị trong thời hạn chờ bên được đề nghị trả lời.

b) Chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng

Chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng là sự trả lời của bên được đề nghị đối với bên đề nghị về việc chấp nhận toàn bộ nội dung của đề nghị. Thời hạn trả lời chấp nhận giao kết hợp đồng được xác định trong các trường hợp sau:

- Khi bên đề nghị có ấn định thời hạn trả lời thì việc trả lời chấp nhận chỉ có hiệu lực trong thời hạn mà bên đề nghị đã ấn định; nếu bên đề nghị giao kết hợp đồng nhận được trả lời khi đã hết thời hạn trả lời thì chấp nhận này được coi là đề nghị mới của bên chậm trả lời. Trong trường hợp thông báo chấp nhận giao kết hợp đồng đến chậm vì lý do khách quan mà bên đề nghị

biết hoặc phải biết về lý do khách quan này thì thông báo chấp nhận giao kết hợp đồng vẫn có hiệu lực, trừ trường hợp bên đề nghị trả lời ngay không đồng ý với chấp nhận đó của bên được đề nghị.

– Khi các bên trực tiếp trao đổi với nhau, kể cả trao đổi qua điện thoại hoặc qua các phương tiện thông tin khác thì bên được đề nghị phải trả lời ngay có chấp nhận hoặc không chấp nhận, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận về thời hạn trả lời.

Bên được đề nghị giao kết hợp đồng có thể rút lại thông báo chấp nhận giao kết hợp đồng, nếu thông báo này đến trước hoặc cùng với thời điểm bên đề nghị nhận được trả lời chấp nhận giao kết hợp đồng.

c) Thời điểm giao kết hợp đồng

Về nguyên tắc, hợp đồng được giao kết vào thời điểm các bên đạt được sự thỏa thuận. Thời điểm giao kết hợp đồng được ấn định phụ thuộc vào cách thức giao kết và hình thức của hợp đồng. Theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2005 (Điều 404), có thể xác định thời điểm giao kết hợp đồng trong thương mại theo các trường hợp sau:

– Nếu hợp đồng được giao kết bằng hình thức văn bản thì thời điểm giao kết hợp đồng được xác định là thời điểm bên sau cùng trong hợp đồng ký vào văn bản.

– Nếu hợp đồng được giao kết gián tiếp bằng văn bản (thông qua các tài liệu giao dịch) thì thời điểm đạt được sự thỏa thuận được xác định theo lý thuyết "tiếp nhận", nghĩa là, hợp đồng được giao kết khi bên đề nghị nhận được trả lời chấp nhận giao kết hợp đồng của bên được đề nghị.

– Nếu hợp đồng được giao kết bằng lời nói thì thời điểm giao kết hợp đồng là thời điểm các bên đã thỏa thuận về nội dung của hợp đồng. Các bên có thể sử dụng những biện pháp, chứng cứ hợp pháp để chứng minh việc "các bên đã thỏa thuận" về nội dung của hợp đồng bằng lời nói.

Cần lưu ý, sự im lặng của bên được đề nghị cho đến khi hết thời hạn trả lời cũng có thể là căn cứ xác định hợp đồng đã được giao kết, nếu có thỏa thuận im lặng là sự trả lời chấp nhận giao kết hợp đồng (khoản 2, Điều 404, Bộ luật Dân sự).

Hợp đồng có hiệu lực từ thời điểm giao kết, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác (Điều 405, Bộ luật Dân sự).

IV — ĐIỀU KIỆN CÓ HIỆU LỰC CỦA HỢP ĐỒNG VÀ HỢP ĐỒNG VÔ HIỆU

1. Điều kiện có hiệu lực của hợp đồng

Pháp luật hiện hành không có những quy định riêng về những điều kiện có hiệu lực của hợp đồng trong thương mại, song có thể hiểu những điều kiện này trên cơ sở một số quy định của Bộ luật Dân sự về điều kiện có hiệu lực của hợp đồng nói chung. Căn cứ vào Điều 122, Bộ luật Dân sự (2005) và các quy định có liên quan cho thấy, một hợp đồng trong thương mại có hiệu lực phải đáp ứng đầy đủ các điều kiện sau:

Thứ nhất, các chủ thể tham gia hợp đồng phải có năng lực chủ thể để thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng. Trong thực tiễn hoạt động thương mại, chủ thể tham gia hợp đồng thương mại chủ yếu là các thương nhân¹³ và khi tham gia hợp đồng các thương nhân phải đáp ứng điều kiện là có đăng ký kinh doanh hợp pháp để thực hiện công việc đã thỏa thuận trong hợp đồng. Trường hợp mua bán hàng hóa, dịch vụ thuộc lĩnh vực kinh doanh có điều kiện thì các chủ thể còn phải có giấy phép hành nghề kinh doanh. Như vậy, giấy đăng ký kinh doanh và trong một số ngành nghề còn bao gồm cả giấy phép hành nghề là cơ sở để xác định năng lực pháp luật của các chủ thể tham gia hợp đồng.

Thứ hai, đại diện của các bên giao kết hợp đồng phải là người đại diện hợp pháp. Đại diện hợp pháp của chủ thể hợp đồng có thể là đại diện theo pháp luật hoặc đại diện theo ủy quyền. Khi xác định thẩm quyền giao kết hợp đồng, cần lưu ý quy định tại Điều 145, Bộ luật Dân sự, theo đó người không có quyền đại diện giao kết lại thực hiện việc giao kết hợp đồng thì sẽ không làm phát sinh quyền, nghĩa vụ đối với bên được đại diện trong hợp đồng, trừ trường hợp được người đại diện hợp pháp của bên được đại diện chấp nhận. Bên đã giao kết hợp đồng với người không có quyền đại diện phải thông báo cho bên kia để trả lời trong thời hạn ấn định; nếu hết thời hạn này mà không có trả lời thì hợp đồng đó không làm phát sinh quyền, nghĩa vụ đối với bên được đại diện, nhưng người không có quyền đại diện vẫn phải thực hiện nghĩa vụ đối với bên đã giao kết hợp đồng với mình, trừ trường hợp bên đã giao kết biết hoặc phải biết về việc không có quyền đại diện.

¹³ Theo tinh thần của Luật Thương mại, luật này chủ yếu được áp dụng để điều chỉnh các quan hệ hợp đồng giữa các thương nhân với nhau nhằm mục đích lợi nhuận. Luật Thương mại có thể được áp dụng với hợp đồng khi một bên không nhằm mục đích lợi nhuận, nếu bên không nhằm mục đích lợi nhuận đó chọn áp dụng Luật Thương mại (Điều 1, Luật Thương mại).

Thứ ba, mục đích và nội dung của hợp đồng không vi phạm điều cấm của pháp luật, không trái với đạo đức xã hội. Hàng hóa, dịch vụ là đối tượng của hợp đồng không bị cấm kinh doanh theo quy định của pháp luật. Tùy thuộc vào từng giai đoạn và hoàn cảnh của nền kinh tế và xuất phát từ yêu cầu quản lý nhà nước mà những hàng hóa, dịch vụ bị cấm kinh doanh được pháp luật quy định một cách phù hợp¹⁴. Vì vậy, hàng hoá và dịch vụ (đối tượng của hợp đồng) phải là những hàng hoá, dịch vụ được pháp luật cho phép trao đổi, mua bán... ở vào thời điểm giao kết.

Thứ tư, hợp đồng được giao kết phải đảm bảo nguyên tắc tự nguyện. Việc quy định hợp đồng giao kết phải đảm bảo nguyên tắc tự nguyện là xuất phát từ quyền tự do ký kết hợp đồng và phù hợp với ý chí thực của họ, hướng đến lợi ích chính đáng của các bên, đồng thời không xâm hại đến những lợi ích khác được pháp luật bảo vệ. Những hành vi cưỡng ép, đe dọa, lừa dối để giao kết hợp đồng,... đều bị coi là vi phạm pháp luật và hợp đồng sẽ không có hiệu lực.

Thứ năm, hình thức của hợp đồng phải phù hợp với quy định của pháp luật. Để hợp đồng trong thương mại có hiệu lực, nội dung hợp đồng phải được xác lập theo những hình thức được pháp luật thừa nhận. Theo quy định tại Điều 401, Bộ luật Dân sự, hợp đồng có thể được giao kết bằng lời nói, bằng văn bản hoặc bằng hành vi cụ thể, khi pháp luật không quy định loại hợp đồng đó phải được giao kết bằng một hình thức nhất định. Trong trường hợp pháp luật có quy định hợp đồng phải được thể hiện bằng văn bản có công chứng hoặc chứng thực, phải đăng ký hoặc xin phép thì phải tuân theo các quy định đó. Như vậy, hình thức của hợp đồng chỉ là điều kiện có hiệu lực khi pháp luật có quy định. Trường hợp các bên không tuân thủ về hình thức hợp đồng khi mà pháp luật bắt buộc hợp đồng đó phải tuân thủ về hình thức thì hợp đồng đó sẽ không có hiệu lực sau khi được ký kết.

2. Hợp đồng vô hiệu và xử lý hợp đồng vô hiệu

Hợp đồng vô hiệu là hợp đồng không thỏa mãn đầy đủ các điều kiện có hiệu lực theo quy định của pháp luật. Tuy nhiên, các hợp đồng vô hiệu có thể có sự khác nhau về tính chất và mức độ ảnh hưởng đến các lợi ích mà pháp luật cần bảo vệ. Việc quy định cụ thể các trường hợp hợp đồng vô hiệu

¹⁴ Hàng hóa, dịch vụ cấm kinh doanh thương mại hiện nay được quy định trong danh mục ban hành kèm theo Nghị định số 56/2006/ND - CP ngày 12/6/2006.

có ý nghĩa quan trọng trong việc tìm ra biện pháp xử lý một cách phù hợp và có hiệu quả các hợp đồng vô hiệu, qua đó bảo vệ lợi ích của các bên trong hợp đồng cũng như lợi ích của các chủ thể có liên quan. Bộ luật Dân sự (2005) quy định các trường hợp hợp đồng trong thương mại vô hiệu sẽ được áp dụng các quy định về giao dịch dân sự vô hiệu nói chung¹⁵, theo đó một hợp đồng trong thương mại thường vô hiệu trong các trường hợp sau:

– Vô hiệu do nội dung của hợp đồng vi phạm điều cấm của pháp luật hoặc trái với đạo đức xã hội. Điều cấm của pháp luật là những quy định có nội dung không cho phép chủ thể thực hiện những hành vi nhất định. Đạo đức xã hội là những chuẩn mực ứng xử chung giữa người với người trong đời sống xã hội, được cộng đồng thừa nhận và tôn trọng. Biểu hiện cụ thể của vi phạm điều cấm trong hợp đồng là các bên thoả thuận với nhau để thực hiện những công việc mà pháp luật không cho phép thực hiện như sản xuất, tiêu thụ hàng giả, mua bán, vận chuyển hàng cấm, cung ứng dịch vụ bị cấm thực hiện, dịch chuyển tài sản trái phép hay những thoả thuận gây thiệt hại cho lợi ích của người thứ ba... Theo cách hiểu thông thường thì nội dung hợp đồng gồm toàn bộ cam kết của các bên được thể hiện dưới dạng điều khoản. Nhưng khi xem xét nội dung của hợp đồng có vi phạm điều cấm của pháp luật hay không thì cần lưu ý đến điều khoản đối tượng của hợp đồng. Khi nội dung của điều khoản này vi phạm điều cấm của pháp luật dẫn đến hợp đồng bị vô hiệu toàn bộ thì các điều khoản hợp pháp khác của hợp đồng cũng sẽ bị vô hiệu theo. Để xác định nội dung của hợp đồng có vi phạm điều cấm của pháp luật hay không, cần lưu ý các quy phạm cấm đoán trong các văn bản pháp luật hiện hành.

– Vô hiệu do giả tạo: Khi các bên giao kết hợp đồng một cách giả tạo nhằm che giấu một hợp đồng khác thì hợp đồng giả tạo sẽ bị vô hiệu, còn hợp đồng bị che giấu vẫn có hiệu lực, trừ trường hợp hợp đồng bị che giấu cũng vô hiệu theo quy định của pháp luật.

– Vô hiệu do nhầm lẫn: Một bên có lỗi vô ý làm cho bên kia nhầm lẫn về nội dung của hợp đồng mà đi đến giao kết thì bên bị nhầm lẫn có quyền yêu cầu bên kia thay đổi nội dung của hợp đồng đó, nếu bên kia không chấp nhận thì bên bị nhầm lẫn có quyền yêu cầu toà án tuyên bố hợp đồng vô hiệu.

– Vô hiệu do lừa dối: Lừa dối là hành vi cố ý của một bên hoặc của người

¹⁵ Từ Điều 127 đến Điều 134, Bộ luật Dân sự (2005).

thứ ba nhằm làm cho bên kia hiểu sai lệch về chủ thể, tính chất của đối tượng hoặc nội dung của hợp đồng nên đã quyết định giao kết hợp đồng đó. Khi một bên giao kết hợp đồng do bị lừa dối thì có quyền yêu cầu toà án tuyên bố hợp đồng đó là vô hiệu.

– Vô hiệu do bị đe dọa: Đe dọa là hành vi cố ý của một bên hoặc người thứ ba làm cho bên kia buộc phải giao kết và thực hiện hợp đồng nhằm tránh thiệt hại về tính mạng, sức khoẻ, danh dự, uy tín, nhân phẩm, tài sản của mình hoặc của cha, mẹ, vợ, chồng, con của mình... Khi một bên giao kết hợp đồng do bị đe dọa thì có quyền yêu cầu toà án tuyên bố hợp đồng đó là vô hiệu

– Vô hiệu do người xác lập không nhận thức và làm chủ được hành vi của mình: Người có năng lực hành vi dân sự nhưng đã giao kết hợp đồng vào đúng thời điểm không nhận thức và làm chủ được hành vi của mình thì có quyền yêu cầu toà án tuyên bố hợp đồng đó là vô hiệu.

Vô hiệu do vi phạm quy định về hình thức hợp đồng: Trong trường hợp pháp luật quy định hình thức hợp đồng là điều kiện có hiệu lực của hợp đồng mà các bên không tuân theo thì theo yêu cầu của một hoặc các bên, toà án, cơ quan nhà nước có thẩm quyền khác sẽ ra quyết định buộc các bên phải thực hiện quy định về hình thức của hợp đồng trong một thời hạn nhất định; quá thời hạn đó mà các bên không thực hiện thì hợp đồng sẽ bị vô hiệu.

Ngoài ra cần lưu ý, mặc dù Bộ luật Dân sự năm 2005 không quy định cụ thể trong trường hợp nào thì hợp đồng trong thương mại bị coi là vô hiệu do chủ thể hợp đồng không đảm bảo điều kiện về đăng ký kinh doanh, song có thể hiểu trường hợp vô hiệu này từ các quy định về điều kiện có hiệu lực của hợp đồng. Đó là một trong các bên ký kết hợp đồng không có đăng ký kinh doanh, tức là không có (năng lực chủ thể) theo quy định của pháp luật để thực hiện công việc đã thoả thuận trong hợp đồng sẽ làm cho hợp đồng bị vô hiệu. Tuy nhiên, đăng ký kinh doanh chỉ đòi hỏi bắt buộc đối với chủ thể là thương nhân. Vì vậy, nếu pháp luật quy định để thực hiện công việc đã thoả thuận trong hợp đồng đòi hỏi cả hai bên phải có đăng ký kinh doanh (hợp đồng đại lý; hợp đồng đại diện cho thương nhân) mà một trong các bên không có đăng ký kinh doanh thì hợp đồng bị coi là vô hiệu toàn bộ; Nếu pháp luật quy định chỉ cần một bên có đăng ký kinh doanh (bên bán trong hợp đồng mua bán; bên cung ứng dịch vụ trong hợp đồng dịch vụ; bên nhận thầu trong hợp đồng xây dựng; bên vận chuyển trong hợp đồng vận chuyển) mà bên đó không có đăng ký kinh doanh thì hợp đồng đó mới bị coi là vô hiệu. Để xác định hợp đồng có bị vô hiệu do một bên không có đăng ký kinh doanh để thực hiện nội dung đã thoả thuận hay không, cần nghiên

cứu kỳ nội dung hợp đồng để xem các bên có những nghĩa vụ cụ thể gì? Việc thực hiện các nghĩa vụ đó có phù hợp với đăng ký kinh doanh của từng bên hay không? Những ngành nghề các bên được quyền kinh doanh ghi trong giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh là gì? Đối với những ngành nghề phải có chứng chỉ hành nghề hoặc những ngành nghề kinh doanh có điều kiện, phải xem xét nội dung của chứng chỉ hành nghề hoặc giấy phép kinh doanh do cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp.

Tùy thuộc vào mức độ vô hiệu của hợp đồng, hợp đồng vô hiệu trong các trường hợp nói trên được phân chia thành: Hợp đồng vô hiệu toàn bộ và hợp đồng vô hiệu từng phần. Hợp đồng vô hiệu toàn bộ là hợp đồng mà tất cả các nội dung của hợp đồng không có giá trị pháp lý, các bên không phải thực hiện nghĩa vụ và cũng không được hưởng các quyền theo hợp đồng. Hợp đồng vô hiệu từng phần là những hợp đồng có nội dung nào đó vi phạm điều cấm của pháp luật và bị vô hiệu nhưng không làm ảnh hưởng đến các nội dung còn lại của hợp đồng. Ví dụ: Trong hợp đồng các bên thỏa thuận mức phạt vi phạm cụ thể cao hơn mức phạt vi phạm do pháp luật quy định. Thỏa thuận này của các bên bị vô hiệu, nhưng không làm ảnh hưởng đến các nội dung khác của hợp đồng. Hợp đồng này bị coi là vô hiệu từng phần.

Khi một hợp đồng bị vô hiệu thì sẽ bị xử lý theo quy định của pháp luật. Nhìn chung pháp luật các nước đều có quan điểm xử lý rất nghiêm khắc đối với các hợp đồng vô hiệu, đặc biệt là đối với bên chủ thể đã có lỗi trong việc giao kết và thực hiện hợp đồng vô hiệu. Theo Bộ luật Dân sự (2005), một hợp đồng bị vô hiệu sẽ không làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của các bên từ thời điểm giao kết. Các bên phải khôi phục lại tình trạng ban đầu. Việc khôi phục lại tình trạng ban đầu được thực hiện theo quy định sau:

- Các bên hoàn trả cho nhau những gì đã nhận. Nếu không hoàn trả được bằng hiện vật thì hoàn trả bằng tiền (trừ trường hợp tài sản bị tịch thu theo quy định của pháp luật);
- Bên có lỗi gây thiệt hại phải bồi thường cho bên kia.

V — THỰC HIỆN HỢP ĐỒNG VÀ TRÁCH NHIỆM DO VI PHẠM HỢP ĐỒNG TRONG THƯƠNG MẠI

1. Thực hiện hợp đồng trong thương mại

a) Nguyên tắc thực hiện hợp đồng

Những thỏa thuận trong hợp đồng có hiệu lực sẽ có giá trị ràng buộc các

bên; hợp đồng có tính chất là "luật" đối với các bên. Các bên phải thực hiện các nghĩa vụ đã thỏa thuận theo đúng hợp đồng. Để đảm bảo việc thực hiện hợp đồng mang lại lợi ích cho các bên, đồng thời không xâm hại đến những lợi ích mà pháp luật cần bảo vệ, pháp luật quy định những nguyên tắc có tính chất bắt buộc phải tuân theo đối với các chủ thể trong quá trình thực hiện hợp đồng. Việc thực hiện hợp đồng trong thương mại cũng phải tuân thủ những nguyên tắc và cách thức thực hiện được quy định cho hợp đồng dân sự nói chung. Các nguyên tắc thực hiện hợp đồng theo quy định hiện hành bao gồm ¹⁶:

- Thực hiện đúng hợp đồng, đúng đối tượng, chất lượng, số lượng, chủng loại, thời hạn, phương thức thanh toán và các thỏa thuận khác;
- Thực hiện một cách trung thực, theo tinh thần hợp tác và có lợi nhất cho các bên, bảo đảm tin cậy lẫn nhau;
- Không được xâm phạm đến lợi ích của Nhà nước, lợi ích công cộng, quyền, lợi ích hợp pháp của người khác.

b) Cách thức thực hiện hợp đồng

Cách thức thực hiện hợp đồng được pháp luật quy định phù hợp với tính chất của từng loại hợp đồng. Theo pháp luật hiện hành ¹⁷, cách thức thực hiện hợp đồng được quy định cho các loại hợp đồng sau:

- Đối với hợp đồng đơn vụ: Bên có nghĩa vụ phải thực hiện nghĩa vụ đúng như đã thỏa thuận; chỉ được thực hiện trước hoặc sau thời hạn nếu được bên có quyền đồng ý;
- Đối với hợp đồng song vụ: Khi các bên đã thỏa thuận thời hạn thực hiện nghĩa vụ thì mỗi bên phải thực hiện nghĩa vụ của mình khi đến hạn; không được hoãn việc thực hiện với lý do bên kia chưa thực hiện nghĩa vụ đối với mình, trừ trường hợp có căn cứ được hoãn thực hiện nghĩa vụ theo quy định của pháp luật hoặc không thể thực hiện được nghĩa vụ do lỗi của bên có quyền. Trường hợp các bên trong hợp đồng song vụ không thỏa thuận bên nào phải thực hiện nghĩa vụ trước thì các bên phải đồng thời thực hiện nghĩa vụ đối với nhau; nếu nghĩa vụ không thể thực hiện đồng thời thì nghĩa vụ nào khi thực hiện mất nhiều thời gian hơn thì nghĩa vụ đó phải được thực hiện trước.

¹⁶ Điều 412, Bộ luật Dân sự (2005).

¹⁷ Điều 413 đến Điều 422, Bộ luật Dân sự (2005).

– Đối với hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba: Khi thực hiện hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba thì người thứ ba có quyền trực tiếp yêu cầu bên có nghĩa vụ phải thực hiện nghĩa vụ đối với mình; nếu các bên có tranh chấp về việc thực hiện hợp đồng thì người thứ ba không có quyền yêu cầu thực hiện nghĩa vụ cho đến khi tranh chấp được giải quyết. Bên có quyền cũng có thể yêu cầu bên có nghĩa vụ thực hiện hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba.

2. Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng trong thương mại

a) Khái niệm và vai trò của trách nhiệm hợp đồng

Khi một hợp đồng được xác lập có hiệu lực pháp luật, các bên có nghĩa vụ phải thực hiện các nghĩa vụ đã thỏa thuận. Việc vi phạm các nghĩa vụ theo hợp đồng (không thực hiện, thực hiện không đúng, thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ), sẽ dẫn đến bên vi phạm phải chịu những chế tài do pháp luật quy định. Về bản chất, trách nhiệm do vi phạm hợp đồng là một loại trách nhiệm pháp lý, phát sinh trong lĩnh vực thương mại.

Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng có những đặc điểm cơ bản là:

- Được áp dụng trên cơ sở hành vi vi phạm hợp đồng;
- Nội dung trách nhiệm gắn liền với việc thực hiện các nghĩa vụ theo hợp đồng hoặc trách nhiệm về tài sản;
- Do cơ quan, tổ chức có thẩm quyền áp dụng hoặc do bên bị vi phạm áp dụng trên cơ sở pháp luật.

Chế định trách nhiệm do vi phạm hợp đồng có nội dung chủ yếu là các quy định về căn cứ áp dụng trách nhiệm, các hình thức trách nhiệm và các trường hợp miễn trách nhiệm. Những quy định này có ý nghĩa quan trọng đối với việc bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của các chủ thể trong quan hệ hợp đồng cũng như đảm bảo tính nghiêm minh của pháp Luật Thương mại. Vai trò của chế định trách nhiệm do vi phạm hợp đồng thể hiện ở những khía cạnh cơ bản sau:

– Chế định trách nhiệm do vi phạm hợp đồng bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các bên trong quan hệ hợp đồng. Khi tham gia quan hệ thương mại, các bên đều nhằm đạt được những lợi ích nhất định. Hành vi vi phạm hợp đồng luôn tiềm ẩn nguy cơ xâm hại lợi ích của bên bị vi phạm (làm mất mát, hư hỏng hàng hóa, giảm sút thu nhập, lợi nhuận...). Để bảo vệ lợi ích của bên bị vi phạm, chế định trách nhiệm hợp đồng cho phép bên bị vi phạm tự mình hoặc yêu cầu cơ quan có thẩm quyền áp dụng các hình thức trách nhiệm (chế

tài) đối với bên vi phạm (buộc bên vi phạm thực hiện đúng hợp đồng, phạt vi phạm, bồi thường thiệt hại, tạm ngừng thực hiện hợp đồng, đình chỉ hợp đồng, huỷ bỏ hợp đồng). Bên cạnh đó, chế định trách nhiệm hợp đồng cũng bảo vệ quyền lợi của bên vi phạm. Với việc quy định rõ ràng các căn cứ, thủ tục áp dụng trách nhiệm, các trường hợp miễn trách nhiệm..., chế định trách nhiệm do vi phạm hợp đồng cũng bảo đảm cho bên vi phạm chỉ phải chịu trách nhiệm về những thiệt hại do pháp luật quy định, bảo vệ bên vi phạm trước những hiện tượng tiêu cực trong xử lý vi phạm hợp đồng.

– Chế định trách nhiệm do vi phạm hợp đồng ngăn ngừa và hạn chế hành vi vi phạm hợp đồng, nâng cao ý thức trách nhiệm của các chủ thể trong việc thực hiện hợp đồng. Chế định trách nhiệm do vi phạm hợp đồng chủ trương áp dụng các biện pháp chế tài đối với mọi hành vi vi phạm hợp đồng (trừ trường hợp được miễn trách nhiệm theo quy định của pháp luật hoặc bên bị vi phạm không yêu cầu áp dụng chế tài). Các quy định về trách nhiệm do vi phạm hợp đồng có tác động rất mạnh mẽ vào ý thức của các bên, nâng cao tinh thần trách nhiệm của các bên trong việc thực hiện nghĩa vụ hợp đồng, ngăn ngừa và hạn chế vi phạm hợp đồng xảy ra.

b) Căn cứ áp dụng trách nhiệm do vi phạm hợp đồng trong thương mại

Với tính chất là một loại trách nhiệm pháp lý, trách nhiệm do vi phạm hợp đồng trong thương mại được áp dụng khi có những căn cứ do pháp luật quy định. Với mỗi hình thức chế tài, căn cứ áp dụng có sự khác nhau nhất định và phụ thuộc vào tính chất và mục đích của hình thức chế tài đó. Theo quy định hiện hành, các hình thức chế tài được áp dụng đối với hành vi vi phạm hợp đồng trong thương mại khi có các căn cứ sau:

– Có hành vi vi phạm hợp đồng

Hành vi vi phạm hợp đồng là căn cứ pháp lý đầu tiên để lựa chọn hình thức chế tài áp dụng. Hành vi vi phạm hợp đồng trong thương mại là xử sự của các chủ thể hợp đồng không phù hợp với các nghĩa vụ theo hợp đồng. Biểu hiện cụ thể của vi phạm hợp đồng trong thương mại là việc không thực hiện hoặc thực hiện không đúng, không đầy đủ các nghĩa vụ trong hợp đồng. Cần lưu ý, quan hệ hợp đồng trong thương mại, các bên không chỉ phải thực hiện những nghĩa vụ đã thỏa thuận trong hợp đồng (ghi vào hợp đồng), mà còn có thể phải thực hiện những nghĩa vụ theo quy định của pháp luật (khoa học pháp lý thường gọi là nội dung thường lệ của hợp đồng trong thương mại). Vì vậy, khi xem xét một hành vi có vi phạm hợp đồng hay không thì cần phải căn cứ vào nội dung của hợp đồng và các quy định khác của pháp luật.

– Có thiệt hại vật chất thực tế xảy ra

Thiệt hại vật chất thực tế do vi phạm hợp đồng gây ra là căn cứ bắt buộc phải có khi áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại. Đối với các hình thức chế tài khác, thiệt hại thực tế có thể được coi là tình tiết để xác định mức độ nặng, nhẹ của chế tài được áp dụng. Thiệt hại thực tế là những thiệt hại có thể tính được thành tiền mà bên bị vi phạm hợp đồng phải gánh chịu (hàng hóa mất mát, hư hỏng, chi phí ngăn chặn, hạn chế thiệt hại...). Thiệt hại thực tế được chia làm hai loại là thiệt hại trực tiếp và thiệt hại gián tiếp. Thiệt hại trực tiếp là những thiệt hại đã xảy ra trên thực tế, có thể tính toán một cách dễ dàng và chính xác. Biểu hiện cụ thể của thiệt hại trực tiếp là tài sản bị mất mát, hư hỏng, chi phí để ngăn chặn và hạn chế thiệt hại do vi phạm hợp đồng gây ra ... Thiệt hại gián tiếp là những thiệt hại phải dựa trên sự suy đoán khoa học (trên cơ sở những chứng cứ, tài liệu) mới có thể xác định được. Biểu hiện cụ thể của thiệt hại gián tiếp là thu nhập thực tế bị mất, bị giảm sút, khoản lợi đáng lẽ được hưởng mà bên có quyền lợi bị vi phạm phải chịu.

Về nguyên tắc, bên bị vi phạm chỉ được bồi thường (và bên vi phạm chỉ có nghĩa vụ phải bồi thường) những khoản thiệt hại trong phạm vi do pháp luật quy định. Đối với các hợp đồng nói chung, các khoản thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ hợp đồng gây ra bao gồm tổn thất về tài sản, chi phí hợp lý để ngăn chặn, hạn chế, khắc phục thiệt hại, thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giảm sút¹⁸. Đối với hợp đồng trong lĩnh vực thương mại, Luật Thương mại quy định về các khoản thiệt hại do vi phạm hợp đồng bao gồm giá trị tổn thất thực tế, trực tiếp mà bên bị vi phạm phải chịu do bên vi phạm gây ra và khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm¹⁹. Nếu bên vi phạm chậm thanh toán tiền, thì bên bị vi phạm 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 trả²⁰.

– Có mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm hợp đồng và thiệt hại thực tế

Mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm hợp đồng và thiệt hại thực tế xảy ra được xác định khi hành vi vi phạm và thiệt hại thực tế có mối liên hệ

¹⁸ Khoản 2, Điều 307, Bộ luật Dân sự.

¹⁹ Khoản 2, Điều 302, Luật Thương mại.

²⁰ Điều 306, Luật Thương mại.

nội tại, tất yếu; hành vi vi phạm là nguyên nhân trực tiếp gây ra thiệt hại. Bên có hành vi vi phạm hợp đồng chỉ phải bồi thường thiệt hại khi thiệt hại xảy ra là kết quả tất yếu của hành vi vi phạm hợp đồng. Trên thực tế, một hành vi vi phạm hợp đồng có thể gây ra nhiều thiệt hại khác nhau và mỗi thiệt hại cũng có thể do nhiều hành vi vi phạm hợp đồng gây ra. Trong khi đó, các chủ thể hợp đồng, đặc biệt là các thương nhân, có thể cùng lúc tham gia nhiều quan hệ hợp đồng khác nhau. Vì vậy, việc xác định chính xác mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm hợp đồng và thiệt hại thực tế không phải bao giờ cũng dễ dàng; sẽ rất dễ nhầm lẫn nếu chỉ dựa vào sự suy đoán chủ quan. Điều này đòi hỏi bên bị vi phạm khi đòi bồi thường thiệt hại (cũng như các cơ quan tài phán khi quyết định áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại đối với bên vi phạm) phải dựa trên những chứng cứ rõ ràng, xác thực và hợp pháp.

– *Có lỗi của bên vi phạm*

Lỗi của bên vi phạm hợp đồng là căn cứ pháp lý bắt buộc phải có để áp dụng hình thức chế tài đối với hành vi vi phạm hợp đồng. Trong khoa học pháp lý, lỗi được hiểu là trạng thái tâm lý và mức độ nhận thức của một người đối với hành vi của họ và hậu quả của hành vi đó. Vấn đề trạng thái tâm lý và nhận thức chỉ được đặt ra đối với các chủ thể là cá nhân. Trong khi bên vi phạm hợp đồng có thể là cá nhân hoặc tổ chức. Vì vậy, khi xác định lỗi của chủ thể là tổ chức vi phạm hợp đồng để áp dụng trách nhiệm hợp đồng thì phải căn cứ vào lỗi của người đại diện cho tổ chức đã giao kết và thực hiện hợp đồng. Trách nhiệm hợp đồng được áp dụng theo nguyên tắc lỗi suy đoán, theo đó mọi hành vi không thực hiện, thực hiện không đúng hợp đồng đều bị suy đoán là có lỗi (trừ trường hợp bên vi phạm chứng minh được là mình không có lỗi); bên bị vi phạm cũng như cơ quan tài phán không có nghĩa vụ chứng minh lỗi của bên vi phạm.

c) Các hình thức trách nhiệm do vi phạm hợp đồng trong thương mại

– *Buộc thực hiện đúng hợp đồng*

Buộc thực hiện đúng hợp đồng trong thương mại là hình thức chế tài, theo đó bên vi phạm nghĩa vụ hợp đồng phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ theo yêu cầu của bên bị vi phạm. Căn cứ để áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng là: có hành vi vi phạm hợp đồng và có lỗi của bên vi phạm. Biểu hiện cụ thể của việc áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng là việc bên vi phạm phải ngừng ngay việc vi phạm và thực hiện đúng các nghĩa vụ theo hợp đồng hoặc dùng các biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện (tự sửa

chữa khuyết tật của hàng hoá, thiếu sót của dịch vụ, mua hàng hóa, nhận cung ứng dịch vụ của người khác theo đúng loại hàng hoá, dịch vụ ghi trong hợp đồng...) và bên vi phạm phải chịu phí tổn phát sinh. Những trường hợp bên bị vi phạm và bên vi phạm thoả thuận gia hạn thực hiện nghĩa vụ hoặc thoả thuận thay thế nghĩa vụ này bằng nghĩa vụ khác, không được coi là áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng.

Theo Luật Thương mại (Điều 297), khi áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng, bên bị vi phạm có thể lựa chọn hoặc yêu cầu bên vi phạm thực hiện đúng hợp đồng hoặc lựa chọn các biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện và bên vi phạm phải chịu chi phí phát sinh. Chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng theo Luật Thương mại được đặt ra khi có vi phạm các điều khoản về số lượng, chất lượng hàng hóa, yêu cầu kỹ thuật của công việc. Khi bên vi phạm giao hàng thiếu, cung ứng dịch vụ không đúng theo thoả thuận trong hợp đồng, bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bên vi phạm phải giao đủ hàng, cung ứng dịch vụ theo đúng thoả thuận trong hợp đồng. Nếu bên vi phạm giao hàng kém chất lượng, cung ứng dịch vụ không đúng hợp đồng, bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bên vi phạm loại trừ khuyết tật của hàng hoá, thiếu sót của dịch vụ hoặc giao hàng khác thay thế, cung ứng dịch vụ theo đúng hợp đồng. Trường hợp bên vi phạm không thực hiện yêu cầu của bên bị vi phạm thì bên bị vi phạm có quyền mua hàng, nhận cung ứng dịch vụ của người khác theo đúng loại hàng hoá, dịch vụ ghi trong hợp đồng và bên vi phạm phải bù đắp phần chênh lệch về giá. Bên bị vi phạm cũng có thể tự sửa chữa khuyết tật của hàng hóa, thiếu sót của dịch vụ và yêu cầu bên vi phạm phải trả các chi phí thực tế hợp lý.

- Phạt hợp đồng

Phạt hợp đồng trong thương mại là hình thức chế tài do vi phạm hợp đồng, theo đó bên vi phạm hợp đồng phải trả cho bên bị vi phạm khoản tiền nhất định do pháp luật quy định hoặc do các bên thoả thuận trên cơ sở pháp luật. Chế tài phạt hợp đồng có mục đích chủ yếu là trừng phạt, tác động vào ý thức của các chủ thể hợp đồng nhằm giáo dục ý thức tôn trọng nội dung đã thoả thuận trong hợp đồng, phòng ngừa hành vi vi phạm hợp đồng. Với mục đích như vậy, phạt hợp đồng là hình thức được áp dụng một cách phổ biến đối với các vi phạm hợp đồng.

Theo Luật Thương mại, chế tài phạt vi phạm hợp đồng chỉ được áp dụng nếu trong hợp đồng có thoả thuận về việc áp dụng chế tài này²¹. Mặt khác, để áp dụng hình thức chế tài phạt hợp đồng, cần có hai căn cứ là:

²¹ Điều 300, Luật Thương mại

- + Có hành vi vi phạm hợp đồng;
- + Có lỗi của bên vi phạm hợp đồng.

Mức tiền phạt vi phạm hợp đồng bị giới hạn bởi pháp luật (các bên có quyền thoả thuận về mức phạt nhưng không được vượt quá mức phạt do pháp luật quy định). Theo Luật Thương mại năm 2005, mức phạt đối với vi phạm nghĩa vụ hợp đồng hoặc tổng mức phạt đối với nhiều vi phạm do các bên thoả thuận trong hợp đồng không quá 8% giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm ²².

– *Bồi thường thiệt hại*

Khác với phạt vi phạm hợp đồng, bồi thường thiệt hại là hình thức chế tài được áp dụng nhằm khôi phục, bù đắp những lợi ích vật chất bị mất của bên bị vi phạm hợp đồng. Với mục đích này, bồi thường thiệt hại chỉ được áp dụng khi có thiệt hại xảy ra. Theo Luật Thương mại năm 2005, để áp dụng trách nhiệm bồi thường thiệt hại phải có các căn cứ sau:

- + Có hành vi vi phạm hợp đồng;
- + Có thiệt hại thực tế;
- + Hành vi vi phạm hợp đồng là nguyên nhân trực tiếp gây ra thiệt hại;
- + Có lỗi của bên vi phạm (không thuộc các trường hợp được miễn trách nhiệm theo quy định của pháp luật) ²³.

Về nguyên tắc, bên vi phạm phải bồi thường toàn bộ những thiệt hại vật chất cho bên bị vi phạm. Tuy nhiên, như đã phân tích, các khoản thiệt hại đòi bồi thường phải nằm trong phạm vi được pháp luật ghi nhận.

Bên yêu cầu bồi thường thiệt hại phải chứng minh được mức độ tổn thất do hành vi vi phạm gây ra và khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm hợp đồng của bên vi phạm. Khi xảy ra vi phạm hợp đồng, bên yêu cầu bồi thường thiệt hại phải áp dụng các biện pháp hợp lý để hạn chế tổn thất kể cả tổn thất đối với khoản lợi trực tiếp đáng lẽ được hưởng do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra; nếu bên yêu cầu bồi thường thiệt hại không áp dụng các biện pháp đó, bên vi phạm hợp đồng có quyền yêu cầu giảm bớt giá trị bồi thường thiệt hại bằng mức tổn thất đáng lẽ có thể hạn chế được.

²² Điều 301, Luật Thương mại.

²³ Điều 303, Luật Thương mại.

Khi áp dụng trách nhiệm bồi thường, cần lưu ý mối quan hệ giữa phạt hợp đồng và bồi thường thiệt hại. Với bản chất của hợp đồng, các bên trong hợp đồng có quyền thỏa thuận về các hình thức chế tài phù hợp với quy định của pháp luật. Các bên có quyền thỏa thuận về việc bên vi phạm chỉ phải nộp tiền phạt vi phạm hợp đồng mà không phải bồi thường thiệt hại hoặc vừa phải nộp tiền phạt vi phạm hợp đồng vừa phải bồi thường thiệt hại. Theo Luật Thương mại, trong trường hợp các bên của hợp đồng không thỏa thuận về phạt vi phạm hợp đồng thì bên bị vi phạm chỉ có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại; trường hợp các bên có thỏa thuận phạt vi phạm hợp đồng thì bên bị vi phạm có quyền áp dụng cả chế tài phạt vi phạm và buộc bồi thường thiệt hại²⁴.

– *Tạm ngừng, đình chỉ và huỷ bỏ hợp đồng*

+ *Tạm ngừng thực hiện hợp đồng trong thương mại* là việc một bên tạm thời không thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng. Khi hợp đồng trong thương mại bị tạm ngừng thực hiện thì hợp đồng vẫn còn hiệu lực.

+ *Đình chỉ thực hiện hợp đồng trong thương mại* là việc một bên chấm dứt thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng. Khi hợp đồng trong thương mại bị đình chỉ thực hiện thì hợp đồng chấm dứt hiệu lực từ thời điểm một bên nhận được thông báo đình chỉ. Các bên không phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ hợp đồng. Bên đã thực hiện nghĩa vụ có quyền yêu cầu bên kia thanh toán hoặc thực hiện nghĩa vụ đối ứng.

+ *Huỷ bỏ hợp đồng trong thương mại* là sự kiện pháp lý mà hậu quả của nó làm cho nội dung hợp đồng bị huỷ bỏ và không có hiệu lực từ thời điểm giao kết. Huỷ bỏ hợp đồng có thể là huỷ bỏ một phần hợp đồng hoặc huỷ bỏ toàn bộ hợp đồng. Huỷ bỏ một phần hợp đồng là việc bãi bỏ thực hiện một phần nghĩa vụ của hợp đồng, các phần còn lại trong hợp đồng vẫn có hiệu lực. Huỷ bỏ toàn bộ hợp đồng là việc bãi bỏ hoàn toàn việc thực hiện các nghĩa vụ đối với toàn bộ hợp đồng. Khi hợp đồng bị huỷ bỏ toàn bộ, hợp đồng đó được coi là không có hiệu lực từ thời điểm giao kết. Các bên không phải tiếp tục thực hiện các nghĩa vụ đã thỏa thuận trong hợp đồng, trừ thỏa thuận về các quyền và nghĩa vụ sau khi huỷ bỏ hợp đồng và những thỏa thuận để giải quyết tranh chấp. Các bên có quyền đòi lại lợi ích do việc đã thực hiện phần nghĩa vụ của mình theo hợp đồng; nếu các bên đều có nghĩa vụ hoàn trả thì nghĩa vụ của họ phải được thực hiện đồng thời;

²⁴ Điều 307, Luật Thương mại.

trường hợp không thể hoàn trả bằng chính lợi ích đã nhận thì bên có nghĩa vụ phải hoàn trả bằng tiền.

Điểm giống nhau giữa các hình thức chế tài tạm ngừng, đình chỉ và huỷ bỏ hợp đồng thể hiện ở hai khía cạnh cơ bản là:

Thứ nhất, về căn cứ áp dụng: Trừ trường hợp được miễn trách nhiệm hợp đồng, tạm ngừng, đình chỉ và huỷ bỏ hợp đồng với tính chất là các hình thức chế tài, được áp dụng khi có các điều kiện: (i) Xảy ra hành vi vi phạm mà các bên đã thoả thuận là điều kiện để tạm ngừng, đình chỉ hoặc huỷ bỏ hợp đồng; (ii) Một bên có hành vi vi phạm cơ bản nghĩa vụ của hợp đồng²⁵.

Từ những đặc điểm trên cho thấy, Luật Thương mại giành quyền chủ động rất cao cho các bên (vì vậy đòi hỏi các bên khi giao kết hợp đồng phải hết sức thận trọng) trong việc thoả thuận vấn đề áp dụng các chế tài này. Trong lĩnh vực thương mại, việc tạm ngừng, đình chỉ và huỷ bỏ hợp đồng có ảnh hưởng rất lớn đến lợi ích của các bên, đặc biệt là bên vi phạm hợp đồng. Vì vậy, về nguyên tắc chung, bên bị vi phạm không đương nhiên có quyền đơn phương tạm ngừng, đình chỉ hoặc huỷ bỏ hợp đồng, trừ khi pháp luật có quy định khác²⁶; bên bị vi phạm chỉ có quyền đơn phương tạm ngừng, đình chỉ hoặc huỷ bỏ hợp đồng, nếu trong hợp đồng đã có thoả thuận vi phạm của bên kia là căn cứ để tạm ngừng, đình chỉ hoặc huỷ bỏ hợp đồng. Mặt khác, để đảm bảo quyền lợi của bên vi phạm hợp đồng, Luật Thương mại còn quy định hành vi vi phạm hợp đồng là căn cứ để tạm ngừng, đình chỉ hoặc huỷ bỏ hợp đồng phải là những vi phạm cơ bản nghĩa vụ của hợp đồng. Vi phạm cơ bản nghĩa vụ của hợp đồng là sự vi phạm hợp đồng của một bên gây thiệt hại cho bên kia đến mức làm cho bên kia không đạt được mục đích của việc giao kết hợp đồng²⁷.

Thứ hai, về nội dung: Không giống như các hình thức chế tài khác, tạm ngừng, đình chỉ và huỷ bỏ hợp đồng là các hình thức chế tài hợp đồng mà theo đó bên bị vi phạm hợp đồng áp dụng chế tài bằng cách không thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng. Việc áp dụng các hình thức chế tài tạm ngừng, đình chỉ hoặc huỷ bỏ hợp đồng được xem như sự "tự vệ" của bên bị vi phạm trước

²⁵ Điều 308, Điều 310; khoản 4, Điều 312, Luật Thương mại.

²⁶ Ví dụ: Bên mua hàng có quyền ngừng thanh toán tiền hàng trong các trường hợp được quy định tại Điều 51, Luật Thương mại.

²⁷ Khoản 13, Điều 3, Luật Thương mại

hành vi vi phạm hợp đồng của bên kia. Khi bị áp dụng các chế tài này, sự bất lợi mà bên vi phạm phải gánh chịu cơ bản thể hiện ở chỗ, bên vi phạm không được đáp ứng các quyền theo thỏa thuận trong hợp đồng, do bên bị vi phạm không phải thực hiện các nghĩa vụ tương xứng. Mặt khác, bên bị vi phạm khi áp dụng các chế tài này vẫn có quyền yêu cầu bên vi phạm bồi thường thiệt hại theo quy định của pháp luật.

d) Miễn trách nhiệm hợp đồng

Miễn trách nhiệm hợp đồng trong thương mại là việc bên vi phạm nghĩa vụ hợp đồng không phải chịu các hình thức chế tài do vi phạm hợp đồng. Các bên trong hợp đồng có quyền thỏa thuận về giới hạn trách nhiệm và miễn trách nhiệm hợp đồng trong những trường hợp cụ thể do các bên dự liệu khi giao kết hợp đồng. Ngoài ra, việc miễn trách nhiệm hợp đồng còn được áp dụng theo các trường hợp khác do pháp luật quy định. Theo Luật Thương mại (Điều 294), ngoài các trường hợp miễn trách nhiệm hợp đồng mà các bên đã thỏa thuận, bên vi phạm nghĩa vụ hợp đồng còn được miễn trách nhiệm khi: (i) Xảy ra sự kiện bất khả kháng; (ii) Hành vi vi phạm của một bên hoàn toàn do lỗi của bên kia; (iii) 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.

Các sự kiện bất khả kháng để miễn trách nhiệm hợp đồng được quy định trong Bộ luật Dân sự²⁸. Theo khoản 1, Điều 161, Bộ luật Dân sự, sự kiện bất khả kháng được định nghĩa 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. Từ quy định này cho thấy, một sự kiện được coi là bất khả kháng (với tính chất là căn cứ để miễn trách nhiệm hợp đồng) phải thỏa mãn các dấu hiệu: (i) Xảy ra sau khi các bên đã giao kết hợp đồng; (ii) Có tính chất bất thường mà các bên không thể lường trước được và không thể khắc phục được; (iii) Là nguyên nhân dẫn đến sự vi phạm hợp đồng. Với cách hiểu như vậy, các trường hợp bất khả kháng có thể bao gồm: thiên tai, hỏa hoạn, chiến tranh, đình công, sự thay đổi chính sách, pháp luật của Nhà nước.

Đối với các hợp đồng không có thời hạn cố định về giao hàng hoặc hoàn thành dịch vụ, trong trường hợp bất khả kháng, các bên có thể thỏa thuận

²⁸ Luật Thương mại (2005) không quy định cụ thể về sự kiện bất khả kháng với tính chất là căn cứ để miễn trách nhiệm do vi phạm hợp đồng.

kéo dài thời hạn thực hiện nghĩa vụ hợp đồng; nếu các bên không có thỏa thuận hoặc không thỏa thuận được thì thời hạn thực hiện nghĩa vụ hợp đồng được tính thêm một thời gian bằng thời gian xảy ra trường hợp bất khả kháng cộng với thời gian hợp lý để khắc phục hậu quả, nhưng không được kéo dài quá các thời hạn sau:

- Năm tháng đối với hàng hoá, dịch vụ mà thời hạn giao hàng, cung ứng dịch vụ được thỏa thuận không quá mười hai tháng, kể từ khi giao kết hợp đồng;

- Tám tháng đối với hàng hoá, dịch vụ mà thời hạn giao hàng, cung ứng dịch vụ được thỏa thuận trên mười hai tháng, kể từ khi giao kết hợp đồng.

Trường hợp kéo dài quá các thời hạn nêu trên, các bên có quyền từ chối thực hiện hợp đồng và không bên nào có quyền yêu cầu bên kia bồi thường thiệt hại.

Khi áp dụng quy định về các trường hợp miễn trách nhiệm hợp đồng thì việc chứng minh các trường hợp được miễn trách nhiệm thuộc nghĩa vụ của bên có hành vi vi phạm hợp đồng. Bên vi phạm nếu muốn được miễn trách nhiệm hợp đồng thì phải có đầy đủ chứng cứ để chứng minh các trường hợp miễn trách nhiệm hợp đồng theo quy định của pháp luật.

Ngoài ra, khi xảy ra trường hợp được miễn trách nhiệm hợp đồng, bên vi phạm hợp đồng còn phải thông báo ngay (bằng văn bản) cho bên kia về trường hợp được miễn trách nhiệm và những hậu quả có thể xảy ra. Nếu bên vi phạm không thông báo hoặc thông báo không kịp thời cho bên kia thì phải bồi thường thiệt hại.

PHÁP LUẬT VỀ THƯƠNG MẠI DỊCH VỤ

I — KHÁI NIỆM VỀ THƯƠNG MẠI DỊCH VỤ

1. Dịch vụ là gì?

Trong nền kinh tế thị trường, nhu cầu và sự thỏa mãn nhu cầu là động lực dẫn dắt hoạt động của các chủ thể kinh doanh. Để thỏa mãn những nhu cầu đa dạng của thị trường, không chỉ có những sản phẩm vật chất hữu hình (hàng hóa) mà cả những sản phẩm vô hình (dịch vụ) đã được các chủ thể kinh doanh sáng tạo ra.

Dịch vụ là một chuỗi lợi ích được tạo ra bởi sự vận hành của hệ thống kỹ thuật và/hoặc bởi hoạt động của các cá nhân, được cung ứng bởi một (hoặc một chuỗi) nhà cung cấp dịch vụ theo yêu cầu của người sử dụng dịch vụ nhằm thực hiện hoặc trợ giúp hoạt động kinh doanh hoặc hoạt động cá nhân của họ.

Tính chất “vô hình” khiến các định nghĩa về dịch vụ trở nên trừu tượng. Để nhận biết về dịch vụ, người ta thường so sánh nó với hàng hóa. Giống như hàng hóa, dịch vụ là sản phẩm của quá trình lao động sáng tạo của con người và nó cũng mang những thuộc tính là giá trị và giá trị sử dụng. Nếu tính chất quan trọng nhất của hàng hóa là có thể bán được thì dịch vụ cũng là một loại hàng hóa vì phần lớn dịch vụ được tạo ra là để bán (cung ứng). Tuy nhiên, dịch vụ được coi như một loại hàng hóa “đặc biệt” vì nó có những tính chất rất riêng biệt, thậm chí đối lập so với các hàng hóa thông thường, đó là: ²⁹

– *Tính không hiện hữu*: Nếu hàng hóa là những sản phẩm vật chất cụ thể, hữu hình thì dịch vụ là những “sản phẩm vô hình” không có nội dung

²⁹ Về các đặc trưng của dịch vụ, xem thêm Nguyễn Như Phát & Phan Thảo Nguyên, *Pháp luật thương mại dịch vụ Việt Nam và hội nhập kinh tế quốc tế*, Nxb. Bưu điện, Hà Nội, 2006, tr. 10 đến tr. 13.

vật chất.³⁰ Do vậy, dịch vụ không thể nhìn thấy, cầm nắm, cất giữ, phân chia... Chỉ những người đang trực tiếp sử dụng dịch vụ thì mới cảm nhận được về sự tồn tại của nó.

