



ĐƠN VỊ THỰC HIỆN

ĐƠN VỊ ĐỒNG HÀNH

NHÀ TÀI TRỢ VÀNG

Chuyên san

SINH VIÊN & PHÁP LUẬT

SỐ 09 – 12/2020

Kỷ niệm 20 năm thành lập
Trường Đại học Kinh tế - Luật



TRONG SỐ NÀY

Việt Nam với vấn đề
gia nhập Công ước
về Giảm thiểu
tình trạng
không quốc tịch
năm **1961**

Tư cách pháp lý
của thai nhi và
kiến nghị bổ sung
quy định về
quyền được sống
của thai nhi

"Spotlight" - Tội ác
nhân danh Chúa
được dung dưỡng
bởi
cái bóng cam lạng
của Boston

**Privacy costs and
personal data
protection:**
Economic and
Legal perspectives

PRACTICE MAKES PERFECT

LỜI NÓI ĐẦU

Câu lạc bộ Nghiên cứu & Tư vấn Pháp luật (LRAC) luôn nỗ lực không ngừng trong việc xây dựng một môi trường hoạt động với ba nền tảng chính: Nghiên cứu – Thực hành – Phản biện thông qua các hoạt động chủ đạo phù hợp với năng lực của sinh viên. Để thực hiện những mục tiêu này, LRAC đã và đang ấp ủ những dự án dành cho các bạn sinh viên đam mê với ngành luật, thích nghiên cứu và sáng tạo. Là những người đang ngồi trên ghế nhà trường, chúng tôi phần nào hiểu được rằng: sinh viên luật cần được rèn luyện kỹ năng viết, rộng hơn là kỹ năng nghiên cứu. Vì lẽ này, Chuyên san Sinh viên & Pháp luật đã ra đời.

Đây là nơi sinh viên có cơ hội vận dụng những kiến thức đã học và tiếp tục phát triển các kỹ năng cần thiết thông qua việc nghiên cứu và thực hành viết các bài luận, bài nghiên cứu khoa học ngắn về các vấn đề liên quan đến luật pháp đang diễn ra ngoài xã hội. Việc được các thầy cô, luật sư nhận xét về khả năng viết của cá nhân trong khuôn khổ một bài nghiên cứu là cơ hội hiếm có. Không chỉ vậy, những góp ý, phản biện bài viết từ các anh chị khóa trên cũng tạo ra những góc nhìn đa chiều. LRAC mong muốn tạo điều kiện và môi trường tốt nhất cho sinh viên được thử sức với nghiên cứu pháp luật thông qua quá trình nghiên cứu - viết - phản biện nhằm tạo tiền đề cho việc thực hiện các công trình nghiên cứu khoa học hoàn chỉnh sau này.

Bằng những cố gắng, chúng tôi luôn mong muốn đóng góp sức mình vào công cuộc tạo động lực thúc đẩy sinh viên phát triển các kỹ năng cần thiết cho việc nghiên cứu và tư vấn pháp luật. Song, kiến thức là vô tận và hiểu biết của chúng tôi còn hạn chế nên những thiếu sót trong các bài viết của Chuyên san là không thể tránh khỏi. Chúng tôi luôn sẵn lòng đón nhận những ý kiến đóng góp từ các bạn độc giả để những số phát hành sau được tốt hơn.

Cuối cùng, LRAC xin gửi lời cảm ơn sự quan tâm, giúp đỡ trong quá trình hoàn thiện Chuyên san của các giảng viên khoa Luật Kinh tế, các luật sư của Công ty Luật TNHH Apolat Legal và Công ty Luật TNHH LTT & Lawyers, các anh chị khóa trên đã hỗ trợ duyệt, sửa bài cũng như tất cả các bạn sinh viên luôn dõi theo, ủng hộ Chuyên san Sinh viên & Pháp luật nói riêng và LRAC nói chung.