– *Tính không đồng nhất*: Dịch vụ cũng không thể sản xuất hàng loạt như hàng hóa, do vậy chất lượng dịch vụ thường không đồng nhất, không ổn định và không thể kiểm định theo những phương pháp thông thường như đối với hàng hóa.

– *Tính không xác lập quyền sở hữu*: Do tính không hiện hữu của dịch vụ nên không thể xác lập quyền sở hữu đối với dịch vụ. Các quyền năng của quyền sở hữu trong pháp luật dân sự (bao gồm quyền chiếm hữu, sử dụng, định đoạt) không thể được xác lập đầy đủ với đối tượng dịch vụ. Hay nói cách khác, người sử dụng dịch vụ không thể xác lập quyền chiếm hữu và định đoạt đối với dịch vụ mà chỉ có quyền sử dụng dịch vụ mà thôi.

Tính không tách rời giữa sản xuất, trao đổi và tiêu dùng dịch vụ: Dịch vụ không có nội dung vật chất, nên không thể sản xuất ra để cất trữ và lưu kho. Vào thời điểm quá trình sản xuất ra (tạo ra) chúng được hoàn thành, dịch vụ được cung cấp ngay cho người tiêu dùng. Vì vậy, giữa quá trình sản xuất và tiêu dùng dịch vụ không có sự tách biệt mà là một chuỗi liên hoàn.

Về mặt pháp lý, dịch vụ và hàng hóa đều là đối tượng của các giao dịch thương mại. Tùy thuộc vào đối tượng đó là hàng hóa hay dịch vụ mà tên gọi của giao dịch sẽ là thương mại hàng hóa hay thương mại dịch vụ. Sự khác nhau về đối tượng này không nhất thiết dẫn đến việc điều chỉnh bằng pháp luật đối với quan hệ thương mại hàng hóa và quan hệ thương mại dịch vụ một cách riêng biệt. Các nguyên tắc pháp lý cơ bản của giao dịch dân sự và giao dịch kinh doanh thương mại đều có thể áp dụng cho cả quan hệ thương mại hàng hóa lẫn quan hệ thương mại dịch vụ.³¹ Tuy nhiên, hàng hóa và dịch vụ khác nhau ở tính chất hiện hữu và không hiện hữu, cho nên cách thức thể hiện các quyền và nghĩa vụ pháp lý của các chủ thể trong quan hệ

³⁰ Thuật ngữ "sản phẩm vô hình" (intangibles) được diễn giải tùy theo từng lĩnh vực cụ thể. Trong lĩnh vực thương mại, nó thường được đề cập đến như là "tài sản vô hình" (intangible assets) hoặc "vốn chất xám" (intellectual capital).

³¹ Đó là lý do vì sao Luật Thương mại được xem là luật chuyên ngành của pháp luật dân sự. Trên bình diện quốc tế, sự ra đời của Hiệp định GATS là một minh chứng rõ ràng nhất về việc các nguyên tắc pháp lý quốc tế về thương mại hàng hóa (GATT) cũng có thể áp dụng sang cả lĩnh vực thương mại dịch vụ.

đối với từng đối tượng này là khác nhau. Chẳng hạn, khi đề cập đến quyền năng của một chủ thể đối với hàng hóa thì người ta thường hay nhấn mạnh đến khía cạnh quyền sở hữu của chủ thể đó, còn đối với dịch vụ thì quyền sử dụng được quan tâm nhiều hơn. Do vậy, trong một chừng mực nào đó đòi hỏi phải có những cách tiếp cận khác nhau trong khuôn khổ pháp luật điều chỉnh quan hệ hàng hóa và quan hệ dịch vụ.³²

2. Thương mại dịch vụ

Như trên đã nói, dịch vụ được tạo ra để mua bán (trading). Quan hệ mua bán giữa người tạo ra dịch vụ và người sử dụng dịch vụ diễn ra dưới hình thức cung ứng dịch vụ. Đây là một quá trình liên hoàn bao gồm nhiều khâu có liên quan mật thiết với nhau. Quá trình này được gọi chung là *thương mại dịch vụ*.

Do đối tượng của thương mại dịch vụ là dịch vụ (sản phẩm vô hình) nên việc định nghĩa về thương mại dịch vụ thường không đồng nhất. Cho đến nay vẫn chưa có một khái niệm thống nhất về thương mại dịch vụ. Cách thông thường nhất để tìm hiểu khái niệm thương mại dịch vụ là so sánh nó với khái niệm thương mại hàng hóa.³³

Thương mại hàng hóa và thương mại dịch vụ có rất nhiều điểm tương đồng với nhau. Chúng đều là những hoạt động của các chủ thể trên thị trường, đều có sự tham gia của bên bán (bên cung cấp) và bên mua (bên sử dụng dịch vụ). Việc trao đổi trong thương mại hàng hóa và thương mại dịch vụ đều mang tính chất đền bù ngang giá.... Tuy nhiên, do có sự khác biệt về đối tượng (hàng hóa và dịch vụ) nên giữa thương mại dịch vụ và thương mại hàng hóa có những điểm khác biệt.

Thứ nhất, trong thương mại hàng hoá, việc mua bán, trao đổi hàng hoá luôn dẫn đến hệ quả pháp lý là sự chuyển giao quyền sở hữu hàng hóa từ người bán sang người mua. Người mua được hưởng lợi trực tiếp từ việc khai thác các quyền năng sở hữu đối với hàng hóa. Còn trong thương mại

³² *Sđd*, trang 9 – 10.

³³ Trên thế giới, thương mại được chia làm hai bộ phận chính là thương mại hàng hóa (trade in goods) và thương mại dịch vụ (trade in services). Đây cũng là cách tiếp cận của Tổ chức Thương mại Thế giới (WTO). Trong khuôn khổ các Hiệp định của WTO có hiệp định điều chỉnh thương mại hàng hóa (GATT) và hiệp định điều chỉnh thương mại dịch vụ (GATS) riêng.

dịch vụ, hoạt động cung ứng dịch vụ không dẫn đến việc xác lập quyền sở hữu của bên mua đối với dịch vụ. Nó đem lại lợi ích cho bên nhận cung ứng dịch vụ bằng việc làm thuận lợi hoá hoạt động thương mại, làm thay đổi về điều kiện hay trạng thái của cá nhân hay hàng hóa thuộc sở hữu của bên đó.

Thứ hai, trong thương mại dịch vụ, do dịch vụ không đồng nhất và thường được thay đổi cho phù hợp với từng khách hàng hoặc từng điều kiện, hoàn cảnh cụ thể, nên việc duy trì tính ổn định về chất lượng của việc cung ứng dịch vụ thương mại là khó khăn hơn so với việc cung cấp hàng hóa. Thước đo để đánh giá chất lượng dịch vụ là mức độ “hài lòng” của bên nhận cung ứng dịch vụ về quá trình thực hiện công việc của bên cung ứng dịch vụ.³⁴

Thứ ba, khác với thương mại hàng hóa thường có sự tách rời giữa khâu sản xuất và tiêu thụ, quá trình tạo ra và tiêu dùng dịch vụ diễn ra đồng thời và trực tiếp giữa người cung ứng dịch vụ và người sử dụng dịch vụ. Do đặc điểm này nên quá trình cung ứng dịch vụ đòi hỏi một sự tương tác mạnh mẽ giữa các bên, trong đó bên nhận sử dụng dịch vụ phải đóng một vai trò tích cực. Sự tương tác này sẽ quyết định chất lượng và hiệu quả của việc cung ứng và sử dụng dịch vụ.

Thứ tư, Việc tiêu dùng dịch vụ không đem lại hiệu quả tức thời cho người sử dụng dịch vụ mà nó thường đòi hỏi cả một quá trình. Quá trình này đôi khi còn có sự hỗ trợ của các phương tiện kỹ thuật mà sự thay đổi chúng có thể dẫn đến chi phí rất lớn. Chính vì yếu tố này nên giữa người cung ứng dịch vụ và người sử dụng dịch vụ thương mại thường thiết lập mối quan hệ kinh doanh lâu dài hơn so với việc cung cấp hàng hóa.

Cần phân biệt giữa khái niệm “thương mại dịch vụ” và khái niệm “dịch vụ thương mại”. Hai khái niệm này có nội hàm và ngoại diện khác nhau nhưng do hình thức từ ngữ gần giống nhau nên chúng hay bị đồng nhất với nhau.

Thương mại dịch vụ (TMDV) là khái niệm rộng, dùng để chỉ tất cả các hoạt động tạo lập, cung ứng các dịch vụ trên thị trường nhằm mục đích lợi nhuận. Hay nói cách khác, khái niệm TMDV được dùng để nhấn mạnh khía cạnh thương mại của các dịch vụ và của quá trình trao đổi, cung ứng dịch

³⁴ *Sđd*, trang 11.

vụ.³⁵ Đối tượng của TMDV rất rộng, bao hàm gần như mọi loại dịch vụ được tạo ra trên thị trường, không nhất thiết phải gắn với lĩnh vực hoạt động thương mại. Phương thức thực hiện TMDV cũng rất đa dạng, phong phú và thông qua nhiều chủ thể khác nhau. Khái niệm TMDV được sử dụng phổ biến ở các nước phát triển cũng như trong các hiệp định quốc tế về lĩnh vực thương mại, nhất là các hiệp định của Tổ chức Thương mại Thế giới (WTO).

Dịch vụ thương mại là khái niệm hẹp hơn, được dùng để chỉ một bộ phận của hoạt động dịch vụ gắn liền với hoạt động thương mại và được phân biệt với những hoạt động dịch vụ không mang tính thương mại. Theo cách hiểu này, đối tượng của dịch vụ thương mại chỉ bao gồm các loại hình dịch vụ phục vụ cho việc mua bán, trao đổi hàng hóa trên thị trường và nó thường được cung cấp bởi các thương nhân.³⁶ Cách hiểu về dịch vụ thương mại như trên thường gặp ở các nước mà trình độ phát triển kinh tế còn thấp, nơi mà người ta chưa thực sự coi trọng giá trị thương mại của các ngành dịch vụ.³⁷

3. Vai trò của thương mại dịch vụ

TMDV có vai trò quan trọng trong nền kinh tế của mỗi quốc gia cũng như nền kinh tế toàn cầu. Vai trò đó được thể hiện ở cách thức mà các ngành TMDV tác động đến sự phát triển kinh tế, nâng cao phúc lợi xã hội và bảo vệ môi trường.

Dịch vụ là một yếu tố không thể thiếu của quá trình sản xuất. Bằng việc cung ứng đầu vào và giải quyết đầu ra cho sản xuất, TMDV có thể làm gia tăng vòng quay của các chu trình sản xuất và tăng hiệu quả của nền kinh tế nói chung (dịch vụ tài chính, ngân hàng là một ví dụ). Bản thân việc sản xuất và cung ứng dịch vụ cũng là một ngành công nghiệp, nó có thể đem lại giá trị gia tăng cho nền kinh tế như các ngành công nghiệp khác. Song lợi ích lớn nhất của việc phát triển ngành công nghiệp dịch vụ là ở chỗ trong khi nguyên liệu chính cho các ngành công nghiệp khác là các nguồn tài nguyên không tái tạo thì nguyên liệu chính để làm ra dịch vụ là kỹ năng, kiến thức

³⁵ Xuất phát từ triết lý cho rằng, bản chất thương mại nằm ngay trong bản thân các dịch vụ cũng như trong quá trình tạo ra và trao đổi chúng. Cách tiếp cận này khuyến khích việc khai thác thương mại của các dịch vụ và nhờ vậy thúc đẩy các ngành dịch vụ phát triển.

³⁶ Khái niệm này vô hình chung không thừa nhận rất nhiều hoạt động trao đổi, cung ứng dịch vụ trên thị trường (như giáo dục, y tế...) là có tính chất thương mại.

³⁷ GS.TS Hà Thị Mơ (2003), "Cơ sở khoa học cho sự lựa chọn giải pháp và bước đi nhằm đẩy mạnh tiến trình mở cửa về dịch vụ thương mại", tr. 15, Đề tài khoa học cấp Bộ, Bộ Thương mại năm 2003.

và kinh nghiệm (chất xám) của những người trực tiếp tham gia cung ứng dịch vụ. Chính vì vậy mà việc sản xuất và cung ứng dịch vụ không dẫn đến sự cạn kiệt tài nguyên thiên nhiên hay nạn ô nhiễm môi trường. Sự phát triển kinh tế dựa vào các ngành dịch vụ chính là sự phát triển bền vững.

TMDV cũng làm gia tăng phúc lợi xã hội. Các ngành dịch vụ thường sử dụng nhiều nhân công và tạo ra nhiều việc làm. Những người làm việc trong các ngành dịch vụ cũng có thu nhập ổn định và ngày càng tăng do giá nhân công trong các ngành này luôn có xu hướng tăng lên so với các ngành sản xuất.

Do những lợi ích nói trên mà việc phát triển dựa vào các ngành dịch vụ đang là xu hướng được nhiều quốc gia quan tâm hiện nay. Theo tính toán, nền kinh tế của các quốc gia sẽ phát triển ngày càng lệ thuộc vào khu vực dịch vụ và tỷ trọng dịch vụ sẽ ngày càng lớn trong cơ cấu kinh tế của các nền kinh tế, từ các nước phát triển đến các nước kém phát triển. Ví dụ ở Mỹ, các ngành dịch vụ tạo ra 80% việc làm, 3/4 tổng sản phẩm quốc nội và 30% giá trị xuất khẩu.³⁸

Trên bình diện quốc tế, TMDV ngày càng chiếm tỷ trọng lớn trong thương mại toàn cầu.³⁹ Sự phát triển của công nghệ thông tin và truyền thông đã mở rộng phạm vi dịch vụ có thể trao đổi giữa các quốc gia. Xu hướng này mở ra cơ hội mới cho trao đổi thương mại qua biên giới, trong đó có sự tham gia của các nước đang và kém phát triển. TMDV cũng kéo theo làn sóng đầu tư nước ngoài từ các nước phát triển vào các nước đang phát triển, nơi có nguồn lao động dồi dào và giá nhân công rẻ. Điều này đem lại nhiều công ăn việc làm cho người dân và góp phần vào sự phát triển kinh tế – xã hội tại các nước chậm phát triển.

II — PHÁP LUẬT VỀ THƯƠNG MẠI DỊCH VỤ

1. Khái niệm pháp luật về thương mại dịch vụ

Giống như các lĩnh vực pháp luật khác, pháp luật về TMDV ra đời để điều chỉnh hoạt động TMDV, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp và đảm bảo sự bình đẳng về đối xử giữa các chủ thể tham gia vào quá trình tạo lập và cung ứng dịch vụ.

³⁸ James Hodge, *Tự do hóa thương mại dịch vụ tại các nước đang phát triển*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2004, tr.2.

³⁹ Năm 1995 giá trị thương mại dịch vụ trên thế giới chỉ đạt 1200 tỷ USD, năm 2003 đã tăng lên hơn 1800 tỷ USD, chiếm 20 % tổng giá trị thương mại toàn cầu. Theo ước tính, đến năm 2020 giá trị thương mại dịch vụ có thể vượt quá 50 % tổng giá trị thương mại toàn cầu.

Theo quan điểm lý luận pháp luật truyền thống ở Việt Nam, pháp luật về thương mại dịch vụ có thể được hiểu theo cả nghĩa rộng lẫn nghĩa hẹp.

Theo nghĩa rộng, pháp luật TMDV được hiểu là hệ thống các quy tắc xử sự do Nhà nước ban hành hoặc thừa nhận, điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh trong quá trình hình thành nên các nhà cung cấp dịch vụ và các quan hệ phát sinh trong quá trình sản xuất và cung cấp dịch vụ. Các quan hệ này phát sinh ở nhiều giai đoạn khác nhau của quá trình sản xuất, cung cấp dịch vụ và liên quan đến nhiều loại chủ thể khác nhau. Do đối tượng điều chỉnh rộng như vậy nên cần đến nhiều quy phạm pháp luật khác nhau và sử dụng nhiều phương pháp khác nhau để điều chỉnh. Theo quan niệm truyền thống, pháp luật về TMDV bao gồm các quy phạm, chế định thuộc nhiều ngành luật khác nhau (như Luật Dân sự, Luật Hành chính, Luật Lao động, Luật Đất đai, Luật Môi trường...) ⁴⁰

Theo nghĩa hẹp, pháp luật về TMDV là các quy phạm pháp luật điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh trong quá trình cung ứng dịch vụ. Theo nghĩa này thì đối tượng điều chỉnh của pháp luật về thương mại dịch vụ chỉ bao gồm các quan hệ xã hội phát sinh giữa các chủ thể kinh doanh trong quá trình cung ứng dịch vụ thương mại (chủ yếu là các thương nhân). Pháp luật về TMDV chỉ bao gồm các quy phạm, chế định của Luật Dân sự và Luật Thương mại với các phương pháp điều chỉnh của luật tư.

Cần lưu ý là việc phân biệt nội hàm của khái niệm pháp luật về TMDV theo nghĩa rộng và nghĩa hẹp chỉ có tính chất tương đối. Trên thực tế, hệ thống pháp luật là một thể thống nhất, các quy phạm, các chế định có mối liên hệ mật thiết với nhau không thể tách rời. Mọi quy định của hệ thống pháp luật đều có thể được vận dụng để xử lý những vấn đề phát sinh trong thực tiễn một cách hiệu quả nhất.

2. Cấu trúc của pháp luật về thương mại dịch vụ

Pháp luật về TMDV được hợp thành bởi hai bộ phận chính là luật quốc gia và luật quốc tế. Hai bộ phận này có những điểm khác biệt về đối tượng và phạm vi áp dụng cũng như cách tiếp cận trong một số chế định cụ thể, nhưng xu hướng chung là giữa pháp luật quốc gia và luật quốc tế ngày càng

⁴⁰ Tuy nhiên, lý thuyết phân chia các ngành luật ngày càng tỏ ra không còn thích hợp khi tiếp cận một hệ thống pháp luật. Theo chúng tôi, những phương pháp tiếp cận khác như: tiếp cận từ góc độ luật công - luật tư, tiếp cận từ góc độ cấu trúc hệ thống pháp luật... tỏ ra hợp lý hơn cho việc nghiên cứu một hệ thống pháp luật.

xích lại gần nhau, bổ sung cho nhau trong việc điều chỉnh các quan hệ TMDV trong bối cảnh toàn cầu hóa hiện nay.

a) Luật quốc gia

Pháp luật về TMDV là một bộ phận cấu thành của pháp luật về thương mại của mỗi quốc gia. Ở các nước thường có các đạo luật về thương mại riêng, trong đó có các quy định về TMDV. Bên cạnh đó còn có các luật chuyên ngành điều chỉnh từng lĩnh vực thương mại dịch vụ cụ thể như: tài chính, ngân hàng, bảo hiểm, hàng không, bưu chính viễn thông... Ngoài ra, do TMDV có liên quan mật thiết với các lĩnh vực khác nên các quy phạm pháp luật điều chỉnh hoạt động TMDV còn được tìm thấy trong Bộ luật Dân sự hay Luật Doanh nghiệp...

Theo truyền thống, Luật Thương mại điều chỉnh hai nhóm quan hệ xã hội chủ yếu là: (i) Các quan hệ xã hội phát sinh trong quá trình xác lập quy chế thương nhân; (ii) Các quan hệ xã hội phát sinh trong hoạt động thương mại của thương nhân. Pháp luật về TMDV cũng điều chỉnh hai nhóm quan hệ xã hội nói trên trong lĩnh vực sản xuất và cung ứng dịch vụ. Cụ thể là:

– Pháp luật TMDV xác lập quy chế thương nhân cung ứng dịch vụ. Tổ chức hay cá nhân muốn trở thành thương nhân thì phải tuân thủ các điều kiện, thủ tục nhất định theo quy định của pháp luật. Tư cách thương nhân thường được hình thành thông qua việc tổ chức hay cá nhân đó đăng ký với cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Ngoài ra, trong quan hệ TMDV, pháp luật còn yêu cầu nhà cung cấp dịch vụ cần có các điều kiện riêng biệt ứng với mỗi loại dịch vụ mà họ muốn cung cấp (về loại hình, về năng lực...). Chỉ khi nào đáp ứng đủ các điều kiện này thì họ mới có thể tiến hành cung cấp loại dịch vụ đó.

Pháp luật về TMDV điều chỉnh hoạt động cung ứng dịch vụ. Hoạt động cung ứng dịch vụ là giai đoạn cơ bản và cốt yếu trong hoạt động TMDV. Đó là quá trình nhà đầu tư sản xuất và cung ứng dịch vụ đến khách hàng. Trong giai đoạn này nhiều mối quan hệ phát sinh và trở thành đối tượng điều chỉnh của pháp luật về TMDV. Trong đó chủ yếu là mối quan hệ giữa nhà cung cấp và khách hàng. Đối với hoạt động cung ứng dịch vụ, pháp luật về TMDV chủ yếu điều chỉnh các vấn đề như: phương thức cung ứng dịch vụ của các thương nhân; hình thức pháp lý của quan hệ cung ứng dịch vụ; quyền và nghĩa vụ cơ bản của các bên trong quan hệ cung ứng dịch vụ...

– Pháp luật TMDV quy định các biện pháp quản lý nhà nước trong hoạt động cung ứng dịch vụ. Nhiều lĩnh vực dịch vụ có liên quan trực tiếp đến an ninh quốc phòng và các vấn đề nhạy cảm đối với sự ổn định và phát triển của nền kinh tế như tài chính, ngân hàng, bưu chính viễn thông... Để bảo đảm lợi ích quốc gia, Nhà nước cần ban hành những quy định pháp luật để duy trì sự kiểm soát chặt chẽ đối với nhà cung cấp dịch vụ, như quy định các hoạt động cung ứng dịch vụ bị cấm, hạn chế kinh doanh hoặc kinh doanh có điều kiện;⁴¹ khống chế số lượng nhà cung ứng dịch vụ; cho phép các cơ quan nhà nước can thiệp vào các hoạt động cung ứng dịch vụ khi cần thiết, các quy định về chống cạnh tranh không lành mạnh trong hoạt động TMDV...⁴²

Ngoài ra, pháp luật về TMDV còn bảo đảm các lợi ích công cộng và lợi ích của khách hàng sử dụng dịch vụ. Để thực hiện mục đích này, nhà nước không khuyến khích hoặc phát triển các ngành dịch vụ không có lợi cho số đông; quy định các biện pháp quản lý chất lượng và giá cả dịch vụ được cung ứng; quy định nghĩa vụ phổ cập dịch vụ phổ thông, công ích cho công chúng.

b) Luật quốc tế

Cùng với sự gia tăng vai trò của TMDV quốc tế, dịch vụ đã trở thành một bộ phận quan trọng trong các hiệp định song phương, khu vực và đa phương về thương mại. Các hiệp định nói trên góp phần thúc đẩy TMDV phát triển thông qua việc thiết lập một môi trường pháp lý ổn định, minh bạch cho các hoạt động TMDV phát sinh và phát triển trên phạm vi toàn cầu.

Pháp luật quốc tế về TMDV quan tâm điều chỉnh hai khía cạnh chính là:

Tiếp cận thị trường (market access)

Do tính chất quan trọng và nhạy cảm của TMDV, các quốc gia thường có xu hướng bảo hộ việc sản xuất, cung ứng dịch vụ của các thương nhân trong nước. Biện pháp chủ yếu là các quốc gia thường đặt ra các hàng rào thuế quan và phi thuế quan để ngăn cản hoặc hạn chế việc tiếp cận thị trường trong nước của thương nhân nước ngoài.

Pháp luật quốc tế về TMDV đòi hỏi các quốc gia phải đảm bảo không phân biệt đối xử đối với các nhà cung ứng dịch vụ của quốc gia khác. Các nguyên tắc không phân biệt đối xử bao gồm nguyên tắc đối xử quốc gia và

⁴¹ Xem Điều 76, Luật Thương mại năm 2005.

⁴² Xem khoản 4, Điều 6, Luật Thương mại năm 2005.

nguyên tắc đối xử tối huệ quốc.⁴³ Quy định các lĩnh vực miễn trừ khỏi nguyên tắc không phân biệt đối xử mà các nước có thể áp dụng để bảo vệ lợi ích quốc gia của mình.

– *Các phương thức cung cấp dịch vụ*

Pháp luật quốc gia thường quan tâm điều chỉnh quan hệ phát sinh trong quá trình hình thành tư cách thương nhân (chủ thể của quan hệ TMDV), còn pháp luật quốc tế lại quan tâm đến phương thức cung cấp dịch vụ hơn là dịch vụ đó được cung cấp bởi ai. Phương thức cung cấp dịch vụ là cách thức mà nhà sản xuất dịch vụ cung ứng dịch vụ đến khách hàng, là hình thức biểu hiện của các quan hệ giữa các chủ thể trong quan hệ cung ứng dịch vụ. Mỗi phương thức cung cấp dịch vụ đòi hỏi nhà cung cấp phải đáp ứng những điều kiện tương ứng và phải tính đến những yếu tố liên quan như rào cản về kỹ thuật, thương mại...

– *Tự do hóa thương mại dịch vụ (trade liberalization)*

Tự do hoá TMDV là một phần không thể thiếu của các vòng đàm phán đa phương về thương mại trong khuôn khổ WTO. Tự do hoá thương mại dịch vụ cũng là một nội dung quan trọng của các Hiệp định tự do hoá thương mại song phương và khu vực trong thời gian gần đây. Nội dung của các quy định về tự do hóa thương mại dịch vụ trong các văn bản nói trên là các nước thành viên phải cam kết giảm dần và đi đến xóa bỏ hoàn toàn những rào cản về thương mại nhằm thúc đẩy và tạo điều kiện cho thương mại dịch vụ tự do di chuyển và phát triển trên phạm vi toàn cầu. Tuy nhiên, quá trình tự do hóa thương mại có tính đến sự chênh lệch về trình độ phát triển kinh tế ở các quốc gia, do vậy lộ trình thực hiện tự do hóa thương mại được áp dụng khác nhau cho nhóm nước phát triển và nhóm nước đang và kém phát triển.

III — NHỮNG NỘI DUNG CƠ BẢN CỦA HIỆP ĐỊNH CHUNG VỀ THƯƠNG MẠI DỊCH VỤ (GATS)

Hiệp định chung về thương mại dịch vụ (GATS), có hiệu lực từ ngày 1 tháng 1 năm 1995, được thiết lập nhằm mở rộng phạm vi điều chỉnh của hệ thống thương mại đa phương từ lĩnh vực thương mại hàng hóa sang lĩnh vực thương mại dịch vụ. Hiệp định GATS được hợp thành từ ba bộ phận: (1) Hiệp định khung gồm các quy định áp dụng cho tất cả các quốc gia thành viên của

⁴³ Xem Điều 6, Chương III, Hiệp định thương mại Việt Nam – Hoa Kỳ năm 2001.

WTO; (2) Các Phụ lục quy định về từng ngành dịch vụ; (3) Các Biểu cam kết cụ thể của từng quốc gia thành viên. Phần lớn nội dung của GATS dựa trên các quy định của Hiệp định chung về thương mại và thuế quan (GATT), nhưng cấu trúc của GATS thì có sự khác biệt đáng kể. GATT chỉ quy định các nguyên tắc và nghĩa vụ chung áp dụng đối với các biện pháp tác động đến thương mại hàng hóa, còn GATS thì chia các nguyên tắc và nghĩa vụ thành hai loại: (1) Các nguyên tắc và nghĩa vụ chung áp dụng đối với các biện pháp tác động đến thương mại dịch vụ, (2) Các nguyên tắc và nghĩa vụ áp dụng cho từng nhóm và phân nhóm ngành dịch vụ được liệt kê trong biểu cam kết cụ thể của từng quốc gia. Việc cấu trúc như vậy làm cho các nguyên tắc và nghĩa vụ được quy định trong GATS trở nên linh hoạt hơn.⁴⁴

Dưới đây là một số nội dung chủ yếu của GATS.

1. Phạm vi áp dụng và các định nghĩa

Các quy định của GATS áp dụng đối với các biện pháp tác động đến mọi ngành dịch vụ, trừ những dịch vụ được cung cấp khi thi hành thẩm quyền của chính phủ.⁴⁵ GATS không đưa ra định nghĩa về “dịch vụ” và “ngành dịch vụ”. Tuy nhiên, trong phần các Phụ lục của GATS lại đưa ra những ví dụ về một số ngành dịch vụ như: ngân hàng, tài chính, bảo hiểm, bưu chính viễn thông và

⁴⁴ Lý do của sự khác nhau về cấu trúc giữa GATS và GATT bắt nguồn từ lợi ích của các nước tham gia đàm phán. Hoa Kỳ, nước luôn quan niệm tự do hóa thương mại là biện pháp để nâng cao sức cạnh tranh của nền kinh tế Hoa Kỳ, đề xuất rằng nguyên tắc đối xử tối huệ quốc và nguyên tắc đối xử quốc gia cần phải được áp dụng một cách bình đẳng đối với tất cả các quốc gia như là một nghĩa vụ chung (như được quy định trong GATT). Trong khi đó EU và một số nước đang phát triển, vốn là những nước miễn cưỡng mở cửa thị trường dịch vụ của họ cho các nhà cung cấp dịch vụ nước ngoài, đặc biệt là từ Hoa Kỳ, đã phản đối việc áp đặt nghĩa vụ cứng nhắc như vậy và đề xuất giải pháp áp dụng các nghĩa vụ “mềm dẻo”, có nghĩa là áp dụng quyền tiếp cận thị trường trên cơ sở từng ngành dịch vụ đối với tất cả các quốc gia thành viên. Đề xuất này đã được chấp nhận. Vì vậy, nguyên tắc đối xử tối huệ quốc được áp dụng nhưng cho phép các ngoại lệ và nguyên tắc đối xử quốc gia chỉ được áp dụng đối với các ngành dịch vụ nằm trong danh mục cam kết của từng quốc gia thành viên.

⁴⁵ Theo WTO, các dịch vụ được chia làm 12 nhóm lớn và 144 phân nhóm khác nhau. 12 nhóm đó là:

(1) Các dịch vụ kinh doanh; (2) Các dịch vụ thông tin liên lạc; (3) Các dịch vụ xây dựng và kỹ thuật liên quan đến xây dựng; (4) Các dịch vụ phân phối; (5) Các dịch vụ giáo dục; (6) các dịch vụ môi trường; (7) Các dịch vụ tài chính; (8) Các dịch vụ liên quan đến y tế và dịch vụ xã hội; (9) Các dịch vụ liên quan đến y tế và dịch vụ lữ hành; (10) Các dịch vụ giải trí, văn hóa và thể thao; (11) Các dịch vụ giao thông vận tải; (12) Các dịch vụ khác. Xem MTN GNS/W/120.

giao thông vận tải. GATS cũng không định nghĩa trực tiếp về “thương mại dịch vụ” mà khái niệm này được định nghĩa gián tiếp thông qua việc quy định các phương thức cung cấp dịch vụ (modes of supply) bao gồm:

(1) Cung cấp qua biên giới là phương thức cung cấp dịch vụ không cần đến sự di chuyển của cả nhà cung cấp lẫn người sử dụng dịch vụ (như dịch vụ bưu chính viễn thông);

(2) Tiêu dùng ngoài lãnh thổ là phương thức cung cấp dịch vụ đòi hỏi người sử dụng dịch vụ phải tìm đến nhà cung cấp (như dịch vụ du lịch);

(3) Hiện diện thương mại là phương thức cung cấp dịch vụ được thực hiện thông qua hiện diện thương mại⁴⁶ của một nhà cung cấp dịch vụ⁴⁷, của một quốc gia thành viên này tại một quốc gia thành viên khác (như dịch vụ ngân hàng);

(4) Hiện diện thể nhân là phương thức cung cấp dịch vụ mà người cung cấp là thể nhân của một quốc gia này hiện diện tại một quốc gia khác (như dịch vụ tư vấn hoặc xây dựng).

Bốn phương thức cung ứng dịch vụ trên đây đã bao hàm tất cả các hình thức thương mại dịch vụ và đưa đến một sự hình dung đầy đủ về TMDV. Tuy nhiên, các quốc gia thành viên có quyền loại trừ một hoặc một số phương thức cung ứng dịch vụ đối với một số ngành hoặc nhóm ngành dịch vụ trong biểu cam kết cụ thể của mình.

2. Các nguyên tắc và nghĩa vụ chung

Hai nguyên tắc của GATS được áp dụng như là nghĩa vụ chung của mọi thành viên của WTO là: Nguyên tắc tối huệ quốc (MFN) và nguyên tắc minh bạch (transparency).

– Nguyên tắc tối huệ quốc

Nguyên tắc này đòi hỏi “mỗi quốc gia thành viên cam kết ngay lập tức và vô điều kiện đối với các dịch vụ và nhà cung cấp dịch vụ của bất kỳ quốc gia, thành viên nào sự đối xử không kém thuận lợi hơn cam kết dành cho các dịch vụ và các nhà cung cấp dịch vụ tương tự của các quốc gia thành viên khác”.⁴⁸

⁴⁶ Khái niệm “hiện diện thương mại” bao gồm tất cả các loại hình kinh doanh hoặc hội nghề nghiệp, có thể dưới hình thức chi nhánh, công ty con hoặc văn phòng đại diện.

⁴⁷ Khái niệm “nhà cung cấp dịch vụ” được đề cập đến trong Hiệp định như là bất cứ thể nhân hoặc pháp nhân nào thực hiện cung cấp một dịch vụ

⁴⁸ Điều II, khoản 1, Hiệp định GATS.

Điều này có nghĩa là một đặc quyền mà một quốc gia thành viên dành cho bất kỳ quốc gia nào (kể cả những nước không phải là thành viên WTO) phải được dành một cách ngay lập tức và vô điều kiện cho các thành viên còn lại của WTO.

Cần lưu ý là GATS cho phép áp dụng các ngoại lệ đối với nguyên tắc MFN (điều này không giống với GATT).⁴⁹ Theo Hiệp định, các thành viên của WTO có quyền nộp một danh sách các ngoại lệ áp dụng đối với nguyên tắc MFN lên Hội đồng TMDV của WTO và được áp dụng ngay khi GATS có hiệu lực. Tuy nhiên, những ngoại lệ này chỉ kéo dài không quá 10 năm và sẽ được xem xét lại định kỳ tại các vòng đàm phán về tự do hóa thương mại trong tương lai. Theo các nhà phân tích, các quy định về ngoại lệ đối với nguyên tắc MFN đã không tạo ra áp lực đáng kể đối với các nước chậm mở cửa thị trường TMDV, nhưng nó lại làm giảm nhẹ hiệu lực của GATS.

– Nguyên tắc minh bạch

Nguyên tắc minh bạch yêu cầu các quốc gia thành viên phải công khai tất cả các biện pháp mà quốc gia đó áp dụng và các hiệp định quốc tế có tác động đến các nghĩa vụ của họ theo Hiệp định GATS trước khi các biện pháp và hiệp định đó có hiệu lực. Ngoài ra, hàng năm các thành viên phải thông báo cho Hội đồng TMDV tất cả những thay đổi liên quan đến những biện pháp và hiệp định đó, đồng thời phải trả lời ngay lập tức các yêu cầu cung cấp thông tin của các quốc gia khác.

Ngoài hai nghĩa vụ trên đây, GATS còn quy định một số nghĩa vụ chung khác của các thành viên (tương tự như quy định trong GATT). GATS yêu cầu các quốc gia thành viên phải đảm bảo rằng các quy định và biện pháp mà quốc gia đó áp dụng có tác động đến TMDV sẽ được giám sát trên cơ sở công bằng, khách quan và không thiên vị. GATS nghiêm cấm các thành viên áp dụng các yêu cầu về giấy phép hoặc các yêu cầu về đào tạo, kinh nghiệm

⁴⁹ Trong quá trình diễn ra vòng đàm phán Uruguay, đại diện các ngành công nghiệp dịch vụ của các nước công nghiệp phát triển phản đối việc áp dụng nguyên tắc MFN một cách vô điều kiện với lý do là tại thời điểm đó mức độ mở cửa thị trường của các quốc gia thành viên là rất khác nhau. Họ tranh luận rằng việc áp dụng nguyên tắc đối xử tối huệ quốc một cách vô điều kiện sẽ cho phép các quốc gia với hệ thống luật lệ về dịch vụ xiết chặt vẫn duy trì các luật lệ đó trong khi các nhà cung cấp dịch vụ của họ có thể dễ dàng tiếp cận thị trường các nước với hệ thống pháp luật thông thoáng hơn. Để buộc các nước còn áp dụng chính sách đóng cửa phải mở cửa thị trường của họ, các đại diện của những ngành công nghiệp dịch vụ đã thành công trong việc ủng hộ áp dụng ngoại lệ đối với nguyên tắc MFN.

hoặc các tiêu chuẩn kỹ thuật thông qua những cách thức hạn chế và không minh bạch.

Một quốc gia thành viên có thể trao độc quyền cho một nhà cung cấp dịch vụ đối với một số loại hình dịch vụ nhất định (như trong lĩnh vực phát thanh, truyền hình...) nhưng để làm như vậy thì nhà cung cấp dịch vụ đó phải không được hành động trái với nghĩa vụ MFN hoặc các cam kết cụ thể của thành viên đó. Đối với những ngành dịch vụ mà có sự hạn chế cạnh tranh và do vậy cản trở hoạt động TMDV quốc tế, GATS yêu cầu các quốc gia thành viên phải tham vấn lẫn nhau để đi đến loại bỏ hoàn toàn các hạn chế đó.

Các quốc gia thành viên không được áp dụng các hạn chế đối với các giao dịch và thanh toán quốc tế liên quan đến các cam kết cụ thể của thành viên đó. Tuy nhiên, các hạn chế có thể được áp dụng nếu một thành viên gặp phải khó khăn nghiêm trọng về cán cân thanh toán, đặc biệt là đối với các nước đang phát triển hoặc đang chuyển đổi sang nền kinh tế thị trường, với điều kiện là việc áp dụng các hạn chế này không phân biệt đối xử giữa các thành viên hoặc gây ra thiệt hại không cần thiết cho các thành viên khác. Việc áp dụng các hạn chế đó phải phù hợp với các quy định của Quỹ Tiền tệ Quốc tế (IMF) và chỉ mang tính tạm thời, chúng phải được dỡ bỏ khi mục đích áp dụng ban đầu đã đạt được.

3. Các cam kết cụ thể

GATS được thiết kế để mở đường cho việc tiếp cận thị trường TMDV của các nước thành viên dựa trên việc xem xét từng ngành dịch vụ cụ thể. Mỗi quốc gia thành viên, dựa trên kết quả đàm phán hoặc theo sáng kiến của chính mình, sẽ nộp một Biểu cam kết cụ thể như là Phụ lục của GATS, liệt kê danh mục các ngành hoặc phân ngành dịch vụ mà quốc gia đó sẽ mở cửa.⁵⁰ Các thành viên cũng có thể liệt kê những hạn chế mà mình áp dụng đối với các ngành dịch vụ đó. GATS đưa ra 6 nhóm hạn chế mà các thành viên thường áp dụng, bao gồm: (1) Số lượng các nhà cung ứng dịch vụ được phép tiếp cận thị trường; (2) Tổng giá trị các giao dịch hoặc tài sản được thực hiện; (3) Số lượng các dịch vụ đầu ra; (4) Số lượng nhân công có thể

⁵⁰ Danh mục này phải bao gồm những nội dung sau: (1) Các điều khoản, hạn chế và điều kiện tiếp cận thị trường; (2) Điều kiện và yêu cầu để được hưởng nguyên tắc đối xử tối huệ quốc; (3) Các cam kết bổ sung; (4) Khung thời gian cho việc áp dụng các cam kết đó; (5) Ngày bắt đầu có hiệu lực của các cam kết đó.

thuê trong một ngành dịch vụ; (5) Hình thức pháp nhân hoặc doanh nghiệp liên doanh mà nhà cung cấp dịch vụ phải sử dụng khi muốn cung cấp dịch vụ; (6) Hạn chế tỷ lệ tối đa số cổ phần trong một doanh nghiệp mà bên nước ngoài có thể nắm giữ.

Đối với những ngành dịch vụ được liệt kê trong biểu cam kết cụ thể, các thành viên phải đảm bảo hai nghĩa vụ: Tiếp cận thị trường và đối xử quốc gia. Tiếp cận thị trường được định nghĩa như là dành cho các dịch vụ và nhà cung ứng dịch vụ của các thành viên khác “sự đối xử không kém thuận lợi hơn” những gì được niêm yết trong biểu cam kết cụ thể của quốc gia. Nguyên tắc đối xử quốc gia có nghĩa là dành cho các dịch vụ và nhà cung cấp dịch vụ của các thành viên khác “sự đối xử không kém thuận lợi hơn” những gì dành cho dịch vụ và ngành tương tự của chính nước đó.

4. Tự do hóa thương mại

Mục tiêu dài hạn của GATS là khuyến khích các thành viên mở cửa ngày càng nhiều các lĩnh vực dịch vụ. Phù hợp với mục tiêu này, GATS yêu cầu các thành viên phải duy trì các vòng đàm phán liên tục, nhằm đạt được mức độ tự do hóa thương mại cao hơn. Những vòng đàm phán này sẽ nhằm loại bỏ hoặc giảm bớt tác động bất lợi của những biện pháp mà quốc gia áp dụng đối với TMDV để đảm bảo sự tiếp cận thị trường một cách hiệu quả.

Mặc dù tự do hóa thương mại là mục tiêu của GATS, nhưng các nước thành viên không bị ràng buộc vĩnh viễn bởi những cam kết trong biểu cam kết cụ thể của mình. Sau 3 năm kể từ ngày một cam kết cụ thể nào đó có hiệu lực, một thành viên có thể thay đổi hoặc rút lại cam kết đó với điều kiện là phải thông báo cho Hội đồng TMDV của WTO biết và nếu có thành viên nào bị thiệt hại do sự thay đổi hay rút lại đó yêu cầu bồi thường thì các bên liên quan có thể thương lượng để đạt được thỏa thuận về việc bồi thường.

IV — NỘI DUNG PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ THƯƠNG MẠI DỊCH VỤ

1. Phạm vi áp dụng và các khái niệm

TMDV là một thuật ngữ còn khá mới ở nước ta. Khái niệm TMDV lần đầu tiên được sử dụng chính thức trong Hiệp định thương mại Việt Nam –

Hoa Kỳ (BTA) năm 2001.⁵¹ Gần đây, với việc Việt Nam gia nhập WTO và trở thành thành viên của Hiệp định GATS thì khái niệm TMDV ngày càng được sử dụng phổ biến trong các văn kiện liên quan đến thực hiện nghĩa vụ của thành viên WTO.

Trong khi đó, khái niệm TMDV chưa từng xuất hiện trong các đạo luật về thương mại ở Việt Nam. Luật Thương mại năm 1997 sử dụng khái niệm “cung ứng dịch vụ thương mại” để chỉ các hoạt động cung ứng dịch vụ thuộc đối tượng điều chỉnh của luật.⁵² Thuật ngữ “dịch vụ thương mại” được định nghĩa bởi Luật Thương mại năm 1997 có nội hàm rất hẹp, chỉ là những dịch vụ do thương nhân tiến hành trong hoạt động mua bán hàng hoá (khoản 4, Điều 5). Cách định nghĩa này phù hợp với quan niệm truyền thống về thương mại ở nước ta, nhưng nó không bao hàm hết các loại dịch vụ được cung ứng trong nền kinh tế. Nó cũng không phản ánh được khía cạnh thương mại như là thuộc tính vốn có trong các quá trình sản xuất và cung ứng dịch vụ. Điều này có nhiều nguyên nhân, song có lẽ bắt nguồn từ sự lúng túng trong việc xác định ranh giới điều chỉnh giữa Luật Dân sự và Luật Thương mại đối với các hoạt động cung ứng dịch vụ, dẫn đến việc Luật Thương mại phải định danh rõ ràng về dịch vụ thương mại.

Luật Thương mại năm 2005 không sử dụng khái niệm “cung ứng dịch vụ thương mại” mà thay bằng khái niệm “cung ứng dịch vụ”. Khái niệm này phản ánh tính “mở” của Luật Thương mại năm 2005 khi đã mở rộng nội hàm của khái niệm cung ứng dịch vụ thương mại gần hơn với nội hàm của khái niệm TMDV. Nó cũng cho thấy chủ ý của nhà làm luật là không có sự tách bạch giữa cung ứng dịch vụ thương mại với cung ứng các dịch vụ khác để tránh sự tranh cãi không cần thiết về bản chất thương mại hay dân sự của các giao dịch cung ứng dịch vụ.

⁵¹ Xem Chương III của Hiệp định.

⁵² Một số tác giả khi nghiên cứu về vấn đề này cho rằng, có sự sử dụng lẫn lộn giữa khái niệm “thương mại dịch vụ” và khái niệm “dịch vụ thương mại”, song chúng tôi không tán thành quan điểm này. Thương mại dịch vụ là một khái niệm mới và có nội hàm cũng như ngoại diện rất rộng. Trong khi đó khái niệm thương mại ở nước ta theo nghĩa truyền thống có nội hàm rất hẹp, chỉ bao gồm một số nhóm quan hệ phát sinh giữa các thương nhân. Nếu sử dụng khái niệm “thương mại dịch vụ” trong Luật Thương mại đồng nghĩa với việc sẽ phải mở rộng phạm vi điều chỉnh của Luật Thương mại và điều này là trái với truyền thống pháp luật thương mại nước ta. Do vậy, việc sử dụng khái niệm “dịch vụ thương mại” là có chủ ý và phản ánh sự thận trọng của các nhà làm luật Việt Nam.

Tuy nhiên, qua các quy định của Luật Thương mại năm 2005 vẫn có thể tìm thấy ranh giới giữa hoạt động cung ứng dịch vụ trong thương mại so với các hoạt động cung ứng dịch vụ khác. Khoản 9, Điều 3, Luật Thương mại định nghĩa: “Cung ứng dịch vụ là hoạt động thương mại, theo đó một bên (sau đây gọi là bên cung ứng dịch vụ) có nghĩa vụ thực hiện dịch vụ cho một bên khác và nhận thanh toán; bên sử dụng dịch vụ (sau đây gọi là khách hàng) có nghĩa vụ thanh toán cho bên cung ứng dịch vụ và sử dụng dịch vụ theo thỏa thuận.” Khoản 1, Điều 3, Luật Thương mại định nghĩa: “Hoạt động thương mại là hoạt động nhằm mục đích sinh lợi, bao gồm mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ, đầu tư, xúc tiến thương mại và các hoạt động nhằm mục đích sinh lợi khác.”

Như vậy, qua các quy định trên đây có thể thấy cung ứng dịch vụ trong thương mại là những hoạt động được tiến hành nhằm mục đích sinh lợi. Đây là điểm khác biệt cơ bản giữa cung ứng dịch vụ thương mại với các hoạt động cung ứng dịch vụ khác không có mục đích sinh lợi. Tuy nhiên ranh giới này ngày càng trở nên mờ nhạt vì ngày nay hầu hết các hoạt động cung ứng dịch vụ trên thị trường đều nhằm mục đích sinh lợi.

Bản thân khái niệm “dịch vụ” trong pháp luật hiện hành cũng chưa được quan niệm thống nhất và chưa phù hợp với thông lệ quốc tế. Trong Bộ luật Dân sự năm 2005, khái niệm “dịch vụ” được hiểu là một công việc do một bên thực hiện theo yêu cầu của phía bên kia (Điều 518). Cách hiểu như vậy mới chỉ phản ánh được một khâu trong quá trình tạo ra và cung cấp dịch vụ chứ chưa thấy được dịch vụ cũng là các sản phẩm hoàn chỉnh mang đặc tính giá trị và giá trị sử dụng.⁵³ Luật Thương mại năm 2005 không đưa ra định nghĩa về dịch vụ, cũng không liệt kê các nhóm ngành dịch vụ thuộc đối tượng điều chỉnh của luật như trong Hiệp định GATS. Đây có thể được coi như một điểm hạn chế của Luật Thương mại hiện hành. Tuy nhiên, trong các luật chuyên ngành (như Luật Hàng không, Luật Du lịch, Luật Các tổ chức tín dụng, Luật Chứng khoán...) đôi khi có đưa ra định nghĩa về từng loại dịch vụ cụ thể.⁵⁴

⁵³ *Sđd*, tr. 29.

⁵⁴ Chẳng hạn, Điều 6, Pháp lệnh Bưu chính viễn thông định nghĩa: “Dịch vụ viễn thông là dịch vụ truyền ký hiệu, tín hiệu, số liệu, chữ viết, âm thanh, hình ảnh hoặc các dạng của thông tin giữa các điểm kết nối của mạng viễn thông”.

2. Các phương thức cung ứng dịch vụ trong thương mại.

Điểm mới của Luật Thương mại năm 2005 so với Luật Thương mại năm 1997 là quy định các phương thức cung ứng dịch vụ trong thương mại. Nó cho thấy Luật Thương mại năm 2005 đã bước đầu tiếp cận với Hiệp định GATS. Tuy nhiên, Luật Thương mại không sử dụng tên gọi “phương thức cung ứng dịch vụ” mà luật tiếp cận dưới góc độ quyền cung ứng và sử dụng dịch vụ của thương nhân.

Theo quy định của Luật Thương mại, thương nhân có quyền cung ứng các dịch vụ sau: (1) Cung ứng dịch vụ cho người cư trú tại Việt Nam sử dụng trên lãnh thổ Việt Nam; (2) Cung ứng cho người không cư trú tại Việt Nam sử dụng trên lãnh thổ Việt Nam; (3) Cung ứng dịch vụ cho người cư trú tại Việt Nam sử dụng trên lãnh thổ nước ngoài; (4) Cung ứng dịch vụ cho người không cư trú tại Việt Nam sử dụng trên lãnh thổ nước ngoài.

Một điểm đáng chú ý khác của Luật Thương mại năm 2005 là luật không chỉ quy định quyền cung ứng dịch vụ mà còn quy định cả quyền sử dụng dịch vụ của thương nhân. Cung ứng và sử dụng dịch vụ là hai mặt không thể tách rời. Một thương nhân có thể vừa là người cung ứng dịch vụ vừa là người sử dụng dịch vụ. Bởi vậy, cách tiếp cận như Luật Thương mại năm 2005 phản ánh sự sáng tạo và quan niệm thấu đáo của nhà làm luật về bản chất của quan hệ cung ứng dịch vụ. Theo Luật Thương mại năm 2005, thương nhân có quyền sử dụng các dịch vụ sau: (1) Dịch vụ do người cư trú tại Việt Nam cung ứng trên lãnh thổ Việt Nam; (2) Dịch vụ do người không cư trú tại Việt Nam cung ứng trên lãnh thổ Việt Nam; (3) Dịch vụ do người cư trú tại Việt Nam cung ứng trên lãnh thổ nước ngoài; (4) Dịch vụ do người không cư trú tại Việt nam cung ứng trên lãnh thổ nước ngoài.

Mặc dù tên gọi không hoàn toàn giống nhau nhưng có rất nhiều phương thức cung ứng dịch vụ quy định trong Luật Thương mại của Việt Nam tương tự các phương thức được quy định tại GATS. Luật Thương mại cũng quy định trường hợp các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên có quy định khác với quy định của luật thì áp dụng quy định của điều ước quốc tế đó (Điều 5). Như vậy, ngoài các phương thức cung ứng dịch vụ nêu trên, các thương nhân còn có thể lựa chọn các phương thức cung cấp dịch vụ khác được quy định tại GATS.