Câu lạc bộ Nghiên cứu & Tư vấn Pháp luật

Ban cố vấn

Nguyễn Công Định	Giảng viên
Phan Thị Hương Giang	Giảng viên
Bùi Nguyễn Trà My	Giảng viên
Giản Thị Lê Na	Giảng viên
Bùi Thị Hằng Nga	Giảng viên
Nguyễn Phan Phương Tần	Giảng viên
Lê Trọng Thêm	Luật sư
Phạm Thị Thoa	Luật sư

Ban biên tập**Trưởng ban**

Phạm Thụy Bảo Long K195022C

Thành viên

Tấn Trúc Hạnh Đoàn	K18501
Văn Thị Thảo Vy	K18502
Vũ Trí Nhân	K19501
Trần Thị Mỹ Linh	K19502
Vũ Mai Như Huỳnh	K195021C
Võ Giản Quế Phương	K195021C
Dương Minh Trúc	K195022C
Phạm Thụy Bảo Long	K195022C
Nguyễn Thủy Tiên	K195022C
Trần Thị Hoàng Oanh	K19504
Hoàng Lan Anh	K20501
Đặng Ngọc Lãm Uyên	K20502
Lê Phương Thảo	K20501C
Nguyễn Huỳnh Khánh Vy	K20501C
Tổng Hoàng Thanh An	K20502C
Đỗ Nguyễn Thúy Diệu	K20502C
Nguyễn Hoàng Quốc Huy	K20502C
Nguyễn Thị Bảo Ngọc	K20502C

Ban Design**Trưởng ban**

Nguyễn Thị Ánh Dương K19504

Thành viên

Vũ Trí Nhân	K19501
Lê Dung Nghi	K19502
Vũ Mai Như Huỳnh	K195021C
Trần Thị Hoàng Oanh	K19504
Đỗ Nguyễn Thúy Diệu	K20502C
Nguyễn Hoàng Quốc Huy	K20502C

Chuyên san Sinh viên & Pháp luật số 09 - 12/2020**MỤC LỤC****1. Kính đa trùng**

Bảo hộ nhãn hiệu tương tự đến mức gây nhầm lẫn với nhãn hiệu khác bằng thỏa thuận cùng tồn tại - Thực tiễn và kiến nghị hoàn thiện pháp luật Việt Nam 1

Chính sách không cho phép kiểm tra hàng hóa trước khi thanh toán của một số sàn thương mại điện tử tại Việt Nam - Thực trạng và kiến nghị 12

Hoàn thiện pháp luật Việt Nam về hợp đồng lao động trong quan hệ giữa người lái xe và công ty công nghệ dưới tác động của cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ tư 21

Áp dụng cơ chế tự chứng nhận xuất xứ tận dụng ưu đãi thuế quan theo EVFTA - Kinh nghiệm quốc tế và giá trị tham khảo cho Việt Nam 28

Pháp luật Việt Nam về sự kiện bất khả kháng trong việc thực hiện hợp đồng trong thời kỳ dịch bệnh bùng phát 38

Tư cách pháp lý của thai nhi và kiến nghị bổ sung quy định về quyền được sống của thai nhi 47

2. Có thể bạn chưa biết?

Việt Nam với vấn đề gia nhập Công ước về Giảm thiểu tình trạng không quốc tịch năm 1961 56

3. Nhân vật & Sự kiện

Ruth Bader Ginsburg và Luật Hôn nhân Đồng giới 62

4. Legalese Corner

Privacy costs and personal data protection: economic and legal perspectives 66

5. Góc kết nối

Sáp nhập & Mua lại doanh nghiệp cùng sự tác động của Luật Doanh nghiệp 2020 đến hoạt động này 77

6. Cơ hội - Tiềm năng

Công ty Luật TNHH Apolat Legal 81

ALSA International Moot Court Competition (AIMCC) 83

7. Giải trí

'Spotlight' - Tội ác nhân danh Chúa được dung dưỡng bởi cái bóng cam lạng của Boston 84

8. Hiểu luật không khó

Tranh chấp kết quả đánh giá hồ sơ dự thầu 86

BẢO HỘ NHÃN HIỆU TƯƠNG TỰ ĐẾN MỨC GÂY NHẦM LẤN VỚI NHÃN HIỆU KHÁC BẰNG THỎA THUẬN CÙNG TỒN TẠI NHÃN HIỆU THỰC TIỄN VÀ KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VIỆT NAM

Phan Thị Thùy Trang¹ & Trần Thị Thùy Linh²

Theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành, các đơn đăng ký bảo hộ cho dấu hiệu tương tự đến mức gây nhầm lẫn với nhãn hiệu đã được đăng ký sẽ bị từ chối cấp văn bằng bảo hộ.³ Tuy nhiên, trên thực tế, chủ thể nộp đơn có thể tìm kiếm sự chấp thuận của chủ sở hữu nhãn hiệu đang được bảo hộ bằng hình thức “Thỏa thuận Cùng tồn tại” (Coexistence Agreement) hoặc “Thư Chấp thuận” (Letter of Consent) để làm căn cứ vượt qua việc bị từ chối của Cục Sở hữu trí tuệ. Bài viết này sẽ trình bày thực tiễn sử dụng và công nhận giá trị của hai hình thức trên tại Việt Nam và một số quốc gia trên thế giới, qua đó kiến nghị xây dựng quy định pháp luật cụ thể về vấn đề này trong hệ thống pháp luật Việt Nam.

Từ khóa: nhãn hiệu, bảo hộ nhãn hiệu, thỏa thuận cùng tồn tại, thư chấp thuận, sở hữu trí tuệ

Pursuant to the current provisions of Vietnamese laws, the grant of a protection title as the result of an application for registration of a mark is being refused if such mark is confusingly similar to the registered mark. In fact, however, the applicant may seek the consent of the trademark owner being protected under a “Coexistence Agreement” or a “Letter of Consent” to serve as a basis for overcoming rejection of the National Office of Intellectual Property (NOIP). This article will present the practical use and recognition of the value of these forms in Vietnam and some countries around the world, thereby proposing to build specific legal regulations on this issue in the legal system of Vietnam.

Keywords: trademark, trademark protection, coexistence agreement, letter of consent, intellectual property

1. Một số vấn đề chung về nhãn hiệu và thỏa thuận cùng tồn tại nhãn hiệu

1.1. Nhãn hiệu

1.1.1. Định nghĩa

Theo Tổ chức Sở hữu Trí tuệ Thế giới (WIPO), nhãn hiệu là các dấu hiệu dùng để phân biệt hàng hóa, dịch vụ cùng loại hoặc tương tự của các cơ sở sản xuất, kinh doanh khác nhau.⁴ Theo Hiệp định về các khía cạnh liên quan tới thương mại của quyền sở hữu trí tuệ (TRIPS Agreement), nhãn hiệu là ‘bất kỳ một dấu hiệu, hoặc tổ hợp các dấu hiệu nào, có khả năng phân biệt

hàng hóa hoặc dịch vụ của một doanh nghiệp với hàng hóa hoặc dịch vụ của các doanh nghiệp khác’.⁵ Theo quy định của Luật Sở hữu trí tuệ 2005 (sửa đổi bổ sung năm 2009 và 2019) - (sau đây gọi chung là “Luật SHTT”), ‘nhãn hiệu là dấu hiệu dùng để phân biệt hàng hóa, dịch vụ của các tổ chức, cá nhân khác nhau’.⁶ Tóm lại, nhãn hiệu là dấu hiệu mà một tổ chức, cá nhân kinh doanh dùng để phân biệt hàng hóa, dịch vụ của mình với hàng hóa, dịch vụ của các chủ thể khác.