3. Hợp đồng cung ứng dịch vụ trong thương mại

a) *Khái niệm, đặc điểm*

Hoạt động cung ứng dịch vụ thương mại được xác lập dưới hình thức pháp lý là hợp đồng cung ứng dịch vụ. Các nguyên tắc và quy định đối với hợp đồng dịch vụ trong Bộ luật Dân sự cũng được áp dụng cho hợp đồng cung ứng dịch vụ trong thương mại.

Bộ luật Dân sự năm 2005 định nghĩa: “Hợp đồng dịch vụ là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó bên làm dịch vụ thực hiện một công việc cho bên thuê dịch vụ, còn bên thuê dịch vụ phải trả tiền công cho bên làm dịch vụ” (Điều 518). Luật Thương mại năm 2005 không có định nghĩa riêng về hợp đồng cung ứng dịch vụ trong thương mại. Nội dung các quy định về hợp đồng dịch vụ trong Luật Thương mại chỉ là sự nhắc lại và cụ thể hóa các nguyên tắc và quy định về hợp đồng dân sự trong Bộ luật Dân sự.

Bên cạnh Bộ luật Dân sự và Luật Thương mại năm 2005, còn nhiều đạo luật chuyên ngành khác cũng điều chỉnh các lĩnh vực dịch vụ thương mại cụ thể. Các quan hệ cung ứng dịch vụ trong từng ngành nghề luôn có sự khác nhau về phương thức giao kết, cách thức thể hiện quyền và nghĩa vụ của các bên. Bởi vậy, các văn bản pháp luật chuyên ngành đều có xu hướng xây dựng chương quy định riêng về hợp đồng dịch vụ. Theo nguyên tắc ưu tiên áp dụng luật, các quy định của luật chuyên ngành sẽ được ưu tiên áp dụng. Vì vậy, ở Việt Nam hiện nay, hợp đồng cung ứng dịch vụ thường được áp dụng và điều chỉnh trước hết và chủ yếu theo văn bản luật chuyên ngành.

Thông qua các quy định của Bộ luật Dân sự, Luật Thương mại năm 2005 và các văn bản luật chuyên ngành, có thể thấy hợp đồng cung ứng dịch vụ trong thương mại có những đặc điểm cơ bản như sau:

... Về hình thức của hợp đồng

Hình thức của hợp đồng cung ứng dịch vụ trong thương mại rất phong phú, đa dạng. Theo khoản 1, Điều 74, Luật Thương mại năm 2005, hình thức hợp đồng dịch vụ có thể được thể hiện bằng lời nói, bằng văn bản hoặc bằng hành vi cụ thể. Tuy nhiên, theo quy định của các luật chuyên ngành về thương mại thì hình thức hợp đồng dịch vụ thường được yêu cầu thể hiện dưới hình thức văn bản (như hợp đồng bảo hiểm) hay một số hình thức khác như cuống vé, vận đơn (như hợp đồng vận chuyển hành khách)...

Tuy đa dạng, phong phú về hình thức nhưng các hợp đồng cung ứng dịch vụ thương mại có một đặc điểm chung là thường thể hiện dưới dạng hợp đồng mẫu hoặc điều kiện thương mại chung.

Hợp đồng mẫu trong quan hệ cung ứng dịch vụ được hiểu là tất cả các điều kiện hợp đồng, quy tắc bán hàng được soạn trước bởi một bên trong quan hệ hợp đồng và được sử dụng trong khi ký kết hợp đồng với nhiều khách hàng khác nhau. Việc ký kết những hợp đồng mẫu giúp các bên có thể tiết kiệm thời gian, công sức trong đàm phán. Xa hơn nữa là thông qua việc thiết lập các quy tắc bán hàng, cung cấp dịch vụ thống nhất, các thương nhân đã sáng tạo ra nhiều loại hợp đồng mà các nhà làm luật chưa biết tới.

Điều kiện thương mại chung trong quan hệ cung ứng dịch vụ được hiểu là tất cả các điều kiện hợp đồng, quy tắc bán hàng, quyền – nghĩa vụ của các bên do nhà cung cấp ban hành dưới dạng thể lệ, nguyên tắc, quy trình cung ứng dịch vụ, hoặc được pháp luật quy định chung áp dụng cho các quan hệ hợp đồng dịch vụ.

– Về đối tượng của hợp đồng cung ứng dịch vụ

Pháp luật Việt Nam và các nước đều quy định đối tượng của hợp đồng cung ứng dịch vụ là dịch vụ. Bộ luật Dân sự năm 2005 định nghĩa dịch vụ là một công việc cụ thể (Điều 518, 519). Luật Thương mại năm 2005 tuy không có định nghĩa về dịch vụ nhưng theo ngôn ngữ được thể hiện trong nhiều quy định của luật thì đối tượng của hợp đồng dịch vụ cũng được quan niệm là một công việc cụ thể. Quan niệm như trên về đối tượng hợp đồng là có phần hơi hạn hẹp, không phản ánh hết đối tượng dịch vụ. Trên thực tế có nhiều loại dịch vụ không chỉ là công việc (hành vi) mà là các lợi ích được tạo ra từ công việc.

Để bảo vệ quyền lợi hợp pháp của các chủ thể kinh doanh và lợi ích công cộng, Bộ luật Dân sự năm 2005 cũng quy định “đối tượng của hợp đồng dịch vụ phải là công việc có thể thực hiện được, không bị pháp luật cấm, không trái đạo đức xã hội” (Điều 519). Luật Thương mại năm 2005 cũng quy định khả năng một số loại dịch vụ bị cấm kinh doanh, bị hạn chế kinh doanh hoặc chỉ được kinh doanh dưới những điều kiện nhất định. Những lĩnh vực đó sẽ do Chính phủ quy định căn cứ vào đặc điểm tình hình kinh tế – xã hội của từng thời kỳ.

– Về nội dung của hợp đồng cung ứng dịch vụ

Sở với Bộ luật Dân sự năm 1995 và Luật Thương mại năm 1997, Bộ luật Dân sự năm 2005 và Luật Thương mại năm 2005 không quy định cụ thể các nội dung của hợp đồng cung cấp dịch vụ mà điều chỉnh theo hướng quy định quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng cung ứng dịch vụ.⁵⁵ Quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng dịch vụ đã được quy định khá đầy đủ, chi tiết trong Luật Thương mại năm 2005 phản ánh đầy đủ những lợi ích cơ bản của các bên trong quan hệ cung ứng dịch vụ và đặc thù của loại hợp đồng cung ứng dịch vụ.

b) Nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng cung ứng dịch vụ

– Nghĩa vụ của bên cung ứng dịch vụ

+ Thực hiện đầy đủ các công việc có liên quan theo đúng thỏa thuận

Bên cung ứng dịch vụ phải thực hiện đầy đủ về số lượng, khối lượng công việc hoặc yêu cầu công việc dịch vụ, phù hợp với thỏa thuận của các bên trong hợp đồng dịch vụ và theo đúng quy định của pháp luật;

+ Bảo quản các tài liệu và phương tiện được giao

Bên cung ứng dịch vụ có thể được bên nhận cung ứng giao cho quản lý một số tài liệu, phương tiện để thực hiện công việc dịch vụ theo thỏa thuận. Bên cung ứng dịch vụ có trách nhiệm bảo quản các tài liệu và phương tiện được giao trong quá trình thực hiện công việc dịch vụ. Nếu thấy các tài liệu không đầy đủ, phương tiện không bảo đảm để hoàn thành việc cung ứng dịch vụ thì bên cung ứng dịch vụ phải thông báo ngay cho khách hàng biết và đề nghị khách hàng cung cấp bổ sung hoặc thay đổi những tài liệu hoặc phương tiện đó. Sau khi công việc dịch vụ đã được thực hiện xong thì bên cung ứng dịch vụ phải giao lại cho khách hàng các tài liệu, phương tiện đã nhận.

+ Bảo mật thông tin

Bên cung ứng dịch vụ có trách nhiệm giữ bí mật những thông tin mà mình biết được trong quá trình cung ứng dịch vụ theo đúng thỏa thuận giữa các bên hoặc theo quy định của pháp luật. Nếu bên cung ứng dịch vụ tiết lộ những thông tin đó cho người thứ ba biết mà việc tiết lộ này gây bất lợi hoặc

⁵⁵ Tuy nhiên, trong một số văn bản pháp luật chuyên ngành có quy định nội dung chủ yếu cần phải có trong một số loại hợp đồng cung ứng dịch vụ.

gây thiệt hại cho bên nhận cung ứng dịch vụ thì bên cung ứng dịch vụ phải bồi thường thiệt hại phát sinh cho bên đó.

+ Thực hiện theo đúng kết quả công việc đã thỏa thuận

Trường hợp do tính chất của loại dịch vụ được cung ứng yêu cầu bên cung ứng dịch vụ phải đạt được một kết quả nhất định thì bên cung ứng dịch vụ phải thực hiện việc cung ứng dịch vụ với kết quả phù hợp với các điều khoản và mục đích của hợp đồng trong trường hợp hợp đồng không có quy định cụ thể về tiêu chuẩn kết quả cần đạt được, bên cung ứng dịch vụ phải thực hiện việc cung ứng với kết quả phù hợp với tiêu chuẩn thông thường của loại dịch vụ đó.

+ Cung ứng dịch vụ theo nỗ lực và khả năng cao nhất

Nếu tính chất của loại dịch vụ được cung ứng yêu cầu bên cung ứng dịch vụ phải nỗ lực cao nhất để đạt được kết quả mong muốn thì bên cung ứng dịch vụ phải thực hiện nghĩa vụ cung ứng dịch vụ đó với nỗ lực và khả năng cao nhất.

+ Hợp tác giữa các bên cung ứng dịch vụ

Nếu dịch vụ được nhiều bên cùng tiến hành hoặc phối hợp với bên cung ứng dịch vụ khác thì mỗi bên cung ứng dịch vụ phải trao đổi thông tin cho nhau về tiến độ thực hiện công việc cung ứng dịch vụ, đồng thời phải cung ứng dịch vụ vào thời gian và theo phương thức phù hợp, không gây cản trở đến hoạt động của bên cung ứng dịch vụ đó và tiến hành các hoạt động hợp tác với các bên cung ứng dịch vụ khác.

+ Hoàn thành dịch vụ đúng thời hạn

Bên cung ứng dịch vụ phải hoàn thành việc cung ứng dịch vụ đúng thời hạn đã thỏa thuận trong hợp đồng. Trường hợp không có thỏa thuận về thời hạn hoàn thành dịch vụ thì bên cung ứng dịch vụ phải hoàn thành dịch vụ trong một thời hạn hợp lý trên cơ sở tính đến tất cả các điều kiện và hoàn cảnh mà bên cung ứng dịch vụ biết được vào thời điểm giao kết hợp đồng, bao gồm bất kỳ nhu cầu cụ thể nào của khách hàng có liên quan đến thời gian hoàn thành dịch vụ. Trường hợp một dịch vụ chỉ có thể được hoàn thành khi khách hàng hoặc bên cung ứng dịch vụ khác đáp ứng các điều kiện nhất định thì bên cung ứng dịch vụ đó không có nghĩa vụ hoàn thành dịch vụ của mình cho đến khi các điều kiện đó được đáp ứng.

+ *Đáp ứng những yêu cầu thay đổi của khách hàng trong quá trình cung ứng dịch vụ*

Trong quá trình cung ứng dịch vụ, bên cung ứng dịch vụ phải đáp ứng những yêu cầu hợp lý của khách hàng liên quan đến những thay đổi trong quá trình cung ứng dịch vụ với điều kiện khách hàng phải chịu những chi phí hợp lý cho việc thực hiện những yêu cầu thay đổi của mình.

+ *Tiếp tục cung ứng dịch vụ cho khách hàng*

Sau khi hết thời hạn hoàn thành việc cung ứng dịch vụ mà dịch vụ vẫn chưa hoàn thành, nếu khách hàng không phản đối thì bên cung ứng dịch vụ phải tiếp tục cung ứng theo nội dung đã thỏa thuận và phải bồi thường thiệt hại, nếu có.

– Nghĩa vụ của bên nhận cung ứng dịch vụ

+ *Thanh toán phí dịch vụ*

Thanh toán phí dịch vụ là nghĩa vụ cơ bản của bên nhận cung ứng dịch vụ để bảo đảm quyền lợi cho bên cung ứng dịch vụ. Sau khi tiếp nhận dịch vụ theo đúng thỏa thuận trong hợp đồng, bên nhận cung ứng dịch vụ có nghĩa vụ thanh toán từng phần hoặc toàn bộ tiền phí cung ứng dịch vụ đã thỏa thuận trong hợp đồng cho bên cung ứng dịch vụ.

+ *Cung cấp thông tin, phương tiện cho việc cung ứng dịch vụ*

Bên nhận cung ứng dịch vụ phải cung cấp kịp thời các kế hoạch, chỉ dẫn và những chi tiết khác để việc cung ứng dịch vụ được thực hiện không bị trì hoãn hay gián đoạn. Nếu có yêu cầu cung cấp bổ sung của bên cung ứng dịch vụ thì bên nhận dịch vụ phải đáp ứng những yêu cầu đó.

+ *Hợp tác với bên cung ứng dịch vụ*

Bên nhận cung ứng dịch vụ có trách nhiệm hợp tác trong tất cả những vấn đề cần thiết khác để bên cung ứng có thể cung ứng dịch vụ một cách thích hợp. Trong trường hợp một dịch vụ do nhiều bên cung ứng dịch vụ cùng tiến hành hoặc phối hợp với bên cung ứng dịch vụ khác, khách hàng có nghĩa vụ điều phối hoạt động của bên cung ứng dịch vụ để không gây cản trở đến công việc của bất kỳ bên cung ứng dịch vụ nào.

c) Giá cả và thanh toán trong hợp đồng cung ứng dịch vụ

Theo thông lệ, giá cả và phương thức thanh toán trong hợp đồng dịch vụ sẽ do các bên thỏa thuận và ghi trong hợp đồng. Trường hợp các bên ký hợp đồng không có thỏa thuận về giá dịch vụ, không có thỏa thuận về phương pháp xác định giá dịch vụ và cũng không có bất kỳ chỉ dẫn nào khác về giá dịch vụ thì giá dịch vụ được xác định theo giá của loại dịch vụ đó trong các điều kiện tương tự về phương thức cung ứng, thời điểm cung ứng, thị trường, phương thức thanh toán và các điều kiện khác có ảnh hưởng đến giá dịch vụ.

Về thời hạn thanh toán được tiến hành theo sự thỏa thuận giữa các bên, phù hợp với tiến độ thực hiện cung ứng dịch vụ theo hợp đồng. Trường hợp không có thỏa thuận và giữa các bên không có bất kỳ thói quen nào về việc thanh toán thì thời hạn thanh toán là thời điểm việc cung ứng dịch vụ được hoàn thành.

PHÁP LUẬT VỀ CẠNH TRANH

I — KHÁI QUÁT VỀ CẠNH TRANH VÀ PHÁP LUẬT VỀ CẠNH TRANH

1. Khái quát về cạnh tranh

a) Khái niệm cạnh tranh

Theo cuốn Black's law dictionary, cạnh tranh được diễn tả là: “sự nỗ lực hoặc hành vi của hai hay nhiều thương nhân nhằm tranh giành những lợi ích giống nhau từ chủ thể thứ ba”⁵⁶.

Theo Từ điển Cornu của Pháp, cạnh tranh được hiểu là: “hành vi của các doanh nghiệp độc lập với nhau và là đối thủ của nhau cung ứng hàng hóa, dịch vụ, nhằm làm thỏa mãn nhu cầu giống nhau, với sự may rủi của mỗi bên, thể hiện qua việc lôi kéo được hoặc dễ bị mất đi một lượng khách hàng thường xuyên”⁵⁷.

Theo Từ điển kinh doanh của Vương quốc Anh, xuất bản năm 1992, cạnh tranh được định nghĩa là: “sự ganh đua, sự cạnh tranh giữa những nhà kinh doanh trên thị trường nhằm tranh giành cùng một loại tài nguyên sản xuất hoặc cùng một loại khách hàng về phía mình”⁵⁸.

Theo Từ điển tiếng Việt, cạnh tranh được hiểu là: “cố gắng dành phần hơn, phần thắng về mình giữa những người, những tổ chức hoạt động nhằm những lợi ích như nhau”⁵⁹.

Qua việc khảo cứu các khái niệm trên cho thấy, không có khái niệm nào phản ánh được đầy đủ các khía cạnh pháp lý, kinh tế, xã hội của cạnh tranh. Nhưng có điểm tương đồng là các khái niệm trên đều phản ánh dấu hiệu đặc trưng của cạnh tranh là phải có sự ganh đua của ít nhất hai hay nhiều người

⁵⁶ Brian A.Ganer: Black's law dictionary, ST. Paul, 1999, tr. 278.

⁵⁷ Nguyễn Hữu Huyền: Luật Cạnh tranh của Pháp và Liên minh châu Âu, Nxb. Tư pháp, 2004, tr. 11

⁵⁸ Đặng Vũ Huân: Pháp luật về kiểm soát độc quyền và chống cạnh tranh không lành mạnh ở Việt Nam, Nxb. Chính trị quốc gia, 2004, tr. 19.

⁵⁹ Viện ngôn ngữ: Từ điển tiếng Việt, Nxb. Đà Nẵng, 2004, tr. 112.

là đối thủ của nhau trong cùng một lĩnh vực nhất định. Tiếp cận theo hướng này, *cạnh tranh trong kinh doanh được hiểu là sự ganh đua, kinh địch giữa các chủ thể kinh doanh cùng loại hàng hoá, dịch vụ hoặc những hàng hoá, dịch vụ có thể thay thế cho nhau nhằm mua hoặc bán hàng hoá, dịch vụ đó trên cùng một thị trường.*

Theo cách hiểu như trên, cạnh tranh có những dấu hiệu đặc trưng như sau:

- Về chủ thể, cạnh tranh là một hiện tượng xã hội diễn ra giữa các chủ thể kinh doanh với nhau trên cùng một thị trường;
- Về hình thức biểu hiện, cạnh tranh là sự ganh đua, sự kinh địch giữa các chủ thể kinh doanh với nhau;
- Về mục đích, cạnh tranh nhằm tranh giành thị trường mua hoặc bán hàng hoá, dịch vụ.

b) Phân loại cạnh tranh

Cạnh tranh là một hành vi có nhận thức và có chủ ý của các chủ thể cạnh tranh. Mục đích của cạnh tranh nhằm tranh giành thị trường mua hoặc bán hàng hoá, dịch vụ và suy cho cùng là nhằm mục tiêu tối đa hoá lợi nhuận. Mục đích của cạnh tranh về cơ bản là giống nhau nhưng hình thức biểu hiện của cạnh tranh thì lại muôn mầu, muôn vẻ. Mỗi chủ thể kinh doanh có những thủ pháp, phương pháp cạnh tranh khác nhau và việc sử dụng thủ pháp, phương pháp cạnh tranh nào là phụ thuộc vào sự sáng tạo và chiến lược kinh doanh của họ. Cho nên việc phân loại cạnh tranh có ý nghĩa quan trọng trong việc chỉ ra các phương thức cạnh tranh điển hình đồng thời qua đó giúp nhà nước xây dựng được các chính sách cạnh tranh phù hợp.

– *Căn cứ vào vai trò điều tiết của Nhà nước, cạnh tranh được chia thành cạnh tranh tự do và cạnh tranh có sự điều tiết của Nhà nước*

+ Cạnh tranh tự do là hình thức cạnh tranh mà ở đó thị trường thoát khỏi mọi sự can thiệp của Nhà nước. Lý thuyết về cạnh tranh tự do ra đời vào khoảng cuối thế thứ XIX, đầu thế kỷ XX, khi mà giá cả tự do vận động lên xuống theo sự chi phối của quan hệ cung cầu, của các thế lực thị trường.

Người đại diện tiêu biểu cho lý thuyết cạnh tranh tự do là *Adam Smith* (1723 – 1790). Thông qua học thuyết “*bàn tay vô hình*”, ông đã đề cao sự tự động điều tiết của cơ chế thị trường, mọi sự can thiệp của Nhà nước vào thị trường chỉ làm rối loạn thêm sự điều tiết tự nhiên của thị trường. Nói cách khác,

sự can thiệp của Nhà nước vào thị trường chỉ có hại. Nhà nước và pháp luật trong thời kỳ này là kẻ thù của cạnh tranh, của đời sống kinh tế xã hội. Do đó, nền kinh tế thời kỳ này không cần đến sự kiểm soát và điều tiết của Nhà nước nên nhà nước cũng không cần ban hành ra các văn bản pháp luật về cạnh tranh.

Tuy nhiên, *Adam Smith* cũng không phủ nhận sự tồn tại khách quan của Nhà nước trong nền kinh tế thị trường mà chỉ giới hạn vai trò của Nhà nước vào một số chức năng cơ bản nhằm bảo đảm trật tự của thị trường, như nhà nước phải ban hành ra các hàng rào thuế quan để bảo vệ các ngành công nghiệp non trẻ; Nhà nước phải thực hiện các chức năng như: bảo đảm an ninh, duy trì sự công bằng xã hội, xây dựng và bảo vệ các công trình công cộng.

*+ Cạnh tranh có sự điều tiết của Nhà nước là hình thức cạnh tranh mà ở đó Nhà nước bằng chính sách, bằng pháp luật của mình can thiệp vào thị trường để điều tiết các quan hệ cạnh tranh nhằm hướng chúng vận động và phát triển theo một trật tự nhất định, bảo đảm sự phát triển công bằng và lành mạnh.

Lý thuyết về cạnh tranh có sự điều tiết của Nhà nước ra đời sau cuộc khủng hoảng kinh tế thế giới năm 1929 – 1933. Trong thời kỳ này, cạnh tranh tự do đã bộc lộ nhiều mặt trái của nó như nạn thất nghiệp, sự phá sản hàng loạt, sự lãng phí tài nguyên... đã khiến *bàn tay vô hình* mất đi tác dụng. Trong thời kỳ này, xã hội và thị trường cần phải có *bàn tay hữu hình* của một thế lực đủ mạnh, đứng trên các chủ thể kinh doanh, bằng các công cụ, các chính sách cần thiết để ngăn chặn các hiện tượng nói trên. Do đó, xuất hiện nhiều quan điểm ủng hộ vai trò điều tiết của Nhà nước vào thị trường mà đại diện tiêu biểu là *J.M.Keynes* (1884 – 1946). Ông này đưa ra lý thuyết nhà nước điều tiết kinh tế thị trường. Trường phái Keynes tin tưởng rằng sự can thiệp của Nhà nước vào nền kinh tế nhằm hạn chế tối đa thị trường tự phát, các tác động xấu và khuyết tật của thị trường như suy thoái, khủng hoảng, thất nghiệp, giúp thị trường vận hành một cách ổn định, qua đó thúc đẩy sự phát triển ổn định kinh tế – xã hội.

Ngày nay, hầu hết các quốc gia trên thế giới đều duy trì mô hình cạnh tranh có sự điều tiết của Nhà nước để điều hành nền kinh tế. Tuy nhiên, mức độ điều tiết của Nhà nước như thế nào vào thị trường thì không có một công thức chung cho các quốc gia, trừ một nguyên lý mà quốc gia nào cũng biết là mọi sự can thiệp thô bạo của bất kỳ thế lực nào vào thị trường không chỉ bóp méo diện mạo của cạnh tranh mà điều đó còn xâm hại đến quyền tự do kinh doanh của các chủ thể kinh doanh.

– Căn cứ vào tính chất và mức độ biểu hiện, cạnh tranh được chia thành cạnh tranh hoàn hảo, cạnh tranh không hoàn hảo và độc quyền

+ Cạnh tranh hoàn hảo là hình thức cạnh tranh mà ở đó người mua và người bán không có khả năng tác động đến giá cả của thị trường. Ở hình thái thị trường cạnh tranh hoàn hảo, giá cả được định đoạt một cách duy nhất thông qua quan hệ cung cầu, được xác định một cách khách quan ngoài ý muốn của những người tham gia. Cả người mua và người bán đều phải chấp nhận giá cả đang phổ biến trên thị trường.

Cạnh tranh hoàn hảo bảo đảm được sự ganh đua giữa các chủ thể kinh doanh và bảo vệ được quyền lợi của số đông người tiêu dùng. Tuy nhiên, hình thức cạnh tranh hoàn hảo chỉ mang tính lý thuyết dựa trên những điều kiện giả định của các nhà kinh tế mà không tồn tại trên thực tế. Bởi vì, cạnh tranh là một quy luật, một quy trình đầy tính năng động mà ở đó các yếu tố trên thị trường sẽ luôn vận động không ngừng, điều này sẽ phù hợp khả năng tồn tại một hình thức cạnh tranh hoàn hảo – cạnh tranh ở trạng thái tĩnh. Nói cách khác, trên thực tế chỉ tồn tại hình thức cạnh tranh không hoàn hảo.

+ Cạnh tranh không hoàn hảo là hình thức cạnh tranh mà ở đó các chủ thể kinh doanh có sức mạnh và quyền lực thị trường có thể kiểm soát và chi phối được giá cả các sản phẩm của họ trên thị trường.

Thực tế, thị trường luôn ẩn chứa nhiều yếu tố không hoàn hảo nên mỗi chủ thể trên thị trường đều có một sức mạnh và quyền lực thị trường nhất định đủ để tác động đến giá cả của sản phẩm. Do đó, cạnh tranh không hoàn hảo là hình thức cạnh tranh xuất hiện ở hầu hết các lĩnh vực của nền kinh tế. Phụ thuộc vào cách thức tác động đến giá cả trên thị trường, cạnh tranh không hoàn hảo bao gồm cạnh tranh mang tính độc quyền, độc quyền nhóm và độc quyền.

* Cạnh tranh mang tính độc quyền là hình thức cạnh tranh mà ở trên thị trường mỗi chủ thể kinh doanh đều có mức độ độc quyền nhất định đối với sản phẩm mà họ sản xuất vì mỗi sản phẩm đều có sự khác biệt nhất định. Mặc dù trên thị trường, các sản phẩm đó có thể thay thế cho nhau, song các chủ thể kinh doanh luôn nỗ lực cá biệt hoá sản phẩm của mình so với các sản phẩm cùng loại. Các tiêu chí thường được sử dụng để cá biệt hoá sản phẩm là kiểu dáng, nhãn hiệu, tên thương mại, chỉ dẫn địa lý, chất lượng sản phẩm, dịch vụ bán hàng... Sự thành công trong việc cá biệt hoá sản phẩm phù hợp với sự đa

dạng và nhu cầu thường xuyên thay đổi của thị trường sẽ quyết định đến mức độ độc quyền và thành công của các chủ thể kinh doanh.

* Độc quyền nhóm là hình thức cạnh tranh mà ở đó thị trường chỉ tồn tại một số ít các nhà sản xuất và mỗi nhà sản xuất đều nhận thức được rằng giá cả của mình không chỉ phụ thuộc vào năng suất của chính mình mà còn phụ thuộc vào hoạt động của các đối thủ cạnh tranh quan trọng trong ngành đó.

Như vậy, tình trạng độc quyền nhóm thường chỉ xuất hiện ở một số ngành sản xuất nào đó mà do đặc thù về công nghệ của nó đòi hỏi vốn đầu tư lớn đến mức chỉ có một số lượng nhỏ các nhà sản xuất có thể đáp ứng. Điều này đã dẫn đến cản trở việc gia nhập thị trường của nhiều đối thủ cạnh tranh khác. Vì vậy, độc quyền nhóm còn được gọi là sự cạnh tranh giữa một số lượng nhỏ các nhà sản xuất. Sự thay đổi về giá của một nhà sản xuất gây ra những ảnh hưởng đáng kể đến nhu cầu đối với sản phẩm của các doanh nghiệp khác và ngược lại.

* Độc quyền là hình thái biểu hiện sau cùng của quá trình cạnh tranh không hoàn hảo. Hiện tượng này xuất hiện và tồn tại khi chỉ có một doanh nghiệp duy nhất bán hoặc mua sản phẩm trên thị trường mà không có sự thay thế từ các sản phẩm hoặc các chủ thể khác. Nói cách khác, độc quyền là hiện tượng trên thị trường không còn đối thủ cạnh tranh nào với doanh nghiệp độc quyền. Độc quyền có thể là độc quyền bán hoặc độc quyền mua sản phẩm trên thị trường. Cả hai trường hợp độc quyền này đều cho phép doanh nghiệp độc quyền kiểm soát được ý trí của khách hàng, buộc khách hàng chỉ có một sự lựa chọn duy nhất là được giao dịch với doanh nghiệp độc quyền. Khi đó doanh nghiệp độc quyền sẽ kiểm soát được trọn vẹn giá cả của sản phẩm trên thị trường, cho phép họ nâng giá hoặc hạ giá sản phẩm để thu được lợi nhuận cao nhất.

Có nhiều nguyên nhân dẫn đến hiện tượng độc quyền, chẳng hạn như độc quyền hình thành từ quá trình cạnh tranh khốc liệt; độc quyền hình thành do đặc thù về công nghệ sản xuất hoặc do đặc thù về ngành hàng, lĩnh vực kinh doanh; độc quyền hình thành do sự tập trung kinh tế (thông qua việc sáp nhập, hợp nhất, mua lại doanh nghiệp hoặc liên doanh); độc quyền hình thành do sự thông đồng ngầm giữa các doanh nghiệp về giá, sản lượng và khách hàng hoặc vùng tiêu thụ nhằm tối đa hoá lợi nhuận hoặc ngành, lĩnh vực sản xuất hay độc quyền hình thành do sự tồn tại của các rào cản trên thị trường.

Khi mới xuất hiện, độc quyền có những tác dụng tích cực thúc đẩy và tập trung các nguồn lực để phát triển các ngành kinh tế mũi nhọn, luôn dẫn đầu về kỹ thuật và công nghệ. Tuy nhiên, khi đã chiếm được vị trí độc quyền, doanh nghiệp độc quyền luôn tìm mọi cách để duy trì vị trí độc quyền của mình trên thị trường, kể cả việc sử dụng các thủ pháp cạnh tranh không lành mạnh như tiêu diệt, thôn tính đối thủ cạnh tranh, ngăn cản không cho các đối thủ cạnh tranh tiềm năng gia nhập thị trường... trường hợp này độc quyền đã trở thành lực cản, gây trở ngại cho quá trình cạnh tranh lành mạnh.

– Căn cứ vào tính lành mạnh của hành vi cạnh tranh, tác động của chúng đối với thị trường và mức độ can thiệp của Nhà nước, cạnh tranh được chia thành cạnh tranh lành mạnh, cạnh tranh không lành mạnh và hạn chế cạnh tranh

+ Cạnh tranh lành mạnh không phải là một khái niệm của luật thực định mặc dù nó là quyền của các chủ thể kinh doanh được pháp luật ghi nhận. Theo cuốn Black' law dictionary, cạnh tranh lành mạnh được định nghĩa là: *"hình thức cạnh tranh công khai, công bằng và ngay thẳng giữa các đối thủ cạnh tranh trong kinh doanh"*⁶⁰. Còn theo TS. Bùi Ngọc Cường, cạnh tranh lành mạnh là *"sự cạnh tranh trong khuôn khổ pháp luật, trong sự tôn trọng lợi ích của tất cả các đối thủ cạnh tranh, lợi ích của người sản xuất và người tiêu dùng"*⁶¹. Như vậy, cạnh tranh lành mạnh là mục tiêu của các chủ thể kinh doanh có thái độ kinh doanh đúng đắn, có đạo đức kinh doanh chân chính và của cả các cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế với mong muốn thiết lập và vận hành một thị trường cạnh tranh lành mạnh. Vì cạnh tranh bằng đúng thực lực, tiềm năng của mình, không trái pháp luật, phù hợp với đạo đức và tập quán kinh doanh với mục đích thu hút khách hàng nên cạnh tranh lành mạnh sẽ đem lại cho người tiêu dùng những sản phẩm có chất lượng cao, mẫu mã đẹp và giá thành hợp lý.

+ Cạnh tranh không lành mạnh là mặt trái của hành vi cạnh tranh và nó là một khái niệm của luật thực định. Luật Cạnh tranh của các nước và vùng lãnh thổ đều định nghĩa trực tiếp khái niệm cạnh tranh không lành mạnh để điều chỉnh với mục tiêu chống hoặc kiểm soát các hành vi này nhằm xây dựng và hoàn thiện thị trường cạnh tranh lành mạnh, bảo vệ lợi ích của người tiêu dùng và của các nhà sản xuất. Chẳng hạn, theo Luật Cạnh tranh của

⁶⁰ Brian A.Ganer: Black' law dictionary, ST. Paul, 1999, tr. 279.

⁶¹ Bùi Ngọc Cường Một số vấn đề về quyền tự do kinh doanh trong pháp luật kinh tế ở Việt Nam. Nxb. Chính trị quốc gia, 2004, tr. 122 – 123.

Bungaria, cạnh tranh không lành mạnh được định nghĩa: là “hành vi hoặc biểu hiện tiến hành các hoạt động kinh tế trái với tiêu chuẩn thông thường về kinh doanh trung thực, gây hại hoặc có thể gây hại tới những lợi ích của các đối thủ cạnh tranh trong mối quan hệ giữa họ với người tiêu dùng”⁶²”; Theo Luật Chống cạnh tranh không lành mạnh của Cộng hoà nhân dân Trung Hoa, cạnh tranh không lành mạnh là: “hoạt động của doanh nghiệp trái với quy định của Luật này, gây thiệt hại cho quyền và lợi ích chính đáng của doanh nghiệp khác, làm rối loạn trật tự kinh tế xã hội”⁶³”; Theo Luật Cạnh tranh của Việt Nam: “Hành vi cạnh tranh không lành mạnh là hành vi cạnh tranh của doanh nghiệp trong quá trình kinh doanh trái với các chuẩn mực thông thường về đạo đức kinh doanh, gây thiệt hại hoặc có thể gây thiệt hại đến lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của doanh nghiệp khác hoặc người tiêu dùng”⁶⁴”; Theo Điều 10 Bis, Công ước Paris 1883 về bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp quy định: “bất cứ hành vi cạnh tranh nào trái với các hoạt động thực tiễn, không trung thực trong lĩnh vực công nghiệp và thương mại đều bị coi là hành vi cạnh tranh không lành mạnh”⁶⁵”.

Như vậy, khái niệm cạnh tranh không lành mạnh không chỉ được định nghĩa trực tiếp trong hệ thống pháp luật quốc gia mà còn được ghi nhận trong điều ước quốc tế. Mặc dù, các khái niệm trên không thể bao quát được mọi biểu hiện của hành vi cạnh tranh không lành mạnh trên thực tế, tuy nhiên, các khái niệm đó có sự thống nhất về các căn cứ để nhận dạng hành vi cạnh tranh không lành mạnh. Theo đó, cạnh tranh không lành mạnh là những hành vi cạnh tranh trong kinh doanh; trái với quy định của pháp luật về cạnh tranh, đi ngược lại với các tập quán kinh doanh thông thường; gây thiệt hại hoặc có thể gây thiệt hại cho đối thủ cạnh tranh hoặc cho người tiêu dùng hoặc cho nhà nước.

Hạn chế cạnh tranh cũng là mặt trái của hành vi cạnh tranh. Trong thời kỳ kinh tế tự do cạnh tranh, hiện tượng thống lĩnh và độc quyền chưa được biết đến nên khái niệm hạn chế cạnh tranh chưa xuất hiện. Chỉ đến khi

⁶² Trần Hữu Tham khảo, *Khuôn khổ pháp lý đa phương điều chỉnh hoạt động cạnh tranh và Luật Cạnh tranh của một số nước và vùng lãnh thổ*, Bộ Thương mại, 2003.

⁶³ Trần Hữu Tham khảo, *Khuôn khổ pháp lý đa phương điều chỉnh hoạt động cạnh tranh và Luật Cạnh tranh của một số nước và vùng lãnh thổ*, Bộ Thương mại, 2003.

⁶⁴ Khoản 4, Điều 3, Luật Cạnh tranh (2004)

⁶⁵ Đặng Vũ Huyền, *Pháp luật về kiểm soát độc quyền và chống cạnh tranh không lành mạnh ở Việt Nam*, Nhà Chính trị quốc gia, 2004, tr. 30

sự tích tụ tập trung tư bản tăng lên và chủ nghĩa tư bản độc quyền xuất hiện vào cuối thế kỷ XIX, khái niệm hạn chế cạnh tranh mới được người ta biết đến. Tuy nhiên, lúc đầu khái niệm hạn chế cạnh tranh được coi là một dạng biểu hiện của hành vi cạnh tranh không lành mạnh nhưng ngày nay, khái niệm hành vi hạn chế cạnh tranh đã tách ra khỏi khái niệm hành vi cạnh tranh không lành mạnh do mục đích, mức độ nguy hại của chúng đối với thị trường và mức độ can thiệp của Nhà nước đối với hai nhóm hành vi này là khác nhau. Mặc dù hai nhóm hành vi cạnh tranh không lành mạnh và hành vi hạn chế cạnh tranh có nhiều biểu hiện khách quan giống nhau đó là những hành vi đều được thực hiện từ quá trình kinh doanh của những doanh nghiệp có thái độ bất chính, bất hợp pháp, không trung thực và gây thiệt hại hoặc có thể gây thiệt hại cho thị trường, cho đối chủ cạnh tranh, cho người tiêu dùng và các chủ thể khác. Tuy nhiên, giữa chúng cũng có những điểm khác biệt, nếu như hành vi cạnh tranh không lành mạnh là những hành vi cụ thể của doanh nghiệp nhằm mục đích cạnh tranh không lành mạnh, gây thiệt hại hoặc có thể gây thiệt hại cho một đối thủ cạnh tranh hay một ban hàng cụ thể thông qua các hành vi như xâm phạm bí mật kinh doanh, ép buộc trong kinh doanh, gây rối hoạt động kinh doanh, gièm pha doanh nghiệp khác... thì hành vi hạn chế cạnh tranh luôn hướng tới việc hình thành một sức mạnh trên thị trường và khi sức mạnh trên thị trường được xác lập thì luôn có xu hướng tận dụng sức mạnh đó để gây cản trở các hoạt động cạnh tranh, làm cho tình trạng cạnh tranh trên thị trường bị biến dạng thông qua các hành vi như thoả thuận hạn chế cạnh tranh, lạm dụng vị trí thống lĩnh hoặc vị trí độc quyền hoặc thông qua các hoạt động tập trung kinh tế để nhanh chóng xác lập được vị trí thống lĩnh hoặc vị trí độc quyền để gây cản trở cho hoạt động cạnh tranh.

Như vậy, nếu xét theo mục đích, mức độ tác động và nguy hại cho thị trường thì các hành vi hạn chế cạnh tranh cao hơn so với các hành vi cạnh tranh không lành mạnh. Do đó, các hành vi hạn chế cạnh tranh cũng bị xử lý nghiêm khắc hơn và cương quyết hơn.

c) Vai trò và ý nghĩa của cạnh tranh

Cạnh tranh là một quy luật khách quan của nền kinh tế thị trường. Giống như những quy luật đào thải của tự nhiên, quy luật cạnh tranh có thể mang lại lợi ích cho người chiến thắng và thiệt hại cho người thất bại trong một “cuộc chiến” giành thị trường (khách hàng), nhưng xét về tổng thể các lợi ích đạt được từ cạnh tranh có vai trò và ý nghĩa cơ bản sau:

– *Cạnh tranh là điều kiện góp phần thoả mãn mọi nhu cầu và thị hiếu của người tiêu dùng qua đó đem lại lợi ích cho họ*

Để tồn tại và phát triển trong nền kinh tế thị trường, các doanh nghiệp phải tham gia vào quá trình cạnh tranh và để giành được chiến thắng trong quá trình cạnh tranh, các doanh nghiệp phải biết cách thoả mãn tốt nhất mọi nhu cầu và thị hiếu của người tiêu dùng. Bởi lẽ, người tiêu dùng là trung tâm của thị trường, họ được các bên tham gia vào quá trình cạnh tranh cung phụng như những “*thượng đế*”. Họ có thể nhận được mọi thứ mà họ muốn vì nếu một ai đó không đáp ứng được nhu cầu và thị hiếu của họ thì ngay lập tức sẽ có người khác thay thế. Lợi ích mà người tiêu dùng luôn mong muốn là mua được sản phẩm với chất lượng tốt mà giá lại rẻ. Sự mong muốn không bao giờ dừng lại này của người tiêu dùng sẽ được đáp ứng nhờ có cạnh tranh. Bằng phương thức cạnh tranh kinh điển là cạnh tranh qua giá mà nhờ đó, giá cả của sản phẩm ngày càng giảm.

– *Cạnh tranh là động lực để thúc đẩy việc phát triển và ứng dụng các tiến bộ khoa học kỹ thuật và công nghệ cao trong kinh doanh*

Với mục tiêu tối đa hoá lợi nhuận, đã thúc đẩy các doanh nghiệp không ngừng phát triển và ứng dụng các tiến bộ khoa học kỹ thuật và công nghệ cao trong sản xuất nhằm nâng cao chất lượng sản phẩm, giảm chi phí sản xuất qua đó hạ giá thành sản phẩm để ngày càng đáp ứng tốt hơn nhu cầu và thị hiếu của người tiêu dùng, từ đó giành được ưu thế trên thị trường và thu được lợi nhuận cao nhất. Điều này, khiến các đối thủ cạnh tranh về sản phẩm cùng loại muốn tồn tại được trên thị trường cũng phải quan tâm tới việc cải tiến mẫu mã và chất lượng sản phẩm bằng việc phát triển và ứng dụng các tiến bộ khoa học kỹ thuật và công nghệ cao. Cứ như vậy, cuộc chạy đua giữa các doanh nghiệp sản xuất các sản phẩm cùng loại sẽ thúc đẩy sự phát triển không ngừng của khoa học kỹ thuật và công nghệ cao trong kinh doanh.

– *Cạnh tranh là động lực thúc đẩy sự sáng tạo, đổi mới liên tục trong kinh doanh*

Trong môi trường cạnh tranh, để tồn tại và giành được chiến thắng, các doanh nghiệp phải luôn tìm cách vượt lên và đi trước một bước so với các đối thủ cạnh tranh. Chính cạnh tranh đã tạo ra sức ép buộc các doanh nghiệp phải luôn luôn có sự sáng tạo và đổi mới về ý tưởng, về phương thức kinh doanh, về công nghệ sản xuất, về kiểu dáng, mẫu mã, chủng loại của sản phẩm.

- Cạnh tranh là nhân tố góp phần phân bổ lại các nguồn lực theo hướng có hiệu quả hơn

Cạnh tranh là một quy luật đào thải tự nhiên, những doanh nghiệp nào không đáp ứng được đầy đủ nhu cầu và thị hiếu của người tiêu dùng thì sẽ bị đào thải. Quy luật đào thải tự nhiên những doanh nghiệp không có khả năng cạnh tranh, làm ăn yếu kém chính là phá sản. Phá sản không hoàn toàn là một hiện tượng kinh tế – xã hội tiêu cực mà xét dưới góc độ toàn cục, phá sản sẽ góp phần giúp nền kinh tế phân bổ lại các nguồn lực theo hướng có hiệu quả hơn. Phá sản không phải là sự huỷ diệt hoàn toàn mà là sự huỷ diệt sáng tạo, bởi lẽ nếu tiếp tục duy trì những doanh nghiệp làm ăn kém hiệu quả thì còn gây nhiều lãng phí cho nền kinh tế - xã hội hơn là phá sản.

2. Khái quát pháp luật về cạnh tranh

a) Cơ cấu và vai trò của pháp luật về cạnh tranh

Pháp luật về cạnh tranh là một trong những công cụ điều tiết cạnh tranh của Nhà nước để chống lại các hành vi cạnh tranh không lành mạnh, các hành vi gây hạn chế cạnh tranh và kiểm soát độc quyền. Xuất phát từ tính hai mặt của cạnh tranh: ở mặt tích cực được biểu hiện thông qua vai trò và ý nghĩa như đã phân tích ở trên cần được nhà nước phát hiện, thừa nhận và khuyến khích, cạnh tranh cũng tồn tại những tiêu cực nhất định cần được kiểm soát và ngăn chặn. Đó là hiện tượng những hành vi hạn chế cạnh tranh, cạnh tranh không lành mạnh xảy ra ngày càng nhiều và phức tạp đã để lại tác động tiêu cực cho nền kinh tế (như hiện tượng phá sản, nạn thất nghiệp và sự phân hoá giàu nghèo...). Thực tế này đòi hỏi nhà nước phải có những chính sách điều tiết hiệu quả để khắc phục những khuyết tật của thị trường do môi trường cạnh tranh mang lại. Bên cạnh các chính sách mang tính hành chính – kinh tế điều tiết cạnh tranh như chính sách kiểm soát giá cả, điều chỉnh độc quyền, chính sách thuế, chính sách quốc hữu hoá các doanh nghiệp độc quyền ở một số lĩnh vực trong nền kinh tế, nhà nước cần phải sử dụng công cụ hữu hiệu nhất để can thiệp, điều tiết cạnh tranh có hiệu quả – đó là ban hành pháp luật về cạnh tranh để điều chỉnh những mặt trái của hành vi cạnh tranh, loại bỏ những cản trở đối với quá trình cạnh tranh của doanh nghiệp qua đó hướng tới việc xây dựng và hoàn thiện thị trường cạnh tranh lành mạnh.

Tuỳ theo lịch sử từng quốc gia, tên gọi pháp luật về cạnh tranh cũng khác nhau. Luật chống Tờ – rôt của Mỹ, Luật Các – ten và chống cạnh

tranh không lành mạnh của Đức, Luật Cạnh tranh của Anh, Bungari, Ba Lan, Cộng hoà Séc... Tuy nhiên, khi xem xét các yếu tố cấu thành pháp luật về cạnh tranh thì hầu hết các nước đều chia hệ thống pháp luật về cạnh tranh thành hai lĩnh vực chủ yếu là pháp luật chống cạnh tranh không lành mạnh và pháp luật về chống hạn chế cạnh tranh và kiểm soát độc quyền. Sở dĩ có sự phân biệt như vậy là do mục đích, mức độ nguy hại của chúng đối với thị trường và mức độ can thiệp của Nhà nước đối với hai nhóm hành vi này là khác nhau. Cho dù chúng đều là mặt trái của hành vi cạnh tranh.

Xét về lịch sử phát triển, pháp luật chống cạnh tranh không lành mạnh ra đời sớm hơn pháp luật về chống hạn chế cạnh tranh và kiểm soát độc quyền. Những quy định của pháp luật chống cạnh tranh không lành mạnh được ra đời đầu tiên ở Pháp trong Bộ luật Dân sự năm 1804 tại Điều 1382 và Điều 1383. Sau đó, ở Italia các quy định về chống cạnh tranh không lành mạnh cũng được quy định tại các Điều 1151 và 1152 của Bộ luật Dân sự năm 1865 và sau đó được sửa đổi, bổ sung chi tiết hơn trong các Điều 2598 đến Điều 2601 của Bộ luật Dân sự mới năm 1942. Cho đến năm 1990, nước này đã ban hành Luật Cạnh tranh và kinh doanh bình đẳng trên cơ sở các nguyên tắc về cạnh tranh của Cộng đồng kinh tế châu Âu (EC) quy định tại Hiệp ước Roma về thành lập EC. Ở Đức, Luật Chống cạnh tranh không lành mạnh được ban hành năm 1909 thay thế Luật Chống cạnh tranh không lành mạnh năm 1896. Luật này điều chỉnh tất cả các hành vi cạnh tranh không lành mạnh trong kinh doanh, bảo hộ người sản xuất, người tiêu dùng và công chúng. Nước Anh với truyền thống Common Law, mãi tới năm 1980, Luật Cạnh tranh của nước này mới có hiệu lực. Tuy nhiên, nội dung chủ yếu của nó lại đề cập đến vấn đề chống hạn chế cạnh tranh (chống độc quyền) còn chống cạnh tranh không lành mạnh chưa được Luật này đề cập chi tiết. Hiện nay, pháp luật chống cạnh tranh không lành mạnh ngày càng phát triển và khẳng định được vị trí trong hệ thống pháp luật của nhiều quốc gia và vùng lãnh thổ trên thế giới. Do nhiều nguyên nhân khác nhau và đặc thù của lĩnh vực pháp luật này nên nhiều quốc gia và vùng lãnh thổ vẫn chú trọng xây dựng pháp luật chống cạnh tranh không lành mạnh với những đạo luật riêng như Thụy Sĩ, Hungary, Bungari (1990), Ba Lan (1990), Nhật Bản (1991), Trung Quốc (1993...) ⁶⁶.

⁶⁶ Đặng Vũ Hoàn: *Pháp luật về kiểm soát độc quyền và chống cạnh tranh không lành mạnh ở Việt Nam*, Nxb Chính trị quốc gia, 2004, tr. 62.

Pháp luật về chống hạn chế cạnh tranh và kiểm soát độc quyền ra đời sau pháp luật về chống cạnh tranh không lành mạnh. Như đã phân tích, chỉ khi sự tích tụ tư bản tăng lên, hình thành các tập đoàn tư bản độc quyền và chủ nghĩa độc quyền ra đời thì các nhà nước tư bản mới thấy cần thiết phải xây dựng những luật lệ để hạn chế và kiểm soát sự lũng đoạn của độc quyền. Mỹ là nước đầu tiên trên thế giới ban hành Đạo luật chống Tờ – rớt, đầu tiên là Bang Alabama năm 1883. Sau đó, năm 1890, Hạ viện Mỹ lại thông qua Đạo luật Sherman. Đạo luật Sherman được coi là Đạo luật đầu tiên trên thế giới về chống độc quyền. Sau đó hàng loạt các Đạo luật chống Tờ – rớt của các Bang khác trên nước Mỹ ra đời nhằm bổ sung cho Đạo luật Sherman mà điểm hình là Đạo luật Clayton năm 1914. Ngoài các văn bản pháp luật nói trên, Mỹ còn sử dụng các án lệ để điều chỉnh hiện tượng độc quyền trên thị trường. Vì vậy, việc đấu tranh chống hạn chế cạnh tranh và độc quyền ở Mỹ tương đối có hiệu quả. Ngày nay, trong cơ cấu pháp luật về cạnh tranh của các nước và vùng lãnh thổ, ngoài các quy định về chống cạnh tranh không lành mạnh, các quy định về chống hạn chế cạnh tranh và kiểm soát độc quyền luôn có một vị trí quan trọng không thể thiếu để bảo vệ và điều tiết cạnh tranh.