1.1.2. Cơ sở cấp văn bằng bảo hộ

Ở Việt Nam, nhãn hiệu là một

đối tượng của quyền sở hữu công nghiệp và được xác lập trên cơ sở quyết định cấp văn bằng bảo hộ của cơ quan nhà nước có thẩm quyền theo thủ tục đăng ký quy định tại Luật SHTT hoặc công nhận đăng ký quốc tế theo điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên.⁷ Theo đó, để được cấp văn bằng bảo hộ thì dấu hiệu được đăng ký cần phải đáp ứng đủ các điều kiện về khả năng nhận biết bằng thị giác và khả năng phân biệt, cụ thể là: (i) dấu hiệu được đăng ký với danh nghĩa là nhãn hiệu phải là ‘dấu hiệu nhìn thấy được’ và (ii) ‘có khả năng phân biệt hàng hóa, dịch vụ của chủ sở hữu nhãn hiệu với hàng

¹ Sinh viên lớp K17502C, Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG. Tp.HCM

² Sinh viên lớp 84-QTL42.1, Trường Đại học Luật Tp. HCM

³ Luật Sở hữu trí tuệ 2005, sửa đổi bổ sung năm 2009 và 2019, Điều 117(1), Điều 72(2), Điều 74(2)(e),(g),(h)

⁴ Nguyên văn: ‘A trademark is a sign capable of distinguishing the goods or services of one enterprise from those of other enterprises. Trademarks are protected by intellectual property rights’. ‘Trademarks - What is a trademark?’ <<http://bit.ly/2KNKqc3>> truy cập ngày 11/11/2020

⁵ Hiệp định TRIPS, Điều 15

⁶ Luật SHTT, Điều 4(16)

⁷ Quyền sở hữu công nghiệp đối với nhãn hiệu nổi tiếng được xác lập trên cơ sở sử dụng, không phụ thuộc vào thủ tục đăng ký (Luật SHTT, Điều 6(3)(a))

hoá, dịch vụ của chủ thể khác'.⁸

1.1.3. Dấu hiệu tương tự đến mức gây nhầm lẫn

Việc đánh giá thế nào là “tương tự tới mức gây nhầm lẫn” hoặc “tương tự nhưng không gây nhầm lẫn” là một vấn đề quan trọng bởi nó trực tiếp ảnh hưởng đến việc nhãn hiệu đăng ký được chấp nhận hay bị từ chối bảo hộ. Theo quy định tại Điều 39.8 Thông tư 01/2007/TT-BKHCN⁹ thì để đánh giá dấu hiệu yêu cầu đăng ký nêu trong đơn có tương tự đến mức gây nhầm lẫn với một nhãn hiệu khác (nhãn hiệu đối chứng) hay không, cần phải so sánh về cấu trúc, nội dung, cách phát âm (đối với dấu hiệu chữ), ý nghĩa và hình thức thể hiện của dấu hiệu (đối với cả dấu hiệu chữ và dấu hiệu hình), đồng thời phải tiến hành so sánh hàng hóa, dịch vụ mang dấu hiệu với hàng hoá, dịch vụ mang nhãn hiệu đối chứng, cụ thể:

‘Dấu hiệu bị coi là tương tự đến mức gây nhầm lẫn với nhãn hiệu đối chứng nếu:

(i) Dấu hiệu đó gần giống với nhãn hiệu đối chứng về cấu trúc hoặc/và nội dung hoặc/và cách phát âm hoặc/và ý nghĩa hoặc/và hình thức thể hiện đến mức làm cho người tiêu dùng tưởng lầm rằng hai đối tượng đó là một hoặc đối tượng này là biến thể của đối tượng kia hoặc hai đối tượng đó có cùng một nguồn gốc;

(ii) Dấu hiệu chỉ là bản phiên âm hoặc dịch nghĩa từ nhãn hiệu đối chứng nếu nhãn hiệu đối chứng là nhãn hiệu nổi tiếng.’¹⁰

1.2. Thỏa thuận Cùng tồn tại nhãn hiệu¹¹

Trong quá trình nộp đơn đăng ký bảo hộ nhãn hiệu, một trong những lý do từ chối cấp văn bằng bảo hộ của Cục Sở hữu trí tuệ là nhãn hiệu được đăng ký tương tự đến mức gây nhầm lẫn với nhãn hiệu khác đang được bảo hộ (“nhãn hiệu đối chứng”¹²). Thực tế cho thấy, trong nhiều trường hợp, các chủ thể khác nhau sử dụng nhãn hiệu tương tự nhau và không biết về sự tồn tại của đối phương trong nhiều năm cho đến khi một trong số họ mở rộng kinh doanh và bắt đầu nộp đơn đăng ký nhãn hiệu tại quốc gia mà nhãn hiệu đối chứng đang được bảo hộ.¹³ Hệ quả tất yếu của sự việc này là chủ thể nộp đơn đăng ký nhãn hiệu sẽ bị từ chối cấp văn bằng bảo hộ. Tuy nhiên, chủ thể đăng ký sau có thể vượt qua sự từ chối này bằng cách thỏa thuận với chủ sở hữu nhãn hiệu đối chứng về việc cùng tồn tại nhãn hiệu thông qua một trong hai hình thức sau đây:

Một là, Thỏa thuận Cùng tồn tại (Coexistence Agreement). Theo Hiệp hội Nhãn hiệu Quốc tế (The International Trademark Association - INTA), Thỏa thuận Cùng tồn tại là sự thỏa thuận của

hai hoặc nhiều chủ thể về việc các nhãn hiệu tương tự của họ có thể cùng tồn tại trên thực tế mà không có bất kỳ khả năng gây nhầm lẫn nào, đồng thời cho phép các bên đặt ra quy tắc để các nhãn hiệu có thể cùng tồn tại một cách hòa bình.¹⁴ Dựa trên thực tiễn áp dụng cũng như hướng dẫn của Văn phòng Sở hữu Trí tuệ Vương quốc Anh thì Thỏa thuận Cùng tồn tại được định nghĩa là một thỏa thuận bằng văn bản giữa các bên cho phép sử dụng nhãn hiệu trùng hoặc tương tự trong việc kinh doanh mà không bị xem là xâm phạm đến quyền sở hữu trí tuệ của bên còn lại.¹⁵

Có thể nhận định rằng, Thỏa thuận Cùng tồn tại là một hợp đồng toàn diện do chủ sở hữu nhãn hiệu đối chứng và chủ thể đăng ký bảo hộ nhãn hiệu cùng ký kết, thường bao gồm các điều khoản thừa nhận sự tương đồng giữa các nhãn hiệu tương ứng và cam kết của các bên về việc tránh gây nhầm lẫn giữa các hoạt động kinh doanh của họ với người tiêu dùng, qua đó thiết lập các cơ sở đảm bảo để các nhãn hiệu này có thể “chung sống hòa bình” trong một thời gian nhất định.

Hai là, Thư Chấp thuận (Letter of Consent). Đây là văn bản được ký bởi chủ sở hữu nhãn hiệu đối chứng thể hiện sự đồng ý cho chủ thể khác nộp đơn đăng ký và sử dụng một nhãn hiệu mà

⁸ Luật SHTT, Điều 72

⁹ Thông tư 01/2007/TT-BKHCN hướng dẫn thi hành Nghị định số 103/2006/NĐ-CP ngày 22 tháng 9 năm 2006 của chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Sở hữu trí tuệ về sở hữu công nghiệp

¹⁰ Thông tư 01/2007/TT-BKHCN, Điều 39.8(c)

¹¹ Nhóm tác giả sử dụng thuật ngữ này để gọi chung các hình thức hay tên gọi khác nhau của các văn bản thể hiện sự đồng ý của chủ sở hữu nhãn hiệu đang được bảo hộ cho việc đăng ký và sử dụng nhãn hiệu nộp đơn đăng ký sau, có dấu hiệu tương tự với nhãn hiệu của mình bao gồm cả Thỏa thuận Cùng tồn tại và Thư Chấp thuận