Pháp luật về cạnh tranh dù có sự phân chia thành hai lĩnh vực là pháp luật về chống cạnh tranh không lành mạnh và pháp luật về chống hạn chế cạnh tranh và kiểm soát độc quyền nhưng cả hai lĩnh vực pháp luật này đều hướng tới mục đích chung là góp phần tạo lập và thúc đẩy môi trường kinh doanh bình đẳng, tự do; bảo vệ, khuyến khích cạnh tranh lành mạnh để bảo đảm cho hoạt động cạnh tranh được diễn ra bình thường và đúng quy luật; bảo vệ lợi ích chính đáng của các chủ thể kinh doanh, của người tiêu dùng và của Nhà nước; góp phần thúc đẩy phát triển kinh tế, xã hội của đất nước. Tuy nhiên, trong mối quan hệ giữa chúng, pháp luật về chống hạn chế cạnh tranh và kiểm soát độc quyền có vai trò xoá bỏ những cản trở để hoạt động cạnh tranh được diễn ra bình thường, tức là nó bảo vệ quy luật cạnh tranh, cơ cấu và tương quan thị trường nhờ đó môi trường cạnh tranh không bị triệt tiêu. Khi môi trường cạnh tranh tồn tại thì các hành vi cạnh tranh không lành mạnh mới có “*cơ hội*” xuất hiện và nếu chúng xuất hiện, chúng sẽ bị pháp luật về chống cạnh tranh không lành mạnh xử lý. Hai lĩnh vực pháp luật này bổ sung cho nhau và tạo thành khung pháp luật về cạnh tranh

trong nền kinh tế thị trường. Theo thống kê của Hội nghị Liên hợp quốc về thương mại và phát triển (UNCTAD), trên thế giới đến năm 2003 đã có khoảng 100 nước và vùng lãnh thổ có luật điều tiết hoạt động cạnh tranh và kiểm soát độc quyền⁶⁷. Có nhiều nước ban hành hai đạo luật quy định về hai lĩnh vực cấu thành pháp luật về cạnh tranh là pháp luật chống cạnh tranh không lành mạnh và pháp luật về chống hạn chế cạnh tranh và kiểm soát độc quyền nhưng cũng có nước ban hành một đạo luật về cạnh tranh điều chỉnh cả hai nhóm hành vi nói trên. Việc ban hành một đạo luật hay hai đạo luật về cạnh tranh tùy thuộc vào điều kiện và hoàn cảnh kinh tế – xã hội cũng như nhu cầu cụ thể của việc điều tiết cạnh tranh ở từng quốc gia và nó chỉ có ý nghĩa về mặt kỹ thuật lập pháp.

b) Lược sử hình thành và phát triển của pháp luật về cạnh tranh ở Việt Nam

Trước năm 1986, nền kinh tế Việt Nam vận hành theo cơ chế kế hoạch hoá tập trung với hai thành phần kinh tế là kinh tế quốc doanh và kinh tế tập thể. Thành phần kinh tế tư nhân không được thừa nhận và bị liệt vào dạng phải cải tạo và xoá bỏ. Do không có sự bình đẳng giữa các thành phần kinh tế, toàn bộ nền kinh tế cũng như từng đơn vị kinh tế xã hội chủ nghĩa đều phải thực hiện các chỉ tiêu pháp lệnh đã được phân bổ từ trước, ký kết hợp đồng kinh tế là kỷ luật của Nhà nước nên thời kỳ này không có môi trường cho cạnh tranh tồn tại và phát triển. Chính vì lẽ đó, pháp luật về cạnh tranh chưa được biết đến.

Sau năm 1986, thực hiện đường lối đổi mới nền kinh tế theo hướng phát triển nền kinh tế hàng hoá nhiều thành phần vận hành theo cơ chế thị trường, dưới sự quản lý của Nhà nước do Đại hội Đảng VI (12/1986) khởi xướng, các cơ sở sản xuất kinh doanh thuộc các thành phần kinh tế khác nhau cùng tồn tại bình đẳng. Quyền tự do kinh doanh được ghi nhận tại Hiến pháp (1992) với sự đa dạng về các thành phần kinh tế được thừa nhận và được tạo điều kiện để phát triển đã tạo ra và thúc đẩy môi trường cạnh tranh phát triển. Cạnh tranh không còn là một hiện tượng mới mẻ trong nền kinh tế. Thực tiễn đó, buộc Nhà nước ta phải ban hành các văn bản pháp luật để điều tiết. Bên cạnh những nguyên tắc chung về cạnh tranh được quy định tại Hiến pháp (1992) và Bộ luật Dân sự (1995), theo đó, cạnh tranh trong kinh doanh

⁶⁷ Lê Danh Vĩnh, Hoàng Xuân Bắc, Nguyễn Ngọc Sơn: *Pháp luật cạnh tranh tại Việt Nam*, Nxb. Tư pháp, 2006, tr. 77.

phải tuân thủ các nguyên tắc tôn trọng lợi ích của Nhà nước, tôn trọng lợi ích công cộng, tôn trọng quyền và lợi ích của người khác, tôn trọng đạo đức, truyền thống tốt đẹp, tôn trọng quyền nhân thân... Vi phạm quyền nhân thân, lợi dụng uy tín, gièm pha, ép buộc trong kinh doanh... gây thiệt hại cho người khác là những hành vi cạnh tranh không lành mạnh, vi phạm các nguyên tắc cơ bản của Bộ luật Dân sự⁹⁸. Luật Thương mại (1997) là văn bản pháp luật đầu tiên quy định trực tiếp về quyền cạnh tranh của thương nhân trong hoạt động thương mại, tại Điều 8 quy định: *"Thương nhân được cạnh tranh hợp pháp trong hoạt động thương mại; Nghiêm cấm các hành vi cạnh tranh gây tổn hại đến lợi ích quốc gia và các hành vi sau đây: (i) Đầu cơ để lũng đoạn thị trường; (ii) Bán phá giá để cạnh tranh; (iii) Gièm pha thương nhân khác; (iv) Ngăn cản, lôi kéo, mua chuộc, đe dọa nhân viên hoặc khách hàng của thương nhân khác; (v) Xâm phạm quyền về nhãn hiệu hàng hoá, các quyền khác về sở hữu công nghiệp của thương nhân khác; (vi) Các hành vi cạnh tranh bất hợp pháp khác"*. Ngoài ra, Điều 9, Luật Thương mại (1997) còn cấm các hành vi cạnh tranh không lành mạnh xâm hại đến lợi ích của người tiêu dùng như lừa dối khách hàng, gây nhầm lẫn cho khách hàng, quảng cáo dối trá, khuyến mại bất hợp pháp... Ngoài Hiến pháp (1992), Bộ luật Dân sự (1995) và Luật Thương mại (1997), các quy định liên quan đến cạnh tranh trong kinh doanh còn được quy định ở nhiều văn bản pháp luật khác nhau như Bộ luật Hình sự (1999), Pháp lệnh Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng (1999), Pháp lệnh Quảng cáo (2001), Pháp lệnh Giá (2002), Pháp lệnh Chống bán phá giá hàng hoá nhập khẩu vào Việt Nam (2004)... Tuy nhiên những quy định về cạnh tranh ở những văn bản nói trên không phát huy được nhiều hiệu quả trong đời sống kinh tế – xã hội ở nước ta, bởi vì còn thiếu các quy định cụ thể về bộ máy thực thi, cơ chế áp dụng cũng như chế tài xử lý đối với các thương nhân vi phạm. Đặc biệt, trong xu thế hội nhập kinh tế quốc tế, Việt Nam đã ký kết, gia nhập nhiều hiệp định thương mại, đầu tư song phương hoặc đa phương và là thành viên của nhiều tổ chức, diễn đàn trong khu vực và quốc tế như ASEAN, AFTA, ASEM, APEC, WTO. Các công ty đa quốc gia xuất hiện ở Việt Nam ngày càng nhiều và với những tiềm lực kinh tế vượt trội, các công ty này có khả năng tạo lập được vị trí thống lĩnh và độc quyền, gây không ít khó khăn cho hoạt động sản xuất kinh doanh của các doanh nghiệp trong nước, nhất là các doanh nghiệp vừa và

⁹⁸ Xem Điều 2, Điều 4 và Điều 5, Bộ luật Dân sự năm 1995.

nhỏ. Đứng trước đòi hỏi của thực tiễn đời sống kinh tế xã hội trong nước và đáp ứng yêu cầu của tiến trình hội nhập kinh tế quốc tế, sau nhiều năm khởi xướng xây dựng cơ chế kinh tế thị trường và thực thi chính sách cạnh tranh, ngày 03/12/2004, tại kỳ họp thứ VI, Quốc hội khoá XI mới thông qua Luật Cạnh tranh. Luật này có hiệu lực từ ngày 1/7/2005. Luật Cạnh tranh có phạm vi điều chỉnh là: *“Luật này quy định về hành vi hạn chế cạnh tranh, hành vi cạnh tranh không lành mạnh, trình tự, thủ tục giải quyết vụ việc cạnh tranh, biện pháp xử lý vi phạm pháp luật cạnh tranh”* (Điều 1).

Như vậy, Luật Cạnh tranh của Việt Nam đã có phạm vi điều chỉnh theo đúng cách tiếp cận truyền thống của pháp luật về cạnh tranh trên thế giới. Theo đó, Luật Cạnh tranh chỉ điều chỉnh mặt trái của vấn đề cạnh tranh, tức là Luật Cạnh tranh không quy định và điều chỉnh hành vi cạnh tranh lành mạnh mà chỉ quy định về các hành vi hạn chế cạnh tranh và các hành vi cạnh tranh không lành mạnh để kiểm soát và xử lý những hành vi này nhằm tạo lập và duy trì một môi trường cạnh tranh lành mạnh, bình đẳng. Ngoài việc quy định các hành vi hạn chế cạnh tranh, cạnh tranh không lành mạnh (các quy định về mặt nội dung), phạm vi điều chỉnh của Luật Cạnh tranh còn bao gồm cả trình tự, thủ tục giải quyết vụ việc cạnh tranh, xử lý vi phạm pháp luật Cạnh tranh (các quy định về mặt hình thức). Cách tiếp cận này rất ít gặp trong kỹ thuật lập pháp. Tuy nhiên, việc quy định các thủ tục tố tụng trong Luật Cạnh tranh là yếu tố bảo đảm cho các quy định về mặt nội dung được triển khai có hiệu quả cũng như tạo cơ sở pháp lý cho cơ quan quản lý cạnh tranh thực thi nhiệm vụ của mình. Xuất phát từ phạm vi điều chỉnh như đã phân tích ở trên, có thể xác định đối tượng điều chỉnh của Luật Cạnh tranh bao gồm các nhóm quan hệ sau đây:

- Nhóm quan hệ phát sinh từ hành vi hạn chế cạnh tranh;
- Nhóm quan hệ pháp sinh từ hành vi cạnh tranh không lành mạnh;
- Nhóm quan hệ phát sinh trong quá trình điều tra, xử lý vụ việc cạnh tranh.

Tương ứng với ba nhóm đối tượng điều chỉnh trên là ba bộ phận cấu thành pháp luật cạnh tranh ở Việt Nam là:

- + Pháp luật về kiểm soát hạn chế cạnh tranh (hay còn gọi là pháp luật về kiểm soát độc quyền);
- + Pháp luật về chống cạnh tranh không lành mạnh;
- + Pháp luật về thủ tục điều tra, xử lý vụ việc cạnh tranh (tố tụng cạnh tranh).

II — PHÁP LUẬT VỀ KIỂM SOÁT HÀNH VI HẠN CHẾ CẠNH TRANH

1. Khái niệm và đặc điểm của hành vi hạn chế cạnh tranh

Nếu như Luật Cạnh tranh của nhiều nước sử dụng khái niệm chống hoặc kiểm soát độc quyền hay chống Tờ – rớt thì Luật Cạnh tranh của Việt Nam lại sử dụng khái niệm “*hạn chế cạnh tranh*”. Khoản 3, Điều 3, Luật Cạnh tranh định nghĩa: “*Hành vi hạn chế cạnh tranh là hành vi của doanh nghiệp làm giảm, sai lệch, cản trở cạnh tranh trên thị trường, bao gồm hành vi thoả thuận hạn chế cạnh tranh, lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, lạm dụng vị trí độc quyền và tập trung kinh tế*”.

Với định nghĩa trên, hành vi hạn chế cạnh tranh có một số đặc điểm cơ bản sau đây:

– Thứ nhất, về chủ thể thực hiện hành vi hạn chế cạnh tranh.

Theo Luật Cạnh tranh, hành vi hạn chế cạnh tranh là hành vi của doanh nghiệp. Hay nói cách khác, doanh nghiệp là chủ thể của hành vi hạn chế cạnh tranh. Theo Điều 2, Luật Cạnh tranh thì doanh nghiệp là các tổ chức và cá nhân kinh doanh, vì vậy, các chủ thể khác như các hiệp hội ngành nghề hoạt động ở Việt Nam và các cơ quan quản lý nhà nước có những hành vi hạn chế cạnh tranh... thì những hành vi đó không được coi là hành vi hạn chế cạnh tranh theo định nghĩa nói trên.

– Thứ hai, về mục đích của hành vi hạn chế cạnh tranh.

Hành vi hạn chế cạnh tranh và hành vi cạnh tranh không lành mạnh đều tác động xấu đến môi trường kinh doanh, làm hạn chế, thậm chí triệt tiêu sự cạnh tranh công bằng, bình đẳng và lành mạnh, gây khó khăn và ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của Nhà nước, lợi ích công cộng, quyền và lợi ích hợp pháp của doanh nghiệp, của người tiêu dùng và của chủ thể khác. Tuy nhiên, mức độ nguy hại của hai nhóm hành vi này là khác nhau. Theo quy định của Luật Cạnh tranh, hành vi hạn chế cạnh tranh khi thực hiện sẽ nhằm mục đích làm giảm, sai lệch, cản trở cạnh tranh trên thị trường. Tuy nhiên, thế nào là giảm, sai lệch, cản trở cạnh tranh trên thị trường thì Điều 3, Luật Cạnh tranh lại không giải thích. Lý giải về điều này là do, hành vi hạn chế cạnh tranh có nhiều loại khác nhau nên không thể đưa ra một khái niệm chung chứa đựng những căn cứ cụ thể để xác định khả năng và mức độ thiệt hại của nó đối với thị trường. Theo đó, từng hành vi hạn chế cạnh tranh có thể làm giảm, sai lệch, cản trở cạnh tranh trên thị trường ở những mức độ khác nhau.

Vì mục đích thực hiện hành vi hạn chế cạnh tranh là làm *giảm, sai lệch, cản trở cạnh tranh trên thị trường* nên những hành vi này có thể làm biến dạng môi trường cạnh tranh, làm thay đổi cấu trúc thị trường và tương quan giữa các doanh nghiệp. Thậm chí nhiều hành vi hạn chế cạnh tranh còn có khả năng củng cố và duy trì vị thế thống lĩnh và độc quyền trên thị trường, làm lũng loạn thị trường, bóc lột khách hàng qua đó ảnh hưởng chung đến nền kinh tế. Vì vậy, Nhà nước sẽ có cơ chế và mức độ can thiệp nghiêm khắc đối với những hành vi hạn chế cạnh tranh hơn so với những hành vi cạnh tranh không lành mạnh.

- Thứ ba, về hình thức hạn chế cạnh tranh.

Hình thức hạn chế cạnh tranh là cách thức mà doanh nghiệp thực hiện để làm *giảm, sai lệch, cản trở cạnh tranh trên thị trường*. Theo định nghĩa trên, doanh nghiệp có thể làm *giảm, sai lệch, cản trở cạnh tranh trên thị trường* thông qua ba nhóm hành vi sau:

- + Thoả thuận hạn chế cạnh tranh;
- + Lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường (bao gồm cả vị trí độc quyền);
- + Tập trung kinh tế.

Ba nhóm hành vi hạn chế cạnh tranh được liệt kê cụ thể tại định nghĩa nói trên đã được cụ thể hoá tại chương II của Luật Cạnh tranh.

- Thứ tư, về nội dung của hành vi hạn chế cạnh tranh.

Nội dung của hành vi hạn chế cạnh tranh thường tập trung vào các yếu tố cơ bản của quan hệ thị trường mà doanh nghiệp hoặc một nhóm doanh nghiệp đang cạnh tranh với nhau về giá, thị trường, trình độ kỹ thuật, công nghệ, điều kiện ký kết hợp đồng... Khi hành vi hạn chế cạnh tranh xuất hiện thì các yếu tố trên sẽ trở thành tiêu chuẩn thống nhất, triệt tiêu đi sự cạnh tranh trên thị trường.

2. Thoả thuận hạn chế cạnh tranh

a) Khái niệm thoả thuận hạn chế cạnh tranh

Trong kinh tế học, “*thoả thuận hạn chế cạnh tranh*” được nhìn nhận là sự thống nhất hành động của nhiều doanh nghiệp nhằm giảm bớt hoặc loại bỏ sức ép cạnh tranh hoặc hạn chế khả năng hành động một cách độc lập giữa các đối thủ cạnh tranh⁶⁹.

⁶⁹ Lê Danh Vĩnh, Hoàng Xuân Bắc, Nguyễn Ngọc Sơn: *Pháp luật cạnh tranh tại Việt Nam*, Nxb. Tư pháp, 2006, tr. 264.

Tuy nhiên, dưới góc độ pháp lý, Luật Cạnh tranh Việt Nam không định nghĩa trực tiếp khái niệm thoả thuận hạn chế cạnh tranh mà chỉ liệt kê các thoả thuận hạn chế cạnh tranh cụ thể, quy định tại Điều 8, Luật Cạnh tranh bao gồm: Thoả thuận ấn định giá hàng hoá, dịch vụ một cách trực tiếp hay gián tiếp; thoả thuận phân chia thị trường tiêu thụ, nguồn cung cấp hàng hoá và dịch vụ; thoả thuận hạn chế hoặc kiểm soát số lượng, khối lượng sản xuất, mua, bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ; thoả thuận hạn chế phát triển kỹ thuật, công nghệ, hạn chế đầu tư; thoả thuận áp đặt cho doanh nghiệp khác điều kiện ký kết hợp đồng mua bán hàng hoá, dịch vụ hoặc buộc doanh nghiệp khác chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan một cách trực tiếp đến đòi tượng của hợp đồng; thoả thuận ngăn cản, kìm hãm, không cho doanh nghiệp khác tham gia thị trường hoặc phát triển kinh doanh; thoả thuận loại bỏ khỏi thị trường những doanh nghiệp không phải là các bên của thoả thuận; thông đồng để một bên hoặc các bên thắng thầu trong việc cung cấp hàng hoá, dịch vụ.

Thông qua những thoả thuận hạn chế cạnh tranh được liệt kê cụ thể ở trên cũng như dựa vào bản chất pháp lý của hành vi hạn chế cạnh tranh như đã phân tích, có thể hiểu: *Thoả thuận hạn chế cạnh tranh là hành vi cấu kết giữa hai hay nhiều doanh nghiệp để làm giảm, sai lệch, cản trở cạnh tranh trên thị trường bao gồm các hành vi được liệt kê cụ thể tại Điều 8 của Luật Cạnh tranh.*

b) Các thoả thuận hạn chế cạnh tranh

Thoả thuận ấn định giá hàng hoá, dịch vụ một cách trực tiếp hay gián tiếp

Đây là dạng thoả thuận hạn chế cạnh tranh phổ biến nhất, có thể diễn ra ở bất kỳ giai đoạn nào của quá trình sản xuất hoặc phân phối sản phẩm trên thị trường. Thoả thuận ấn định giá sẽ gây thiệt hại trực tiếp cho khách hàng bởi các doanh nghiệp tham gia thoả thuận đã ấn định giá bán hoặc giá mua sản phẩm, tức là không tồn tại sự cạnh tranh về giá giữa các doanh nghiệp tham gia thoả thuận, khiến khách hàng không có cơ hội được lựa chọn các mức giá cạnh tranh...

Thoả thuận phân chia thị trường tiêu thụ, nguồn cung cấp hàng hoá và dịch vụ

Đây là dạng thoả thuận hạn chế cạnh tranh, theo đó các doanh nghiệp đang cạnh tranh với nhau trên thị trường thống nhất phân chia thị trường đầu vào (thị trường cung ứng) hoặc đầu ra (thị trường tiêu thụ) của quá trình sản xuất, mỗi bên tham gia thoả thuận chỉ được mua hoặc bán một

số lượng hàng hoá, dịch vụ (phân chia hàng hoá) trong một khu vực địa lý nhất định (phân chia địa lý) hoặc cho một nhóm khách hàng đã được chỉ định trong thoả thuận (phân chia khách hàng). Quy định này của Luật Cạnh tranh Việt Nam phù hợp với cách tiếp cận của Luật mẫu về cạnh tranh của UNCTAD và pháp luật về cạnh tranh của nhiều nước, theo đó, thoả thuận phân chia thị trường bao gồm: Thoả thuận phân chia địa lý; thoả thuận phân chia khách hàng và thoả thuận phân chia hàng hoá⁷⁰.

Thoả thuận hạn chế hoặc kiểm soát số lượng, khối lượng sản xuất, mua, bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ

Đây là dạng thoả thuận thường xuất hiện trong các ngành có năng lực sản xuất dư thừa hoặc các doanh nghiệp thoả thuận với nhau để hạn chế hoặc kiểm soát lượng cung hoặc lượng cầu ra thị trường để tạo ra tình trạng khan hiếm giả tạo, qua đó tăng giá bán sản phẩm hoặc giảm giá mua sản phẩm.

Thoả thuận hạn chế phát triển kỹ thuật, công nghệ, hạn chế đầu tư

Đây là dạng thoả thuận nhằm kìm hãm sự phát triển khoa học kỹ thuật hoặc kìm hãm việc phát triển đầu tư kinh doanh của các doanh nghiệp tham gia thoả thuận, qua đó làm giảm khả năng cạnh tranh giữa họ trên thị trường, điều đó gián tiếp ảnh hưởng đến lợi ích của người tiêu dùng.

Thoả thuận áp đặt cho doanh nghiệp khác điều kiện ký kết hợp đồng mua bán hàng hoá, dịch vụ hoặc buộc doanh nghiệp khác chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan một cách trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng.

Đây là dạng thoả thuận thường gặp trên thực tế. Theo thoả thuận này, các doanh nghiệp tham gia thoả thuận sẽ thống nhất đặt ra một hoặc một số điều kiện tiên quyết trước khi ký kết hợp đồng hoặc đặt ra những nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng sẽ áp dụng đối với khách hàng trong tương lai và buộc họ phải chấp thuận. Việc thoả thuận để đặt ra những điều kiện này đã đi ngược lại nguyên tắc tự do giao kết hợp đồng và trái với nguyên tắc tự do cạnh tranh.

Thoả thuận ngăn cản, kìm hãm, không cho doanh nghiệp khác tham gia thị trường hoặc phát triển kinh doanh

⁷⁰ Lê Hoàng Oanh: Bình luận khoa học Luật Cạnh tranh, NXB Chính trị quốc gia, 2005, tr. 43

Với dạng thoả thuận hạn chế cạnh tranh này, các doanh nghiệp tham gia thoả thuận đã làm giảm đi khả năng cạnh tranh trên thị trường bằng cách ngăn cản sự gia nhập thị trường hoặc mở rộng quy mô, nâng cao công suất, nâng cao chất lượng sản phẩm, năng lực kinh doanh... của các đối thủ cạnh tranh tiềm năng để duy trì cấu trúc cạnh tranh hiện có trên thị trường.

– Thoả thuận loại bỏ khỏi thị trường những doanh nghiệp không phải là các bên của thoả thuận

Dấu hiệu pháp lý của thoả thuận này gần giống với thoả thuận ngăn cản ở trên. Tuy nhiên, mức độ nguy hiểm của thoả thuận loại bỏ là cao hơn so với thoả thuận ngăn cản vì mục đích của các doanh nghiệp tham gia thoả thuận này là nhằm loại bỏ các đối thủ cạnh tranh hiện hữu không tham gia thoả thuận ra khỏi thị trường để làm giảm đi khả năng cạnh tranh trên thị trường của doanh nghiệp đó.

– Thông đồng để một bên hoặc các bên thắng thầu trong việc cung cấp hàng hoá, dịch vụ

Mục tiêu của công tác đấu thầu là tạo cơ hội cạnh tranh, bình đẳng và minh bạch cho các bên tham gia dự thầu. Vì vậy, mọi hành vi thông đồng, cấu kết giữa các bên tham gia dự thầu để cho một bên hoặc các bên thắng thầu đều đi ngược lại với mục tiêu nói trên và là một hành vi vi phạm pháp luật. Theo Luật Cạnh tranh, thông đồng trong đấu thầu là hành vi thoả thuận hạn chế cạnh tranh giữa các doanh nghiệp tham gia dự thầu để một hoặc các bên đã tham gia thoả thuận thắng thầu, giành được hợp đồng cung cấp hàng hoá, dịch vụ với bên mời thầu. Thoả thuận này đã loại bỏ sự cạnh tranh giữa các doanh nghiệp tham gia thoả thuận, khiến bên mời thầu không mua được hàng hoá, dịch vụ có giá cạnh tranh với chất lượng, tiêu chuẩn kỹ thuật tốt nhất. Đây là một hành vi xuất hiện phổ biến trong đời sống kinh tế xã hội ở nước ta.

c) Nguyên tắc xử lý các thoả thuận hạn chế cạnh tranh

Trong kinh doanh, các doanh nghiệp thường có sự thoả thuận, hợp tác với nhau để nâng cao sức mạnh và vị thế trên thị trường nhằm đạt được hiệu quả sản xuất kinh doanh cao hơn. Tuy nhiên, nếu sự thoả thuận, hợp tác giữa các doanh nghiệp mà thuộc một trong tám trường hợp được liệt kê cụ thể tại Điều 8, Luật Cạnh tranh nói trên thì đó là các hành vi thoả thuận hạn chế cạnh tranh và các hành vi thoả thuận đó có thể bị cấm tuyệt đối hoặc bị cấm trong một số trường hợp nhất định.

Theo Điều 9, Luật Cạnh tranh, các thoả thuận hạn chế cạnh tranh sau đây bị cấm tuyệt đối:

- Thoả thuận ngăn cản, kìm hãm, không cho doanh nghiệp khác tham gia thị trường hoặc phát triển kinh doanh;
- Thoả thuận loại bỏ khỏi thị trường những doanh nghiệp không phải là các bên của thoả thuận;
- Thông đồng để một bên hoặc các bên thắng thầu trong việc cung cấp hàng hoá, dịch vụ.

Còn các thoả thuận hạn chế cạnh tranh khác, Luật Cạnh tranh chỉ cấm khi các bên tham gia thoả thuận có thị phần kết hợp trên thị trường liên quan từ 30% trở lên ⁷¹. Tức là nếu các bên tham gia thoả thuận có thị phần kết hợp trên thị trường liên quan dưới 30% thì những thoả thuận hạn chế cạnh tranh loại này hoàn toàn tự do, không bị ngăn cấm. Tuy nhiên, các thoả thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm loại này (loại không bị cấm tuyệt đối) có thể được miễn trừ có thời hạn nếu đáp ứng một trong các điều kiện được quy định tại khoản 1, Điều 10, Luật Cạnh tranh với mục đích nhằm hạ giá thành và có lợi cho người tiêu dùng.

3. Phạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền

a) Khái niệm vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền và cách thức xác định vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền

Theo quan niệm phổ biến được Luật Cạnh tranh của các nước ghi nhận: *Vị trí thống lĩnh thị trường được hiểu là khả năng kiểm soát thực tế hoặc tiềm năng đối với thị trường liên quan của một loại hoặc một nhóm hàng hoá, dịch vụ của một hoặc một nhóm doanh nghiệp* ⁷². Với cách hiểu như vậy thì vị trí thống lĩnh không chỉ được xem xét dưới vị trí của một doanh

⁷¹ Thị phần của doanh nghiệp đối với một loại hàng hoá, dịch vụ nhất định là tỷ lệ phần trăm giữa doanh thu bán ra của doanh nghiệp này với tổng doanh thu của tất cả các doanh nghiệp kinh doanh loại hàng hoá, dịch vụ đó trên thị trường liên quan hoặc tỷ lệ phần trăm giữa doanh số mua vào của doanh nghiệp này với tổng doanh số mua vào của tất cả các doanh nghiệp kinh doanh loại hàng hoá, dịch vụ đó trên thị trường liên quan theo tháng, quý, năm.

Thị phần kết hợp là tổng thị phần trên thị trường liên quan của các doanh nghiệp tham gia vào thoả thuận hạn chế cạnh tranh hoặc tập trung kinh tế (xem khoản 5, 6, Điều 3, Luật Cạnh tranh).

⁷² Tài liệu tham khảo, *Khuôn khổ pháp lý đa phương điều chỉnh hoạt động cạnh tranh và Luật Cạnh tranh của một số nước và vùng lãnh thổ*, Bộ Thương mại (2003).

ngành mà còn có thể là vị trí của một nhóm doanh nghiệp cùng hành động. Trong khi đó, *vị trí độc quyền được hiểu là vị trí của một doanh nghiệp khi không còn đối thủ nào cạnh tranh với doanh nghiệp đó hoặc có sự cạnh tranh nhưng sự cạnh tranh đó rất yếu ớt và không đáng kể*⁷³. Nói cách khác, sự cạnh tranh trên thị trường liên quan của doanh nghiệp hầu như đã bị loại trừ. Cho nên việc xác định vị trí độc quyền tương đối dễ dàng, nhưng trong trường hợp chưa đạt được vị trí độc quyền thì việc xác định vị trí thống lĩnh là khá phức tạp. Vì vị trí thống lĩnh chỉ cho thấy sức mạnh kinh tế vượt trội của doanh nghiệp hoặc một nhóm doanh nghiệp so với các đối thủ cạnh tranh khác trên thị trường liên quan đối với một hoặc một nhóm hàng hoá, dịch vụ cụ thể. Sự cạnh tranh trên thị trường liên quan vẫn tồn tại. Hiện nay, chưa có một công thức chung nào để xác định vị trí thống lĩnh, tuy nhiên, thông thường Luật Cạnh tranh của đa số các nước sử dụng các yếu tố sau đây để xác định vị trí thống lĩnh thị trường của một doanh nghiệp hay một nhóm doanh nghiệp:

Trước hết là yếu tố thị phần mà doanh nghiệp nắm giữ

Luật Cạnh tranh của các nước đều lấy yếu tố thị phần là yếu tố đầu tiên để xác định một doanh nghiệp nào đó đã đạt đến vị trí thống lĩnh thị trường hay chưa. Tuy nhiên mức thị phần cụ thể mà doanh nghiệp nắm giữ lại có sự xác định khác nhau giữa các nước. Chẳng hạn, theo Luật Bảo vệ cạnh tranh của Croatia, Luật Bảo vệ cạnh tranh thương mại của Cộng hoà Séc thì doanh nghiệp được xem là có vị trí thống lĩnh trên thị trường nếu thị phần của doanh nghiệp đó vượt quá 30%, tương tự như vậy, Luật Bảo vệ cạnh tranh của Bungari quy định là 35%; Luật Chống hành vi độc quyền của Ba Lan là 40%; Luật Cạnh tranh lành mạnh và những quy định về độc quyền của Hàn Quốc, Luật chống độc quyền tư nhân và duy trì cạnh tranh của Nhật Bản, Luật chống cạnh tranh không lành mạnh của Mông Cổ; Luật Bảo vệ cạnh tranh kinh tế của Ucraina là 50%⁷⁴; Luật Cạnh tranh của Pháp là 80% và Luật Cạnh tranh của Liên minh châu Âu là 40%⁷⁵... Nếu là nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường thì Luật bảo vệ cạnh tranh của Croatia xác định mức thị phần là 50% đối với hai doanh nghiệp; 60% đối với ba

⁷³ Tài liệu tham khảo, *Khuyến khổ pháp lý đa phương điều chỉnh hoạt động cạnh tranh và Luật Cạnh tranh của một số nước và vùng lãnh thổ*, Bộ Thương mại (2003).

⁷⁴ Luật mẫu về cạnh tranh, Tổ chức thương mại và phát triển Liên hợp quốc (2003)

⁷⁵ Luật Cạnh tranh của Pháp và Liên minh châu Âu, Th.s. Nguyễn Hữu Huyền, Nxb. Tư pháp (2004)

doanh nghiệp và 75% đối với bốn doanh nghiệp; Luật Cạnh tranh lành mạnh và những quy định về độc quyền của Hàn Quốc là 75% đối với ba doanh nghiệp ⁷⁶...

Tuy nhiên, trong nhiều trường hợp, nếu chỉ dựa vào yếu tố thị phần để kết luận một doanh nghiệp nào đó đã đạt đến vị trí thống lĩnh hay chưa thì chưa hẳn đã chuẩn xác mà để xác định một cách chính xác vị trí thống lĩnh của doanh nghiệp hay nhóm doanh nghiệp còn phải dựa vào nhiều yếu tố khác như doanh thu hàng năm, năng lực hay sức mạnh tài chính, quy mô nhân sự, mạng lưới phân phối và tiêu thụ hàng hoá, dịch vụ, khả năng gia nhập thị trường của các đối thủ tiềm năng... Ngoài ra, nó còn được căn cứ vào khả năng của doanh nghiệp trong việc tăng (hoặc giảm) giá trên (hoặc dưới) mức cạnh tranh trên thị trường trong một giai đoạn nhất định ⁷⁷...

– Tiếp đến phải xác định yếu tố thị trường liên quan

Bên cạnh các yếu tố được phân tích ở trên còn có một yếu tố nữa mà Luật Cạnh tranh của các nước không thể không đề cập đến khi xác định vị trí thống lĩnh của doanh nghiệp hoặc nhóm doanh nghiệp đó là việc xác định *yếu tố thị trường liên quan*. Vì yếu tố thị phần và các yếu tố khác chỉ xác định được khi xem xét chúng trong mối quan hệ với thị trường liên quan. Bởi lẽ, cạnh tranh chỉ tồn tại trên thị trường liên quan nên khi xử lý các vụ việc về cạnh tranh trong đó có việc xác định vị trí thống lĩnh thị trường thì công việc quan trọng mà cơ quan có thẩm quyền xử lý cần phải tiến hành là xác định được *thị trường liên quan*. Tuy nhiên, làm thế nào để xác định được thị trường liên quan là vấn đề không đơn giản. Thông thường, muốn xác định được thị trường liên quan thì cần phải xác định những hàng hoá, dịch vụ cụ thể hoặc dòng hàng được sản xuất hoặc dịch vụ được cung cấp bởi một hay nhiều doanh nghiệp trong một khu vực địa lý nhất định. Tức là phải xác định được thị trường sản phẩm liên quan và thị trường địa lý liên quan. Theo khoản 1, Điều 3 Luật Cạnh tranh Việt Nam quy định: “*Thị trường liên quan bao gồm thị trường sản phẩm liên quan và thị trường địa lý liên quan. Thị trường sản phẩm liên quan là thị trường của những hàng hoá, dịch vụ có thể thay thế cho nhau về đặc tính, mục đích sử dụng và giá cả. Thị trường địa lý liên quan là một khu vực địa lý cụ thể trong đó có những hàng hoá, dịch vụ có*

⁷⁶ Luật mẫu về cạnh tranh, Tổ chức thương mại và phát triển Liên hợp quốc (2003).

⁷⁷ Tiến tới xây dựng pháp luật về cạnh tranh trong điều kiện chuyển sang nền kinh tế thị trường. TS. Nguyễn Như Phát & ThS. Bùi Nguyên Khánh, Nxb. Công an nhân dân (2001).

thể thay thế cho nhau với các điều kiện cạnh tranh tương tự và có sự khác biệt đáng kể với các khu vực lân cận”.

Để xác định được vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền, thông thường người ta tiến hành các cuộc điều tra hoặc buộc các doanh nghiệp phải thông báo với cơ quan có thẩm quyền về thị phần, thị trường liên quan và các yếu tố có liên quan khác của doanh nghiệp.

Ở Việt Nam, trong quá trình xây dựng Luật Cạnh tranh, đã có rất nhiều ý kiến khác nhau xung quanh quan niệm về thống lĩnh và độc quyền, cũng như việc xác định các hành vi lạm dụng vị trí này. Tuy nhiên, sau khi nghiên cứu và tiếp thu có chọn lọc pháp luật của các nước về vấn đề này, Điều 11, Luật Cạnh tranh đã quy định: *“Doanh nghiệp được coi là có vị trí thống lĩnh thị trường nếu có thị phần từ 30% trở lên trên thị trường liên quan hoặc có khả năng gây hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể; Nhóm doanh nghiệp được coi là có vị trí thống lĩnh thị trường nếu cùng hành động nhằm gây hạn chế cạnh tranh và thuộc một trong các trường hợp sau đây:*

- Hai doanh nghiệp có tổng thị phần từ 50% trở lên trên thị trường liên quan;*
- Ba doanh nghiệp có tổng thị phần từ 65% trở lên trên thị trường liên quan;*
- Bốn doanh nghiệp có tổng thị phần từ 75% trở lên trên thị trường liên quan.*

Với quy định trên, để xác định vị trí thống lĩnh thị trường, cần xem xét đó là vị trí của một doanh nghiệp hay là vị trí của nhóm doanh nghiệp, nếu là một doanh nghiệp thì doanh nghiệp đó sẽ bị coi là có vị trí thống lĩnh khi: (i) Có thị phần từ 30% trở lên trên thị trường liên quan hoặc (ii) Có khả năng gây hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể (không cần đạt tới mức thị phần như trên); nếu là nhóm doanh nghiệp thì nhóm doanh nghiệp đó sẽ bị coi là có vị trí thống lĩnh khi thoả mãn cả hai dấu hiệu: (i) Cùng hành động nhằm gây hạn chế cạnh tranh; (ii) Đạt mức thị phần kết hợp của các doanh nghiệp như luật đã quy định.

Như vậy, ngoài yếu tố thị phần, cũng như pháp Luật Cạnh tranh của các nước, Luật Cạnh tranh của Việt Nam còn sử dụng tiêu chí *có khả năng gây hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể* để xác định vị trí thống lĩnh thị trường. Theo Điều 22, Nghị định 116/2005/NĐ – CP, khả năng gây hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể dựa vào một hoặc một số căn cứ chủ yếu sau đây: năng lực tài chính của doanh nghiệp; năng lực tài chính của tổ chức, cá nhân thành lập doanh nghiệp; năng lực tài chính của tổ

chức, cá nhân có quyền kiểm soát hoặc chi phối hoạt động của doanh nghiệp theo quy định của pháp luật hoặc điều lệ của doanh nghiệp; năng lực tài chính của công ty mẹ; năng lực công nghệ; quyền sở hữu, quyền sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp và quy mô mạng lưới phân phối.

Còn theo Điều 12, Luật Cạnh tranh thì *doanh nghiệp bị coi là có vị trí độc quyền trên thị trường liên quan nếu không có doanh nghiệp nào cạnh tranh về hàng hoá, dịch vụ mà doanh nghiệp đó kinh doanh.*

b) Hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền

Khi đã xác lập được vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền thì các doanh nghiệp lại luôn luôn có xu hướng lạm dụng vị thế đó để duy trì và nâng cao hơn nữa vị thế của mình trên thương trường, để thao túng thị trường, để bề hành động và thu lợi nhuận bất chính. Trong trường hợp như vậy, hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền đã vi phạm pháp luật cạnh tranh và cần phải bị xử lý. Tuy nhiên, để xử lý được thì trước hết chúng ta phải hiểu thế nào là hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền và qua đó phải nhận diện được các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền. Ở mức độ khái quát có thể hiểu: *Lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền là hành vi của doanh nghiệp hoặc nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền sử dụng mọi cách, mọi thủ đoạn để loại bỏ sự cạnh tranh, loại bỏ và tiêu diệt các đối thủ cạnh tranh, qua đó duy trì và nâng cao hơn nữa vị trí của mình trên thương trường.*

Điều 13, Luật Cạnh tranh cấm doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường thực hiện các hành vi sau đây:

– *Bán hàng hoá, cung cấp toàn bộ dịch vụ dưới giá thành nhằm loại bỏ đối thủ cạnh tranh.* Pháp Luật Cạnh tranh của các nước gọi hành vi này là bán phá giá – bán dưới giá vốn nhằm loại bỏ đối thủ cạnh tranh. Đây là hành vi cạnh tranh mang tính chất huỷ diệt;

– *Áp đặt giá mua, giá bán hàng hoá, dịch vụ bất hợp lý hoặc ấn định giá bán lại tối thiểu gây thiệt hại cho khách hàng.* Đây là một hành vi cạnh tranh liên quan đến yếu tố giá cả của hàng hoá, dịch vụ – một dạng phân biệt đối xử về giá. Doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền trực tiếp hay gián tiếp ấn định giá mua hoặc giá bán bất hợp lý (thấp hơn chi phí sản xuất hoặc cao hơn chi phí sản xuất một cách bất hợp lý) đối với một loại hàng hoá, dịch vụ nhằm gây thiệt hại cho các đối thủ cạnh tranh,

bảo vệ quyền lợi cho doanh nghiệp thứ ba hoặc thu lợi nhuận độc quyền từ các khách hàng có nhu cầu khác, hoặc ấn định *giá bán lại tối thiểu* nhằm duy trì mức giá độc quyền của doanh nghiệp để ngăn ngừa sự cạnh tranh từ các đối thủ cạnh tranh trên thị trường liên quan.

– *Hạn chế sản xuất, phân phối, giới hạn thị trường, cản trở sự phát triển kỹ thuật, công nghệ gây thiệt hại cho khách hàng.* Đây là hành vi khống chế số lượng hàng hoá, dịch vụ, hạn chế khách hàng, hạn chế thị trường địa lý, hạn chế thị trường sản phẩm và hạn chế cách thức tiêu thụ sản phẩm của các đối thủ cạnh tranh nhằm tạo ra sự mất ổn định của thị trường để các doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền thu lợi nhuận bất chính. Hoặc là những hành vi nhằm cản trở sự phát triển trong tương lai về kỹ thuật, công nghệ của đối thủ cạnh tranh qua đó sẽ hạn chế sự cạnh tranh của thủ thế này.

– *Áp dụng các điều kiện thương mại khác nhau trong giao dịch như nhau nhằm tạo bất bình đẳng trong cạnh tranh.* Đây cũng là một hành vi cạnh tranh có tính chất phân biệt đối xử – phân biệt đối xử về điều kiện thương mại, bao gồm điều kiện được mua hoặc bán hàng hoá, dịch vụ hay các điều kiện kèm theo khi mua hoặc bán hàng hoá, dịch vụ có quy định các nghĩa vụ hay quyền lợi có tính chất phân biệt như các hỗ trợ về vốn, bảo lãnh, vận chuyển . . . để tạo ra ưu tiên cho một hoặc một số khách hàng, qua đó họ có lợi thế hơn so với các đối thủ khác.

– *Áp đặt điều kiện cho doanh nghiệp khác ký kết hợp đồng mua bán hàng hoá, dịch vụ hoặc buộc doanh nghiệp khác chấp thuận các nghĩa vụ không liên quan một cách trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng.* Đây là hành vi cạnh tranh không còn xa lạ đối với thị trường Việt Nam, diễn ra phổ biến trong các lĩnh vực điện, nước, viễn thông, hàng không, đường sắt, bảo hiểm... Các doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh, độc quyền trong các lĩnh vực này thường áp đặt điều kiện giao dịch từ trước buộc khách hàng của họ muốn giao dịch thì phải chấp thuận toàn bộ các điều kiện đó, nếu không giao dịch không được thiết lập. Hành vi này đã đi ngược lại nguyên tắc tự do giao kết hợp đồng, tất nhiên trong một nền kinh tế mở cửa và hội nhập, không thể buộc các doanh nghiệp này phải đàm phán với từng khách hàng, từng thương vụ cụ thể – tức là không thể ngăn cấm tuyệt đối mà cần có một cơ chế kiểm soát hữu hiệu vấn đề này.

– Ngăn cản việc tham gia thị trường của những đối thủ cạnh tranh mới. Cạnh tranh chỉ tồn tại khi không có sự độc quyền. Hành vi này nhằm duy trì thế thống lĩnh, thế độc quyền với mục tiêu là thủ tiêu sự cạnh tranh của đối thủ. Chẳng hạn như, buộc khách hàng của mình không được quan hệ thương mại với các đối thủ cạnh tranh mới trên thị trường liên quan, khiến các đối thủ này bị cô lập và rút lui khỏi thị trường một cách “không sòng phẳng” hoặc lobby (vận động) cơ quan công quyền để tạo ra rào cản về các điều kiện gia nhập thị trường qua đó độc chiếm thị trường, thu lợi nhuận bất chính.

Ngoài ra theo Điều 14, Luật Cạnh tranh, nếu doanh nghiệp có vị trí độc quyền thì ngoài các hành vi bị cấm giống như doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường, doanh nghiệp này còn bị cấm thực hiện hai hành vi sau:

- Áp đặt các điều kiện bất lợi cho khách hàng. Đây là hành vi buộc khách hàng phải chấp nhận vô điều kiện những nghĩa vụ gây khó khăn cho họ trong quá trình giao kết và thực hiện hợp đồng.

- Lợi dụng vị trí độc quyền để đơn phương thay đổi hoặc huỷ bỏ hợp đồng đã giao kết mà không có lý do chính đáng. Đây là hành vi đơn phương thay đổi hoặc huỷ bỏ hợp đồng đã giao kết mà không có lý do chính đáng, không thông báo trước cho khách hàng và không phải chịu bất cứ hình thức chế tài nào; hoặc đơn phương thay đổi, huỷ bỏ hợp đồng đã giao kết căn cứ vào một hoặc một số lý do không liên quan trực tiếp đến điều kiện cần thiết để tiếp tục thực hiện hợp đồng và không phải chịu bất cứ hình thức chế tài nào.

Với hai hành vi bổ sung này thể hiện thái độ khắt khe hơn của Nhà nước đối với việc kiểm soát doanh nghiệp có vị trí độc quyền so với doanh nghiệp hoặc nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh.

Quy định về doanh nghiệp có vị trí độc quyền được áp dụng cho tất cả các doanh nghiệp hoạt động trên lãnh thổ Việt Nam, kể cả doanh nghiệp trong lĩnh vực độc quyền nhà nước. Quy định này nhằm bảo đảm không biến độc quyền nhà nước thành độc quyền doanh nghiệp trong một số lĩnh vực nhất định. Tuy nhiên, những doanh nghiệp hoạt động trong lĩnh vực độc quyền nhà nước, doanh nghiệp sản xuất, cung ứng sản phẩm, dịch vụ công ích, Nhà nước sẽ có những biện pháp kiểm soát cụ thể. Theo Điều 15, Luật Cạnh tranh, Nhà nước kiểm soát doanh nghiệp hoạt động trong lĩnh vực độc quyền nhà nước bằng các biện pháp sau: quyết định giá mua, giá bán hàng

hoá, dịch vụ thuộc lĩnh vực độc quyền nhà nước; quyết định số lượng, khối lượng, phạm vi thị trường của hàng hoá, dịch vụ thuộc lĩnh vực độc quyền nhà nước. Đối với doanh nghiệp sản xuất, cung ứng sản phẩm, dịch vụ công ích, Nhà nước kiểm soát bằng các biện pháp đặt hàng, giao kế hoạch, đấu thầu theo giá hoặc phí do Nhà nước quy định.

4. Tập trung kinh tế

a) Khái niệm tập trung kinh tế

Tập trung kinh tế là cách thức tích tụ, tập trung tư bản của các doanh nghiệp nhằm nâng cao khả năng cạnh tranh và hiệu quả hoạt động của các doanh nghiệp trên thị trường.

Theo quy định của Bộ luật Thương mại Pháp và Pháp lệnh 86 – 1243 ngày 1/12/1986 của Pháp thì *"tập trung kinh tế là kết quả của bất cứ hành vi nào, bất kể hình thức, nhằm chuyển quyền sở hữu hoặc quyền sử dụng toàn bộ hoặc một phần tài sản, các quyền và nghĩa vụ của một doanh nghiệp hoặc hành vi nhằm cho phép một doanh nghiệp hoặc một tập đoàn kinh doanh bằng cách trực tiếp hay gián tiếp tạo được ảnh hưởng nhất định đối với một hoặc nhiều doanh nghiệp khác"*⁷⁸.

Luật Cạnh tranh của Việt Nam không định nghĩa trực tiếp thế nào là tập trung kinh tế. Theo khoản 3, Điều 3, Luật Cạnh tranh, tập trung kinh tế thuộc nhóm hành vi hạn chế cạnh tranh và theo Điều 16 quy định: *"tập trung kinh tế là hành vi của doanh nghiệp bao gồm: Sáp nhập doanh nghiệp; hợp nhất doanh nghiệp; mua lại doanh nghiệp; liên doanh giữa các doanh nghiệp; các hành vi tập trung kinh tế khác theo quy định của pháp luật"*.

Với quy định trên, tập trung kinh tế có các đặc điểm sau đây:

– Thứ nhất, về chủ thể: tập trung kinh tế là hành vi của doanh nghiệp. Như vậy, chỉ có các doanh nghiệp mới có thể là chủ thể của tập trung kinh tế. Dựa trên bản chất pháp lý của các hình thức tập trung kinh tế cho thấy các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế phải là các doanh nghiệp đang hoạt động trên thị trường và mỗi hình thức tập trung kinh tế sẽ có giới hạn khác nhau về chủ thể tham gia. Ví dụ, theo Luật Doanh nghiệp năm 2005, Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 2003, Luật Hợp tác xã năm 2003, chủ thể tham gia sáp nhập và hợp nhất chỉ có thể là các loại hình công ty có cùng

⁷⁸ Vũ Thị Lan Anh: *Chuyên đề Tập trung kinh tế, Đề tài cơ sở lý luận và thực tiễn của việc xây dựng nội dung chương trình môn học Luật Cạnh tranh*, Trường Đại học Luật Hà Nội, 2005.

loại hình như: Công ty TNHH với nhau, công ty cổ phần với nhau, công ty hợp danh với nhau; các công ty nhà nước với nhau, các hợp tác xã với nhau.

– *Thứ hai*, về hình thức tập trung kinh tế bao gồm nhiều hình thức khác nhau như sáp nhập, hợp nhất, mua lại, liên doanh giữa các doanh nghiệp và các hình thức tập trung kinh tế khác theo quy định của pháp luật. Đây chính là các hình thức *tăng trưởng ngoại sinh của doanh nghiệp* thông qua việc các doanh nghiệp đang hoạt động trên thị trường liên kết các nguồn lực với nhau để hình thành một khối thống nhất, tạo điều kiện để các doanh nghiệp thuận lợi hơn trong việc phối hợp hành động, giảm chi phí và có thể gây hạn chế cạnh tranh trên thị trường. Các hình thức tập trung kinh tế này khác với quá trình *tăng trưởng nội sinh của doanh nghiệp* theo thời gian bằng kết quả kinh doanh.

– *Thứ ba*, về mục đích của tập trung kinh tế: tập trung kinh tế sẽ làm thay đổi cơ cấu sở hữu của các doanh nghiệp, khiến cấu trúc thị trường và tương quan cạnh tranh trên thị trường bị thay đổi. Sau khi sáp nhập, hợp nhất, mua lại và liên doanh giữa các doanh nghiệp, nguồn lực của các doanh nghiệp tham gia sáp nhập, hợp nhất, doanh nghiệp bị mua lại và các doanh nghiệp tham gia liên doanh tập trung vào doanh nghiệp nhận sáp nhập, vào doanh nghiệp mua lại hoặc doanh nghiệp mới hình thành. Trên thị trường lúc này sẽ xuất hiện một doanh nghiệp hoặc một nhóm doanh nghiệp có tiềm lực kinh tế mạnh hơn trước, có khả năng *làm giảm, cản trở, hoặc làm sai lệch sự cạnh tranh lành mạnh trên thị trường*.

b) Các hình thức tập trung kinh tế

Theo Điều 16 và 17, Luật Cạnh tranh, tập trung kinh tế bao gồm các hình thức sau:

– *Sáp nhập doanh nghiệp là việc một hoặc một số doanh nghiệp chuyển toàn bộ tài sản, quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp của mình sang một doanh nghiệp khác, đồng thời chấm dứt sự tồn tại của doanh nghiệp bị sáp nhập*. Như vậy, sau khi sáp nhập, doanh nghiệp bị sáp nhập chấm dứt sự tồn tại, còn doanh nghiệp nhận sáp nhập được hưởng các quyền và lợi ích hợp pháp, chịu trách nhiệm về các khoản nợ chưa thanh toán, hợp đồng lao động và nghĩa vụ tài sản khác của doanh nghiệp bị sáp nhập.

– *Hợp nhất doanh nghiệp là việc hai hoặc nhiều doanh nghiệp chuyển toàn bộ tài sản, quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp của mình để hình thành một*

doanh nghiệp mới, đồng thời chấm dứt sự tồn tại của các doanh nghiệp bị hợp nhất. Như vậy, sau khi hợp nhất, các doanh nghiệp bị hợp nhất chấm dứt tồn tại, còn doanh nghiệp hợp nhất mới thành lập được hưởng các quyền và lợi ích hợp pháp, chịu trách nhiệm về các khoản nợ chưa thanh toán, hợp đồng lao động và các nghĩa vụ tài sản khác của các doanh nghiệp bị hợp nhất.

– Mua lại doanh nghiệp là việc một doanh nghiệp mua toàn bộ hoặc một phần tài sản của doanh nghiệp khác đủ để kiểm soát, chi phối toàn bộ hoặc một ngành nghề của doanh nghiệp bị mua lại. Như vậy, mua lại doanh nghiệp có thể là mua lại toàn bộ hoặc mua lại một phần doanh nghiệp. Đối với trường hợp mua lại toàn bộ doanh nghiệp thì sau khi mua, người mua trở thành chủ sở hữu doanh nghiệp, được hưởng các quyền và lợi ích hợp pháp, chịu trách nhiệm về các khoản nợ chưa thanh toán, hợp đồng lao động và các nghĩa vụ tài sản khác của doanh nghiệp bị mua lại. Doanh nghiệp bị mua lại có thể chấm dứt sự tồn tại cũng có thể tiếp tục tồn tại trên thị trường, điều này hoàn toàn phụ thuộc vào ý chí của người chủ mới. Nếu doanh nghiệp bị mua lại chấm dứt sự tồn tại thì hình thức này có bản chất giống với hình thức sáp nhập. Vì thế, trong thương mại quốc tế, sáp nhập và mua lại doanh nghiệp thường được đề cập cùng nhau với thuật ngữ phổ biến là Mergers & Acquisitions (M & A). Tuy nhiên, mua lại doanh nghiệp không hoàn toàn giống với sáp nhập doanh nghiệp, vì doanh nghiệp bị mua lại có thể tiếp tục tồn tại như một chủ thể kinh doanh độc lập để trở thành công ty con trong một tập đoàn kinh tế. Đối với trường hợp mua lại một phần doanh nghiệp thì sau khi mua, doanh nghiệp bị mua lại một phần vẫn tiếp tục tồn tại, người mua trở thành cổ đông, thành viên của doanh nghiệp bị mua lại với số cổ phần, vốn góp nắm giữ đủ để kiểm soát, chi phối hoạt động của doanh nghiệp bị mua đó.

– Liên doanh giữa các doanh nghiệp là việc hai hoặc nhiều doanh nghiệp cùng nhau góp một phần tài sản, quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp của mình để hình thành một doanh nghiệp mới. Như vậy, liên doanh có thể diễn ra giữa các doanh nghiệp Việt Nam với nhau hoặc giữa một hoặc nhiều doanh nghiệp Việt Nam với một hoặc nhiều doanh nghiệp nước ngoài để thành lập một doanh nghiệp mới. Doanh nghiệp mới này có thể là công ty TNHH hai thành viên trở lên, công ty cổ phần, công ty hợp danh. Sau khi doanh nghiệp mới được đăng ký kinh doanh, các doanh nghiệp tham gia liên doanh sẽ là thành viên, cổ đông và có quyền, nghĩa vụ của cổ đông, thành viên theo quy định của pháp luật về doanh nghiệp.

– Các hình thức tập trung kinh tế theo quy định của pháp luật. Đây là một quy định mở của Luật Cạnh tranh, cho phép bổ sung các hình thức tập trung kinh tế khi cần thiết, với bản chất, tất cả các hình thức tập trung kinh tế đều nhằm kiểm soát toàn bộ hoặc một phần hoạt động của doanh nghiệp khác.

c) Nguyên tắc xử lý tập trung kinh tế

Căn cứ vào yếu tố thị phần của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế trên thị trường liên quan, Luật Cạnh tranh Việt Nam chia tập trung kinh tế thành 3 nhóm với nguyên tắc xử lý khác nhau, là nhóm tập trung kinh tế bị cấm, nhóm tập trung kinh tế phải thông báo và nhóm tập trung kinh tế được tự do thực hiện. Theo đó, tập trung kinh tế nếu thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia chiếm trên 50% thị trường liên quan thì bị cấm, trừ trường hợp doanh nghiệp sau khi thực hiện tập trung kinh tế vẫn thuộc loại doanh nghiệp nhỏ và vừa theo quy định của pháp luật hoặc một hay nhiều bên tham gia tập trung kinh tế đang trong nguy cơ bị giải thể, hoặc đang lâm vào tình trạng phá sản, hoặc việc tập trung kinh tế có tác dụng mở rộng xuất khẩu, hoặc góp phần phát triển kinh tế – xã hội, tiến bộ kỹ thuật, công nghệ thì có thể được xem xét cho hưởng miễn trừ (Điều 18, 19, Luật Cạnh tranh). Còn nếu các doanh nghiệp tập trung kinh tế có thị phần kết hợp từ 30% đến 50% trên thị trường liên quan thì đại diện hợp pháp của các doanh nghiệp đó phải thông báo cho cơ quan quản lý cạnh tranh trước khi tiến hành tập trung kinh tế. Trường hợp thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế thấp hơn 30% trên thị trường liên quan, hoặc trường hợp doanh nghiệp sau khi thực hiện tập trung kinh tế vẫn thuộc loại doanh nghiệp nhỏ và vừa theo quy định của pháp luật thì các doanh nghiệp được tự do thực hiện mà không phải thông báo cho cơ quan quản lý cạnh tranh (Điều 20, Luật Cạnh tranh).

5. Thủ tục thực hiện các trường hợp miễn trừ đối với thoả thuận hạn chế cạnh tranh và tập trung kinh tế

a) Thẩm quyền xem xét và quyết định việc miễn trừ

Theo Điều 25, Luật Cạnh tranh và Điều 41, Nghị định số 16/2005/NĐ – CP, các cơ quan có thẩm quyền xem xét và quyết định việc miễn trừ đối với thoả thuận hạn chế cạnh tranh và tập trung kinh tế là: Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng Bộ Thương mại và cơ quan quản lý cạnh tranh.

– *Thủ tướng Chính phủ*: Xem xét, quyết định việc miễn trừ đối với trường hợp tập trung kinh tế có tác dụng mở rộng xuất khẩu hoặc góp phần phát triển kinh tế - xã hội, tiến bộ khoa học – kỹ thuật, công nghệ.

– *Bộ trưởng Bộ Thương mại*: Xem xét, quyết định việc miễn trừ đối với các thoả thuận hạn chế cạnh tranh được miễn trừ và trường hợp tập trung kinh tế mà một hoặc nhiều bên tham gia tập trung kinh tế đang trong nguy cơ bị giải thể hoặc lâm vào tình trạng phá sản.

– *Cơ quan quản lý cạnh tranh*: Có thẩm quyền thụ lý, thẩm định hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ và trình bộ phận có thẩm quyền xem xét, quyết định cho hưởng miễn trừ.

b) Thủ tục thực hiện các trường hợp miễn trừ

– *Nộp hồ sơ và thụ lý hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ*

Các doanh nghiệp dự định tham gia thoả thuận hạn chế cạnh tranh hoặc tập trung kinh tế phải nộp hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ đến cơ quan quản lý cạnh tranh và phải chịu trách nhiệm về tính trung thực của hồ sơ.

Theo Điều 28, 29, Luật Cạnh tranh, hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ gồm: đơn theo mẫu của cơ quan quản lý cạnh tranh; bản sao hợp lệ giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh của từng doanh nghiệp tham gia thoả thuận hạn chế cạnh tranh (và Điều lệ của hiệp hội đối với trường hợp thoả thuận hạn chế cạnh tranh có sự tham gia của hiệp hội) hoặc tập trung kinh tế; báo cáo tài chính trong hai năm liên tiếp gần nhất của từng doanh nghiệp tham gia thoả thuận hạn chế cạnh tranh có xác nhận của tổ chức kiểm toán theo quy định của pháp luật; báo cáo thị phần trong hai năm liên tiếp gần nhất của từng doanh nghiệp tham gia thoả thuận hạn chế cạnh tranh hoặc tập trung kinh tế trên thị trường liên quan; báo cáo giải trình cụ thể việc đáp ứng các trường hợp được hưởng miễn trừ quy định tại Điều 10 (đối với thoả thuận hạn chế cạnh tranh) hoặc Điều 19 (đối với tập trung kinh tế) của Luật Cạnh tranh; văn bản uỷ quyền của các bên tham gia thoả thuận hạn chế cạnh tranh cho bên đại diện.

Cơ quan quản lý cạnh tranh có trách nhiệm thụ lý hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ, đề xuất ý kiến để Bộ trưởng Bộ Thương mại quyết định hoặc trình Thủ tướng Chính phủ quyết định.

– *Thẩm định hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ*

Sau khi thụ lý hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ, cơ quan quản lý cạnh tranh có trách nhiệm và quyền hạn sau:

+ Trong thời hạn bảy ngày làm việc, kể từ ngày tiếp nhận hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ, cơ quan quản lý cạnh tranh có trách nhiệm thông báo bằng

văn bản cho bên nộp hồ sơ về tính đầy đủ của hồ sơ. Trường hợp hồ sơ chưa đầy đủ, cơ quan quản lý cạnh tranh có trách nhiệm chỉ rõ những nội dung cần bổ sung.

+ Cơ quan quản lý cạnh tranh có quyền yêu cầu bên nộp hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ bổ sung tài liệu, thông tin cần thiết khác liên quan đến dự định thực hiện thoả thuận hạn chế cạnh tranh hoặc tập trung kinh tế và giải trình thêm những vấn đề chưa rõ ràng; đồng thời có quyền yêu cầu tổ chức, cá nhân có liên quan cung cấp thông tin về thoả thuận hạn chế cạnh tranh, tập trung kinh tế đang được cơ quan quản lý cạnh tranh thụ lý.

+ Tiến hành thẩm định hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ hoặc kiến nghị Bộ trưởng Bộ Thương mại xin ý kiến các Bộ, cơ quan ngang Bộ, cơ quan trực thuộc Chính phủ và các cơ quan, tổ chức khác có liên quan về trường hợp đề nghị hưởng miễn trừ trong thời hạn 50 ngày, kể từ ngày nhận đầy đủ hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ. Trường hợp có nhiều tình tiết phức tạp thì thời hạn này là 100 ngày.

+ Lập văn bản thẩm định để trình Bộ trưởng Bộ Thương mại quyết định cho hưởng miễn trừ (đối với trường hợp thuộc thẩm quyền cho hưởng miễn trừ của Bộ trưởng Bộ Thương mại) hoặc tổng hợp ý kiến đóng góp và dự thảo văn bản thẩm định để Bộ trưởng Bộ Thương mại trình Thủ tướng Chính phủ xem xét, quyết định cho hưởng miễn trừ (đối với trường hợp thuộc thẩm quyền cho hưởng miễn trừ của Thủ tướng Chính phủ). Văn bản thẩm định hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ phải có những nội dung chủ yếu theo Điều 42, Nghị định 116/2005/NĐ – CP ngày 15/9/2005.

– Ra quyết định chấp thuận hoặc không chấp thuận cho hưởng miễn trừ

Dựa trên kết quả của văn bản thẩm định hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ, Bộ trưởng Bộ Thương mại hoặc Thủ tướng Chính phủ sẽ ra một trong hai quyết định sau đây: chấp thuận các bên được hưởng miễn trừ hoặc không chấp thuận các bên được hưởng miễn trừ. Thời hạn để ra các quyết định trên là: Đối với trường hợp thuộc thẩm quyền cho hưởng miễn trừ của Bộ trưởng Bộ Thương mại, thời hạn ra quyết định là 60 ngày, kể từ ngày nhận được đầy đủ hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ (trường hợp có nhiều tình tiết phức tạp, thời hạn này được gia hạn, nhưng không quá hai lần, mỗi lần không quá ba mươi ngày). Đối với trường hợp thuộc thẩm quyền cho hưởng miễn trừ của Thủ tướng chính phủ, thời hạn ra quyết định là 90 ngày, kể từ ngày nhận đầy đủ hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ (trường hợp có nhiều tình

tiết phức tạp thì thời hạn ra quyết định là 180 ngày). Trường hợp kéo dài thời hạn ra quyết định, cơ quan quản lý cạnh tranh phải thông báo bằng văn bản cho bên nộp hồ sơ chậm nhất là ba ngày làm việc, trước ngày hết hạn ra quyết định và nêu rõ lý do.

Trong thời hạn 7 ngày làm việc, kể từ ngày có quyết định cho hưởng miễn trừ, cơ quan quản lý cạnh tranh có trách nhiệm thông báo công khai quyết định cho hưởng miễn trừ theo các hình thức sau: niêm yết tại trụ sở của cơ quan quản lý cạnh tranh; công khai trên các phương tiện thông tin đại chúng.

Bộ trưởng Bộ Thương mại hoặc Thủ tướng Chính phủ ra quyết định cho hưởng miễn trừ có quyền bãi bỏ quyết định cho hưởng miễn trừ nếu: phát hiện có sự gian dối trong việc đề nghị hưởng miễn trừ; doanh nghiệp được hưởng miễn trừ không thực hiện các điều kiện, nghĩa vụ trong thời hạn quy định tại quyết định cho hưởng miễn trừ; điều kiện cho hưởng miễn trừ không còn.

Doanh nghiệp không đồng ý với quyết định cho hưởng miễn trừ hoặc không cho hưởng miễn trừ, quyết định bãi bỏ quyết định cho hưởng miễn trừ có quyền khiếu nại theo quy định của pháp luật về khiếu nại, tố cáo.

III — PHÁP LUẬT VỀ CHỐNG CẠNH TRANH KHÔNG LÀNH MẠNH

1. Khái niệm và đặc điểm của hành vi cạnh tranh không lành mạnh

Khoản 4, Điều 3, Luật Cạnh tranh quy định: *"Hành vi cạnh tranh không lành mạnh là hành vi cạnh tranh của doanh nghiệp trong quá trình kinh doanh trái với các chuẩn mực thông thường về đạo đức kinh doanh, gây thiệt hại hoặc có thể gây thiệt hại đến lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của doanh nghiệp khác hoặc người tiêu dùng"*.

Với định nghĩa trên, hành vi cạnh tranh không lành mạnh có các đặc điểm cơ bản sau:

– Thứ nhất, về chủ thể thực hiện hành vi cạnh tranh không lành mạnh: hành vi cạnh tranh không lành mạnh là hành vi do doanh nghiệp thực hiện trong quá trình kinh doanh. Theo quy định này, các hành vi có dấu hiệu của hành vi cạnh tranh không lành mạnh nhưng do các tổ chức, cá nhân không phải là doanh nghiệp thực hiện hoặc do doanh nghiệp thực hiện nhưng không phát sinh từ quá trình kinh doanh thì các hành vi đó đều không bị coi là hành vi cạnh tranh không lành mạnh.

– *Thứ hai*, về mục đích của hành vi cạnh tranh không lành mạnh: hành vi cạnh tranh không lành mạnh phải là hành vi vì mục tiêu cạnh tranh và nhằm vào đối thủ cạnh tranh cụ thể. Với mục đích này, có thể khẳng định mức độ nguy hại của hành vi cạnh tranh không lành mạnh đối với thị trường ít hơn so với các hành vi hạn chế cạnh tranh. Bởi lẽ, hành vi hạn chế cạnh tranh không nhằm vào đối thủ cạnh tranh cụ thể mà hướng tới việc nâng cao sức mạnh, vị thế trên thị trường và qua đó làm thay đổi cấu trúc và tương quan giữa các đối thủ cạnh tranh trên thị trường, ảnh hưởng xấu tới môi trường kinh doanh.

Thứ ba, về hình thức biểu hiện của hành vi cạnh tranh không lành mạnh: Hành vi cạnh tranh không lành mạnh có biểu hiện trái với các chuẩn mực thông thường về đạo đức kinh doanh, như chỉ dẫn gây nhầm lẫn, xâm phạm bí mật kinh doanh, ép buộc trong kinh doanh, gièm pha doanh nghiệp khác, gây rối hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp khác, quảng cáo nhằm cạnh tranh không lành mạnh, khuyến mại nhằm cạnh tranh không lành mạnh, bán hàng đa cấp bất chính...

– *Thứ năm*, về hậu quả của hành vi cạnh tranh không lành mạnh: Vì hành vi cạnh tranh không lành mạnh là hành vi vì mục tiêu cạnh tranh và nhằm vào đối thủ cạnh tranh cụ thể nên thường hành vi đó chỉ xâm hại trực tiếp đến lợi ích của các đối thủ cạnh tranh hoặc người tiêu dùng, tuy nhiên theo Luật Cạnh tranh hành vi đó còn gây thiệt hại hoặc có thể gây thiệt hại đến lợi ích của Nhà nước.

2. Các hành vi cạnh tranh không lành mạnh

a) Chỉ dẫn gây nhầm lẫn

Trong hoạt động kinh doanh, các chỉ dẫn thương mại như tên thương mại, khẩu hiệu kinh doanh, biểu tượng kinh doanh, bao bì, nhãn hiệu, chỉ dẫn địa lý... có ý nghĩa rất quan trọng trong việc cung cấp những thông tin cần thiết cho khách hàng về doanh nghiệp cũng như về hàng hoá, dịch vụ của doanh nghiệp, giúp khách hàng phân biệt được doanh nghiệp này với doanh nghiệp khác và các hàng hoá, dịch vụ cùng loại của các doanh nghiệp trên thị trường. Những chỉ dẫn thương mại không trung thực, gây nhầm lẫn với chỉ dẫn thương mại của doanh nghiệp khác (doanh nghiệp bị xâm hại) nhằm làm sai lệch nhận thức của khách hàng về doanh nghiệp, về hàng hoá, dịch vụ vì mục đích cạnh tranh đều bị coi là hành vi cạnh tranh không lành mạnh. Việc doanh nghiệp sử dụng các chỉ dẫn thương mại gây nhầm lẫn sẽ xâm hại trực

tiếp đến lợi ích của người tiêu dùng và của các đối thủ cạnh tranh trên thị trường liên quan. Vì vậy, Điều 40, Luật Cạnh tranh quy định: “*Cấm doanh nghiệp sử dụng chỉ dẫn chứa đựng thông tin gây nhầm lẫn về tên thương mại, khẩu hiệu kinh doanh, biểu tượng kinh doanh, bao bì, chỉ dẫn địa lý và các yếu tố khác theo quy định của Chính phủ để làm sai lệch nhận thức của khách hàng về hàng hóa, dịch vụ nhằm mục đích cạnh tranh*”, đồng thời : “*Cấm kinh doanh hàng hoá, dịch vụ có sử dụng chỉ dẫn gây nhầm lẫn quy định tại khoản 1 Điều này*”.

b) Xâm phạm bí mật kinh doanh

Trong kinh doanh, các doanh nghiệp thường có những bí mật kinh doanh của mình và sử dụng các bí mật này như là một lợi thế trong cạnh tranh. Theo khoản 10, Điều 3, Luật Cạnh tranh, bí mật kinh doanh là thông tin có đủ các điều kiện sau đây: “*không phải là hiểu biết thông thường; có khả năng áp dụng trong kinh doanh và khi được sử dụng sẽ tạo cho người nắm giữ thông tin đó có lợi thế hơn so với người không nắm giữ hoặc không sử dụng thông tin đó; được chủ sở hữu bảo mật bằng các biện pháp cần thiết để thông tin đó không bị tiết lộ và không dễ dàng tiếp cận được*”. Như vậy, nội hàm của khái niệm bí mật kinh doanh rất rộng, bằng chứng về điều này là việc Luật Cạnh tranh đã không liệt kê được các đối tượng nào là bí mật kinh doanh mà chỉ đưa ra các tiêu chí xác định bí mật kinh doanh mà thôi. Do đó, khi một doanh nghiệp nào đó cho rằng họ đã bị xâm hại bí mật kinh doanh thì họ phải chứng minh được rằng những thông tin mà họ có được đã bị xâm hại thoả mãn ba điều kiện của bí mật kinh doanh nói trên. Theo Luật Cạnh tranh, xâm phạm bí mật kinh doanh là một hành vi cạnh tranh không lành mạnh, xâm hại trực tiếp đến lợi ích của đối thủ cạnh tranh, cho nên, Điều 41, Luật Cạnh tranh quy định: “*cấm doanh nghiệp thực hiện các hành vi sau đây*:

- Tiếp cận, thu thập thông tin thuộc bí mật kinh doanh bằng cách chống lại các biện pháp bảo mật của người sở hữu hợp pháp bí mật kinh doanh đó;
- Tiết lộ, sử dụng thông tin thuộc bí mật kinh doanh mà không được phép của chủ sở hữu bí mật kinh doanh;
- Vi phạm hợp đồng bảo mật hoặc lừa gạt, lợi dụng lòng tin của người có nghĩa vụ bảo mật nhằm tiếp cận, thu thập và làm lộ thông tin thuộc bí mật kinh doanh của chủ sở hữu bí mật kinh doanh đó;
- Tiếp cận, thu thập thông tin thuộc bí mật kinh doanh của người khác

khi người này làm thủ tục theo quy định của pháp luật liên quan đến kinh doanh, làm thủ tục lưu hành sản phẩm hoặc bằng cách chống lại các biện pháp bảo mật của cơ quan nhà nước hoặc sử dụng những thông tin đó nhằm mục đích kinh doanh, xin cấp giấy phép liên quan đến kinh doanh hoặc lưu hành sản phẩm”.

Trong quá trình xây dựng Luật Cạnh tranh, nhiều chuyên gia pháp lý có ý kiến đề nghị quy định vấn đề đăng ký bí mật kinh doanh giống như vấn đề đăng ký cho các đối tượng thuộc quyền sở hữu trí tuệ để xác định những thông tin nào thuộc phạm vi bí mật kinh doanh được bảo hộ, những thông tin nào thì các doanh nghiệp khác có thể được tiếp cận. Tuy nhiên, nếu việc đăng ký bí mật kinh doanh được thực hiện thì điều đó sẽ làm mất đi tính bí mật của nó. Như vậy thì việc đăng ký để được bảo hộ cũng trở nên vô nghĩa, do đó, Luật Cạnh tranh đã không quy định vấn đề đăng ký bí mật kinh doanh mà vấn đề này sẽ do chủ sở hữu tự bảo mật.

c) Ép buộc trong kinh doanh

Trong nền kinh tế thị trường, quyền tự do hợp đồng được pháp luật ghi nhận, theo đó người tiêu dùng có quyền được tự do lựa chọn hàng hoá, dịch vụ để thoả thuận nhu cầu của mình; doanh nghiệp có quyền được tự do lựa chọn đối tác để tiến hành giao dịch. Mọi hành vi đe dọa, cưỡng ép khách hàng hoặc đối tác phải giao dịch hoặc không giao dịch hoặc ngừng giao dịch đều là hành vi trái pháp luật và là nguyên nhân dẫn đến giao dịch đó không có hiệu lực. Theo pháp luật hiện hành, các hành vi đe dọa, cưỡng ép khách hàng, đối tác kinh doanh của doanh nghiệp để buộc họ không giao dịch hoặc ngừng giao dịch với doanh nghiệp đó đều là hành vi cạnh tranh không lành mạnh và bị ngăn cấm. Điều 42, Luật Cạnh tranh quy định: “*Cấm doanh nghiệp ép buộc khách hàng, đối tác kinh doanh của doanh nghiệp khác bằng hành vi đe dọa hoặc cưỡng ép để buộc họ không giao dịch hoặc ngừng giao dịch với doanh nghiệp đó*”.

d) Gièm pha doanh nghiệp khác

Trong kinh doanh, gièm pha doanh nghiệp khác là hành vi trực tiếp hoặc gián tiếp của đối thủ cạnh tranh đưa ra những thông tin không trung thực, gây ảnh hưởng xấu đến uy tín, danh dự, tình hình tài chính và hoạt động của doanh nghiệp khác vì mục tiêu cạnh tranh. Hành vi này bị coi là hành vi cạnh tranh không lành mạnh và bị cấm. Theo Điều 43, Luật Cạnh tranh quy

định: “Cấm doanh nghiệp gièm pha doanh nghiệp khác bằng hành vi trực tiếp hoặc gián tiếp đưa ra thông tin không trung thực, gây ảnh hưởng xấu đến uy tín, tình trạng tài chính và hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp đó”.

e) Gây rối hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp khác

Các hành vi trực tiếp hoặc gián tiếp cản trở, làm gián đoạn hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp khác được coi là hành vi gây rối hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp khác. Nếu doanh nghiệp thực hiện hành vi này vì mục tiêu cạnh tranh, nhằm vào đối thủ cạnh tranh của mình thì đây là hành vi cạnh tranh không lành mạnh và bị cấm. Điều 44, Luật Cạnh tranh quy định: *“Cấm doanh nghiệp gây rối hoạt động kinh doanh hợp pháp của doanh nghiệp khác bằng hành vi trực tiếp hoặc gián tiếp cản trở, làm gián đoạn hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp đó”.*

f) Quảng cáo nhằm cạnh tranh không lành mạnh

Trong kinh doanh, quảng cáo thương mại là hoạt động không thể thiếu nhằm giới thiệu với khách hàng về hoạt động kinh doanh hàng hoá, dịch vụ của doanh nghiệp. Nhờ quảng cáo, doanh nghiệp có thể chuyển tải được những thông điệp cần thiết về hàng hoá, dịch vụ của mình, qua đó có thể định hướng được hành vi mua sắm hàng hoá, sử dụng dịch vụ của khách hàng, giúp doanh nghiệp giành được khách hàng và chiếm lĩnh thị phần. Tuy nhiên, để đạt được mục tiêu này, nhiều doanh nghiệp khi thực hiện hoạt động quảng cáo cho hàng hoá, dịch vụ của mình đã đưa ra thông tin mang tính lừa dối và làm nổi bật hàng hoá, dịch vụ của mình so với hàng hoá, dịch vụ cùng loại của doanh nghiệp khác thông qua phương pháp so sánh hoặc đưa ra những thông tin sai sự thật, không trung thực, dựa dẫm vào hình ảnh, uy tín của doanh nghiệp khác nhằm lôi kéo khách hàng. Những hoạt động quảng cáo như vậy đều là những hành vi cạnh tranh không lành mạnh và bị cấm. Điều 45, Luật Cạnh tranh quy định: *“Cấm doanh nghiệp thực hiện các hoạt động quảng cáo sau đây:*

- So sánh trực tiếp hàng hoá, dịch vụ của mình với hàng hoá, dịch vụ cùng loại của doanh nghiệp khác;*
- Bắt chước một sản phẩm quảng cáo khác để gây nhầm lẫn cho khách hàng;*

Đưa thông tin gian dối hoặc gây nhầm lẫn cho khách hàng về một trong các nội dung sau đây:

+ Giá cả, số lượng, chất lượng, công dụng, kiểu dáng, chủng loại, bao bì, ngày sản xuất, thời hạn sử dụng, xuất xứ hàng hoá, người sản xuất, nơi sản xuất, người gia công, nơi gia công;

+ Cách thức sử dụng, phương thức phục vụ, thời hạn bảo hành;

+ Các thông tin gian dối hoặc gây nhầm lẫn khác.

– Các hoạt động quảng cáo khác mà pháp luật có quy định cấm”.

g) Khuyến mại nhằm cạnh tranh không lành mạnh

Khoản 1, Điều 88, Luật Thương mại định nghĩa: “*Khuyến mại là hoạt động xúc tiến thương mại của thương nhân nhằm xúc tiến việc mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ bằng cách dành cho khách hàng những lợi ích nhất định*”. Như vậy, cách thức xúc tiến thương mại thông qua khuyến mại là việc doanh nghiệp phải dành những lợi ích nhất định (vật chất hoặc phi vật chất) như hàng mẫu, quà tặng, giảm giá, phiếu mua hàng, phiếu sử dụng dịch vụ, phiếu dự thi, tham dự các chương trình có tính chất may rủi, tham gia vào chương trình khách hàng thường xuyên... cho khách hàng. Thông qua những lợi ích dành cho khách hàng, doanh nghiệp dễ dàng điều khiển được hành vi mua sắm hàng hoá và sử dụng dịch vụ của khách hàng để tăng doanh số bán hàng, giải quyết được những vấn đề khó khăn trong kinh doanh nên nhiều doanh nghiệp đã lợi dụng bản tính “hám lợi” của người tiêu dùng để thực hiện các hoạt động khuyến mại nhằm cạnh tranh không lành mạnh. Do đó, Điều 46, Luật Cạnh tranh quy định: “*Cấm doanh nghiệp thực hiện các hoạt động khuyến mại sau đây:*

– Tổ chức khuyến mại có sự gian dối về giải thưởng;

– Khuyến mại không trung thực hoặc gây nhầm lẫn về hàng hoá, dịch vụ để lừa dối khách hàng;

– Phân biệt đối xử đối với các khách hàng như nhau tại các địa bàn tổ chức khuyến mại khác nhau trong cùng một chương trình khuyến mại;

– Tặng hàng hoá cho khách hàng dùng thử nhưng lại yêu cầu khách hàng đổi hàng hoá cùng loại do doanh nghiệp khác sản xuất mà khách hàng đó đang sử dụng để dùng hàng hóa của mình;

– Các hoạt động khuyến mại khác mà pháp luật cấm”.

h) Phân biệt đối xử của hiệp hội

Theo Luật Cạnh tranh, hiệp hội bao gồm hiệp hội ngành hàng và hiệp hội nghề nghiệp. Hiệp hội được thành lập trên cơ sở tự nguyện của các hội viên (là các doanh nghiệp) có chung lợi ích, đại diện quyền lợi cho các hội viên, cung cấp thông tin, giúp đỡ cho các hội viên xâm nhập thị trường, là diễn đàn phản ánh tâm tư và nguyện vọng của các hội viên, giúp các hội viên trao đổi thông tin và kinh nghiệm với nhau... Với vai trò của mình, hiệp hội vừa có thể điều phối hoạt động của các hội viên, vừa có thể làm cầu nối giữa các hội viên với các cơ quan chức năng. Cho nên, hiệp hội có thể tạo ra tình trạng cạnh tranh không lành mạnh giữa các hội viên, làm ảnh hưởng bất lợi tới một số hội viên và người tiêu dùng. Để ngăn chặn hiện tượng này, Điều 47, Luật Cạnh tranh quy định: *“Cấm hiệp hội ngành nghề thực hiện các hành vi sau đây:*

– Từ chối doanh nghiệp có đủ điều kiện gia nhập hoặc rút khỏi hiệp hội nếu việc từ chối đó mang tính phân biệt đối xử và làm cho doanh nghiệp đó bị bất lợi trong cạnh tranh;

– Hạn chế bất hợp lý hoạt động kinh doanh hoặc các hoạt động khác có liên quan tới mục đích kinh doanh của các doanh nghiệp thành viên”.

i) Bán hàng đa cấp bất chính

Bán hàng đa cấp là phương thức bán hàng trực tiếp, theo đó doanh nghiệp bán hàng hoá thông qua mạng lưới những người tham gia bán hàng đa cấp ở nhiều cấp, nhiều nhánh khác nhau và người tham gia bán hàng đa cấp sẽ nhận được tiền hoa hồng, tiền thưởng hoặc lợi ích kinh tế khác từ kết quả bán hàng hoá của mình và của người tham gia bán hàng đa cấp cấp dưới trong mạng lưới do mình tổ chức ra và mạng lưới đó được doanh nghiệp bán hàng đa cấp chấp thuận. Khoản 11, Điều 3, Luật Cạnh tranh định nghĩa: *“Bán hàng đa cấp là phương thức tiếp thị để bán lẻ hàng hóa đáp ứng các điều kiện sau đây:*

– Việc tiếp thị để bán lẻ hàng hóa được thực hiện thông qua mạng lưới người tham gia bán hàng đa cấp gồm nhiều cấp, nhiều nhánh khác nhau;

– Hàng hóa được người tham gia bán hàng đa cấp tiếp thị trực tiếp cho người tiêu dùng tại nơi ở, nơi làm việc của người tiêu dùng hoặc địa điểm khác không phải là địa điểm bán lẻ thường xuyên của doanh nghiệp hoặc của người tham gia;

– Người tham gia bán hàng đa cấp được hưởng tiền hoa hồng, tiền thưởng hoặc các lợi ích kinh tế khác từ kết quả tiếp thị bán hàng của mình và của người tham gia bán hàng đa cấp cấp dưới trong mạng lưới do mình tổ chức và mạng lưới đó được doanh nghiệp bán hàng đa cấp chấp thuận”.

Phương thức bán hàng đa cấp đã được áp dụng trong kinh doanh từ những năm 1930 tại Mỹ nhưng phải đến đầu những năm 1980, phương thức bán hàng đa cấp mới thực sự phát triển mạnh mẽ tại quốc gia này cũng như các quốc gia khác như Canada, Mexico, Brazil, Anh, Pháp, Đức, Thụy Điển... và đến đầu những năm 1990, bán hàng đa cấp cũng đã xâm nhập và phát triển mạnh ở nhiều nước châu Á như Nhật Bản, Hàn Quốc, Đài Loan, Trung Quốc, Malaysia, Indonesia, Thái Lan, Singapore... Hiện nay, hàng chục nghìn doanh nghiệp ở trên 100 quốc gia áp dụng phương thức bán hàng đa cấp với doanh thu hàng tỷ USD mỗi năm. Ở Việt Nam, phương thức bán hàng đa cấp mới được du nhập từ năm 1998. Phương thức bán hàng này bắt đầu xuất hiện ở Thành phố Hồ Chí Minh, sau đó lan ra Thành phố Hà Nội và nhiều tỉnh thành khác, như Lâm Đồng, Bình Phước, Bắc Ninh, Bắc Giang, Thái Nguyên... Sự phát triển của phương thức bán hàng này đã phản ánh được những tác động tích cực cũng như những ưu điểm của nó so với các phương thức bán hàng thông thường, như doanh nghiệp bán hàng đa cấp tiết kiệm được chi phí bán hàng, cung ứng hàng hoá, dịch vụ có chất lượng cao, thu hút được lượng khách hàng lớn; người tiêu dùng được tiếp cận và sử dụng hàng hoá có chất lượng tốt với giá rẻ, có thêm một công việc để tăng thu nhập cho những người tham gia vào mạng lưới; môi trường kinh doanh sôi động và hấp dẫn hơn⁷⁹. Tuy nhiên, cùng với sự phát triển của phương thức bán hàng đa cấp, đã xuất hiện một phương thức kinh doanh lừa đảo theo mô hình “kim tự tháp” mà Luật Cạnh tranh Việt Nam gọi là “bán hàng đa cấp bất chính”. “Kim tự tháp” là một dạng biến tướng của bán hàng đa cấp thông thường, hàng hoá chủ yếu được lưu thông trong các cấp người tham gia; thu nhập của người vào trước chỉ dựa trên sự đóng góp của người vào sau; giá bán hàng hoá cao hơn rất nhiều so với giá trị thực tế hoặc giá bán trên thị trường gây thiệt hại cho người tiêu dùng nhưng họ vẫn mua vì mất cảnh giác trước những lời hứa hẹn về các khoản thu nhập khổng lồ khi tham gia vào mạng lưới bán hàng đa cấp. Nói cách khác, doanh nghiệp bán hàng đa cấp bất chính không quan tâm đến việc bán hàng hoá hoặc việc bán hàng

⁷⁹ Xem thêm: Đoàn Văn Bình. Luận văn thạc sỹ, Một số vấn đề pháp lý về bán hàng đa cấp ở Việt Nam, Trường Đại học Luật Hà Nội, năm 2006, tr. 16 – 21

hoá chỉ là phụ, quan trọng hơn là lời kéo được nhiều người tham gia. Để được tham gia, người tham gia phải có một khoản đầu tư nhất định để có quyền bán hàng hoá và việc nhận tiền hoa hồng, tiền thưởng chỉ từ hoặc chủ yếu từ việc giới thiệu người khác tham gia vào mạng lưới bán hàng.

Để chính thức thừa nhận phương thức bán hàng đa cấp và tạo điều kiện cho các doanh nghiệp bán hàng đa cấp chân chính, đồng thời ngăn chặn các hành vi bán hàng đa cấp bất chính, lừa dối người tiêu dùng, Điều 48, Luật Cạnh tranh quy định: *“Cấm doanh nghiệp thực hiện các hành vi sau đây nhằm thu lợi bất chính từ việc tuyển dụng người tham gia mạng lưới bán hàng đa cấp:*

- *Yêu cầu người muốn tham gia phải đặt cọc, phải mua một số lượng hàng hoá ban đầu hoặc phải trả một khoản tiền để được quyền tham gia mạng lưới bán hàng đa cấp;*

- *Không cam kết mua lại với mức giá ít nhất là 90% giá hàng hóa đã bán cho người tham gia để bán lại;*

- *Cho người tham gia nhận tiền hoa hồng, tiền thưởng, lợi ích kinh tế khác chủ yếu từ việc dụ dỗ người khác tham gia mạng lưới bán hàng đa cấp;*

- *Cung cấp thông tin gian dối về lợi ích của việc tham gia mạng lưới bán hàng đa cấp, thông tin sai lệch về tính chất, công dụng của hàng hóa để dụ dỗ người khác tham gia.*

k) Các hành vi cạnh tranh không lành mạnh khác do Chính phủ quy định theo tiêu chí được xác định tại khoản 4, Điều 3, Luật Cạnh tranh

Do hành vi cạnh tranh không lành mạnh có thể diễn ra trên nhiều phương diện và lĩnh vực khác nhau của đời sống kinh tế với những hình thức biểu hiện đa dạng nên ngoài 9 loại hành vi cạnh tranh không lành mạnh được liệt kê cụ thể và bị Luật Cạnh tranh cấm thì Luật Cạnh tranh còn quy định: *“Các hành vi cạnh tranh không lành mạnh khác theo tiêu chí xác định tại khoản 4, Điều 3, Luật Cạnh tranh do Chính phủ quy định”*. Nói cách khác, vẫn có khả năng có những loại hành vi cạnh tranh không lành mạnh khác bị cấm, nếu hành vi đó chứa đựng đầy đủ các dấu hiệu của hành vi cạnh tranh không lành mạnh theo tiêu chí xác định tại khoản 4, Điều 3, Luật Cạnh tranh.

VI — PHÁP LUẬT VỀ TỔ TỤNG CẠNH TRANH

Theo khoản 9, Điều 3, Luật Cạnh tranh: *“Tổ tụng cạnh tranh là hoạt động của cơ quan, tổ chức, cá nhân theo trình tự, thủ tục giải quyết, xử lý vụ việc*

cạnh tranh theo quy định của Luật này". Như vậy, tổ tụng cạnh tranh là tố tụng liên quan đến vụ việc cạnh tranh, mà theo khoản 8, Điều 3, Luật Cạnh tranh: "Vụ việc cạnh tranh là vụ việc có dấu hiệu vi phạm quy định của Luật này bị cơ quan nhà nước có thẩm quyền điều tra, xử lý theo quy định của pháp luật". Do đó, nhiệm vụ của tổ tụng cạnh tranh là phát hiện chính xác, xử lý kịp thời và công minh mọi hành vi vi phạm pháp Luật Cạnh tranh, nhằm bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của Nhà nước, của người tiêu dùng cũng như của các chủ thể kinh doanh trên thị trường, góp phần tạo lập môi trường kinh doanh lành mạnh, thúc đẩy phát triển nền kinh tế.

1. Các chủ thể tham gia tố tụng cạnh tranh

Theo Luật Cạnh tranh, các chủ thể tham gia tố tụng cạnh tranh bao gồm: Cơ quan tiến hành tố tụng cạnh tranh, người tiến hành tố tụng cạnh tranh và người tham gia tố tụng cạnh tranh.

a) Cơ quan tiến hành tố tụng cạnh tranh

Cơ quan tiến hành tố tụng cạnh tranh bao gồm: cơ quan quản lý cạnh tranh và Hội đồng cạnh tranh.

– Cơ quan quản lý cạnh tranh

Thực tiễn các nước trên thế giới có nhiều mô hình tổ chức quản lý cạnh tranh, có quốc gia cơ quan thực thi pháp luật cạnh tranh không trực thuộc Chính phủ mà trực thuộc Quốc hội, có quốc gia cơ quan này lại trực thuộc Chính phủ nhưng hoạt động độc lập với các bộ (thành viên của Chính phủ). Hiện nay, cơ quan quản lý cạnh tranh của Việt Nam là Cục Quản lý cạnh tranh trực thuộc Bộ Thương mại⁸⁰.

Theo quy định tại khoản 2, Điều 49, Luật Cạnh tranh, *cơ quan quản lý cạnh tranh có nhiệm vụ, quyền hạn sau đây:*

- + Kiểm soát quá trình tập trung kinh tế theo quy định của Luật này;*
- + Thu lý hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ; đề xuất ý kiến để Bộ trưởng Bộ Thương mại quyết định hoặc trình Thủ tướng Chính phủ quyết định;*
- + Điều tra các vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh và hành vi cạnh tranh không lành mạnh;*

⁸⁰ Xem Nghị định 06/2006/ND – CP ngày 09/11/2006 quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Cục Quản lý cạnh tranh.

+ *Xử lý, xử phạt hành vi cạnh tranh không lành mạnh;*

+ *Các nhiệm vụ khác theo quy định của pháp luật.*

Với nhiệm vụ, quyền hạn nói trên, Cơ quan quản lý cạnh tranh của Việt Nam vừa có chức năng giống như một cơ quan tư pháp, vừa có chức năng của một cơ quan hành chính. Chức năng giống như một cơ quan tư pháp thể hiện qua hoạt động điều tra các vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh, hành vi cạnh tranh không lành mạnh và trực tiếp xử lý, xử phạt hành vi cạnh tranh không lành mạnh. Chức năng của một cơ quan hành chính thể hiện qua nhiệm vụ kiểm soát quá trình tập trung kinh tế và thụ lý hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ, đề xuất ý kiến để Bộ trưởng Bộ Thương mại quyết định hoặc trình Thủ tướng Chính phủ quyết định.⁷

– Hội đồng cạnh tranh

Theo Điều 53, Luật Cạnh tranh, Hội đồng cạnh tranh là cơ quan do Chính phủ thành lập. Hội đồng cạnh tranh có từ mười một đến mười lăm thành viên do Thủ tướng Chính phủ bổ nhiệm, miễn nhiệm theo đề nghị của Bộ trưởng Bộ Thương mại. Hội đồng cạnh tranh có nhiệm vụ tổ chức xử lý, giải quyết khiếu nại đối với các vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh theo quy định của Luật này.

Như vậy, Hội đồng cạnh tranh của Việt Nam là một cơ quan thuộc hệ thống cơ quan hành pháp. Vị trí pháp lý, chức năng, nhiệm vụ và quyền hạn của Hội đồng cạnh tranh đã được quy định chi tiết tại Nghị định 05/2006/NĐ – CP ngày 09/1/2006, theo đó, *Hội đồng cạnh tranh là cơ quan thực thi quyền lực nhà nước độc lập, có chức năng xử lý các hành vi hạn chế cạnh tranh* (Điều 2). Hội đồng cạnh tranh có các nhiệm vụ và quyền hạn sau:

+ *Tổ chức xử lý các vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh theo quy định của pháp luật;*

+ *Thành lập Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh để giải quyết một vụ việc cạnh tranh cụ thể;*

+ *Yêu cầu các tổ chức, cá nhân liên quan cung cấp thông tin, tài liệu cần thiết cho việc thực hiện các nhiệm vụ được giao;*

+ *Quyết định áp dụng, thay đổi, huỷ bỏ các biện pháp ngăn chặn hành chính sau khi tiếp nhận hồ sơ vụ việc cạnh tranh theo quy định của pháp luật;*

+ Giải quyết khiếu nại đối với các vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh theo quy định của pháp luật;

+ Thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn khác theo quy định của pháp luật (Điều 3).

b) Người tiến hành tố tụng cạnh tranh

Người tiến hành tố tụng cạnh tranh bao gồm thành viên hội đồng cạnh tranh, Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh, điều tra viên và thư ký phiên điều trần.

– Thành viên hội đồng cạnh tranh

Thành viên hội đồng cạnh tranh do Thủ tướng Chính phủ bổ nhiệm, miễn nhiệm theo đề nghị của Bộ trưởng Bộ Thương mại, gồm chủ tịch hội đồng cạnh tranh và các thành viên khác, với nhiệm kỳ 5 năm và có thể được bổ nhiệm lại. Thành viên hội đồng cạnh tranh là những người trực tiếp xử lý các hành vi hạn chế cạnh tranh tại các phiên điều trần. Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh tại phiên điều trần do chủ tịch hội đồng cạnh tranh quyết định thành lập gồm ít nhất năm thành viên của hội đồng cạnh tranh, trong đó có một thành viên làm chủ tọa phiên điều trần. Thành viên hội đồng cạnh tranh phải đáp ứng đủ các tiêu chuẩn theo quy định tại Điều 55, Luật Cạnh tranh.

– Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh

Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh là người đứng đầu cơ quan quản lý cạnh tranh do Thủ tướng Chính phủ bổ nhiệm, miễn nhiệm theo đề nghị của Bộ trưởng Bộ Thương mại. Khi tiến hành tố tụng cạnh tranh, Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh có các nhiệm vụ và quyền hạn được quy định tại Điều 76, Luật Cạnh tranh.

– Điều tra viên vụ việc cạnh tranh

Điều tra viên vụ việc cạnh tranh do Bộ trưởng Bộ Thương mại bổ nhiệm theo đề nghị của Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh. Điều tra viên thực hiện nhiệm vụ điều tra vụ việc cạnh tranh cụ thể theo quyết định của Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh. Điều tra viên phải có đủ các tiêu chuẩn theo quy định tại Điều 52, Luật Cạnh tranh. Trong quá trình thi hành công vụ, các điều tra viên có các quyền và nghĩa vụ được quy định tại Điều 77 và Điều 78, Luật Cạnh tranh.

c) Người tham gia tố tụng cạnh tranh

Theo Điều 64, Luật Cạnh tranh, người tham gia tố tụng cạnh tranh bao gồm: bên khiếu nại; bên bị điều tra; luật sư; người làm chứng; người giám định; người phiên dịch; người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan.

Những người tham gia tố tụng nói trên có các quyền và nghĩa vụ được quy định tại các Điều 66, 67, 68, 69, 70 và 71 của Luật Cảnh tranh.

2. Trình tự, thủ tục tố tụng cạnh tranh

a) Khiếu nại và thụ lý hồ sơ khiếu nại vụ việc cạnh tranh

Tổ chức, cá nhân cho rằng quyền và lợi ích hợp pháp của mình bị xâm hại do hành vi vi phạm quy định của Luật Cảnh tranh có quyền khiếu nại đến cơ quan quản lý cạnh tranh. Thời hiệu khiếu nại là hai năm, kể từ ngày hành vi có dấu hiệu vi phạm pháp luật về cạnh tranh được thực hiện. Hồ sơ khiếu nại phải có những tài liệu chủ yếu sau đây:

- Đơn khiếu nại theo mẫu của cơ quan quản lý cạnh tranh;
- Chứng cứ về hành vi vi phạm.

Bên khiếu nại phải chịu trách nhiệm về tính trung thực của các chứng cứ đã cung cấp cho cơ quan quản lý cạnh tranh.

Trong thời hạn 7 ngày làm việc, kể từ ngày nhận được hồ sơ khiếu nại vụ việc cạnh tranh, cơ quan quản lý cạnh tranh tiến hành kiểm tra tính đầy đủ và hợp lệ của hồ sơ. Nếu hồ sơ khiếu nại vụ việc cạnh tranh đầy đủ, hợp lệ, cơ quan quản lý cạnh tranh phải thông báo ngay cho bên khiếu nại nộp tiền tạm ứng chi phí xử lý vụ việc cạnh tranh, trừ trường hợp được miễn tiền tạm ứng chi phí xử lý vụ việc cạnh tranh. Trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày nhận được thông báo của cơ quan quản lý cạnh tranh, bên khiếu nại phải nộp tiền tạm ứng chi phí xử lý vụ việc cạnh tranh. Cơ quan quản lý cạnh tranh chỉ thụ lý hồ sơ khiếu nại vụ việc cạnh tranh sau khi nhận được biên lai nộp tiền tạm ứng chi phí xử lý vụ việc cạnh tranh, trừ trường hợp được miễn tiền tạm ứng chi phí xử lý vụ việc cạnh tranh.

Trường hợp hồ sơ khiếu nại vụ việc cạnh tranh không đủ các tài liệu chủ yếu nói trên, cơ quan quản lý cạnh tranh thông báo cho bên khiếu nại bổ sung trong thời hạn không quá 30 ngày; trong trường hợp đặc biệt, cơ quan quản lý cạnh tranh có thể gia hạn 1 lần không quá 15 ngày theo đề nghị của bên khiếu nại.

Cơ quan quản lý cạnh tranh trả lại hồ sơ khiếu nại vụ việc cạnh tranh trong các trường hợp sau đây :

- Hết thời hiệu khởi kiện theo quy định tại khoản 2, Điều 58, Luật Cảnh tranh;
- Vụ việc không thuộc thẩm quyền điều tra của cơ quan quản lý cạnh tranh;

– Bên khiếu nại không sửa đổi, bổ sung hồ sơ theo yêu cầu của cơ quan quản lý cạnh tranh đúng thời hạn nói trên.

Trong trường hợp bị trả lại hồ sơ khiếu nại vụ việc cạnh tranh, bên khiếu nại có quyền khiếu nại lên Bộ trưởng Bộ Thương mại trong thời hạn 05 ngày làm việc kể từ ngày nhận được hồ sơ khiếu nại vụ việc cạnh tranh do cơ quan quản lý cạnh tranh trả lại. Trong thời hạn 7 ngày làm việc kể từ ngày nhận được khiếu nại, Bộ trưởng Bộ Thương mại phải ra một trong các quyết định sau:

- Giữ nguyên việc trả lại hồ sơ khiếu nại vụ việc cạnh tranh;
- Yêu cầu cơ quan quản lý cạnh tranh tiến hành thụ lý hồ sơ khiếu nại vụ việc cạnh tranh.

b) Điều tra vụ việc cạnh tranh

Điều tra vụ việc cạnh tranh là một giai đoạn bắt buộc trong thủ tục tố tụng cạnh tranh. Theo Luật Cạnh tranh, điều tra vụ việc cạnh tranh được tiến hành theo hai giai đoạn là điều tra sơ bộ và điều tra chính thức.

– Điều tra sơ bộ

Điều tra sơ bộ vụ việc cạnh tranh được tiến hành theo quyết định của thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh trong những trường hợp sau đây:

- + Hồ sơ khiếu nại vụ việc cạnh tranh đã được cơ quan quản lý cạnh tranh thụ lý;
- + Cơ quan quản lý cạnh tranh phát hiện có dấu hiệu vi phạm quy định của Luật Cạnh tranh.

Thời hạn tiến hành điều tra sơ bộ vụ việc cạnh tranh là 30 ngày (không phân biệt là vụ việc liên quan đến hạn chế cạnh tranh hay cạnh tranh không lành mạnh), kể từ ngày có quyết định điều tra sơ bộ. Thời hạn trên bao gồm cả việc phân công điều tra viên, hoàn thành điều tra sơ bộ và kiến nghị thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh ra quyết định đình chỉ điều tra hoặc ra quyết định điều tra chính thức.

Nội dung điều tra sơ bộ là phát hiện xem có dấu hiệu vi phạm quy định của Luật Cạnh tranh hay không để làm cơ sở ra quyết định đình chỉ điều tra hoặc ra quyết định điều tra chính thức.

– Điều tra chính thức

Điều tra chính thức được tiến hành nếu kết quả điều tra sơ bộ phát hiện có dấu hiệu vi phạm quy định của Luật Cạnh tranh.

Nội dung của điều tra chính thức bao gồm:

+ Đối với vụ việc thoả thuận hạn chế cạnh tranh, lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, lạm dụng vị trí độc quyền hoặc tập trung kinh tế, nội dung điều tra bao gồm:

- * Xác minh thị trường liên quan;
- * Xác minh thị phần trên thị trường liên quan của bên bị điều tra;
- * Thu thập và phân tích chứng cứ về hành vi vi phạm.

+ Đối với vụ việc cạnh tranh không lành mạnh, điều tra viên phải xác định căn cứ cho rằng bên bị điều tra đã hoặc đang thực hiện hành vi cạnh tranh không lành mạnh.