¹² Theo nghĩa thông thường, đối chứng là việc đối chiếu, so sánh các dấu hiệu để làm rõ một sự việc, hiện tượng, cụ thể trong trường hợp này là nhằm đánh giá mức độ trùng hoặc tương tự giữa các nhãn hiệu. Ở đây, nhãn hiệu đối chứng có thể hiểu là các nhãn hiệu đã đăng ký bảo hộ hoặc được thừa nhận bảo hộ tại Việt Nam (kể cả nhãn hiệu nổi tiếng); hoặc các đơn đăng ký nhãn hiệu đã nộp sớm hơn hoặc có ngày ưu tiên sớm hơn; hoặc các đơn đăng ký nhãn hiệu đã hết hiệu lực nhưng chưa quá năm năm (trừ trường hợp bị chấm dứt hiệu lực vì không sử dụng theo quy định của Luật SHTT). Thuật ngữ “nhãn hiệu đối chứng” được sử dụng trong Thông tư 01/2007/TT-BKHCN, xem thêm Điều 39 của Thông tư

¹³ Tamara Nanayakkara, ‘IP and Business: Trademark Coexistence’, (WIPO Magazine, 6/2006) <<https://bit.ly/3mJQ1NJ>> truy cập ngày 11/11/2020

¹⁴ Mariana Moss, ‘Trademark “Coexistence” Agreements: Legitimate Contracts or Tools of Consumer Deception?’, *Loyola Consumer Law Review*, Volume 18, Issue 2, Article 4, 2005, 209 <<https://lawcommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1198&context=lclr>> truy cập ngày 14/12/2020

¹⁵ Intellectual Property Office of UK (2008), ‘Guidance Coexistence agreement: fact sheet’, <<https://www.gov.uk/government/publications/coexistence-agreement/coexistence-agreement-fact-sheet>> truy cập ngày 14/12/2020

cơ quan có thẩm quyền từ chối bảo hộ trên cơ sở nhãn hiệu đối chứng.¹⁶ Ở một số khu vực pháp lý, Thư Chấp thuận được coi là biện pháp vượt qua sự phản đối việc đăng ký nhãn hiệu dựa trên cơ sở đăng ký trước nếu chủ sở hữu của nhãn hiệu có trước đồng ý với việc đăng ký của nhãn hiệu sau.¹⁷

Căn cứ theo các định nghĩa nêu trên có thể thấy rằng, cả Thư Chấp thuận và Thỏa thuận Cùng tồn tại đều có thể được chủ thể đăng ký nhãn hiệu dùng để vượt qua rào cản từ chối bảo hộ cho trường hợp đăng ký dấu hiệu trùng hoặc tương tự nhau (“tương tự gây nhầm lẫn” hoặc “tương tự không gây nhầm lẫn”). Tuy nhiên dựa trên quy định hiện hành của pháp luật Sở hữu trí tuệ Việt Nam, dấu hiệu yêu cầu đăng ký trùng hoặc tương tự với nhãn hiệu của người khác đã đăng ký cho hàng hoá, dịch vụ khác nhau (không phải là nhãn hiệu nổi tiếng) thì vẫn được xem xét cấp văn bằng bảo hộ vì vẫn đáp ứng được khả năng phân biệt của nhãn hiệu. Do đó, trong bài viết này, nhóm tác giả sẽ chỉ tập trung xem xét vấn đề: liệu rằng có thể có ngoại lệ nào cho việc đồng ý bảo hộ đối với dấu hiệu tương tự đến mức gây nhầm lẫn cho hàng hóa dịch vụ trong cùng lĩnh vực kinh doanh dựa trên các thỏa thuận cùng tồn tại nhãn hiệu hay không.