Thời hạn điều tra chính thức phụ thuộc vào vụ việc liên quan đến hạn chế cạnh tranh hay cạnh tranh không lành mạnh. Điều 90, Luật Cạnh tranh quy định như sau:

* Đối với vụ việc cạnh tranh không lành mạnh, thời hạn điều tra chính thức là chín mươi ngày kể từ ngày có quyết định điều tra; trường hợp cần thiết, thời hạn này có thể được thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh gia hạn, nhưng không quá sáu mươi ngày;

* Đối với vụ việc thoả thuận hạn chế cạnh tranh, lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, lạm dụng vị trí độc quyền hoặc tập trung kinh tế, thời hạn điều tra chính thức là một trăm tám mươi ngày, kể từ ngày có quyết định điều tra; trường hợp cần thiết, thời hạn này có thể được thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh gia hạn, nhưng không quá hai lần, mỗi lần không quá sáu mươi ngày;

Việc gia hạn thời hạn điều tra phải được điều tra viên thông báo đến tất cả các bên liên quan trong thời hạn chậm nhất là bảy ngày làm việc trước ngày hết hạn điều tra.

Trường hợp qua điều tra phát hiện vụ việc cạnh tranh có dấu hiệu tội phạm, điều tra viên phải kiến nghị ngay với thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh xem xét, chuyển hồ sơ đến cơ quan nhà nước có thẩm quyền khởi tố vụ án hình sự theo quy định của pháp luật tố tụng hình sự. Nếu cơ quan nhà nước có thẩm quyền khởi tố vụ án hình sự thấy không có căn cứ khởi tố vụ án hình sự theo quy định của Bộ luật Tố tụng hình sự, thì phải trả lại hồ sơ cho cơ quan quản lý cạnh tranh để tiếp tục điều tra theo thủ tục quy định tại Luật Cạnh tranh. Thời hạn điều tra trong trường hợp này được tính từ ngày nhận lại hồ sơ.

c) Quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh

– Đối với hành vi cạnh tranh không lành mạnh

Cơ quan quản lý cạnh tranh chỉ được ra quyết định xử lý hành vi cạnh tranh không lành mạnh sau khi đã tiến hành điều tra và phải dựa trên nội dung điều tra chính thức, báo cáo điều tra, tình tiết giảm nhẹ, tăng nặng và các quy định khác có liên quan.

Nội dung quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh của cơ quan quản lý cạnh tranh được quy định tại Điều 137, Nghị định 116/2005/NĐ – CP.

Nếu không bị khiếu nại, quyết định xử lý vụ việc của cơ quan quản lý cạnh tranh có hiệu lực pháp luật sau 30 ngày kể từ ngày thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh ký quyết định.

Quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh phải được gửi cho các bên liên quan trong thời hạn bảy ngày làm việc, kể từ ngày ký.

– Đối với hành vi hạn chế cạnh tranh

Vụ việc cạnh tranh liên quan đến các hành vi hạn chế cạnh tranh thuộc thẩm quyền giải quyết của hội đồng cạnh tranh phải được xem xét, xử lý thông qua phiên điều trần.

Sau khi kết thúc điều tra chính thức, thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh phải chuyển báo cáo điều tra cùng toàn bộ hồ sơ vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh đến hội đồng cạnh tranh.

Sau khi nhận được báo cáo điều tra và toàn bộ hồ sơ vụ việc cạnh tranh, chủ tịch hội đồng cạnh tranh quyết định thành lập hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh. Trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày nhận hồ sơ vụ việc cạnh tranh, hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh phải ra một trong các quyết định sau đây:

+ Trả hồ sơ để điều tra bổ sung: Trường hợp cần phải thu thập thêm chứng cứ, hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh có quyền quyết định trả hồ sơ để điều tra bổ sung. Thời hạn để điều tra viên điều tra bổ sung là 60 ngày, kể từ ngày có yêu cầu điều tra bổ sung bằng văn bản của hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh.

+ Đình chỉ giải quyết vụ việc cạnh tranh: Theo Điều 101, Luật Cạnh tranh, hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh quyết định đình chỉ giải quyết vụ việc cạnh tranh trong các trường hợp sau:

* Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh đề nghị đình chỉ giải quyết vụ việc cạnh tranh trong trường hợp không đủ chứng cứ chứng minh hành vi vi phạm quy định của Luật này và hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh xét thấy đề nghị đó là xác đáng;

* Bên bị điều tra đã tự nguyện chấm dứt hành vi vi phạm, khắc phục hậu quả gây ra và bên khiếu nại tự nguyện rút đơn khiếu nại;

* Bên bị điều tra đã tự nguyện chấm dứt hành vi vi phạm, khắc phục hậu quả gây ra và thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh đề nghị đình chỉ giải quyết vụ việc cạnh tranh trong trường hợp việc điều tra được tiến hành theo quy định tại khoản 2, Điều 65, Luật Cạnh tranh.

Quyết định đình chỉ giải quyết vụ việc cạnh tranh phải được gửi cho bên bị điều tra, bên khiếu nại (nếu có) và cơ quan quản lý cạnh tranh.

+ Mở phiên điều trần: Trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày có quyết định mở phiên điều trần, hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh phải mở phiên điều trần. Phiên điều trần, với sự tham gia của các thành viên hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh, thư ký phiên điều trần, điều tra viên đã điều tra vụ việc cạnh tranh, bên bị điều tra, bên khiếu nại, luật sư và những người khác được ghi trong quyết định mở phiên điều trần. Phiên điều trần được tổ chức công khai. Trường hợp nội dung điều trần có liên quan đến bí mật quốc gia, bí mật kinh doanh thì phiên điều trần được tổ chức kín. Phiên điều trần được tiến hành theo Mục 8, Nghị định số 116/2005/NĐ – CP.

Sau khi nghe những người tham gia phiên điều trần trình bày ý kiến và tranh luận, hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh tiến hành thảo luận, bỏ phiếu kín và quyết định theo đa số.

Nếu không bị khiếu nại, quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh của hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh sẽ có hiệu lực pháp luật sau 30 ngày kể từ ngày chủ tọa phiên điều trần ký quyết định.

Quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh phải có các nội dung chính như: Tóm tắt nội dung vụ việc; phân tích vụ việc; kết luận xử lý vụ việc. Quyết định này phải được gửi cho các bên liên quan trong thời hạn bảy ngày làm việc, kể từ ngày ký.

d) Giải quyết khiếu nại quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh

Quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh là quyết định hành chính. Vì vậy, cơ chế giải quyết khiếu nại đối với quyết định này cũng giống như đối với quyết

định hành chính của các cơ quan hành chính nhà nước khác. Theo đó, nếu các bên có liên quan không nhất trí với một phần hoặc toàn bộ nội dung của quyết định hành chính thì họ có quyền khiếu nại lên cơ quan hành chính cấp trên trực tiếp của cơ quan đã ra quyết định hành chính. Sau khi nhận được đơn khiếu nại, cơ quan hành chính cấp trên trực tiếp phải có trách nhiệm giải quyết khiếu nại theo thẩm quyền. Sau khi đã giải quyết khiếu nại, các bên liên quan vẫn không nhất trí với quyết định giải quyết khiếu nại đó thì họ có quyền khởi kiện vụ án hành chính ra toà án nhân dân có thẩm quyền.

Phù hợp với tinh thần đó, Luật Cạnh tranh quy định, trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày ký quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh, nếu các bên có liên quan không nhất trí với một phần hoặc toàn bộ nội dung của quyết định có quyền khiếu nại lên Bộ trưởng Bộ Thương mại (đối với quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh của Thủ trưởng cơ quan quản lý cạnh tranh) hoặc hội đồng cạnh tranh (đối với quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh của hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh). Những phần của quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh bị khiếu nại thì chưa được phép đưa ra thi hành.

Bên khiếu nại phải làm đơn khiếu nại. Đơn khiếu nại phải có các nội dung chính theo quy định tại khoản 1, Điều 108, Luật Cạnh tranh. Đơn khiếu nại phải được gửi cho cơ quan đã ban hành quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh kèm theo các chứng cứ bổ sung (nếu có) chứng minh cho khiếu nại của mình là có căn cứ và hợp pháp.

Trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày nhận đơn khiếu nại, cơ quan thụ lý đơn khiếu nại quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh có trách nhiệm xem xét đơn khiếu nại, chuyển đơn khiếu nại kèm theo toàn bộ hồ sơ vụ việc cạnh tranh và kiến nghị của mình đối với đơn khiếu nại lên hội đồng cạnh tranh hoặc Bộ trưởng Bộ Thương mại.

Trong thời hạn ba mươi ngày (trường hợp đặc biệt phức tạp, thời hạn giải quyết khiếu nại có thể được gia hạn, nhưng không quá ba mươi ngày), kể từ ngày nhận được hồ sơ khiếu nại, hội đồng cạnh tranh hoặc Bộ trưởng Bộ Thương mại có trách nhiệm giải quyết khiếu nại theo thẩm quyền như sau:

– Hội đồng cạnh tranh có quyền giữ nguyên quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh nếu xét thấy việc khiếu nại là không đủ căn cứ hoặc đã sửa một phần hoặc toàn bộ quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh nếu quyết định này không đúng pháp luật, hoặc huỷ quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh và chuyển hồ sơ vụ việc cạnh tranh cho hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh giải

quyết lại khi có những chứng cứ chưa được thu thập và xác minh đầy đủ hoặc thành phần hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh không đúng quy định của Luật này hoặc có sự vi phạm nghiêm trọng khác trong hoạt động tổ tụng cạnh tranh.

– Bộ trưởng Bộ Thương mại có quyền giữ nguyên quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh nếu xét thấy việc khiếu nại là không đủ căn cứ hoặc đã sửa một phần hoặc toàn bộ quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh nếu quyết định này không đúng pháp luật, hoặc có quyền huỷ quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh và yêu cầu cơ quan quản lý cạnh tranh giải quyết lại trong trường hợp chứng cứ chưa được thu thập và xác minh đầy đủ.

Quyết định giải quyết khiếu nại quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh có hiệu lực pháp luật kể từ ngày ký.

Trường hợp không nhất trí với quyết định giải quyết khiếu nại về quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh, các bên liên quan có quyền khởi kiện vụ án đối với một phần hoặc toàn bộ nội dung của quyết định giải quyết khiếu nại ra toà án nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương có thẩm quyền.

Trường hợp toà án thụ lý đơn khởi kiện quyết định giải quyết khiếu nại về quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh thì Bộ trưởng Bộ Thương mại, thủ tịch hội đồng cạnh tranh có trách nhiệm chỉ đạo chuyển hồ sơ vụ việc cạnh tranh đến toà án trong thời hạn mười ngày làm việc, kể từ ngày nhận được yêu cầu của toà án.

Những phần của quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh không bị khởi kiện ra toà án vẫn tiếp tục được thi hành.

e) Xử lý vi phạm pháp luật về cạnh tranh

– *Các hình thức xử phạt vi phạm pháp luật về cạnh tranh*

Mỗi hành vi vi phạm pháp luật về cạnh tranh, tổ chức, cá nhân vi phạm phải chịu một trong các hình thức xử phạt chính là cảnh cáo hoặc phạt tiền. Mức phạt tiền được quy định như sau:

+ Đối với hành vi vi phạm quy định về thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, lạm dụng vị trí độc quyền hoặc tập trung kinh tế, cơ quan có thẩm quyền xử phạt có thể phạt tiền tối đa đến 10% tổng doanh thu của tổ chức, cá nhân vi phạm trong năm tài chính trước năm thực hiện hành vi vi phạm;

+ Đối với hành vi vi phạm quy định về cạnh tranh không lành mạnh và các hành vi khác vi phạm quy định của Luật Cạnh tranh, cơ quan có thẩm quyền xử phạt tiến hành phạt tiền theo quy định của pháp luật về xử lý vi phạm hành chính hoặc theo quy định của pháp luật có liên quan.

Ngoài ra, hình thức xử phạt cảnh cáo hoặc phạt tiền, tùy theo tính chất, mức độ vi phạm, tổ chức, cá nhân vi phạm pháp luật về cạnh tranh còn có thể bị áp dụng một hoặc các hình thức xử phạt bổ sung như: thu hồi giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề; tịch thu tang vật, phương tiện được sử dụng để vi phạm pháp luật về cạnh tranh.

Bên cạnh các hình thức xử phạt nêu trên, tổ chức, cá nhân vi phạm pháp luật về cạnh tranh còn có thể bị áp dụng một hoặc các biện pháp khắc phục hậu quả như: cơ cấu lại doanh nghiệp lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường; chia, tách doanh nghiệp đã sáp nhập, hợp nhất; buộc bán lại phần doanh nghiệp đã mua; cải chính công khai; loại bỏ những điều khoản vi phạm pháp luật ra khỏi hợp đồng hoặc giao dịch kinh doanh; các biện pháp cần thiết khác để khắc phục sự tác động hạn chế cạnh tranh của hành vi vi phạm.

Tổ chức, cá nhân có hành vi vi phạm pháp luật về cạnh tranh gây thiệt hại đến lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân khác thì phải bồi thường thiệt hại theo quy định của pháp luật.

– *Thẩm quyền xử phạt, xử lý vi phạm pháp luật về cạnh tranh*

Điều 119, Luật Cạnh tranh đã quy định cụ thể thẩm quyền xử phạt, xử lý vi phạm pháp luật về cạnh tranh của hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh, hội đồng cạnh tranh, cơ quan quản lý cạnh tranh và các cơ quan khác, theo đó:

+ Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh, hội đồng cạnh tranh có các quyền phạt cảnh cáo; phạt tiền; tịch thu tang vật, phương tiện được sử dụng để vi phạm pháp luật về cạnh tranh; áp dụng các biện pháp cải chính công khai; loại bỏ những điều khoản vi phạm pháp luật ra khỏi hợp đồng hoặc giao dịch kinh doanh; các biện pháp cần thiết khác để khắc phục tác động hạn chế cạnh tranh của hành vi vi phạm; yêu cầu cơ quan nhà nước có thẩm quyền thu hồi giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề; yêu cầu cơ quan nhà nước có thẩm quyền áp dụng các biện pháp cơ cấu lại doanh nghiệp lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường; chia, tách doanh nghiệp đã sáp nhập, hợp nhất, buộc bán lại phần doanh nghiệp đã mua.

Cơ quan quản lý cạnh tranh có quyền áp dụng các biện pháp cảnh cáo, tịch thu tang vật, phương tiện được sử dụng để vi phạm pháp luật về cạnh tranh, cải chính công khai; phạt tiền theo quy định của pháp luật về xử lý vi phạm hành chính hoặc theo quy định của pháp luật có liên quan đối với hành vi cạnh tranh không lành mạnh và các hành vi khác vi phạm quy định của Luật Cạnh tranh không thuộc trường hợp có hành vi vi phạm quy định về hạn chế cạnh tranh.

+ Các cơ quan khác có thẩm quyền xử phạt đối với hành vi vi phạm quy định về cạnh tranh không lành mạnh liên quan đến quyền sở hữu trí tuệ theo quy định của pháp luật về xử lý vi phạm hành chính.

– Thi hành quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh

Sau thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh có hiệu lực pháp luật, nếu bên phải thi hành không tự nguyện thi hành, không khởi kiện ra toà án thì bên được thi hành quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh có quyền làm đơn yêu cầu cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền tổ chức thực hiện quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh thuộc phạm vi chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của cơ quan đó.

Trường hợp quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh có liên quan đến tài sản của bên phải thi hành thì bên được thi hành có quyền yêu cầu cơ quan thi hành án dân sự tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương nơi có trụ sở, nơi cư trú hoặc nơi có tài sản của bên phải thi hành tổ chức thực hiện quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh.

PHÁP LUẬT VỀ PHÁ SẢN

A – KHÁI QUÁT VỀ PHÁ SẢN VÀ PHÁP LUẬT VỀ PHÁ SẢN

I – KHÁI NIỆM VÀ PHÂN LOẠI PHÁ SẢN

1. Khái niệm phá sản

Với sự chi phối của các quy luật trong nền kinh tế thị trường, phá sản là một hiện tượng kinh tế, xã hội tất yếu, là hệ quả của quá trình cạnh tranh, chọn lọc và đào thải tự nhiên để loại bỏ các chủ thể kinh doanh yếu kém, khẳng định sự tồn tại và phát triển của các chủ thể kinh doanh có hiệu quả. Nguyên nhân dẫn đến phá sản rất đa dạng, có cả những nguyên nhân chủ quan và nguyên nhân khách quan (năng lực quản trị kinh doanh kém, những biến động trên thương trường, sự kiện bất khả kháng...). Về mặt pháp lý, khái niệm phá sản được dùng để chỉ tình trạng khủng hoảng trầm trọng về tài chính của chủ thể kinh doanh, biểu hiện là chủ thể mất khả năng thanh toán các khoản nợ đến hạn.

Định nghĩa pháp lý về tình trạng phá sản của doanh nghiệp là nội dung quan trọng của pháp luật phá sản. Khái niệm tình trạng phá sản trong pháp luật thể hiện quan điểm của mỗi quốc gia về hiện tượng phá sản khác với hiện tượng vi phạm những cam kết thương mại hay là những quan hệ đòi nợ thông thường. Quy định về tình trạng phá sản là căn cứ để xác định phạm vi tác động của pháp luật phá sản và là căn cứ để tòa án áp dụng thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp. Do đặc điểm kinh tế – xã hội cũng như hệ thống pháp luật của các nước có sự khác nhau, nên quan điểm về tình trạng phá sản của doanh nghiệp trong pháp luật các nước nhiều khi không thống nhất. Tuy nhiên, có hai quan điểm cơ bản trong việc xác định tình trạng phá sản của doanh nghiệp là quan điểm định lượng và quan điểm định tính. Theo quan điểm định lượng, khi doanh nghiệp không trả được một khoản nợ đến hạn với giá trị nhất định theo quy định của pháp luật thì bị coi là lâm vào tình trạng phá sản (Vương quốc Anh, Australia, Thái Lan, Singapore...). Quan điểm định tính xác định tình trạng phá sản không phụ thuộc vào giá trị

khoản nợ đến hạn mà doanh nghiệp không trả được; một doanh nghiệp bị coi là lâm vào tình trạng phá sản nếu tổng số nợ của doanh nghiệp vượt quá khả năng thanh toán của doanh nghiệp.

Trong những năm đổi mới vừa qua ở Việt Nam, cùng với quá trình xây dựng và hoàn thiện pháp luật về phá sản, quan niệm về phá sản đã từng bước có những thay đổi theo hướng phù hợp với điều kiện thực tế trong nước và các quan điểm phổ biến về phá sản trên thế giới. Luật Doanh nghiệp tư nhân (1990) và Luật Công ty (1990) định nghĩa doanh nghiệp (doanh nghiệp tư nhân và công ty) lâm vào tình trạng phá sản là doanh nghiệp gặp khó khăn, thua lỗ trong hoạt động kinh doanh đến mức tại một thời điểm tổng giá trị các tài sản còn lại của doanh nghiệp không đủ thanh toán tổng số các khoản nợ đến hạn⁸¹. Định nghĩa này nhìn chung chưa phản ánh chính xác bản chất của hiện tượng phá sản, bởi lẽ trong kinh doanh, tổng giá trị tài sản của doanh nghiệp lớn hơn các khoản nợ đến hạn không đồng nghĩa với việc doanh nghiệp có thể thanh toán được các khoản nợ đến hạn. Doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản không chỉ là những doanh nghiệp còn ít tài sản, mà có thể bao gồm cả những doanh nghiệp còn nhiều tài sản (trong tương quan với các khoản nợ đến hạn), nhưng không thể "hiện kim" tài sản để thanh toán nợ đến hạn. Doanh nghiệp có nhiều tài sản, nhưng khả năng thanh toán không đáp ứng được các khoản nợ đến hạn thì vẫn có thể và cần phải xử lý bằng pháp luật phá sản.

Luật Phá sản doanh nghiệp (1993) tiếp cận khái niệm phá sản dựa trên tiêu chí cơ bản là tương quan giữa khả năng thanh toán và nợ đến hạn của doanh nghiệp. Theo luật này, doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản là doanh nghiệp gặp khó khăn hoặc bị thua lỗ trong hoạt động kinh doanh sau khi áp dụng các biện pháp tài chính cần thiết mà vẫn mất khả năng thanh toán nợ đến hạn⁸². Trên cơ sở quy định của Luật Phá sản doanh nghiệp (1993), Chính phủ đã hướng dẫn tại Nghị định số 189/NĐ – CP ngày 23/12/1994: Theo đó, Doanh nghiệp được coi là có dấu hiệu lâm vào tình trạng phá sản khi doanh nghiệp kinh doanh thua lỗ trong hai năm liên tiếp đến mức không trả được các khoản nợ đến hạn, không trả đủ lương cho người lao động. Khi có dấu hiệu lâm vào tình trạng phá sản như nói ở trên, doanh nghiệp phải áp dụng các biện pháp tài chính cần thiết như: có phương

⁸¹ Điều 17, Luật Doanh nghiệp tư nhân (1990), Điều 24, Luật Công ty (1990).

⁸² Điều 2, Luật Phá sản doanh nghiệp (1993).

án tổ chức lại sản xuất, kinh doanh; xử lý hàng hoá vật tư tồn đọng; thu hồi nợ; thương lượng với các chủ nợ để hoãn nợ, mua nợ, bảo lãnh nợ, giảm nợ, xoá nợ; tìm kiếm các khoản tài trợ và các khoản vay để trang trải các khoản nợ và đổi mới công nghệ. Chỉ sau khi áp dụng các biện pháp tài chính cần thiết mà vẫn mất khả năng thanh toán nợ đến hạn mới được nộp đơn yêu cầu giải quyết phá sản. Qua thực tiễn giải quyết phá sản cho thấy, việc quy định tiêu chí xác định doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản theo cách của Luật Phá sản doanh nghiệp (1993) và hướng dẫn của Chính phủ tại Nghị Định số 189/ND – CP là không hợp lý. Đa số các trường hợp, khi doanh nghiệp thua lỗ, không thanh toán được nợ đến hạn, sau khi đã áp dụng các biện pháp tài chính cần thiết mà vẫn không khắc phục được, thì lúc đó thực chất là doanh nghiệp đã phá sản (nhiều trường hợp tài sản còn lại của doanh nghiệp thậm chí không đủ trang trải cho chi phí phá sản). Việc xác định tình trạng phá sản của doanh nghiệp có ý nghĩa rất quan trọng. Nếu xác định tình trạng này không hợp lý sẽ có rất ít cơ hội để giải quyết hiệu quả vụ phá sản, cho dù đó là thủ tục thanh toán hay thủ tục phục hồi doanh nghiệp. Quy định tình trạng phá sản theo Luật Phá sản doanh nghiệp (1993) đã dẫn đến nhiều trường hợp, việc giải quyết phá sản đối với doanh nghiệp được tiến hành quá muộn dẫn đến ít có khả năng ngăn chặn những hậu quả xấu có thể xảy ra.

Từ thực tiễn giải quyết phá sản ở Việt Nam và kinh nghiệm quốc tế, Luật Phá sản (2004) ⁸³ đã có những thay đổi đáng kể trong quan niệm về doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản. Theo luật này, doanh nghiệp không có khả năng thanh toán được các khoản nợ đến hạn khi chủ nợ có yêu cầu thì được coi là lâm vào tình trạng phá sản ⁸⁴. Từ quy định này cho thấy, một doanh nghiệp bị coi là lâm vào tình trạng phá sản theo Luật Phá sản khi có đủ các dấu hiệu pháp lý sau:

- Doanh nghiệp không có khả năng thanh toán được các khoản nợ đến hạn;
- Doanh nghiệp bị chủ nợ yêu cầu thanh toán khoản nợ đến hạn.

Như vậy, tiêu chí quan trọng nhất để xác định doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản là việc doanh nghiệp mất khả năng thanh toán nợ đến hạn. Ngoài trừ do sự kiện bất khả kháng, mất khả năng thanh toán nợ đến hạn là

⁸³ Luật Phá sản được thông qua ngày 15/6/2004, có hiệu lực thi hành từ ngày 15/10/2004 và thay thế cho Luật Phá sản doanh nghiệp năm 1993.

⁸⁴ Điều 2, Luật Phá sản (2004).

biểu hiện của tình trạng doanh nghiệp thua lỗ trầm trọng, kéo dài, không phải là khó khăn tài chính tức thời. Mất khả năng thanh toán nợ đến hạn không đơn thuần chỉ là hiện tượng doanh nghiệp không thanh toán được một khoản nợ đến hạn nào đó, mà nó phản ánh tình trạng doanh nghiệp đang khủng hoảng trầm trọng về mặt tài chính, cần thiết phải có sự can thiệp kịp thời của Nhà nước để bảo vệ lợi ích của các chủ thể có liên quan cũng như lợi ích của bản thân doanh nghiệp mắc nợ. Quy định này của Luật Phá sản (2004) về tình trạng phá sản thể hiện quan điểm định tính trong việc xác định tình trạng phá sản. Mặt khác, việc không coi thời gian hoạt động của doanh nghiệp cũng như nguyên nhân của tình trạng phá sản là căn cứ bắt buộc để xác định tình trạng phá sản có ý nghĩa quan trọng trong việc tạo cơ sở pháp lý cho việc mở thủ tục phá sản một cách kịp thời, xử lý hiệu quả tình trạng hoạt động kinh doanh yếu kém của các doanh nghiệp.

2. Phân loại phá sản

Dựa vào những căn cứ khác nhau, người ta phân chia phá sản thành nhiều loại. Việc phân loại phá sản nhằm xác lập cơ chế giải quyết phù hợp với tính chất của từng loại phá sản. Hiện tượng phá sản có thể được phân loại theo các tiêu chí cơ bản sau:

– Căn cứ vào nguyên nhân dẫn đến phá sản, phá sản được chia thành phá sản trung thực và phá sản gian trá. Phá sản trung thực là hậu quả của việc mất khả năng thanh toán do những nguyên nhân khách quan hay những rủi ro trong kinh doanh gây ra. Phá sản gian trá là hiện tượng phá sản do con nợ có những thủ đoạn gian trá, cố sắp đặt trước nhằm chiếm đoạt tài sản của người khác. Đối với phá sản trung thực, pháp luật chủ yếu nhằm vào giải quyết vấn đề xử lý tài sản hoặc phục hồi doanh nghiệp (nếu có thể phục hồi); đối với phá sản gian trá, ngoài những vấn đề này, pháp luật còn phải truy cứu trách nhiệm đối với những cá nhân có vi phạm pháp luật. Theo Luật Phá sản (2004), trong quá trình tiến hành thủ tục phá sản nếu phát hiện có dấu hiệu tội phạm thì thẩm phán cung cấp tài liệu cho viện kiểm sát nhân dân cùng cấp để xem xét việc khởi tố về hình sự và vẫn tiến hành thủ tục phá sản theo quy định⁸⁶.

– Căn cứ vào cơ sở pháp lý làm phát sinh quan hệ pháp luật phá sản (chủ thể nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản), phá sản được chia thành: phá sản

⁸⁶ Khoản 3, Điều 8, Luật Phá sản (2004).

tự nguyện và phá sản bắt buộc. Phá sản tự nguyện là phá sản do chính con nợ yêu cầu khi thấy mình lâm vào tình trạng phá sản. Phá sản bắt buộc là trường hợp phá sản được thực hiện theo yêu cầu của các chủ thể không phải là doanh nghiệp mắc nợ (chủ nợ, người lao động...).

– Dựa vào đối tượng áp dụng của Luật Phá sản, người ta phân chia phá sản thành: phá sản doanh nghiệp và phá sản cá nhân. Thực tế cho thấy, việc ban hành Luật Phá sản ở đa số các nước đều xuất phát trực tiếp từ nhu cầu giải quyết tình trạng mất khả năng thanh toán cùng với những hậu quả của nó trong hoạt động kinh doanh của các thương nhân, vì vậy, đa số các nước chỉ áp dụng pháp luật phá sản với các thương nhân để giải quyết các khoản nợ phát sinh trong kinh doanh. Tuy nhiên, cũng có nước không giới hạn phạm vi áp dụng của Luật Phá sản chỉ với các thương nhân; pháp luật phá sản được áp dụng đối với mọi chủ thể pháp luật dân sự lâm vào tình trạng phá sản, không phân biệt thương nhân hay không phải là thương nhân (Hoa Kỳ, Australia, Nhật Bản...).

Ở Việt Nam hiện nay, Luật Phá sản được áp dụng đối với các doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế và hợp tác xã được thành lập và hoạt động theo quy định của pháp luật⁸⁶. Trong giáo trình này, đối tượng áp dụng của pháp luật phá sản được gọi chung là doanh nghiệp thay cho hai khái niệm (doanh nghiệp và hợp tác xã). Như vậy, theo pháp luật Việt Nam không phải tất cả các thương nhân khi lâm vào tình trạng phá sản đều được áp dụng Luật Phá sản để giải quyết; ngoại trừ hợp tác xã, những thương nhân không phải là doanh nghiệp (tổ hợp tác có đăng ký kinh doanh, hộ kinh doanh cá thể) khi lâm vào tình trạng phá sản sẽ không được giải quyết theo quy định của pháp luật phá sản. Về lý luận, xét từ yêu cầu của việc đảm bảo nguyên tắc bình đẳng trong kinh doanh, vấn đề đối tượng áp dụng của Luật Phá sản ở Việt Nam cần tiếp tục được nghiên cứu thêm.

3. Phân biệt phá sản với giải thể

Về mặt hiện tượng thì phá sản và giải thể doanh nghiệp giống nhau ở chỗ chúng đều dẫn đến việc chấm dứt sự tồn tại của doanh nghiệp, kèm theo đó là việc phân chia tài sản còn lại của doanh nghiệp cho các chủ nợ, giải quyết quyền lợi cho người lao động... Tuy nhiên, phá sản và giải thể có bản chất pháp lý khác nhau, thể hiện ở những điểm cơ bản sau:

⁸⁶ Điều 2, Luật Phá sản (2004).

Thứ nhất, lý do giải thể khác với lý do phá sản. Giải thể có thể do chủ sở hữu (hoặc các chủ sở hữu) của doanh nghiệp quyết định (giải thể tự nguyện) hoặc do cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền quyết định (giải thể bắt buộc do doanh nghiệp kinh doanh vi phạm pháp luật hoặc không đủ điều kiện tồn tại). Trong khi đó, phá sản có nguyên nhân duy nhất là sự mất khả năng thanh toán nợ đến hạn khi chủ nợ có yêu cầu.

Thứ hai, thủ tục giải quyết phá sản và thủ tục giải thể khác nhau về tính chất. Giải thể có thể do doanh nghiệp tự tiến hành hoặc do cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền tiến hành theo thủ tục hành chính. Phá sản là một thủ tục tư pháp, do toà án có thẩm quyền tiến hành theo quy định của pháp luật về tố tụng phá sản.

Thứ ba, giải thể và phá sản có sự khác nhau về hậu quả. Giải thể luôn dẫn đến chấm dứt hoạt động của doanh nghiệp và doanh nghiệp bị xoá tên trong sổ đăng ký kinh doanh. Trong khi đó, đối với phá sản thì không phải bao giờ cũng dẫn đến kết quả như vậy; trong những trường hợp nhất định, phá sản chỉ làm thay đổi chủ sở hữu của doanh nghiệp mà không chấm dứt hoạt động của doanh nghiệp (ví dụ: doanh nghiệp phá sản được nhà đầu tư khác mua lại và tiếp tục duy trì hoạt động của nó).

Thứ tư, sự đối xử của Nhà nước đối với người quản lý, điều hành doanh nghiệp có sự khác nhau giữa hai trường hợp giải thể và phá sản. Thông thường việc giải thể doanh nghiệp không kèm theo các chế tài hạn chế quyền tự do kinh doanh của người quản lý, điều hành doanh nghiệp; trong khi đó đối với doanh nghiệp phá sản, người quản lý, điều hành doanh nghiệp có thể bị hạn chế quyền thành lập và quản lý doanh nghiệp.

II — KHÁI QUÁT PHÁP LUẬT VỀ PHÁ SẢN

1. Khái niệm pháp luật phá sản

Các quan hệ xã hội phát sinh từ tình trạng phá sản của doanh nghiệp cần thiết phải được điều chỉnh bởi pháp luật. Pháp luật phá sản là hệ thống các quy phạm pháp luật điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh trong quá trình giải quyết yêu cầu phá sản doanh nghiệp. Pháp luật phá sản là một bộ phận cấu thành hệ thống pháp luật kinh tế.

Khởi thủy của pháp luật phá sản, tư duy cũng như lối hành xử của các nhà nước đối với tình trạng phá sản của con nợ là rất khắc khe, nặng về quan điểm trừng phạt. Giải quyết phá sản lúc này không đơn thuần chỉ là việc xem

xét các quan hệ về tài sản (việc dân sự), mà còn có sự can thiệp bằng các biện pháp hình sự; cùng với việc bị khánh kiệt tài sản, con nợ có thể bị áp dụng chế tài hình sự nghiêm khắc như bắt làm nô lệ, bỏ tù, hay bị giết v.v... Đến thời kỳ cận đại và hiện đại, cộng đồng xã hội cũng như các nhà nước có thái độ nhìn nhận ngày càng khoan dung với hiện tượng phá sản. Hoạt động kinh doanh là cơ sở quan trọng cho sự phát triển xã hội, nhưng cũng luôn tiềm ẩn rủi ro. Với sự phát triển của nền kinh tế thị trường, sự gia tăng mức độ cạnh tranh, hiện tượng phá sản tất yếu trở nên phổ biến. Trong điều kiện đó, pháp luật phá sản đã và đang phát triển theo hướng ngày càng đối xử nhân đạo với chủ thể bị phá sản. Pháp luật phá sản không chỉ quan tâm bảo vệ lợi ích cho chủ nợ mà còn đặt ra những thiết chế để bảo vệ lợi ích của con nợ.

Các quan hệ xã hội phát sinh trong quá trình giải quyết phá sản có thể được chia thành hai nhóm cơ bản là: (i) Quan hệ giữa chủ nợ và doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản (ii) Quan hệ giữa các đương sự với cơ quan nhà nước có thẩm quyền (quan hệ tố tụng phá sản). Quan hệ giữa chủ nợ và doanh nghiệp mắc nợ có bản chất là quan hệ tài sản, được hình thành từ quá trình tổ chức thực hiện hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp. Chủ nợ là các tổ chức, cá nhân có khoản nợ chưa được doanh nghiệp mắc nợ thanh toán⁸⁷. Quan hệ tố tụng phá sản là quan hệ giữa các đương sự và cơ quan nhà nước có thẩm quyền phát sinh trong quá trình giải quyết yêu cầu phá sản doanh nghiệp. Các đương sự bao gồm chủ nợ, con nợ và những người có liên quan như đại diện chủ sở hữu đối với các doanh nghiệp nhà nước, cổ đông công ty cổ phần, thành viên công ty hợp danh... và các cơ quan nhà nước có thẩm quyền (toà án nhân dân; viện kiểm sát nhân dân...) trong giải quyết yêu cầu phá sản doanh nghiệp.

Để điều chỉnh các quan hệ phát sinh trong quá trình giải quyết phá sản, pháp luật phá sản chứa đựng cả các quy phạm pháp luật nội dung và các quy phạm pháp luật tố tụng. Các quy phạm nội dung của Luật Phá sản điều chỉnh các quan hệ tài sản giữa chủ nợ và con nợ; quy định quyền và nghĩa vụ của các chủ thể có liên quan đến tình trạng phá sản của doanh nghiệp. Ở nội dung tố tụng, Luật Phá sản chứa đựng các quy phạm điều chỉnh quan hệ tố tụng giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền với chủ nợ, con nợ và những người có liên quan; quy định quyền và nghĩa vụ tố tụng của các chủ thể tham

⁸⁷ Theo quy định tại Điều 6 (các khoản 1,2,3), Luật Phá sản (2004), chủ nợ được chia ra ba loại: chủ nợ có bảo đảm, chủ nợ có bảo đảm một phần và chủ nợ không có bảo đảm.

gia và tiến hành tố tụng; quy định trình tự, thủ tục giải quyết yêu cầu phá sản doanh nghiệp.

2. Nội dung của pháp luật phá sản

Nội dung của pháp luật phá sản bị chi phối bởi nhiều yếu tố, cả khách quan và chủ quan, như cơ chế quản lý kinh tế, trình độ phát triển của thị trường, phong tục tập quán, trình độ, năng lực lập pháp... Phụ thuộc vào điều kiện kinh tế, xã hội cụ thể của các quốc gia trong từng thời kỳ mà nội dung của pháp luật phá sản được xây dựng một cách phù hợp. Tuy nhiên, nhìn chung pháp luật phá sản bao gồm những nội dung cơ bản sau:

- Đối tượng áp dụng của Luật Phá sản;
- Căn cứ pháp lý xác định tình trạng phá sản của con nợ;
- Thẩm quyền giải quyết yêu cầu phá sản;
- Tài sản phá sản và các biện pháp bảo toàn tài sản phá sản của con nợ;
- Trình tự, thủ tục giải quyết yêu cầu phá sản, bao gồm hai thủ tục cơ bản là phục hồi doanh nghiệp và thanh lý tài sản.

Những nội dung của pháp luật phá sản hiện nay ở Việt Nam được thể hiện trong Luật Phá sản năm 2004 và các văn bản hướng dẫn thi hành⁸⁸.

3. Vai trò của pháp luật phá sản

a) Pháp luật phá sản bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ nợ

Khi một doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản, hàng loạt các lợi ích có nguy cơ bị xâm hại: doanh nghiệp khủng hoảng tài chính có nguy cơ phải đóng cửa, nhà đầu tư mất vốn, chủ nợ có nguy cơ không thu hồi được nợ, môi trường kinh doanh bị xáo trộn... Về lý luận cũng như thực tiễn, những lợi ích này cần phải được bảo vệ một cách thỏa đáng bằng pháp luật. Trong các đối tượng có liên quan đến tình trạng phá sản của doanh nghiệp, chủ nợ là những người có quyền lợi bị ảnh hưởng trực tiếp và có nguy cơ bị thiệt hại lớn nhất. Pháp luật phá sản được xây dựng trước hết và chủ yếu là nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ nợ. Pháp luật phá sản quy định thủ

⁸⁸ Các văn bản hướng dẫn thi hành Luật Phá sản, cho đến nay bao gồm: Nghị quyết số 03/HĐTP ngày 28/4/2005 của Hội đồng thẩm phán TAND tối cao hướng dẫn thi hành một số quy định của Luật Phá sản; Nghị định số 94/2005/NĐ – CP ngày 15/7/2005 của Chính phủ về giải quyết quyền lợi của người lao động ở doanh nghiệp và hợp tác xã bị phá sản; Nghị định số 67/2006/NĐ – CP ngày 11/7/2006 của Chính phủ hướng dẫn việc áp dụng Luật Phá sản đối với doanh nghiệp đặc biệt và tổ chức hoạt động của tổ quản lý, thanh lý tài sản.

tục pháp lý đảm bảo cho các chủ nợ có khả năng bảo vệ lợi ích của mình một cách công bằng và có lợi nhất. Thực tế, điều kiện của các chủ nợ để đòi nợ có sự khác nhau, thông thường các trường hợp doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản, tổng giá trị tài sản của doanh nghiệp không đủ để thanh toán các khoản nợ. Với thủ tục phá sản, quyền lợi của tất cả các chủ nợ sẽ được xem xét một cách bình đẳng và công bằng trong mối tương quan với khối tài sản của doanh nghiệp. Mặt khác, pháp luật phá sản còn có cơ chế ngăn chặn những hành vi bất hợp pháp của doanh nghiệp trong điều kiện "túng quẫn" gây thiệt hại cho các chủ nợ; trong quá trình giải quyết phá sản, các chủ nợ có quyền kiểm tra, giám sát các hoạt động của con nợ, tham gia giải quyết những vấn đề liên quan trực tiếp tới quyền lợi của chủ nợ, khiếu nại các quyết định của toà án...

b) Pháp luật phá sản bảo vệ lợi ích của con nợ

Bảo vệ lợi ích của con nợ thể hiện tính nhân đạo, tính nhân văn của pháp luật phá sản hiện đại. Khi lâm vào tình trạng phá sản, được áp dụng Luật Phá sản là một cơ hội để con nợ có thể phục hồi, hoặc xấu nhất là rút khỏi thương trường với thiệt hại nhỏ nhất cho con nợ cũng như cho các đối tượng có liên quan. Pháp luật phá sản bảo vệ quyền lợi của con nợ thể hiện ở những quy định cơ bản như: ấn định thời điểm ngừng trả nợ và ngừng tính lãi đối với các khoản nợ; tạo điều kiện cho con nợ thương lượng với chủ nợ để xoá nợ, giảm nợ, mua nợ; ngăn chặn những hành vi bất hợp pháp xâm hại quyền lợi của con nợ từ phía chủ nợ; con nợ được tạo điều kiện để có thể phục hồi; khi con nợ không thể phục hồi được, việc thanh lý tài sản được tiến hành nhằm chấm dứt quan hệ nợ nần với các chủ nợ, mà trong điều kiện áp dụng thủ tục đòi nợ thông thường, con nợ có thể không bao giờ được giải thoát. Một điều rõ ràng là, nếu không có pháp luật phá sản hoặc pháp luật phá sản không được thực hiện trên thực tế, thì quy chế trách nhiệm hữu hạn của các loại hình doanh nghiệp sẽ trở nên rất ít ý nghĩa đối với nhà đầu tư; các nhà đầu tư có khả năng sẽ bị đòi nợ và phải trả nợ đến cùng.

c) Pháp luật phá sản bảo vệ lợi ích của người lao động

Có thể coi người lao động là một loại chủ nợ nếu xem xét những quyền lợi về tài sản của người lao động chưa được doanh nghiệp thanh toán. Mặt khác, ảnh hưởng của tình trạng phá sản doanh nghiệp đối với người lao động còn là các vấn đề về đời sống, công ăn việc làm của người lao động. Bởi vậy, trong pháp luật phá sản hiện đại, vấn đề bảo vệ quyền lợi của người lao động

được đặc biệt quan tâm. Pháp luật phá sản không chỉ quy định cơ sở pháp lý cho việc bảo vệ lợi ích vật chất (tiền lương, trợ cấp...) mà còn có cơ chế tạo điều kiện cho người lao động ổn định công việc khi doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản. Trong quá trình giải quyết phá sản, người lao động có quyền cử đại diện tham gia để bảo vệ lợi ích của mình; tiền lương và các khoản lợi ích chính đáng khác của người lao động được ưu tiên thanh toán trước các khoản nợ khác; ngoài ra, người lao động còn được tạo điều kiện thuận lợi để tìm việc làm mới sau khi doanh nghiệp bị phá sản.

d) Pháp luật phá sản là công cụ pháp lý để Nhà nước can thiệp, điều tiết vĩ mô nền kinh tế

Hiện tượng phá sản luôn tiềm ẩn nguy cơ xuất hiện những hành vi tiêu cực từ các chủ thể có liên quan. Nếu không có sự can thiệp hiệu quả từ phía Nhà nước, nhiều hậu quả tiêu cực về kinh tế, xã hội có thể nảy sinh từ việc doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản. Vai trò can thiệp và điều tiết vĩ mô nền kinh tế của pháp luật phá sản thể hiện ở những khía cạnh cơ bản sau:

– Pháp luật phá sản quy định những nguyên tắc, căn cứ, thủ tục để giải quyết một cách hiệu quả những vấn đề nảy sinh khi doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản. Bằng việc giải quyết thỏa đáng lợi ích của các chủ thể có liên quan, hạn chế những bất đồng, mâu thuẫn giữa họ, pháp luật phá sản góp phần bảo vệ trật tự, kỷ cương trong nền kinh tế và toàn xã hội.

– Pháp luật phá sản góp phần cơ cấu lại một cách tích cực nền kinh tế. Thông qua việc giải quyết phá sản, Nhà nước có thể loại bỏ những doanh nghiệp làm ăn kém hiệu quả, góp phần tạo ra và duy trì môi trường kinh doanh an toàn, lành mạnh. Việc tuyên bố phá sản các doanh nghiệp làm ăn yếu kém có tác dụng thiết thực trong việc cảnh báo các nhà đầu tư phải thận trọng khi lựa chọn ngành nghề, hình thức, quy mô đầu tư cũng như tổ chức lại một cách có hiệu quả hoạt động kinh doanh của mình.

B – THỦ TỤC PHÁ SẢN DOANH NGHIỆP THEO QUY ĐỊNH HIỆN HÀNH Ở VIỆT NAM

Thủ tục phá sản được áp dụng đối với doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản bao gồm:

- Nộp đơn yêu cầu và mở thủ tục phá sản;
- Phục hồi hoạt động kinh doanh;

- Thanh lý tài sản ;
- Tuyên bố doanh nghiệp bị phá sản.

Sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản, căn cứ vào quy định cụ thể của Luật Phá sản, thẩm phán quyết định áp dụng một trong các thủ tục là phục hồi hoạt động kinh doanh hoặc thanh lý tài sản, các khoản nợ hoặc quyết định chuyển từ áp dụng thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh sang áp dụng thủ tục thanh lý tài sản, các khoản nợ hoặc tuyên bố doanh nghiệp bị phá sản.

I — NỘP ĐƠN YÊU CẦU VÀ MỞ THỦ TỤC PHÁ SẢN

1. Thẩm quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản

Chủ thể có quyền và nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản có ảnh hưởng quyết định tới khả năng đưa doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản ra giải quyết tại tòa án. Luật Phá sản doanh nghiệp (1993) quy định rất hạn hẹp, chỉ bao gồm chủ nợ (không có bảo đảm hoặc có bảo đảm một phần), người lao động và doanh nghiệp mắc nợ. Trên thực tế, những chủ thể này, vì những lý do khác nhau mà không thực hiện quyền nộp đơn của mình. Đây là một trong những nguyên nhân dẫn đến thực tế nhiều doanh nghiệp đã lâm vào tình trạng phá sản, nhưng không có chủ thể nào nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản để tòa án có thể giải quyết kịp thời. Khắc phục hạn chế này, Luật Phá sản năm 2004 đã quy định về quyền và nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản theo hướng mở rộng đối tượng có quyền nộp đơn và xác định rõ trách nhiệm của doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản trong việc nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản.

a) Chủ thể có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản

– Các chủ nợ

Nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp mắc nợ là quyền cơ bản của chủ nợ trong tố tụng phá sản. Tuy nhiên, theo pháp luật hiện hành ở Việt Nam, không phải tất cả các chủ nợ đều có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Căn cứ vào mức độ an toàn (được đảm bảo bằng tài sản) của khoản nợ, chủ nợ được chia thành nhiều loại khác nhau, cụ thể là:

- + Chủ nợ có bảo đảm là chủ nợ có khoản nợ được bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp hoặc của người thứ ba;
- + Chủ nợ có bảo đảm một phần là chủ nợ có khoản nợ được bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp hoặc của người thứ ba mà giá trị tài sản bảo đảm ít hơn khoản nợ đó;

+ Chủ nợ không có bảo đảm là chủ nợ có khoản nợ không được bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp hoặc của người thứ ba.

Trong các loại chủ nợ nói trên, các chủ nợ có bảo đảm không có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Theo quy định của Luật Phá sản 2004 (Điều 13), chủ nợ không có bảo đảm hoặc có bảo đảm một phần khi nhận thấy doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp. Đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của chủ nợ phải có các nội dung: ngày, tháng, năm làm đơn; tên, địa chỉ của người làm đơn; tên, địa chỉ của doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản; các khoản nợ không có bảo đảm hoặc có bảo đảm một phần đến hạn mà không được doanh nghiệp thanh toán; quá trình đòi nợ; căn cứ của việc yêu cầu mở thủ tục phá sản. Điều đáng lưu ý là, khi nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, chủ nợ không có nghĩa vụ phải chứng minh về tình trạng mất khả năng thanh toán nợ đến hạn của doanh nghiệp.

– Người lao động

Trong trường hợp doanh nghiệp không trả được lương, các khoản nợ khác cho người lao động và nhận thấy doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản thì người lao động cử người đại diện hoặc thông qua đại diện công đoàn nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp đó. Việc cử đại diện cho người lao động phải được quá nửa số người lao động trong doanh nghiệp tán thành bằng bỏ phiếu kín hoặc lấy chữ ký; trường hợp doanh nghiệp có quy mô lớn, có nhiều đơn vị trực thuộc thì đại diện cho người lao động được cử hợp pháp phải được quá nửa số người được cử làm đại diện từ các đơn vị trực thuộc tán thành. Đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của người lao động phải có nội dung: ngày, tháng, năm làm đơn; tên, địa chỉ của người làm đơn; tên, địa chỉ của doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản; số tháng nợ tiền lương, tổng số tiền lương và các khoản nợ khác mà doanh nghiệp không trả được cho người lao động; căn cứ của việc yêu cầu mở thủ tục phá sản.

– Chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước, các cổ đông công ty cổ phần và thành viên hợp danh công ty hợp danh

+ Đại diện chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp nhà nước khi nhận thấy doanh nghiệp nhà nước đó lâm vào tình trạng phá sản mà doanh nghiệp không thực hiện nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản.

+ Cổ đông của công ty cổ phần có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản khi nhận thấy công ty cổ phần lâm vào tình trạng phá sản. Trong trường hợp này, cổ đông hoặc nhóm cổ đông có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản theo quy định của điều lệ công ty; nếu điều lệ công ty không quy định thì việc nộp đơn được thực hiện theo nghị quyết của đại hội cổ đông. Trường hợp điều lệ công ty không quy định mà không tiến hành được đại hội cổ đông thì cổ đông hoặc nhóm cổ đông sở hữu trên 20% số cổ phần phổ thông trong thời gian liên tục ít nhất 6 tháng có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với công ty cổ phần đó.

+ Thành viên hợp danh khi nhận thấy công ty hợp danh lâm vào tình trạng phá sản có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với công ty hợp danh đó. Đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, các giấy tờ, tài liệu kèm theo đơn được thực hiện như thủ tục nộp đơn của chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản.

Ngoài ra cần lưu ý, trong khi thực hiện chức năng, nhiệm vụ nếu nhận thấy doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản thì toà án, viện kiểm sát, cơ quan thanh tra, cơ quan quản lý vốn, tổ chức kiểm toán hoặc cơ quan quyết định thành lập doanh nghiệp mà không phải là chủ sở hữu nhà nước của doanh nghiệp có nhiệm vụ thông báo bằng văn bản cho những người có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản biết để họ xem xét việc nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản.

b) Chủ thể có nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản

Nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản thuộc về doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản. Theo quy định của Luật Phá sản, khi nhận thấy doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản thì chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp có nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp đó. Đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản phải có các nội dung cơ bản: ngày, tháng, năm làm đơn; tên, địa chỉ của doanh nghiệp; căn cứ của việc yêu cầu mở thủ tục phá sản. Kèm theo đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản phải có các giấy tờ tài liệu sau:

– Báo cáo tình hình hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, trong đó giải trình nguyên nhân và hoàn cảnh liên quan đến tình trạng mất khả năng thanh toán; nếu doanh nghiệp là công ty cổ phần mà pháp luật yêu cầu phải được kiểm toán thì báo cáo tài chính phải được tổ chức kiểm toán độc lập xác nhận;

– Báo cáo về các biện pháp mà doanh nghiệp đã thực hiện, nhưng vẫn không khắc phục được tình trạng mất khả năng thanh toán các khoản nợ đến hạn;

– Bảng kê chi tiết tài sản của doanh nghiệp và địa điểm nơi có tài sản được xác định;

– Danh sách các chủ nợ của doanh nghiệp trong đó ghi rõ tên, địa chỉ của các chủ nợ; ngân hàng mà chủ nợ có tài khoản; các khoản nợ đến hạn có bảo đảm và không có bảo đảm; các khoản nợ chưa đến hạn có bảo đảm và không có bảo đảm;

– Danh sách những người mắc nợ của doanh nghiệp trong đó ghi rõ tên, địa chỉ của họ; ngân hàng mà họ có tài khoản; các khoản nợ đến hạn có bảo đảm và không có bảo đảm; các khoản nợ chưa đến hạn có bảo đảm và không có bảo đảm;

– Danh sách ghi rõ tên, địa chỉ của các thành viên, nếu doanh nghiệp mắc nợ là một công ty có các thành viên liên đới chịu trách nhiệm về những khoản nợ của doanh nghiệp;

– Những tài liệu khác mà toà án yêu cầu doanh nghiệp phải cung cấp theo quy định của pháp luật.

Thời hạn để chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp phải thực hiện nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản là 3 tháng kể từ khi nhận thấy doanh nghiệp đó lâm vào tình trạng phá sản. Quá thời hạn nêu trên, nếu chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp không nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản thì phải chịu trách nhiệm theo quy định của pháp luật.

c) Nghĩa vụ và trách nhiệm của người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản

Để việc giải quyết phá sản được tiến hành thuận lợi và hiệu quả, người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản phải thực hiện nghĩa vụ cung cấp đầy đủ, kịp thời các tài liệu do pháp luật quy định và theo yêu cầu của toà án trong quá trình tiến hành thủ tục phá sản.

Ngoài ra cần lưu ý, người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản do không khách quan gây ảnh hưởng xấu đến danh dự, uy tín, hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hoặc có sự gian dối trong việc yêu cầu mở thủ tục phá sản thì tùy theo tính chất, mức độ mà bị xử lý kỷ luật, xử phạt hành chính hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự; nếu gây thiệt hại thì phải bồi thường theo quy định của pháp luật.

2. Thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản

Toà án thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản kể từ ngày người nộp đơn xuất trình biên lai nộp tiền tạm ứng phí phá sản. Trường hợp người nộp đơn không phải nộp tiền tạm ứng phí phá sản (người lao động nộp đơn) thì ngày thụ lý đơn là ngày toà án nhận được đơn. Toà án phải cấp cho người nộp đơn giấy báo đã thụ lý đơn.

Khi nhận đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, nếu thấy doanh nghiệp bị yêu cầu mở thủ tục phá sản thuộc loại doanh nghiệp đặc biệt trực tiếp phục vụ quốc phòng an ninh; doanh nghiệp hoạt động trong lĩnh vực tài chính, ngân hàng, bảo hiểm và trong các lĩnh vực khác thường xuyên, trực tiếp cung ứng sản phẩm, dịch vụ công ích thiết yếu, thì toà án chỉ thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản khi có đủ các điều kiện nộp đơn theo quy định của Chính phủ. Sau khi thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, việc tiến hành thủ tục phá sản được thực hiện theo quy định của Chính phủ về thi hành Luật Phá sản đối với loại doanh nghiệp này⁸⁹.

Trong các trường hợp sau đây, toà án phải ra quyết định trả lại đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản:

- Người nộp đơn không nộp tiền tạm ứng phí phá sản trong thời hạn do toà án ấn định;
- Người nộp đơn không có quyền nộp đơn;
- Có toà án khác đã mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản;
- Có căn cứ rõ ràng cho thấy việc nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản do không khách quan gây ảnh hưởng xấu đến danh dự, uy tín, hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp hoặc có sự gian dối trong việc yêu cầu mở thủ tục phá sản;
- Doanh nghiệp chứng minh được mình không lâm vào tình trạng phá sản. Khi toà án trả lại đơn, người làm đơn có quyền khiếu nại với chánh án toà án đã trả lại đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Chánh án toà án phải xem xét trong thời hạn do pháp luật quy định và ra một trong các quyết định: Giữ nguyên quyết định trả lại đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản; Hủy quyết định trả lại đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản và thụ lý đơn theo quy định của Luật Phá sản.

⁸⁹ Nghị định số 67/2006/NĐ – CP ngày 11/7/2006 của Chính phủ

Sau khi thụ lý đơn, toà án phải thông báo cho doanh nghiệp biết, nếu người nộp đơn không phải là chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp đó. Doanh nghiệp phải cung cấp cho toà án những giấy tờ, tài liệu cần thiết theo quy định của pháp luật⁹⁰. Ngoài ra, nếu doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản là người bảo lãnh cho người khác thì phải thông báo việc mình bị yêu cầu mở thủ tục phá sản cho những người có liên quan biết sau khi nhận được thông báo của toà án.

Kể từ ngày thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, việc giải quyết yêu cầu sau đây đòi doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản thực hiện nghĩa vụ về tài sản phải tạm đình chỉ:

- + Thi hành án dân sự về tài sản mà doanh nghiệp là người phải thi hành án;
- + Giải quyết vụ án đòi doanh nghiệp thực hiện nghĩa vụ về tài sản;
- + Xử lý tài sản bảo đảm của doanh nghiệp đối với các chủ nợ có bảo đảm, trừ trường hợp được toà án cho phép.

Thủ tục phá sản có thể được kết thúc ngay ở giai đoạn nhận và thụ lý đơn nếu toà án ra quyết định tuyên bố phá sản vì thấy doanh nghiệp không còn tài sản hoặc còn nhưng không đủ để nộp tiền tạm ứng phí phá sản hoặc để thanh toán phí phá sản.

3. Thẩm quyền tiến hành thủ tục phá sản

Cơ quan nhà nước có thẩm quyền giải quyết phá sản ở đa số các nước là toà án. Mặc dù vậy, tên gọi và cơ cấu tổ chức của toà án giải quyết phá sản theo pháp luật các nước có nhiều điểm không giống nhau. Ở Việt Nam, kể từ khi thực hiện công cuộc đổi mới đến nay, thẩm quyền giải quyết phá sản được quy định trong pháp luật phá sản có sự khác nhau qua từng giai đoạn. Theo Luật Doanh nghiệp tư nhân (1990) và Luật Công ty (1990), thẩm quyền giải quyết phá sản được quy định cho Trọng tài kinh tế nhà nước, tuy nhiên trên thực tế cơ quan này không giải quyết vụ phá sản nào cho đến khi bị giải thể. Luật Phá sản doanh nghiệp năm 1993 quy định thẩm quyền giải quyết phá sản thuộc về toà án, tuy nhiên theo luật này, chỉ có toà án cấp tỉnh (toà kinh tế) có thẩm quyền giải quyết phá sản. Theo quy định của Luật Phá sản năm 2004, thẩm quyền giải quyết phá sản được quy định cho cả toà án cấp tỉnh và toà án cấp huyện, cụ thể là:

– Toà án nhân dân cấp huyện có thẩm quyền tiến hành thủ tục phá sản đối với hợp tác xã đã đăng ký kinh doanh tại cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện đó.

⁹⁰ Xem khoản 4, Điều 15, Luật Phá sản (2004).

– Toà án nhân dân cấp tỉnh có thẩm quyền tiến hành thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã đã đăng ký kinh doanh tại cơ quan đăng ký kinh doanh cấp tỉnh và doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài có trụ sở chính trên địa bàn cấp tỉnh đó.

– Trong trường hợp cần thiết, toà án nhân dân cấp tỉnh lấy lên để tiến hành thủ tục phá sản đối với vụ phá sản thuộc thẩm quyền của toà án nhân dân cấp huyện.

4. Mở thủ tục phá sản

Sau khi thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, toà án phải xem xét và ra quyết định mở hoặc không mở thủ tục phá sản. Nếu thấy không đủ căn cứ (doanh nghiệp không lâm vào tình trạng phá sản) thì toà án ra quyết định không mở thủ tục phá sản. Quyết định này phải được gửi cho người làm đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Người làm đơn yêu cầu có quyền khiếu nại với chánh án toà án về quyết định không mở thủ tục phá sản.

Nếu thấy đủ căn cứ kết luận doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản thì toà án ra quyết định mở thủ tục phá sản. Trong trường hợp cần thiết, toà án có thể triệu tập phiên họp với sự tham gia của những người có liên quan để xem xét kiểm tra các căn cứ trước khi ra quyết định mở thủ tục phá sản. Quyết định mở thủ tục phá sản phải được gửi cho doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản, viện kiểm sát nhân dân cùng cấp và phải được đăng báo theo quy định. Đồng thời với việc ra quyết định mở thủ tục phá sản, toà án quyết định thành lập tổ quản lý, thanh lý tài sản để làm nhiệm vụ quản lý, thanh lý tài sản của doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản.

Sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản, có một số hệ quả pháp lý phát sinh đối với doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản, trong đó quan trọng phải kể đến là:

– Mọi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp phải chịu sự giám sát, kiểm tra của thẩm phán và tổ quản lý, thanh lý tài sản.

– Trong trường hợp cần thiết, nếu xét thấy người quản lý, điều hành của doanh nghiệp không có khả năng quản lý và điều hành hoặc nếu tiếp tục quản lý và điều hành hoạt động kinh doanh sẽ không có lợi cho việc bảo toàn tài sản của doanh nghiệp thì theo đề nghị của hội nghị chủ nợ, thẩm phán ra quyết định cử người quản lý và điều hành hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp.

– Doanh nghiệp bị cấm và bị hạn chế thực hiện một số hoạt động nhất định. Các hoạt động của doanh nghiệp bị cấm thực hiện kể từ ngày nhận được quyết định mở thủ tục phá sản bao gồm:

- + Cất giấu, tẩu tán tài sản;
- + Thanh toán nợ không có bảo đảm;
- + Từ bỏ hoặc giảm bớt quyền đòi nợ;
- + Chuyển các khoản nợ không có bảo đảm thành nợ có bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp.

Các hoạt động sau đây của doanh nghiệp phải được sự đồng ý bằng văn bản của thẩm phán trước khi thực hiện:

- + Cầm cố, thế chấp, chuyển nhượng, bán, tặng, cho, cho thuê tài sản;
- + Nhận tài sản từ một hợp đồng chuyển nhượng;
- + Chấm dứt thực hiện hợp đồng đã có hiệu lực;
- + Vay tiền;
- + Bán, chuyển đổi cổ phần hoặc chuyển quyền sở hữu tài sản;
- + Thanh toán các khoản nợ mới phát sinh từ hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp và trả lương cho người lao động trong doanh nghiệp.

– Sau khi quyết định mở thủ tục phá sản được đăng báo theo quy định, các chủ nợ có quyền đòi nợ đối với doanh nghiệp. Khi thực hiện quyền đòi nợ, các chủ nợ phải gửi giấy đòi nợ đến toà án trong thời hạn 60 ngày, kể từ ngày cuối cùng đăng báo về quyết định mở thủ tục phá sản. Giấy đòi nợ phải nêu cụ thể các khoản nợ, số nợ đến hạn và chưa đến hạn, số nợ có bảo đảm và không có bảo đảm mà doanh nghiệp phải trả. Kèm theo giấy đòi nợ là các tài liệu chứng minh về các khoản nợ đó. Các chủ nợ không gửi giấy đòi nợ đến toà án theo quy định được coi là từ bỏ quyền đòi nợ. Trường hợp có sự kiện bất khả kháng hoặc có trở ngại khách quan thì thời gian có sự kiện bất khả kháng hoặc có trở ngại khách quan không được tính vào thời hạn gửi giấy đòi nợ.

II — CÁC BIỆN PHÁP BẢO TOÀN TÀI SẢN CỦA DOANH NGHIỆP

Tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản bao gồm:

- Tài sản và quyền về tài sản mà doanh nghiệp, hợp tác xã có tại thời điểm toà án thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản;

– Các khoản lợi nhuận, các tài sản và các quyền về tài sản mà doanh nghiệp, hợp tác xã sẽ có do việc thực hiện các giao dịch được xác lập trước khi toà án thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản;

-- Tài sản là vật bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của doanh nghiệp, hợp tác xã. Trường hợp thanh toán tài sản là vật bảo đảm được trả cho các chủ nợ có bảo đảm, nếu giá trị của vật bảo đảm vượt quá khoản nợ có bảo đảm phải thanh toán thì phần vượt quá đó là tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã;

Giá trị quyền sử dụng đất của doanh nghiệp, hợp tác xã được xác định theo quy định của pháp luật về đất đai.

Tài sản của doanh nghiệp tư nhân, công ty hợp danh lâm vào tình trạng phá sản còn bao gồm cả tài sản của chủ doanh nghiệp tư nhân và thành viên hợp danh không trực tiếp dùng vào hoạt động kinh doanh. Trường hợp chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh có tài sản thuộc sở hữu chung thì phần tài sản của chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh đó được chia theo quy định của Bộ luật Dân sự và các quy định khác của pháp luật có liên quan (Điều 49, Luật Phá sản).

Việc bảo toàn khối tài sản của doanh nghiệp có ảnh hưởng quyết định đến hiệu quả giải quyết phá sản. Bởi vậy, pháp luật phá sản cần phải quy định các biện pháp nhằm bảo toàn tài sản của doanh nghiệp trong quá trình giải quyết phá sản. Theo quy định hiện hành, tài sản của doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản có thể được áp dụng những biện pháp bảo toàn sau đây:

1. Tuyên bố vô hiệu các giao dịch của doanh nghiệp

Thiết lập và thực hiện các giao dịch là quyền của các doanh nghiệp, tuy nhiên trong tình trạng doanh nghiệp gặp khó khăn về tài chính kéo dài và lâm vào tình trạng phá sản, doanh nghiệp có thể thiết lập và thực hiện các giao dịch tài sản gây thiệt hại cho chính doanh nghiệp và trực tiếp hoặc gián tiếp gây thiệt hại cho các chủ thể có liên quan. Pháp luật phá sản cần phải có các quy định để ngăn chặn việc thực hiện những giao dịch này.

Theo Luật Phá sản năm 2004 (khoản 1, Điều 43), các giao dịch sau đây của doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản được thực hiện trong khoảng thời gian 3 tháng trước ngày toà án thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản bị coi là vô hiệu:

- Tặng cho động sản và bất động sản cho người khác;
- Thanh toán hợp đồng song vụ, trong đó phần nghĩa vụ của doanh nghiệp rõ ràng là lớn hơn phần nghĩa vụ của bên kia;

- Thanh toán các khoản nợ chưa đến hạn;
- Thực hiện việc thế chấp, cầm cố tài sản đối với các khoản nợ;
- Các giao dịch khác với mục đích tẩu tán tài sản của doanh nghiệp.

Khi các giao dịch nói trên bị tuyên bố vô hiệu thì những tài sản thu hồi được phải nhập vào khối tài sản của doanh nghiệp.

2. Đình chỉ thực hiện hợp đồng có hiệu lực

Toà án có thể ra quyết định đình chỉ thực hiện hợp đồng đang có hiệu lực và đang được thực hiện hoặc chưa được thực hiện theo yêu cầu của chủ nợ, doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản, tổ trưởng tổ quản lý, thanh lý tài sản nếu xét thấy việc đình chỉ thực hiện hợp đồng đó có lợi hơn cho doanh nghiệp (Điều 45, Luật Phá sản (2004)).

Yêu cầu toà án ra quyết định đình chỉ thực hiện hợp đồng đang có hiệu lực và đang được thực hiện hoặc chưa được thực hiện phải được làm thành văn bản với nội dung như quy định tại khoản 1, Điều 46, Luật Phá sản (2004). Kèm theo văn bản yêu cầu là các giấy tờ, tài liệu chứng minh cho việc đình chỉ thực hiện hợp đồng đang có hiệu lực là có lợi hơn về mặt tài sản (vật chất) cho doanh nghiệp. Thẩm phán phải xem xét, quyết định trong thời hạn 5 ngày, kể từ ngày nhận được văn bản đề nghị. Nếu chấp thuận thì thẩm phán ra quyết định đình chỉ thực hiện hợp đồng, nếu không chấp thuận thì thông báo cho người đề nghị biết.

Việc đình chỉ thực hiện hợp đồng đã có hiệu lực pháp luật được coi là có lợi hơn cho doanh nghiệp khi: các thiệt hại về tài sản tạm tính (với cách là hậu quả pháp lý xấu) mà doanh nghiệp phải gánh chịu nếu đơn phương đình chỉ thực hiện hợp đồng nhỏ hơn các thiệt hại tạm tính (các khoản lỗ, thiệt hại) mà doanh nghiệp phải gánh chịu nếu phải tiếp tục thực hiện hợp đồng.

Để bảo vệ quyền lợi hợp pháp của bên kia trong quan hệ hợp đồng khi hợp đồng bị đình chỉ thực hiện, việc thanh toán, bồi thường thiệt hại được thực hiện theo nguyên tắc:

- Tài sản mà doanh nghiệp bị lâm vào tình trạng phá sản nhận được từ hợp đồng vẫn tồn tại trong khối tài sản của doanh nghiệp đó thì bên kia của hợp đồng có quyền đòi lại; nếu tài sản đó không còn thì bên kia của hợp đồng có quyền như một chủ nợ không có bảo đảm.

– Trường hợp hợp đồng bị đình chỉ thực hiện thì bên kia của hợp đồng có quyền như một chủ nợ không có bảo đảm đối với khoản thiệt hại do việc đình chỉ thực hiện hợp đồng gây ra (Điều 47, Luật Phá sản (2004)).

3. Kiểm kê tài sản của doanh nghiệp

Sau khi nhận được quyết định mở thủ tục phá sản, doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản phải kiểm kê toàn bộ tài sản và xác định trị giá các tài sản của doanh nghiệp. Bảng kiểm kê tài sản đã được xác định giá trị phải được gửi cho thẩm phán tiến hành thủ tục phá sản. Trong trường hợp xét thấy việc kiểm kê, xác định giá trị tài sản của doanh nghiệp là không chính xác thì tổ quản lý, thanh lý tài sản tổ chức kiểm kê, xác định lại giá trị một phần hoặc toàn bộ tài sản của doanh nghiệp. Giá trị tài sản được xác định theo giá thị trường tại thời điểm kiểm kê. Việc kiểm kê tài sản của doanh nghiệp có ý nghĩa giúp cho thẩm phán và tổ quản lý, thanh lý tài sản có thể xác định được thực trạng tài sản của doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản, trên cơ sở đó đưa ra những giải pháp thích hợp trong quá trình tiến hành thủ tục phá sản.

4. Đăng ký giao dịch bảo đảm

Trước khi bị mở thủ tục phá sản, doanh nghiệp có thể đã thiết lập các giao dịch cho người khác vay tài sản có bảo đảm, và các giao dịch bảo đảm này thuộc diện phải đăng ký theo quy định của pháp luật, nhưng doanh nghiệp chưa thực hiện việc đăng ký. Trong trường hợp như vậy, tổ trưởng tổ quản lý, thanh lý tài sản phải thực hiện ngay việc đăng ký giao dịch bảo đảm cho doanh nghiệp. Việc đăng ký giao dịch bảo đảm có ý nghĩa cơ bản là xác lập quyền được ưu tiên thanh toán khoản nợ từ tài sản bảo đảm, bảo vệ quyền lợi về tài sản của doanh nghiệp và thông qua đó bảo vệ quyền lợi của các chủ nợ cũng như các chủ thể có liên quan. Theo quy định của Bộ luật Dân sự (Điều 325), khi xử lý tài sản bảo đảm, các giao dịch bảo đảm có đăng ký sẽ được ưu tiên thanh toán trước các giao dịch khác; trường hợp các giao dịch bảo đảm đều có đăng ký thì giao dịch bảo đảm đăng ký trước sẽ được ưu tiên thanh toán. Vì vậy, để bảo toàn hiệu quả tài sản của doanh nghiệp bị mở thủ tục phá sản, việc đăng ký giao dịch bảo đảm phải được thực hiện một cách kịp thời, càng sớm càng tốt.

5. Các biện pháp khẩn cấp tạm thời

Các biện pháp khẩn cấp tạm thời là một trong những nội dung quan trọng của tổ tụng dân sự nói chung và tổ tụng phá sản nói riêng. Việc áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời trong tổ tụng phá sản nhằm ngăn chặn thiệt hại

về tài sản của doanh nghiệp do những hành vi của doanh nghiệp, của các chủ thể khác hoặc những sự kiện pháp lý gây ra. Theo Luật Phá sản (Điều 55), sau khi mở thủ tục phá sản, thẩm phán phụ trách mở thủ tục phá sản có quyền quyết định áp dụng một hoặc một số biện pháp khẩn cấp tạm thời sau, theo đề nghị của tổ quản lý, thanh lý tài sản:

- Cho bán những hàng hoá dễ bị hư hỏng, hàng hoá sắp hết thời hạn sử dụng, hàng hoá không bán đúng thời điểm sẽ khó có khả năng tiêu thụ;
- Kê biên, niêm phong tài sản của doanh nghiệp ;
- Phong tỏa tài khoản của doanh nghiệp tại ngân hàng;
- Niêm phong kho, quỹ, thu giữ và quản lý sổ kế toán, tài liệu liên quan của doanh nghiệp;
- Cấm hoặc buộc doanh nghiệp, cá nhân, tổ chức khác có liên quan thực hiện một số hành vi nhất định.

Việc áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời cần được xem xét, đánh giá một cách thận trọng, căn cứ vào tính chất của từng vụ việc để có thể vừa bảo toàn tài sản của doanh nghiệp, đồng thời không làm ảnh hưởng đến hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp. Doanh nghiệp hoặc chủ thể khác bị áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời có quyền khiếu nại với chánh án toà án giải quyết vụ phá sản trong thời hạn 3 ngày, kể từ ngày nhận được quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời của toà án. Trong thời hạn 3 ngày, kể từ ngày nhận được đơn khiếu nại, chánh án toà án phải xem xét để ra một trong các quyết định sau:

- Giữ nguyên quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời;

Hủy một phần hoặc toàn bộ quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời.

6. Đình chỉ thi hành án dân sự, đình chỉ giải quyết vụ án có liên quan đến doanh nghiệp

Trong quá trình giải quyết phá sản, việc thi hành nghĩa vụ tài sản của doanh nghiệp theo bản án hoặc giải quyết vụ án dân sự liên quan đến doanh nghiệp, nếu được thực hiện một cách độc lập, sẽ hạn chế khả năng chủ động của thẩm phán (đang giải quyết phá sản) trong việc giải quyết công bằng quyền lợi của chủ nợ cũng như việc thực hiện phương án phục hồi doanh nghiệp. Vì vậy, việc ưu tiên tiến hành thủ tục phá sản trước các thủ tục pháp lý khác liên quan đến nghĩa vụ tài sản của doanh nghiệp là cần thiết và đã trở thành thông lệ quốc tế trong giải quyết phá sản.

Theo quy định của Luật Phá sản (2004), kể từ ngày toà án ra quyết định mở thủ tục phá sản, việc thi hành án dân sự về tài sản đối với doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản là người phải thi hành án phải được đình chỉ (khoản 1, Điều 57). Người được thi hành án có quyền nộp đơn cho toà án yêu cầu được thanh toán trong khối tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã như một chủ nợ không có bảo đảm hoặc như một chủ nợ có bảo đảm, nếu có bản án, quyết định của toà án đã có hiệu lực pháp luật kê biên tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã để bảo đảm thi hành án. Việc đình chỉ thi hành án dân sự về tài sản một mặt nhằm bảo đảm quyền lợi của các chủ nợ một cách công bằng, mặt khác tạo điều kiện thuận lợi cho việc phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp (nếu doanh nghiệp được áp dụng thủ tục phục hồi), do doanh nghiệp chưa phải thực hiện ngay nghĩa vụ tài sản theo bản án của toà án.

Cũng kể từ ngày toà án ra quyết định mở thủ tục phá sản, việc giải quyết vụ án có liên quan đến nghĩa vụ tài sản mà doanh nghiệp là một bên đương sự trong vụ án đó phải bị đình chỉ (khoản 2, Điều 57, Luật Phá sản năm 2004). Toà án ra quyết định đình chỉ việc giải quyết vụ án phải chuyển hồ sơ vụ án đó cho toà án đang tiến hành thủ tục phá sản để giải quyết. Sau khi nhận được hồ sơ vụ án do toà án ra quyết định đình chỉ giải quyết vụ án chuyển đến, toà án đang tiến hành thủ tục phá sản phải xem xét, quyết định nghĩa vụ tài sản mà doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản phải thực hiện hoặc nghĩa vụ tài sản mà bên đương sự phải thực hiện đối với doanh nghiệp, hợp tác xã. Trường hợp doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản phải thực hiện nghĩa vụ về tài sản thì người được doanh nghiệp thực hiện nghĩa vụ về tài sản có quyền yêu cầu được thanh toán trong khối tài sản của doanh nghiệp như một chủ nợ không có bảo đảm. Trường hợp bên đương sự phải thực hiện nghĩa vụ về tài sản đối với doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản thì phải thanh toán cho doanh nghiệp giá trị tương ứng với nghĩa vụ tài sản đó. Quyết định giải quyết vụ án bị đình chỉ trong thủ tục phá sản không được khiếu nại, kháng nghị. Vì vậy, theo Nghị quyết số 03/2005/NQ – HĐTP ngày 28/ 04/ 2005 của Hội đồng Thẩm phán Toà án nhân dân tối cao, khi giải quyết loại vụ án này, thẩm phán cần phải rất thận trọng khi ra quyết định; chỉ chấp nhận những nghĩa vụ tài sản đã rõ ràng, có đầy đủ căn cứ chứng minh.

Ngoài các biện pháp bảo toàn tài sản nói trên, Luật Phá sản (Điều 59, Điều 60) còn quy định về những hành vi bị cấm thực hiện của ngân hàng nơi

có tài khoản của doanh nghiệp và trách nhiệm của người lao động, nhân viên đối với tài sản của doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản. Kể từ khi nhận được quyết định của toà án áp dụng thủ tục thanh lý tài sản đối với doanh nghiệp, ngân hàng nơi doanh nghiệp có tài khoản không được thực hiện các hành vi:

-- Thanh toán các khoản nợ của doanh nghiệp, trừ việc thanh toán được thẩm phán phụ trách tiến hành thủ tục phá sản đồng ý bằng văn bản;

-- Thực hiện bất kỳ hành vi nào nhằm bù trừ hoặc thanh toán các khoản nợ doanh nghiệp vay của ngân hàng.

Đối với nhân viên và người lao động của doanh nghiệp, kể từ khi được thông báo về quyết định mở thủ tục phá sản, có nghĩa vụ bảo vệ tài sản của doanh nghiệp; không được thực hiện bất kỳ hành vi nào nhằm che giấu, tẩu tán hoặc chuyển nhượng tài sản của doanh nghiệp.

III — HỘI NGHỊ CHỦ NỢ

Hội nghị chủ nợ là hình thức pháp lý quan trọng nhất để các chủ nợ thông qua đó bảo vệ quyền lợi hợp pháp của mình trong tố tụng phá sản. Mặc dù không phải là thủ tục tố tụng bắt buộc trong mọi trường hợp giải quyết phá sản, song hội nghị chủ nợ có vai trò quyết định đối với việc doanh nghiệp mắc nợ có được áp dụng thủ tục phục hồi hay không. Những vấn đề pháp lý về hội nghị chủ nợ bao gồm: đối tượng có quyền và nghĩa vụ tham gia hội nghị chủ nợ; nội dung và thể thức hoạt động của hội nghị chủ nợ.

1. Quyền và nghĩa vụ tham gia hội nghị chủ nợ

Quyền tham gia hội nghị chủ nợ trước hết thuộc về các chủ nợ. Về nguyên tắc, chỉ có những chủ nợ có tên trong danh sách chủ nợ mới có quyền tham gia hội nghị chủ nợ. Danh sách chủ nợ do tổ quản lý, thanh lý tài sản lập và khóa sổ trước khi triệu tập hội nghị chủ nợ. Tuy nhiên, người bảo lãnh sau khi đã trả nợ thay cho doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản mặc dù không có tên trong danh sách chủ nợ, nhưng thực chất trong trường hợp này, người bảo lãnh trở thành chủ nợ không có bảo đảm của doanh nghiệp và vì vậy cũng có quyền tham gia hội nghị chủ nợ với tư cách chủ nợ không có bảo đảm.

Chủ nợ có thể uỷ quyền bằng văn bản cho người khác tham gia hội nghị chủ nợ và người được uỷ quyền có quyền, nghĩa vụ như chủ nợ. Các chủ nợ là nhân vật trung tâm trong hội nghị chủ nợ, có quyền xem xét, thảo luận và

biểu quyết các vấn đề quan trọng liên quan trực tiếp tới việc giải quyết phá sản doanh nghiệp (quy định tại Điều 64, Luật Phá sản).

Ngoài các chủ nợ, đại diện cho người lao động của doanh nghiệp cũng có quyền tham gia hội nghị chủ nợ. Trong mối quan hệ với doanh nghiệp về các khoản tiền lương và các khoản nợ khác chưa được thanh toán, đại diện người lao động có tư cách của chủ nợ. Vì vậy, khi tham gia hội nghị chủ nợ, đại diện cho người lao động có quyền, nghĩa vụ như chủ nợ.

Nghĩa vụ tham gia hội nghị chủ nợ thuộc về người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Nếu người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản không tham gia được hội nghị chủ nợ thì phải uỷ quyền bằng văn bản cho người khác tham gia hội nghị chủ nợ. Người được uỷ quyền tham gia hội nghị chủ nợ có quyền, nghĩa vụ như người uỷ quyền; đối với doanh nghiệp tư nhân mà chủ doanh nghiệp tư nhân đã chết thì người thừa kế hợp pháp của chủ doanh nghiệp đó tham gia hội nghị chủ nợ.

Trường hợp doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản có nghĩa vụ tham gia hội nghị chủ nợ mà không có người đại diện tham gia thì thẩm phán phụ trách tiến hành thủ tục phá sản chỉ định người đại diện cho doanh nghiệp tham gia hội nghị chủ nợ.

2. Nội dung và thể thức hoạt động của hội nghị chủ nợ

Hội nghị chủ nợ lần thứ nhất do thẩm phán triệu tập trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày lập xong danh sách chủ nợ. Trường hợp việc kiểm kê tài sản của doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản kết thúc sau ngày lập xong danh sách chủ nợ thì thời hạn này tính từ ngày kiểm kê xong tài sản của doanh nghiệp. Hội nghị chủ nợ lần thứ nhất có các nội dung được quy định tại khoản 1, Điều 64, Luật Phá sản (2004).

Các hội nghị chủ nợ tiếp theo có thể được thẩm phán triệu tập vào bất kỳ ngày làm việc nào trong quá trình tiến hành thủ tục phá sản theo đề nghị của tổ quản lý, thanh lý tài sản hoặc của các chủ nợ đại diện cho ít nhất một phần ba tổng số nợ không có bảo đảm.

Hội nghị chủ nợ hợp lệ khi đáp ứng cùng lúc hai điều kiện sau:

- Có quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm đại diện cho ít nhất 2/3 tổng số nợ không có bảo đảm tham dự;
- Có sự tham gia của người có nghĩa vụ tham gia hội nghị chủ nợ.

Hội nghị chủ nợ được hoãn một lần trong các trường hợp sau:

– Không đủ quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm đại diện cho ít nhất 2/3 tổng số nợ không có bảo đảm tham dự;

– Quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm có mặt tại hội nghị chủ nợ biểu quyết hoãn hội nghị chủ nợ;

– Người có nghĩa vụ tham gia hội nghị chủ nợ vắng mặt có lý do chính đáng.

Sau khi ra quyết định hoãn hội nghị chủ nợ, trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày ra quyết định, thẩm phán phải triệu tập lại hội nghị chủ nợ.

Trong những trường hợp nhất định, sự tham gia của một số chủ thể tại hội nghị chủ nợ là điều kiện bắt buộc để có thể tiếp tục tiến hành thủ tục phá sản. Sự vắng mặt của những chủ thể này tại hội nghị chủ nợ là căn cứ để toà án ra quyết định đình chỉ tiến hành thủ tục phá sản. Ngoài ra, phải tôn trọng quyền tự định đoạt của đương sự, Luật Phá sản còn quy định, khi tất cả những người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản rút lại đơn yêu cầu, toà án cũng sẽ ra quyết định đình chỉ tiến hành thủ tục phá sản (Điều 67, Luật Phá sản năm 2004).

IV — PHỤC HỒI HOẠT ĐỘNG KINH DOANH

Phục hồi hoạt động kinh doanh là nội dung thể hiện quan điểm tiến bộ, tính nhân đạo của pháp luật phá sản hiện đại đối với doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản. Việc áp dụng thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh đem lại cho doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản những cơ hội và điều kiện để tổ chức lại hoạt động kinh doanh, giúp doanh nghiệp có thể thoát khỏi tình trạng phá sản. Theo quy định của Luật Phá sản (2004), phục hồi hoạt động kinh doanh là một thủ tục giải quyết phá sản mà toà án có thể quyết định áp dụng sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản, khi thỏa mãn các điều kiện nhất định.

1. Điều kiện áp dụng thủ tục phục hồi kinh doanh

Khả năng được áp dụng thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh đối với doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản phụ thuộc chặt chẽ vào thiện chí của các chủ nợ. Theo Luật Phá sản (Điều 68), thẩm phán ra quyết định áp dụng thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh sau khi hội nghị chủ nợ lần thứ nhất thông qua nghị quyết đồng ý với các giải pháp tổ chức lại hoạt động kinh doanh, kế hoạch thanh toán nợ cho các chủ nợ và yêu cầu doanh nghiệp phải xây dựng phương án phục hồi hoạt động kinh doanh. Sau đó, doanh

nghiệp lâm vào tình trạng phá sản phải xây dựng phương án phục hồi hoạt động kinh doanh và nộp cho toà án. Ngoài ra, bất kỳ chủ nợ hoặc người nào nhận nghĩa vụ phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp đều có quyền xây dựng dự thảo phương án phục hồi hoạt động kinh doanh cho doanh nghiệp và nộp cho toà án. Phương án phục hồi hoạt động kinh doanh phải nêu rõ các biện pháp cần thiết để phục hồi hoạt động kinh doanh, các điều kiện, thời hạn và kế hoạch thanh toán các khoản nợ. Các biện pháp cần thiết để phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp được quy định tại khoản 2, Điều 68, Luật Phá sản (2004).

Sau khi nhận được phương án phục hồi hoạt động kinh doanh, thẩm phán phải xem xét để quyết định đưa phương án này ra hội nghị chủ nợ xem xét, quyết định. Nếu thấy phương án chưa đảm bảo nội dung theo quy định của pháp luật thì thẩm phán đề nghị người đã xây dựng phương án sửa đổi, bổ sung.

Nếu quyết định đưa phương án phục hồi hoạt động kinh doanh ra hội nghị chủ nợ, thì thẩm phán phải triệu tập hội nghị chủ nợ để xem xét, thông qua. Hội nghị chủ nợ xem xét, thảo luận phương án phục hồi hoạt động kinh doanh. Nghị quyết về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp được thông qua khi có quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm có mặt đại diện cho từ hai phần ba tổng số nợ không có bảo đảm trở lên biểu quyết tán thành. Các chủ nợ có bảo đảm và chủ nợ có bảo đảm một phần không có quyền biểu quyết để quyết định việc áp dụng thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh đối với doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản.

Sau khi hội nghị chủ nợ thông qua phương án phục hồi, thẩm phán ra quyết định công nhận nghị quyết của hội nghị chủ nợ về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản. Nghị quyết này có hiệu lực đối với tất cả các bên có liên quan.

2. Thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh

Phương án phục hồi hoạt động kinh doanh do doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản tự thực hiện. Thời hạn tối đa để thực hiện phương án phục hồi là ba năm, kể từ ngày cuối cùng đăng báo về quyết định của toà án công nhận nghị quyết của hội nghị chủ nợ.

Trong quá trình thực hiện phương án phục hồi, doanh nghiệp phải định kỳ báo cáo cho toà án về tình hình thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp. Các chủ nợ có nghĩa vụ giám sát việc thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp.

Phương án phục hồi hoạt động kinh doanh có thể được sửa đổi, bổ sung trong quá trình thực hiện theo thỏa thuận của các chủ nợ và doanh nghiệp. Thỏa thuận này phải được quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm đại diện cho từ hai phần ba tổng số nợ không có bảo đảm trở lên đồng ý và chỉ có hiệu lực sau khi có quyết định công nhận của thẩm phán phụ trách giải quyết phá sản.

Thủ tục phục hồi có thể được chấm dứt trong những trường hợp nhất định. Theo quy định của Luật Phá sản (Điều 76), thẩm phán ra quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh nếu có một trong các trường hợp sau:

- Doanh nghiệp đã thực hiện xong phương án phục hồi hoạt động kinh doanh. Biểu hiện thực tế của trường hợp này là doanh nghiệp đã thực hiện thành công phương án phục hồi, thanh toán đủ các khoản nợ và có thể tiếp tục hoạt động kinh doanh bình thường.

- Được quá nửa số phiếu của các chủ nợ không có bảo đảm đại diện cho từ hai phần ba tổng số nợ không có bảo đảm trở lên chưa thanh toán đồng ý đình chỉ. Trong trường hợp này, mặc dù phương án phục hồi hoạt động kinh doanh chưa thực hiện xong, nhưng trên cơ sở tình hình thực tế của doanh nghiệp, các chủ nợ quyết định cho doanh nghiệp không phải tiếp tục áp dụng thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh. Việc đình chỉ thủ tục phục hồi trong trường hợp này phụ thuộc vào thiện chí của các chủ nợ không có bảo đảm có khoản nợ chưa được thanh toán.

Quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp có giá trị pháp lý xác định doanh nghiệp đã thoát khỏi tình trạng phá sản (doanh nghiệp được coi là không còn lâm vào tình trạng phá sản). Trong trường hợp này, việc thi hành án dân sự chưa được thi hành hoặc việc giải quyết vụ án bị đình chỉ chưa được giải quyết sẽ được tiếp tục. Tòa án ra quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh phải gửi trả lại hồ sơ vụ án cho tòa án có thẩm quyền để giải quyết vụ án theo quy định của pháp luật.

V — THANH LÝ TÀI SẢN

1. Quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản

Thanh lý tài sản là thủ tục được áp dụng nhằm mục đích phân chia một cách hợp lý và công bằng tài sản còn lại của doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản cho các chủ thể có quyền lợi liên quan. Về nguyên tắc chung,

thủ tục thanh lý tài sản sẽ được áp dụng nếu doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản không đủ căn cứ để được áp dụng thủ tục phục hồi, nhưng vẫn còn tài sản để thực hiện nghĩa vụ tài sản ở mức độ nhất định. Theo Luật Phá sản (các Điều 78, 79 và 80), thẩm phán sẽ ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản đối với doanh nghiệp trong các trường hợp sau:

– Doanh nghiệp hoạt động kinh doanh bị thua lỗ đã được Nhà nước áp dụng biện pháp đặc biệt để phục hồi hoạt động kinh doanh, nhưng vẫn không phục hồi được và không thanh toán được các khoản nợ đến hạn khi chủ nợ có yêu cầu. Trong trường hợp này, toà án ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp mà không cần phải triệu tập hội nghị chủ nợ để xem xét việc áp dụng thủ tục phục hồi. Trước khi thanh toán cho các chủ thể có quyền lợi liên quan, doanh nghiệp phải hoàn trả lại giá trị tài sản đã được áp dụng biện pháp đặc biệt cho Nhà nước.

– Hội nghị chủ nợ không thành trong những trường hợp: (i) Chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp không tham gia hội nghị chủ nợ mà không có lý do chính đáng hoặc sau khi hội nghị chủ nợ đã được hoãn một lần nếu người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản là chủ nợ hoặc đại diện người lao động; (ii) Không đủ số chủ nợ theo quy định của pháp luật tham gia hội nghị chủ nợ sau khi hội nghị chủ nợ đã được hoãn một lần nếu người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản là chủ nợ hoặc đại diện người lao động.

– Hội nghị chủ nợ lần thứ nhất không đồng ý với dự kiến về các giải pháp tổ chức lại hoạt động kinh doanh, kế hoạch thanh toán nợ cho các chủ nợ⁹¹.

– Hội nghị chủ nợ lần thứ nhất đồng ý với dự kiến về các giải pháp tổ chức lại hoạt động kinh doanh, kế hoạch thanh toán nợ cho các chủ nợ và yêu cầu doanh nghiệp phải xây dựng phương án phục hồi hoạt động kinh doanh, và sau đó có một trong những căn cứ: (i) Doanh nghiệp không xây dựng được phương án phục hồi hoạt động kinh doanh để nộp cho toà án theo quy định; (ii) Hội nghị chủ nợ không thông qua phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp; (iii) Doanh nghiệp thực hiện không

⁹¹ Trường hợp này không được quy định rõ ràng trong Luật Phá sản (2004), tuy nhiên có thể suy luận logic rằng, khi hội nghị chủ nợ lần thứ nhất không đồng ý với dự kiến các giải pháp tổ chức lại hoạt động kinh doanh, kế hoạch thanh toán nợ cho các chủ nợ, thì thẩm phán không thể ra quyết định áp dụng thủ tục phục hồi và vì vậy nếu không thuộc các trường hợp đặc biệt (có thể tuyên bố phá sản ngay), thì toà án phải ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản đối với doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản.

đúng hoặc không thực hiện được phương án phục hồi hoạt động kinh doanh, trừ trường hợp các bên liên quan có thoả thuận khác.

Doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản, các chủ nợ có quyền khiếu nại, viện kiểm sát nhân dân cùng cấp có quyền kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản. Những người mắc nợ doanh nghiệp có quyền khiếu nại phản quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp liên quan đến nghĩa vụ trả nợ của mình. Việc khiếu nại, kháng nghị và giải quyết khiếu nại, kháng nghị được thực hiện theo các quy định tại Điều 83 và Điều 84, Luật Phá sản.

2. Phân chia tài sản còn lại của doanh nghiệp

Phân chia tài sản còn lại của doanh nghiệp là nội dung trọng tâm của thủ tục thanh lý tài sản. Theo Luật Phá sản (2004), việc phân chia tài sản được thực hiện theo những quy định sau:

Các khoản nợ chưa đến hạn thanh toán vào thời điểm mở thủ tục thanh lý được xử lý như các khoản nợ đến hạn, nhưng không được tính lãi đối với thời gian chưa đến hạn. Quy định này thể hiện sự khác biệt so với nguyên tắc thanh toán các khoản nợ thông thường trong kinh doanh. Khi doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản và bị mở thủ tục thanh lý tài sản, cần phải giải quyết dứt điểm tất cả các khoản nợ trước khi chấm dứt sự tồn tại của doanh nghiệp. Thời điểm mở thủ tục thanh lý tài sản chính là thời điểm đáo hạn của các khoản nợ, mà theo thoả thuận giữa các bên hoặc theo quy định của pháp luật khoản nợ đó chưa đến hạn phải thanh toán.

– Các khoản nợ được bảo đảm bằng tài sản thế chấp hoặc cầm cố được xác lập trước khi toà án thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản được ưu tiên thanh toán bằng tài sản đó; nếu giá trị tài sản thế chấp hoặc cầm cố không đủ thanh toán số nợ thì phần nợ còn lại sẽ được thanh toán trong quá trình thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã; nếu giá trị của tài sản thế chấp hoặc cầm cố lớn hơn số nợ thì phần chênh lệch được nhập vào giá trị tài sản còn lại của doanh nghiệp, hợp tác xã.

- Các nghĩa vụ tài sản khác của doanh nghiệp được thanh toán theo thứ tự sau đây:

+ Phí phá sản;

+ Các khoản nợ lương, trợ cấp thôi việc, bảo hiểm xã hội theo quy định của pháp luật và các quyền lợi khác theo thoả ước lao động tập thể và hợp đồng lao động đã ký kết;

+ Các khoản nợ không có bảo đảm phải trả cho các chủ nợ trong danh sách chủ nợ theo nguyên tắc nếu giá trị tài sản đủ để thanh toán các khoản nợ thì mỗi chủ nợ đều được thanh toán đủ số nợ của mình; nếu giá trị tài sản không đủ để thanh toán các khoản nợ thì mỗi chủ nợ chỉ được thanh toán một phần khoản nợ của mình theo tỷ lệ tương ứng. Trường hợp giá trị tài sản của doanh nghiệp sau khi đã thanh toán đủ các khoản theo quy định mà vẫn còn thì phần còn lại thuộc về chủ sở hữu hoặc các chủ sở hữu của doanh nghiệp (xã viên hợp tác xã; chủ doanh nghiệp tư nhân; các thành viên của công ty, các cổ đông của công ty cổ phần; chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước). Theo quy định này thì Nhà nước với tư cách là chủ nợ của các khoản nợ thuế có vị trí bình đẳng với các chủ nợ khác. Điều đó phù hợp với chính sách của Nhà nước ta là mọi thành phần kinh tế đều bình đẳng trước pháp luật.

Khi phương án phân chia tài sản đã được thực hiện xong, hoặc phương án phân chia tài sản chưa được thực hiện xong nhưng doanh nghiệp không còn tài sản để thanh toán, thẩm phán sẽ ra quyết định đình chỉ thủ tục thanh lý tài sản. Quyết định đình chỉ thủ tục thanh lý tài sản là một căn cứ để toà án tuyên bố doanh nghiệp bị phá sản nhằm chấm dứt sự tồn tại của doanh nghiệp.

VI — TUYÊN BỐ DOANH NGHIỆP BỊ PHÁ SẢN

Đồng thời với việc ra quyết định đình chỉ thủ tục thanh lý tài sản, thẩm phán ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp bị phá sản. Ngoài ra, toà án có thể áp dụng thủ tục tuyên bố phá sản trong những trường hợp đặc biệt, theo đó thủ tục giải quyết phá sản được rút gọn, tiết kiệm thời gian và chi phí giải quyết phá sản (Điều 88, Luật Phá sản). Đây là những trường hợp mà ngay sau khi nhận đơn hoặc thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, toà án đã xác định được doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản không còn tài sản hoặc còn tài sản nhưng không đáng kể (không đủ để nộp tiền tạm ứng phí phá sản hay không đủ để thanh toán phí phá sản). Vì vậy, toà án sẽ không tiến hành thủ tục phá sản theo trình tự thông thường, mà ra ngay quyết định tuyên bố doanh nghiệp bị phá sản.

Quyết định tuyên bố doanh nghiệp bị phá sản sẽ chấm dứt sự tồn tại của doanh nghiệp và đồng thời cũng chấm dứt nghĩa vụ trả nợ của doanh nghiệp đối với các khoản nợ chưa được thanh toán, chủ sở hữu hay các chủ sở hữu của doanh nghiệp không có nghĩa vụ phải thanh toán những khoản nợ này. Tuy nhiên, đối với trường hợp phá sản doanh nghiệp tư nhân và công ty hợp

danh, việc tuyên bố doanh nghiệp bị phá sản không miễn trừ nghĩa vụ về tài sản của chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh của công ty hợp danh đối với chủ nợ chưa được thanh toán nợ, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác. Quy định này xuất phát từ chế độ chịu trách nhiệm vô hạn của chủ doanh nghiệp tư nhân và thành viên hợp danh quy định tại Luật Doanh nghiệp.

Quyết định tuyên bố phá sản phải được gửi cho doanh nghiệp bị tuyên bố phá sản, viện kiểm sát nhân dân cùng cấp, cơ quan đăng ký kinh doanh và phải thông báo cho các chủ nợ, những người mắc nợ doanh nghiệp bị phá sản, đồng thời phải được đăng báo địa phương nơi doanh nghiệp bị tuyên bố phá sản có trụ sở chính, báo hàng ngày của Trung ương trong 3 số liên tiếp. Sau khi nhận được quyết định tuyên bố phá sản, cơ quan đăng ký kinh doanh xóa tên doanh nghiệp trong sổ đăng ký kinh doanh.

Doanh nghiệp bị tuyên bố phá sản, các chủ nợ, những người mắc nợ doanh nghiệp bị tuyên bố phá sản có quyền khiếu nại, viện kiểm sát nhân dân cùng cấp có quyền kháng nghị quyết định tuyên bố doanh nghiệp bị phá sản. Việc khiếu nại, kháng nghị và giải quyết khiếu nại, kháng nghị về quyết định tuyên bố phá sản được thực hiện theo quy định tại Điều 91, Điều 92, Luật Phá sản.

P H Á P L U Ậ T V Ề G I ẢI Q U Ệ T T R Ạ N H C H Ắ P T H Ư ƠNG M ẠI

I — KHÁI QUÁT VỀ TRANH CHẤP THƯƠNG MẠI

Tranh chấp thương mại là hiện tượng kinh tế – xã hội tất yếu xuất hiện trong điều kiện kinh tế thị trường. Tranh chấp thương mại có bản chất của tranh chấp phát sinh giữa các chủ thể trong xã hội nói chung. Có thể hiểu một cách khái quát, tranh chấp thương mại là những bất đồng (xung đột) về quyền, nghĩa vụ và lợi ích giữa các chủ thể trong quá trình tổ chức quản lý và thực hiện hoạt động thương mại. Dưới tác động của quy luật cạnh tranh và sự tự do hóa thương mại, tranh chấp thương mại có xu hướng ngày càng phong phú, đa dạng về chủng loại và phức tạp về nội dung. Tranh chấp thương mại có những đặc điểm pháp lý cơ bản sau đây:

Thứ nhất, chủ thể chủ yếu của tranh chấp thương mại là các thương nhân. Quan hệ thương mại có thể được thiết lập giữa các thương nhân với nhau hoặc giữa thương nhân với các bên chủ thể không phải là thương nhân. Vì vậy, một tranh chấp chỉ được coi là tranh chấp thương mại khi có ít nhất một bên là thương nhân. Ngoài thương nhân, trong những trường hợp nhất định, các cá nhân, tổ chức khác cũng có thể là chủ thể của tranh chấp thương mại.

Thứ hai, căn cứ phát sinh tranh chấp thương mại là hành vi vi phạm hợp đồng hoặc vi phạm pháp luật. Trong nhiều trường hợp, tranh chấp thương mại phát sinh do các bên giả định có vi phạm hợp đồng và xâm hại đến lợi ích hợp pháp của các bên. Cũng cần lưu ý, có thể có những vi phạm xâm hại tới lợi ích của các bên nhưng không làm phát sinh tranh chấp.

Thứ ba, nội dung của tranh chấp thương mại là những xung đột về quyền, nghĩa vụ và lợi ích của các bên trong hoạt động thương mại. Các quan hệ thương mại có bản chất là các quan hệ tài sản, vì vậy nội dung tranh chấp thương mại thường liên quan trực tiếp với những lợi ích kinh tế của các bên trong quan hệ thương mại.

Kể từ khi thực hiện công cuộc đổi mới cơ chế quản lý kinh tế đến nay, pháp luật Việt Nam đã sử dụng nhiều khái niệm pháp lý khác nhau để chỉ

các tranh chấp phát sinh trong lĩnh vực thương mại. Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án kinh tế năm 1994 sử dụng khái niệm "tranh chấp kinh tế" và liệt kê những tranh chấp được coi là tranh chấp kinh tế, bao gồm: tranh chấp hợp đồng kinh tế giữa pháp nhân và pháp nhân, pháp nhân và cá nhân có đăng ký kinh doanh; tranh chấp giữa công ty với các thành viên công ty, giữa các thành viên công ty với nhau liên quan đến việc thành lập, hoạt động và giải thể công ty; tranh chấp liên quan đến việc mua bán cổ phiếu, trái phiếu và các tranh chấp khác theo quy định của pháp luật. Khái niệm "tranh chấp thương mại" được Luật Thương mại năm 1997 đề cập là những tranh chấp phát sinh do việc không thực hiện hoặc thực hiện không đúng hợp đồng trong hoạt động thương mại. Theo luật này, những tranh chấp không phát sinh từ hợp đồng thương mại không được coi là tranh chấp thương mại. Quan niệm về hoạt động thương mại và tranh chấp thương mại theo Luật Thương mại (1997) đã không bao quát hết các tranh chấp phát sinh từ hoạt động thương mại theo cách hiểu phổ biến trên thế giới; điều này đã tạo ra những xung đột pháp luật giữa luật quốc gia với luật quốc tế, gây ra những trở ngại, rắc rối trong thực tiễn áp dụng pháp luật và hội nhập quốc tế.