Mặc dù Thư Chấp thuận và Thỏa thuận Cùng tồn tại đều nhằm mục đích cung cấp một giải pháp thực tế và hiệu quả để vượt qua sự từ chối bảo hộ nhãn hiệu trong một số trường hợp nhất định, tuy nhiên hai thuật ngữ này không phải là một. Thỏa thuận Cùng tồn tại có sự xác nhận, cam kết rõ ràng của cả hai bên về nghĩa vụ trong việc tôn trọng, cân bằng lợi ích của mỗi bên và đảm bảo lợi ích chung cho người tiêu dùng; trong khi Thư Chấp thuận chỉ có sự xác nhận phê duyệt của chủ sở hữu nhãn hiệu đối chứng với nội dung khẳng định việc chủ nhãn hiệu đối chứng chấp thuận cho việc đăng ký và sử dụng nhãn hiệu đang nộp đơn.¹⁸ Việc không có những điều khoản cụ thể ràng buộc các bên sẽ dẫn đến những rủi ro như: các chủ nhãn hiệu đối chứng ra giá rất cao để cấp Thư Chấp thuận, hoặc doanh nghiệp sử dụng nhãn hiệu sau phát triển nhanh chóng và mở rộng sang các sản phẩm hoặc dịch vụ mới dẫn đến chủ sở hữu nhãn hiệu đối chứng khó mở rộng hoạt động kinh doanh của mình sang các lĩnh vực đó mà không có nguy cơ nhầm lẫn.... Do đó, với khả năng quản lý rủi ro cao hơn, bảo vệ lợi ích các bên cao hơn, Thỏa thuận Cùng tồn tại là hình thức ngày càng phổ biến và được lựa chọn nhiều hơn khi các doanh nghiệp ở vào tình huống nêu trên. Theo nhóm tác giả, Thỏa thuận Cùng tồn tại thường có xu hướng được

công nhận dễ dàng hơn so với Thư Chấp thuận trong các trường hợp cơ quan có thẩm quyền xem xét bảo hộ đối với nhãn hiệu đăng ký có dấu hiệu tương tự đến mức gây nhầm lẫn với nhãn hiệu đang được bảo hộ (dựa trên các vụ việc thực tế). Bởi lẽ, thỏa thuận này cung cấp những quy định chi tiết hơn về các nội dung cần thiết để đảm bảo việc thỏa thuận sử dụng nhãn hiệu của các bên không ảnh hưởng đến quyền lợi của người tiêu dùng.

2. Giá trị pháp lý của thỏa thuận cùng tồn tại nhãn hiệu

2.1. Tại Việt Nam

2.1.1. Từ quy định pháp luật

Hiện nay, khái niệm “Thỏa thuận Cùng tồn tại” hay “Thư chấp thuận” không được định nghĩa trong Luật SHTT Việt Nam cũng như trong hệ thống văn bản pháp luật của các quốc gia được WIPO khảo sát năm 2010.¹⁹ Tại Việt Nam, pháp luật hiện hành về SHTT không có quy định nào đề cập đến các trường hợp ngoại lệ về việc cấp văn bằng bảo hộ cho dấu hiệu được xem là tương tự đến mức gây nhầm lẫn với nhãn hiệu đối chứng; cũng như chưa có quy định cụ thể về việc công nhận giá trị pháp lý của các thỏa thuận cùng tồn tại nhãn hiệu. Mặc dù Điều 87(5) Luật SHTT²⁰ cho phép quyền “đồng chủ sở hữu nhãn hiệu”, nghĩa là không giới hạn việc nhiều người cùng

¹⁶ Can a letter of consent help you escape from refusal of protection of trademark according to the 2010 WIPO survey in 58 countries including Vietnam?, *bross.vn* (11/09/2020), <<http://bit.ly/3rihQIF>> truy cập ngày 20/12/2020

¹⁷ Báo cáo khảo sát năm 2010 của WIPO đối với 58 quốc gia thành viên, Đoạn 3, phần “Introduction”, <https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/sct_22/sct_22_5.pdf> truy cập ngày 11/11/2020