Trước những bất cập của pháp luật về hoạt động thương mại và tranh chấp thương mại, Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 đã tiếp cận hoạt động thương mại theo nghĩa rộng, làm căn cứ để xác định các tranh chấp thương mại (thuộc thẩm quyền giải quyết của trọng tài thương mại) phù hợp với chuẩn mực chung của pháp luật và thông lệ quốc tế. Theo Pháp lệnh Trọng tài thương mại, tranh chấp thương mại là tất cả những tranh chấp phát sinh từ việc thực hiện một hay nhiều hành vi thương mại của cá nhân, tổ chức kinh doanh bao gồm mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ; phân phối, đại diện, đại lý thương mại; ký gửi; thuê; cho thuê; thuê mua; xây dựng; tư vấn; kỹ thuật; li – xăng; đầu tư; tài chính; ngân hàng; bảo hiểm; thăm dò; khai thác; vận chuyển hàng hoá, hành khách bằng đường hàng không, đường biển, đường sắt, đường bộ và các hành vi thương mại khác theo quy định của pháp luật.

Sự ra đời của Luật Thương mại năm 2005 đánh dấu bước phát triển mới của pháp Luật Thương mại Việt Nam trong tiến trình hội nhập. Hoạt động thương mại theo luật này được hiểu là mọi hoạt động nhằm mục đích sinh lợi, bao gồm mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ, đầu tư, xúc tiến thương mại và các hoạt động nhằm mục đích sinh lợi khác. Quan niệm về hoạt động thương mại trong Luật Thương mại (2005) tương đồng với khái niệm kinh doanh

trong Luật Doanh nghiệp (1999) cũng như Luật Doanh nghiệp (2005)⁹². Bên cạnh sự đổi mới của pháp luật nội dung, pháp luật tố tụng cũng đã có những cải cách quan trọng trong các quy định về giải quyết tranh chấp thương mại. Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2004, khi quy định về thẩm quyền của toà án trong việc giải quyết tranh chấp thương mại đã sử dụng khái niệm "tranh chấp về kinh doanh, thương mại" và liệt kê các tranh chấp về kinh doanh, thương mại thuộc thẩm quyền giải quyết của toà án bao gồm:

- Tranh chấp phát sinh trong hoạt động kinh doanh, thương mại giữa cá nhân, tổ chức có đăng ký kinh doanh với nhau và đều có mục đích lợi nhuận, bao gồm: mua bán hàng hóa; cung ứng dịch vụ; phân phối; đại diện, đại lý; ký gửi; thuê, cho thuê, thuê mua; xây dựng; tư vấn, kỹ thuật; vận chuyển hàng hóa, hành khách bằng đường sắt, đường bộ, đường thủy nội địa; vận chuyển hàng hóa, hành khách bằng đường hàng không, đường biển; mua bán cổ phiếu, trái phiếu và giấy tờ có giá khác; đầu tư, tài chính, ngân hàng; bảo hiểm; thăm dò, khai thác;

- Tranh chấp về quyền sở hữu trí tuệ, chuyển giao công nghệ giữa cá nhân, tổ chức với nhau và đều có mục đích lợi nhuận;

- Tranh chấp giữa công ty với các thành viên của công ty, giữa các thành viên của công ty với nhau liên quan đến thành lập, hoạt động, giải thể, sáp nhập, hợp nhất, chia, tách, chuyển đổi hình thức tổ chức của công ty;

- Các tranh chấp khác về kinh doanh, thương mại mà pháp luật có quy định.

Có thể nhận thấy, các tranh chấp về kinh doanh, thương mại được quy định trong Bộ luật Tố tụng dân sự (2004) thực chất là các tranh chấp phát sinh từ hoạt động thương mại theo cách hiểu về hoạt động thương mại trong Luật Thương mại (2005), hay là tranh chấp phát sinh từ hoạt động kinh doanh theo cách hiểu về kinh doanh trong Luật Doanh nghiệp (1999) và sau này là Luật Doanh nghiệp (2005). Trong khuôn khổ giáo trình này, khái niệm tranh chấp thương mại được sử dụng theo cách hiểu đồng nhất với tranh chấp kinh doanh.

Tranh chấp thương mại đòi hỏi phải được giải quyết thoả đáng nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các bên, giáo dục ý thức tôn trọng pháp luật của công dân, góp phần ngăn ngừa sự vi phạm pháp luật trong hoạt động thương mại, bảo đảm trật tự pháp luật và kỷ cương xã hội. Cơ chế pháp lý để

⁹² Xem khoản 2, Điều 4, Luật Doanh nghiệp năm 2005.

giải quyết các tranh chấp thương mại trong nền kinh tế thị trường phải đáp ứng được các yêu cầu cơ bản là: nhanh chóng, chính xác, đúng pháp luật; đảm bảo tính dân chủ và quyền tự định đoạt của các bên; quyết định giải quyết tranh chấp đạt hiệu quả thi hành cao.

Theo pháp luật hiện hành ở Việt Nam, tranh chấp thương mại có thể được giải quyết bằng các phương thức: thương lượng, hoà giải, trọng tài và toà án. Mỗi phương thức có sự khác nhau nhất định về tính chất pháp lý cũng như nội dung của thủ tục, trình tự tiến hành. Các bên tranh chấp có quyền tự do trong việc lựa chọn các phương thức giải quyết tranh chấp. Việc lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp phụ thuộc vào những lợi thế mà phương thức giải quyết có thể mang lại cho các bên; mức độ phù hợp của phương thức giải quyết tranh chấp so với nội dung, tính chất của tranh chấp và thiện chí của các bên.

II — THƯƠNG LƯỢNG VÀ HÒA GIẢI

Thương lượng và hoà giải là các hình thức giải quyết tranh chấp không mang tính chất tài phán, theo đó các bên tranh chấp cùng nhau bàn bạc, thoả thuận để đi đến thống nhất một phương án giải quyết bất đồng giữa họ và tự nguyện thực hiện phương án đó. Thương lượng là phương thức giải quyết tranh chấp theo đó các bên tranh chấp tự nguyện gặp gỡ nhau để giải quyết những bất đồng đã tồn tại mà không cần có sự trợ giúp của bên thứ ba. Sự khác nhau cơ bản giữa thương lượng và hoà giải là ở chỗ, trong phương thức hoà giải có sự xuất hiện của bên thứ ba (người trung gian). Người trung gian có vai trò hỗ trợ, giúp đỡ các bên trong việc thoả thuận phương án loại trừ tranh chấp, nhưng không áp đặt ý chí đối với các bên và không đưa ra phán quyết giải quyết tranh chấp.

Hoà giải được thực hiện dưới các hình thức: Hoà giải ngoài thủ tục tố tụng và hoà giải trong thủ tục tố tụng. Hoà giải ngoài thủ tục tố tụng là việc hoà giải được các bên tiến hành trước khi đưa đơn khởi kiện ra toà án hoặc trọng tài. Hoà giải trong thủ tục tố tụng là hoạt động được tiến hành tại toà án, tại cơ quan trọng tài khi các cơ quan này giải quyết tranh chấp theo đơn kiện của một bên. Khác với hoà giải ngoài thủ tục tố tụng, hoà giải trong thủ tục tố tụng được tiến hành dưới sự trợ giúp của toà án hoặc trọng tài; khi các bên hoà giải được với nhau, toà án, trọng tài sẽ ra quyết định công nhận sự thoả thuận của đương sự và quyết định này có giá trị cưỡng chế thi hành đối với các bên.

Ở Việt Nam, qua các thời kỳ phát triển kinh tế - xã hội, việc thương lượng, hoà giải các tranh chấp, trong đó có tranh chấp thương mại luôn được coi trọng. Khi tranh chấp phát sinh các bên phải tự thương lượng, hoà giải với nhau. Nếu thương lượng, hoà giải không thành mới đưa ra toà án hoặc trọng tài giải quyết. Và ngay cả khi giải quyết tranh chấp tại trọng tài hoặc toà án, các bên vẫn có thể tiến hành hoà giải với nhau.

Giải quyết tranh chấp thương mại bằng thương lượng, hoà giải có nhiều ưu điểm.

Thứ nhất, đây là các phương thức giải quyết tranh chấp đơn giản, nhanh chóng, ít tốn kém.

Thứ hai, các bên hoà giải thành thì không có kẻ thắng, người thua nên không gây ra tình trạng đối đầu giữa các bên và vì vậy có khả năng duy trì được quan hệ hợp tác vốn có giữa các bên.

Thứ ba, giải quyết tranh chấp bằng thương lượng, hoà giải, các bên dễ dàng kiểm soát được việc cung cấp chứng cứ và sử dụng chứng cứ qua đó giữ được bí quyết kinh doanh và uy tín của các bên.

Thứ tư, thương lượng, hoà giải xuất phát từ sự tự nguyện của các bên, vì vậy khi đạt được phương án hoà giải, các bên thường nghiêm túc thực hiện.

Tuy vậy, giải quyết tranh chấp thương mại bằng thương lượng, hoà giải cũng bộc lộ những hạn chế nhất định.

Thứ nhất, sự thành công của quá trình giải quyết tranh chấp chủ yếu phụ thuộc vào thái độ thiện chí và hợp tác của các bên tranh chấp.

Thứ hai, việc thực thi các kết quả đã đạt được trong quá trình giải quyết tranh chấp phụ thuộc vào sự tự nguyện thi hành của bên có nghĩa vụ phải thi hành; thỏa thuận hòa giải giữa các bên (trừ trường hợp hòa giải tại trọng tài và toà án) không được đảm bảo thi hành bằng sức mạnh cưỡng chế của Nhà nước.

Thứ ba, bên tranh chấp không có thiện chí có thể lợi dụng thương lượng, hoà giải để trì hoãn việc phải thực hiện nghĩa vụ; nhiều trường hợp do muốn tìm mọi cách hoà giải mà bên có quyền lợi bị vi phạm mất quyền khởi kiện tại toà án hoặc trọng tài do hết thời hiệu khởi kiện.

III — GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP THƯƠNG MẠI BẰNG PHƯƠNG THỨC TRỌNG TÀI

1. Khái quát về trọng tài

Trọng tài là phương thức giải quyết tranh chấp có tính chất tài phán phi

nhà nước (phi chính phủ) do các đương sự thỏa thuận lựa chọn để giải quyết các tranh chấp thương mại. Trọng tài chính là bên trung gian thứ ba được các bên tranh chấp chọn ra để giúp các bên giải quyết những xung đột, bất đồng giữa họ trên cơ sở đảm bảo quyền tự định đoạt của các bên. Cũng giống như thương lượng và hoà giải, phương thức trọng tài bắt nguồn từ sự thỏa thuận của các bên trên cơ sở tự nguyện. Để đưa tranh chấp ra trọng tài giải quyết, các bên phải có thỏa thuận trọng tài. Giải quyết tranh chấp bằng trọng tài giống với hoà giải ở chỗ, cả hai phương thức này đều có sự xuất hiện của người thứ ba. Tuy nhiên, trong hình thức hoà giải, vai trò của người thứ ba chỉ mang tính hỗ trợ, giúp đỡ các bên thỏa thuận với nhau. Còn trong phương thức trọng tài, sau khi xem xét sự việc, trọng tài có thể đưa ra phán quyết có giá trị cưỡng chế thi hành đối với các bên.

Từ kinh nghiệm tổ chức và hoạt động của trọng tài thương mại ở một số nước có nền kinh tế thị trường phát triển, có thể đưa ra một số nhận định về phương thức giải quyết tranh chấp này như sau:

Thứ nhất, trọng tài là một loại hình tổ chức phi chính phủ (tổ chức xã hội nghề nghiệp), hoạt động theo pháp luật và quy chế về trọng tài. Trọng tài là một thiết chế dân chủ trong giải quyết tranh chấp thương mại; trọng tài không chỉ góp phần tạo ra một đời sống dân chủ và tự do trong tư pháp, mà hơn thế nữa, trọng tài là "người" chia sẻ nhiệm vụ với Nhà nước trong việc xóa bỏ các bất đồng trong xã hội, thể hiện cụ thể ở việc giải quyết các tranh chấp thương mại.

Thứ hai, cơ chế giải quyết tranh chấp bằng trọng tài là sự kết hợp giữa hai yếu tố thỏa thuận và tài phán. Cụ thể, thỏa thuận làm tiền đề cho phán quyết và không thể có phán quyết trọng tài thoát ly những yếu tố đã được thỏa thuận. Bởi vậy, về nguyên tắc, thẩm quyền của trọng tài không bị giới hạn bởi pháp luật; các đương sự có thể lựa chọn bất cứ lúc nào, bất cứ một trọng tài Ad – hoc (trọng tài vụ việc) hoặc một tổ chức trọng tài nào đó trên thế giới để giải quyết tranh chấp. Tuy nhiên, để bảo vệ lợi ích công, pháp luật nhiều quốc gia chỉ thừa nhận thẩm quyền của trọng tài trong lĩnh vực luật tư (Private Law).

Thứ ba, phương thức trọng tài cho phép bảo đảm quyền tự định đoạt của các đương sự cao hơn so với phương thức toà án, thể hiện cơ bản là các đương sự trong tổ tụng trọng tài có quyền lựa chọn trọng tài viên, địa điểm giải quyết tranh chấp, quy tắc tố tụng, luật áp dụng đối với tranh chấp...

Thứ tư, phán quyết của trọng tài có giá trị chung thẩm và không thể kháng cáo trước bất cứ cơ quan, tổ chức nào. Đặc điểm này cho phép trọng tài có điều kiện thuận lợi trong việc giải quyết nhanh chóng, dứt điểm các vụ tranh chấp thương mại.

Thứ năm, pháp luật các nước nhìn chung đều quy định cơ chế hỗ trợ từ phía toà án đối với tổ chức và hoạt động của trọng tài. Thông qua trình tự công nhận và cho thi hành, toà án đảm bảo thực thi trên thực tế các quyết định của trọng tài khi một hoặc các bên đương sự không tự nguyện thực hiện. Ngoài ra, toà án còn hỗ trợ trọng tài ở các nội dung khác, như quyết định áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời, kê biên tài sản, bảo toàn chứng cứ, cấm hoặc buộc đương sự thực hiện một số hành vi nhất định...

Thứ sáu, trọng tài thương mại tồn tại dưới hai dạng cơ bản là: trọng tài vụ việc (trọng tài Ad – hoc) và trọng tài thường trực (trọng tài quy chế).

Trọng tài vụ việc là phương thức trọng tài do các bên tranh chấp thỏa thuận thành lập để giải quyết vụ việc và sẽ chấm dứt tồn tại khi giải quyết xong vụ việc đó. Bản chất của trọng tài vụ việc được thể hiện qua các đặc trưng cơ bản sau:

- Được thành lập khi phát sinh tranh chấp và tự chấm dứt hoạt động khi giải quyết xong vụ tranh chấp;
- Không có trụ sở thường trực, không có bộ máy điều hành, không có danh sách trọng tài viên. Trọng tài viên được các bên chọn hoặc được chỉ định có thể là người có tên trong hoặc ngoài danh sách trọng tài viên của bất cứ trung tâm trọng tài nào;
- Quy tắc tố tụng của trọng tài vụ việc để giải quyết vụ tranh chấp có thể do các bên thỏa thuận xây dựng, lựa chọn từ bất kỳ một quy tắc tố tụng nào của các trung tâm trọng tài.

Trọng tài vụ việc là hình thức tổ chức đơn giản, linh hoạt và mềm dẻo về phương thức hoạt động nên nói chung nó phù hợp với những tranh chấp ít tình tiết phức tạp, có nhu cầu giải quyết nhanh chóng và nhất là các bên tranh chấp có kiến thức và hiểu biết pháp luật cũng như kinh nghiệm tranh tụng.

Trọng tài thường trực là hình thức trọng tài được tổ chức chặt chẽ, có bộ máy, có trụ sở làm việc thường xuyên, có danh sách trọng tài viên hoạt động theo điều lệ và quy chế tố tụng riêng. Hầu hết các tổ chức trọng tài lớn, có uy tín trên thế giới đều được thành lập theo mô hình này dưới các tên gọi

như: trung tâm trọng tài, uỷ ban trọng tài, viện trọng tài, hội đồng trọng tài quốc gia và quốc tế... nhưng chủ yếu và phổ biến được tổ chức dưới dạng các trung tâm trọng tài. Các trung tâm trọng tài có một số đặc trưng cơ bản sau:

- + Là tổ chức phi chính phủ, không nằm trong hệ thống cơ quan nhà nước. Trung tâm trọng tài hoạt động theo nguyên tắc tự trang trải mà không được cấp kinh phí hoạt động từ ngân sách nhà nước. Khi giải quyết tranh chấp, trọng tài không nhân danh quyền lực nhà nước mà nhân danh người thứ ba độc lập ra phán quyết.

- + Trung tâm trọng tài có tư cách pháp nhân. Mỗi trung tâm trọng tài là một pháp nhân, tồn tại độc lập và bình đẳng với các trung tâm trọng tài khác. Giữa các trung tâm trọng tài không tồn tại quan hệ phụ thuộc cấp trên, cấp dưới như hệ thống các cơ quan tài phán nhà nước.

- + Cơ cấu tổ chức của trung tâm trọng tài gồm có ban điều hành và các trọng tài viên của trung tâm. Tổ chức và quản lý ở các trung tâm trọng tài nhìn chung rất đơn giản, gọn nhẹ. Ban điều hành của trung tâm trọng tài gồm có chủ tịch, một hoặc các phó chủ tịch trung tâm trọng tài và có thể có tổng thư ký trung tâm trọng tài do chủ tịch trung tâm trọng tài cử. Bên cạnh ban điều hành, trung tâm trọng tài còn có các trọng tài viên trong danh sách trọng tài viên của trung tâm trọng tài. Các trọng tài viên tham gia vào việc giải quyết tranh chấp khi được chọn hoặc chỉ định.

- + Trung tâm trọng tài có thể tự quyết định về lĩnh vực hoạt động và có quy tắc tố tụng riêng. Trong quá trình hoạt động, các trung tâm trọng tài có quyền mở rộng hoặc thu hẹp phạm vi lĩnh vực hoạt động, nhưng phải được sự chấp thuận của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Đặc điểm này cho phép các trung tâm trọng tài có thể được tổ chức và hoạt động với tính chất trọng tài chuyên ngành (chỉ giải quyết những loại tranh chấp thương mại nhất định).

Giải quyết các tranh chấp thương mại bằng con đường trọng tài có nhiều ưu điểm: Thủ tục trọng tài đơn giản, nhanh chóng; các bên tranh chấp có khả năng tác động đến quá trình trọng tài; khả năng chỉ định trọng tài viên giúp các bên lựa chọn được trọng tài viên giỏi, nhiều kinh nghiệm, am hiểu sâu sắc vấn đề đang tranh chấp qua đó có điều kiện giải quyết tranh chấp hợp đồng nhanh chóng, chính xác; nguyên tắc trọng tài không công khai giúp các bên hạn chế sự tiết lộ các bí quyết kinh doanh, giữ được uy tín của các bên trên thương trường; Trọng tài không đại diện cho quyền lực tư pháp của Nhà nước nên rất phù hợp để giải quyết các tranh chấp có nhân tố nước

ngoài. Tuy nhiên, việc giải quyết tranh chấp thương mại bằng trọng tài cũng bộc lộ một số hạn chế nhất định: Trọng tài không đại diện cho quyền lực tư pháp của Nhà nước, vì vậy có thể gặp khó khăn trong quá trình giải quyết tranh chấp, như xác minh, thu thập chứng cứ, áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời...

Trọng tài thương mại ở Việt Nam ra đời và tồn tại từ đầu những năm sáu mươi của thế kỷ 20, với hai tổ chức trọng tài là Hội đồng trọng tài Hàng hải và Hội đồng trọng tài Ngoại thương. Năm 1993, hai hội đồng trọng tài này đã sáp nhập thành Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam (VIAC), đặt bên cạnh Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam⁹³. Bên cạnh trọng tài thương mại phi chính phủ, Trọng tài Kinh tế Nhà nước với chức năng giải quyết những tranh chấp kinh tế tại Việt Nam cũng được thành lập trong bộ máy cơ quan nhà nước thuộc khối hành pháp từ năm 1960. Tuy nhiên, cơ quan trọng tài này đã được thay thế bởi Tòa kinh tế vào năm 1994, nhằm đáp ứng những đòi hỏi mới của việc giải quyết tranh chấp thương mại trong điều kiện cơ chế kinh tế mới. Đồng thời, với việc cho ra đời Tòa kinh tế, Nhà nước chủ trương cho phép thành lập các trung tâm trọng tài kinh tế mang tính chất xã hội - nghề nghiệp⁹⁴, nhằm thiết lập phương thức giải quyết tranh chấp thương mại bằng trọng tài phi chính phủ ở Việt Nam. Theo pháp luật hiện hành ở Việt Nam, trọng tài thường trực được tổ chức dưới hình thức các trung tâm trọng tài thương mại. Cũng giống như trọng tài thường trực được tổ chức ở các nước, các trung tâm trọng tài thương mại ở Việt Nam là tổ chức phi chính phủ, có tư cách pháp nhân, có con dấu, có tài khoản riêng và trụ sở giao dịch ổn định. Các trung tâm trọng tài là những tổ chức xã hội nghề nghiệp, không nằm trong hệ thống cơ quan quản lý nhà nước, không phải là cơ quan tư pháp. Vì vậy, khi giải quyết tranh chấp, các trung tâm này không nhân danh quyền lực nhà nước. Mặt khác, các trung tâm trọng tài hoạt động một cách độc lập, không chịu sự can thiệp hay chi phối của các cơ quan nhà nước về tổ chức, nhân sự, tài chính, hoạt động trên cơ sở thu phí từ công việc giải quyết tranh chấp. Với sự ra đời của Pháp lệnh Trọng tài thương mại ngày 25/3/2003, khung pháp luật về trọng tài thương mại phi chính phủ đã được hoàn thiện thêm một bước quan trọng, tạo điều kiện thuận lợi cho hoạt động giải quyết tranh chấp thương mại bằng phương thức trọng tài.

⁹³ Theo Quyết định số 204/TTg của Thủ tướng Chính phủ ngày 28/4/1993.

⁹⁴ Theo Nghị định của Chính phủ số 116/ND - ngày 5/9/1994

2. Thủ tục giải quyết tranh chấp thương mại bằng trọng tài ở nước ta hiện nay

a) Các nguyên tắc của tổ tụng trọng tài

Nguyên tắc tổ tụng là một nội dung cơ bản của các phương thức tài phán giải quyết tranh chấp thương mại. Đó là những tư tưởng pháp lý chỉ đạo được quy định bởi pháp luật, có giá trị bắt buộc phải tuân theo trong quá trình giải quyết tranh chấp. Với tính chất của phương thức tài phán phi nhà nước, tổ tụng trọng tài có những nguyên tắc thể hiện sự khác biệt so với tổ tụng toà án. Những nguyên tắc cơ bản của tổ tụng trọng tài bao gồm:

– Nguyên tắc thoả thuận trọng tài.

Nguyên tắc thoả thuận trọng tài đòi hỏi một vụ tranh chấp thương mại chỉ có thể được giải quyết theo phương thức trọng tài khi giữa các bên có thoả thuận trọng tài. Thoả thuận trọng tài là thoả thuận của các bên tranh chấp về việc chọn trọng tài là cơ quan giải quyết tranh chấp giữa các bên. Các bên có thể thiết lập thoả thuận trọng tài khi giao kết hợp đồng hoặc sau khi tranh chấp đã xảy ra. Vì vậy, thoả thuận trọng tài có thể nằm trong hợp đồng, là một điều khoản của hợp đồng hoặc là một thoả thuận riêng biệt, tách rời văn bản hợp đồng.

– Nguyên tắc trọng tài viên độc lập, vô tư, khách quan.

Trọng tài viên là những người trực tiếp tiến hành việc giải quyết tranh chấp giữa các bên và trong trường hợp các bên không thoả thuận được phương án giải quyết tranh chấp, các trọng tài viên sẽ đưa ra phán quyết đối với vụ tranh chấp. Trọng tài viên phải độc lập, vô tư, khách quan trong khi giải quyết tranh chấp. Đây là một nguyên tắc cơ bản của các cơ chế tài phán giải quyết tranh chấp nói chung. Những yếu tố làm ảnh hưởng đến sự độc lập, khách quan và vô tư của các trọng tài viên đều phải được loại bỏ khi trọng tài viên giải quyết tranh chấp. Các bên tranh chấp có quyền yêu cầu thay đổi trọng tài viên và trọng tài viên có nghĩa vụ từ chối giải quyết tranh chấp trong các trường hợp: Trọng tài viên là người thân thích của một bên hoặc đại diện của bên đó; trọng tài viên có lợi ích trong vụ tranh chấp; có căn cứ rõ ràng cho thấy trọng tài viên không vô tư, khách quan trong khi làm nhiệm vụ. Trong trường hợp sau khi trọng tài đã có phán quyết trọng tài các bên mới nhận thấy dấu hiệu của sự không khách quan, vô tư và độc lập của trọng tài viên thì các bên có quyền yêu cầu huỷ quyết định trọng tài theo quy định của pháp luật.

– Nguyên tắc đảm bảo quyền tự định đoạt và tôn trọng sự thoả thuận của các bên tranh chấp.

Tự định đoạt là quyền cơ bản của các đương sự trong giải quyết các tranh chấp dân sự nói chung và tranh chấp thương mại nói riêng. Nội dung của quyền tự định đoạt thể hiện ở chỗ, trong quá trình giải quyết tranh chấp thông qua trọng tài, các bên có quyền quyết định hoặc thoả thuận quyết định về những vấn đề có liên quan đến tranh chấp. Những vấn đề quan trọng thuộc quyền tự định đoạt và thoả thuận của các bên trong tố tụng trọng tài, về cơ bản phải kể đến là: chọn trọng tài viên; thoả thuận về thời gian, địa điểm tiến hành giải quyết tranh chấp, thoả thuận về phương án loại trừ tranh chấp... Trọng tài viên chỉ giải quyết tranh chấp trong phạm vi những yêu cầu của các bên và chỉ đưa ra phán quyết nếu như các bên tranh chấp không đạt được thoả thuận về việc giải quyết tranh chấp. Với bản chất của cơ chế "tài phán tư", trọng tài có điều kiện thuận lợi để đảm bảo quyền tự định đoạt của các bên trong quá trình giải quyết tranh chấp.

– Nguyên tắc giải quyết một lần.

Trọng tài là cơ quan tài phán phi chính phủ, chỉ tổ chức một cấp xét xử. Quyết định của trọng tài có giá trị chung thẩm, không thể bị kháng cáo, kháng nghị trước bất cứ cơ quan hay tổ chức nào. Nguyên tắc giải quyết một lần đòi hỏi các bên tranh chấp có nghĩa vụ thi hành phán quyết của trọng tài sau khi phán quyết được công bố, không có quyền kháng cáo quyết định của trọng tài⁹⁵; viện kiểm sát nhân dân không có quyền kháng nghị quyết định của trọng tài. Nguyên tắc giải quyết một lần là một trong những nét đặc trưng, thể hiện sự khác biệt rõ rệt giữa tố tụng trọng tài và tố tụng toà án. Nguyên tắc này cho phép trọng tài có ưu thế trong việc giải quyết dứt điểm vụ tranh chấp, tuy nhiên nó cũng tiềm ẩn nguy cơ có những quyết định trọng tài trái pháp luật mà không được xem xét lại bởi cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

b) Thẩm quyền của trọng tài

Trọng tài có chức năng giải quyết các tranh chấp thương mại. Tuy nhiên, với tính chất là cơ chế tài phán do các bên thoả thuận lựa chọn, trọng tài không có thẩm quyền đương nhiên đối với một vụ tranh chấp thương mại cụ thể. Theo quy định của Pháp lệnh Trọng tài thương mại, một tranh chấp

⁹⁵ Tuy nhiên, các bên có quyền yêu cầu toà án huỷ quyết định trọng tài (theo quy định tại Điều 50, Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003). Việc yêu cầu huỷ quyết định trọng tài không có tính chất của kháng cáo quyết định của trọng tài.

thuộc thẩm quyền của trọng tài nếu trước hoặc sau khi xảy ra tranh chấp, các bên có thỏa thuận trọng tài phù hợp với quy định của pháp luật. Như vậy, để xác định thẩm quyền của trọng tài đối với một vụ tranh chấp cụ thể, cần phải có các căn cứ sau:

Thứ nhất, tranh chấp giữa các bên là tranh chấp phát sinh từ hoạt động thương mại. Theo khoản 3, Điều 2, Pháp lệnh Trọng tài thương mại (2003), tranh chấp thương mại thuộc thẩm quyền giải quyết của trọng tài là tranh chấp phát sinh từ việc thực hiện một hay nhiều hành vi thương mại của cá nhân, tổ chức kinh doanh bao gồm mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ; phân phối; đại diện, đại lý thương mại; ký gửi; thuê, cho thuê; thuê mua; xây dựng; tư vấn; kỹ thuật; li – xăng; đầu tư; tài chính, ngân hàng; bảo hiểm; thăm dò, khai thác; vận chuyển hàng hoá, hành khách bằng đường hàng không, đường biển, đường sắt, đường bộ và các hành vi thương mại khác theo quy định của pháp luật.

Thứ hai, thỏa thuận trọng tài giữa các bên có hiệu lực pháp luật. Một thỏa thuận trọng tài có hiệu lực sẽ phát sinh những hệ quả pháp lý sau:

– Xác lập thẩm quyền giải quyết tranh chấp của một tổ chức trọng tài cụ thể đối với vụ tranh chấp (hội đồng trọng tài do các bên thành lập hoặc một trung tâm trọng tài cụ thể thành lập);

Loại trừ thẩm quyền giải quyết tranh chấp của toà án đối với một tranh chấp cụ thể, theo đó, khi thấy giữa các bên đã có thỏa thuận trọng tài, toà án sẽ trả lại đơn kiện nếu một trong các bên khởi kiện tại toà án;

Khi khởi kiện yêu cầu giải quyết tranh chấp để bảo vệ quyền lợi của mình, bắt buộc các bên phải khởi kiện tại tổ chức trọng tài đã được thỏa thuận lựa chọn.

Thỏa thuận trọng tài được coi là có hiệu lực pháp luật nếu không rơi vào các trường hợp vô hiệu do pháp luật quy định. Theo Điều 10, Pháp lệnh Trọng tài thương mại (2003), một thỏa thuận trọng tài bị coi là vô hiệu nếu thuộc một trong các trường hợp sau:

- + Tranh chấp phát sinh không thuộc hoạt động thương mại;
- + Người ký thỏa thuận trọng tài không có thẩm quyền ký kết theo quy định của pháp luật;
- + Một bên ký kết thỏa thuận trọng tài không có năng lực hành vi dân sự đầy đủ;

+ Thỏa thuận trọng tài không quy định hoặc quy định không rõ đối tượng tranh chấp mà sau đó các bên không có thỏa thuận bổ sung;

+ Thỏa thuận trọng tài không được ký bằng văn bản;

+ Bên ký thỏa thuận trọng tài bị lừa dối, bị đe dọa và có yêu cầu tuyên bố thỏa thuận trọng tài vô hiệu.

Trong mối quan hệ với hợp đồng, điều khoản trọng tài tồn tại độc lập với hợp đồng. Việc thay đổi, gia hạn, huỷ bỏ hợp đồng, sự vô hiệu của hợp đồng không ảnh hưởng đến hiệu lực của điều khoản trọng tài.

Từ những quy định về thẩm quyền của trọng tài cho thấy, cách xác định thẩm quyền của trọng tài có nhiều điểm khác biệt so với cách xác định thẩm quyền của toà án. Các nguyên tắc phân định thẩm quyền giải quyết tranh chấp theo lãnh thổ, theo trụ sở hoặc nơi cư trú của bị đơn và theo sự lựa chọn của nguyên đơn được áp dụng trong tố tụng toà án, nhưng không được áp dụng trong tố tụng trọng tài.

c) Thủ tục tố tụng trọng tài

Thủ tục tố tụng trọng tài được Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 quy định có sự khác nhau giữa hai phương thức trọng tài là trung tâm trọng tài và hội đồng trọng tài do các bên thành lập. Những nội dung cơ bản của thủ tục tố tụng trọng tài bao gồm ⁹⁶:

- Khởi kiện và thụ lý đơn kiện;
- Bản tự bảo vệ của bị đơn;
- Thành lập hội đồng trọng tài;
- Chuẩn bị giải quyết tranh chấp;
- Hòa giải;
- Phiên họp hội đồng trọng tài giải quyết tranh chấp;
- Quyết định của trọng tài.

Về nguyên tắc, các trung tâm trọng tài có thể tự xây dựng, sáng tạo quy tắc tố tụng riêng cho mình trên cơ sở quy định của pháp luật (nội dung quy tắc tố tụng không được trái với quy định của pháp luật). Trong hoạt động nghề nghiệp có tính cạnh tranh giữa các tổ chức trọng tài phi chính phủ, thì việc có được quy tắc tố tụng riêng phù hợp là một trong những yếu tố có ảnh

⁹⁶ Điều 19 đến Điều 49, Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003.

hưởng lớn tới hiệu quả hoạt động của tổ chức trọng tài đó và cũng là tiêu chí quan trọng để đánh giá khả năng cạnh tranh của trung tâm trọng tài này so với các trung tâm trọng tài khác.

d) Hỗ trợ và giám sát tư pháp đối với trọng tài

Hỗ trợ và giám sát tư pháp là đảm bảo quan trọng từ phía nhà nước đối với tổ chức và hoạt động của trọng tài, giúp khắc phục những hạn chế cố hữu của trọng tài, với tính chất của một phương thức tài phán phi nhà nước trong việc giải quyết các tranh chấp thương mại. Theo Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003, sự hỗ trợ và giám sát tư pháp đối với trọng tài thương mại thể hiện ở những nội dung cơ bản sau:

– Tòa án giúp các bên tranh chấp trong việc lựa chọn trọng tài viên (trong hình thức trọng tài vụ việc) nếu các bên không tự lựa chọn được trọng tài viên của mình hoặc nếu một trong các bên không tiến hành lựa chọn trong thời hạn pháp luật quy định. Đồng thời, tòa án có thể ra quyết định thay đổi trọng tài viên theo yêu cầu của một trong các bên tranh chấp trong trường hợp cần phải thay đổi trọng tài viên mà các bên cũng như hội đồng trọng tài đã được thành lập nhưng không quyết định được.

– Tòa án có thể xem xét lại quyết định về thẩm quyền của trọng tài thương mại. Trong quá trình giải quyết tranh chấp, trọng tài phải xem xét để ra quyết định về thẩm quyền của trọng tài trong trường hợp một bên tranh chấp có khiếu nại. Nếu một trong các bên tranh chấp không đồng ý với quyết định về thẩm quyền của trọng tài thì bên đó có quyền yêu cầu tòa án cấp tỉnh nơi hội đồng trọng tài đã ra quyết định xem xét lại quyết định này. Quyết định của tòa án về việc xem xét lại thẩm quyền của trọng tài là quyết định cuối cùng.

– Tòa án cấp tỉnh nơi hội đồng trọng tài thụ lý giải quyết vụ tranh chấp có thể quyết định áp dụng một hoặc một số biện pháp khẩn cấp tạm thời theo yêu cầu của các bên tranh chấp trong tố tụng trọng tài. Các biện pháp khẩn cấp tạm thời có thể được áp dụng bao gồm:

- + Bảo toàn chứng cứ trong trường hợp chứng cứ đang bị tiêu hủy hoặc có nguy cơ bị tiêu hủy;
- + Kê biên tài sản tranh chấp;
- + Cấm chuyển dịch tài sản tranh chấp;
- + Cấm thay đổi hiện trạng tài sản tranh chấp;

- + Kê biên và niêm phong tài sản ở nơi gửi giữ;
- + Phong toả tài khoản tại ngân hàng.

Bên có đơn yêu cầu áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời phải có bằng chứng chứng minh việc áp dụng các biện pháp đó là cần thiết và phải chịu trách nhiệm về yêu cầu của mình. Trong trường hợp yêu cầu áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời không đúng và gây thiệt hại thì phải bồi thường.

- Toà án xem xét, quyết định huỷ hoặc không huỷ quyết định của trọng tài theo yêu cầu của các bên tranh chấp. Các bên tranh chấp có quyền yêu cầu huỷ quyết định trọng tài trong vòng 30 ngày kể từ ngày nhận được quyết định của trọng tài. Yêu cầu huỷ quyết định của trọng tài được gửi cho toà án cấp tỉnh, nơi hội đồng trọng tài ra quyết định. Toà án ra quyết định huỷ quyết định của trọng tài nếu bên yêu cầu chứng minh được rằng hội đồng trọng tài đã ra quyết định trọng tài thuộc một trong các trường hợp sau:

- + Không có thoả thuận trọng tài;
- + Thoả thuận trọng tài vô hiệu;
- + Thành phần hội đồng trọng tài, tổ tụng trọng tài không phù hợp với thoả thuận của các bên;
- + Vụ tranh chấp không thuộc thẩm quyền của hội đồng trọng tài;
- + Bên yêu cầu chứng minh được trong quá trình giải quyết vụ tranh chấp có trọng tài viên vi phạm nghĩa vụ trọng tài viên;
- + Quyết định của trọng tài trái với lợi ích công cộng của Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam.

Nếu không có bên nào yêu cầu huỷ quyết định của trọng tài hoặc có yêu cầu huỷ nhưng toà án ra quyết định không huỷ quyết định của trọng tài thì quyết định của trọng tài có hiệu lực pháp luật, các bên có nghĩa vụ phải thi hành.

e) Thi hành quyết định trọng tài

Để phù hợp với thông lệ quốc tế, pháp luật hiện hành đã quy định cơ chế đảm bảo thi hành quyết định của trọng tài bằng sức mạnh cưỡng chế nhà nước. Theo Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 (Điều 57), sau thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày hết thời hạn thi hành quyết định của trọng tài, nếu một bên không tự nguyện thi hành, cũng không yêu cầu huỷ quyết định của trọng tài thì bên được thi hành quyết định của trọng tài có quyền làm đơn yêu cầu cơ quan thi hành án cấp tỉnh nơi có trụ sở, nơi cư trú hoặc nơi có tài sản của bên phải thi hành, thi hành quyết định của trọng tài.

Quy định này là điểm tiến bộ đáng kể nhất của Pháp lệnh Trọng tài thương mại (2003) so với các văn bản pháp luật về trọng tài trước đó. Việc đảm bảo thi hành trên thực tế quyết định của trọng tài bằng sức mạnh cưỡng chế nhà nước là yếu tố quyết định giúp khắc phục những hạn chế của phương thức tài phán trọng tài. Tuy nhiên, việc cho phép các bên tranh chấp có thể yêu cầu cơ quan thi hành án cưỡng chế thi hành quyết định của trọng tài mà không cần thông qua sự xem xét, công nhận của toà án như quy định của Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 là vấn đề cần được bàn thêm.

IV — GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP THƯƠNG MẠI BẰNG PHƯƠNG THỨC TOÀ ÁN

1. Khái quát về giải quyết tranh chấp thương mại bằng phương thức toà án

Bên cạnh phương thức tài phán trọng tài, các tranh chấp thương mại còn có thể được giải quyết bằng phương thức toà án. Toà án là phương thức giải quyết tranh chấp thương mại có tính chất tài phán nhà nước, nhân danh quyền lực nhà nước để đưa ra phán quyết, buộc các bên có nghĩa vụ thi hành. Khi tranh chấp thương mại phát sinh, nếu các bên không tự thương lượng, hoà giải được với nhau và cũng không có thỏa thuận trọng tài thì tranh chấp có thể được giải quyết tại toà án theo yêu cầu của một trong các bên.

Thực tiễn giải quyết tranh chấp thương mại bằng phương thức toà án ở các nước có nền kinh tế thị trường và hệ thống pháp luật phát triển (như Pháp, Đức, Nhật Bản, Vương quốc Anh, Hoa Kỳ...) cho thấy một số vấn đề đáng lưu ý sau:

- Về nguyên tắc tổ chức hệ thống toà án: hệ thống toà án được tổ chức theo cấp xét xử và dựa trên nguyên tắc hai cấp xét xử (sơ thẩm, phúc thẩm và toà phá án)⁹⁷. Số lượng các toà án không được xác định theo địa giới hành chính mà được xác định theo yêu cầu của công tác xét xử. Thông thường, số lượng các toà phúc thẩm ở những địa giới hành chính là những trung tâm thương mại sẽ nhiều hơn so với các địa giới hành chính khác.

- Về nguyên tắc xác định thẩm quyền theo vụ việc của toà án: Nhìn chung thẩm quyền theo vụ việc chỉ đặt ra để phân định thẩm quyền giữa các cơ cấu (bộ phận chuyên trách) trong hệ thống toà án. Điều đó có nghĩa là, thẩm quyền của toà án không bị giới hạn bởi vụ việc phát sinh trong đời sống dân sự nói chung và thương mại nói riêng, trừ khi các đương sự có thỏa thuận với

⁹⁷ Đây là sự khác biệt quan trọng so với tổ chức và hoạt động của hệ thống toà án ở Việt Nam mà tại đây, toà án nhân dân tối cao vẫn thực hiện chức năng xét xử

nhau về việc giải quyết tranh chấp bằng phương thức trọng tài. Từ quan niệm đó, các đương sự tìm đến sự trợ giúp của toà án như một giải pháp cuối cùng để bảo vệ hiệu quả các quyền và lợi ích của mình. Pháp luật tố tụng dân sự và thương mại của nhiều nước ghi nhận nguyên tắc "Thẩm phán không được phép từ chối xét xử với lý do pháp luật chưa có quy định về vấn đề này". Cách tiếp cận này cho thấy vai trò to lớn của hệ thống án lệ – một nguồn luật quan trọng do chính toà án sáng tạo ra để phục vụ hoạt động xét xử một cách có hiệu quả.

- Về thủ tục tố tụng: Thủ tục tố tụng toà án được áp dụng cho các tranh chấp thương mại dựa trên nền tảng thủ tục tố tụng dân sự cùng với một số quy định đặc thù cho phù hợp với hoạt động kinh doanh, như về hội đồng xét xử, về trình tự tố tụng... Bởi vậy, trong hệ thống pháp luật không hình thành luật tố tụng riêng cho các tranh chấp thương mại mà chỉ có luật về tố tụng dân sự.

- Về cơ cấu tổ chức toà án: Tùy thuộc vào trình độ phát triển kinh tế – xã hội, các điều kiện văn hóa, tập quán và truyền thống xây dựng pháp luật, toà án các nước được tổ chức rất đa dạng. Tuy nhiên, có hai mô hình tổ chức toà án phổ biến là:

- + Thành lập các toà chuyên trách với tên gọi là toà kinh tế hoặc toà thương mại, độc lập về mặt tổ chức với toà án thường để giải quyết các tranh chấp thương mại. Mô hình này thường gặp ở các nước theo truyền thống pháp luật Civil Law như Cộng hòa Pháp, Cộng hòa liên bang Đức... Điều đáng lưu ý là thẩm phán toà thương mại thường được bổ nhiệm hoặc bầu theo một quy chế riêng khác với thẩm phán thông thường. Ở Pháp và Đức, thẩm phán thương mại (hội thẩm tại toà thương mại) là một nghề danh dự và không được hưởng lương. Các hội thẩm tham gia tại các toà thương mại phải là các thương gia hoặc các chuyên gia về kinh tế có uy tín và giàu kinh nghiệm. Do đó, họ thường được bổ nhiệm theo đề nghị của phòng thương mại và công nghiệp.

- + Trao thẩm quyền giải quyết tranh chấp thương mại cho toà dân sự. Pháp luật ở các quốc gia theo mô hình này không có sự phân biệt rạch ròi giữa tranh chấp thương mại và tranh chấp dân sự; tranh chấp thương mại được coi là một dạng của tranh chấp dân sự và do đó không cần phải phân chia cơ chế điều chỉnh pháp luật về thủ tục tố tụng đến mức phải có luật tố tụng riêng cho các tranh chấp thương mại. Mô hình tổ chức toà án này thường gặp ở

các nước theo truyền thống pháp luật Common Law, như Vương quốc Anh, Hoa Kỳ... và một số nước chuyển đổi như Trung Quốc, Cộng hòa Séc...

Giải quyết tranh chấp thương mại bằng phương thức toà án có nhiều lợi thế. Toà án là cơ quan đại diện cho quyền lực tư pháp của Nhà nước nên các quyết định, bản án của toà án mang tính cưỡng chế thi hành đối với các bên. Mặt khác, với nguyên tắc hai cấp xét xử, những sai sót trong quá trình giải quyết tranh chấp có khả năng được phát hiện và khắc phục. Bên cạnh đó, việc giải quyết tranh chấp bằng phương thức toà án cũng bộc lộ một số hạn chế nhất định, mà đáng kể nhất là thủ tục tố tụng của toà án quá chặt chẽ làm cho thời gian giải quyết tranh chấp thường bị kéo dài; khả năng chủ động, linh hoạt của các bên trong quá trình tố tụng tại toà án bị hạn chế.

2. Thủ tục giải quyết tranh chấp thương mại bằng phương thức toà án theo pháp luật Việt Nam

Trong cơ chế kinh tế kế hoạch tập trung ở Việt Nam, các tranh chấp dân sự (theo nghĩa hẹp) được giải quyết thông qua toà án còn tranh chấp thương mại (tranh chấp kinh tế) được giải quyết tại cơ quan trọng tài kinh tế ở các cấp do nhà nước thành lập. Trong giai đoạn này, toà án không có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp phát sinh từ lĩnh vực thương mại.

Từ ngày 01/7/1994, hệ thống trọng tài kinh tế nhà nước chấm dứt hoạt động, chức năng giải quyết tranh chấp kinh tế được chuyển sang cho toà án. Để đáp ứng các yêu cầu của việc giải quyết tranh chấp kinh tế trong cơ chế kinh tế mới, toà kinh tế đã được thành lập trong hệ thống toà án nhân dân với tư cách là một toà chuyên trách. Về mặt tổ chức, toà kinh tế được thành lập tại Toà án nhân dân tối cao và toà án nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương. Toà án nhân dân huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh không phân toà kinh tế mà chỉ có các thẩm phán chuyên trách, có khả năng giải quyết các tranh chấp thương mại. Về thủ tục tố tụng, trước khi có Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2004, trong hệ thống pháp luật nước ta tồn tại chế định về tố tụng kinh tế, độc lập với chế định về tố tụng dân sự (thủ tục giải quyết các vụ án kinh tế được quy định tại Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án kinh tế năm 1994, trong khi thủ tục giải quyết các vụ án dân sự được quy định tại Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án dân sự năm 1989). Việc quy định tách bạch hai loại tố tụng này có những lý do cả về điều kiện kinh tế, xã hội cũng như về tư duy pháp lý trong giai đoạn đầu chuyển đổi nền kinh tế ở nước ta.

Với sự ra đời của Bộ luật Tố tụng dân sự ngày 15/6/2004, các quy định về tố tụng dân sự và tố tụng kinh tế đã được cải cách một bước căn bản, phù hợp với quan điểm phổ biến trên thế giới về tố tụng toà án theo luật tư, theo đó, pháp luật không có sự phân biệt về thủ tục tố tụng giữa việc giải quyết các tranh chấp thương mại với các tranh chấp dân sự khác⁹⁸. Theo Bộ luật Tố tụng dân sự, thủ tục giải quyết tranh chấp về kinh doanh, thương mại tại toà án cũng như thủ tục giải quyết tranh chấp về dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động (gọi chung là thủ tục giải quyết vụ án dân sự) được quy định chung và bao gồm những nội dung cơ bản sau:

- Các nguyên tắc tố tụng dân sự;
- Thẩm quyền của toà án;
- Thủ tục giải quyết vụ án tại toà án cấp sơ thẩm: khởi kiện và thụ lý vụ án; hòa giải và chuẩn bị xét xử; phiên toà sơ thẩm;
- Thủ tục giải quyết vụ án tại toà án cấp phúc thẩm;
- Thủ tục xét lại bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật, bao gồm: thủ tục giám đốc thẩm và thủ tục tái thẩm.

Với quan điểm tiếp cận này, ta thấy trong hệ thống pháp luật ở Việt Nam hiện nay không tồn tại một chế định pháp luật độc lập về tố tụng kinh tế (tố tụng toà án). Do vậy, dưới góc độ nghiên cứu, những vấn đề pháp lý cụ thể về thủ tục giải quyết tranh chấp thương mại bằng phương thức toà án thường không thuộc giới hạn nghiên cứu của môn học Luật Thương mại theo cách phân chia môn học tại các trường đào tạo luật ở Việt Nam hiện nay.

⁹⁸ Xem Điều 1, Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2004.

Chịu trách nhiệm xuất bản:

Chủ tịch HĐQT kiêm Tổng Giám đốc **NGÔ TRẦN ÁI**
Phó Tổng Giám đốc kiêm Tổng biên tập **NGUYỄN QUỲ THAO**

Tổ chức bản thảo và chịu trách nhiệm nội dung:

Chủ tịch HĐQT kiêm Giám đốc Công ty CP Sách DH - DN
TRẦN NHẬT TÂN

Biên tập nội dung và sửa bản in:

VŨ BÁ SƠN

Trình bày bìa:

ĐINH XUÂN DŨNG

Thiết kế sách và chế bản.

VŨ BÁ LỘC

GIÁO TRÌNH LUẬT THƯƠNG MẠI – TẬP HAI

Mã số : 7L216Y8 – DAI

In 1.500 cuốn (QĐ : 46), khổ 16 x 24cm. In tại Công ty Cổ phần In Phúc Yên.

Địa chỉ : Đường Trần Phú, thị xã Phúc Yên.

Số ĐKKH xuất bản : 695-2008/CXB/5--1307/GD.

In xong và nộp lưu chiểu tháng 9 năm 2008.



**CÔNG TY CỔ PHẦN SÁCH ĐẠI HỌC - DẠY NGHỀ
HEVOBCO**

25 HÀN THUYỀN – HÀ NỘI

Website : www.hevobco.com.vn

TÌM ĐỌC SÁCH GIÁO TRÌNH LUẬT HỌC CỦA NHÀ XUẤT BẢN GIÁO DỤC

(Bộ sách giáo trình dùng cho các trường đào tạo hệ Đại học và Sau đại học)

- | | |
|--|--------------------------|
| 1. Giáo trình Lý luận chung về nhà nước và pháp luật | PGS. TS. Nguyễn Văn Động |
| 2. Giáo trình Luật Thương mại – tập một | TS. Bùi Ngọc Cường |
| 3. Giáo trình Luật Thương mại – tập hai | TS. Bùi Ngọc Cường |
| 4. Giáo trình Luật Chứng Khoán | TS. Nguyễn Văn Tuyên |
| 5. Giáo trình Luật Đầu tư | TS. Lê Đình Vinh |
| 6. Giáo Trình Luật Dân sự – tập một | TS. Phùng Trung Tập |

Bạn đọc có thể mua tại các Công ty Sách - Thiết bị trường học ở các địa phương hoặc các Cửa hàng của Nhà xuất bản Giáo dục :

Tại Hà Nội : 25 Hàn Thuyên ; 187B Giảng Võ ; 232 Tây Sơn ; 23 Tràng Tiền ;

Tại Đà Nẵng : Số 15 Nguyễn Chí Thanh ; Số 62 Nguyễn Chí Thanh ;

Tại Thành phố Hồ Chí Minh : Cửa hàng 451B - 453, Hai Bà Trưng – Quận 3 ;
240 Trần Bình Trọng – Quận 5.

Tại Thành phố Cần Thơ : Số 5/5, đường 30/4 ;

Website : www.nxbgd.com.vn



Giá: 22.000 đ