¹⁸ ‘The coexistence agreement must be signed by the owner of the earlier filed mark and the applicant for the later filed mark. The letter of consent must be issued by the owner of the earlier filed mark.’, How effective are trademark coexistence agreements in China? <<https://bit.ly/384VZVb>> truy cập ngày 25/12/2020

¹⁹ Theo Báo cáo khảo sát năm 2010 của WIPO đối với 58 quốc gia thành viên

²⁰ Luật SHTT Điều 87(5): ‘Hai hoặc nhiều tổ chức, cá nhân có quyền cùng đăng ký một nhãn hiệu để trở thành đồng chủ sở hữu với những điều kiện sau đây:

a) Việc sử dụng nhãn hiệu đó phải nhân danh tất cả các đồng chủ sở hữu hoặc sử dụng cho hàng hoá, dịch vụ mà tất cả các đồng chủ sở hữu đều tham gia vào quá trình sản xuất, kinh doanh;
b) Việc sử dụng nhãn hiệu đó không gây nhầm lẫn cho người tiêu dùng về nguồn gốc của hàng hoá, dịch vụ.’

sở hữu nhãn hiệu và cũng không ngăn cấm việc một người sở hữu nhiều nhãn hiệu. Tuy nhiên, đó là trường hợp nhãn hiệu này được đăng ký lần đầu bởi nhiều cá nhân, tổ chức là chủ sở hữu chung của nhãn hiệu và thông tin này được ghi nhận trong tờ khai đăng ký nhãn hiệu trước khi nộp đơn lên Cục Sở hữu trí tuệ. Theo đó, khi tiến hành đăng ký nhãn hiệu, ngoài các tài liệu thông thường, chủ đơn cần nộp kèm theo tuyên bố đồng chủ sở hữu, cam kết các nội dung theo quy định tại Điều 87(5) Luật SHTT.²¹ Giấy chứng nhận đăng ký nhãn hiệu sẽ chỉ được cấp cho người đầu tiên trong danh sách những người nộp đơn chung, các chủ sở hữu chung khác có thể yêu cầu Cục Sở hữu trí tuệ cấp phó bản văn bằng bảo hộ với điều kiện phải nộp lệ phí cấp phó bản.²² Ở trường hợp “đồng chủ sở hữu”, việc sử dụng cùng một nhãn hiệu ‘phải nhân danh tất cả các đồng chủ sở hữu hoặc sử dụng cho hàng hóa, dịch vụ mà tất cả các đồng chủ sở hữu đều tham gia vào quá trình sản xuất, kinh doanh’, khác với trường hợp các chủ thể khác nhau sở hữu nhãn hiệu tương tự nhau cho các hàng hóa, dịch vụ kinh doanh riêng, được bảo hộ ở từng thời điểm khác nhau trên cơ sở thỏa thuận cùng tồn tại nhãn hiệu.

2.1.2. Từ thực tiễn

Dù không quy định trong các văn bản pháp luật, nhưng trên

thực tế Cục Sở hữu trí tuệ Việt Nam vẫn có thể chấp nhận bảo hộ nhãn hiệu tương tự dựa trên thỏa thuận cùng tồn tại nhãn hiệu trong những trường hợp nhất định, theo phản trả lời của Việt Nam trong câu hỏi thứ nhất tại Báo cáo khảo sát năm 2010 của WIPO.²³ Cụ thể là, việc xuất trình Thư Chấp thuận²⁴ có thể giúp dấu hiệu xin đăng ký được cấp văn bằng bảo hộ khi bị cơ quan nhà nước có thẩm quyền từ chối bảo hộ trong trường hợp: (i) dấu hiệu đăng ký bị phản đối bởi chủ sở hữu nhãn hiệu có trước, (ii) dấu hiệu đăng ký bị từ chối vì đã có nhãn hiệu trùng hoặc tương tự tồn tại trước đó. Bên cạnh đó, nếu đơn đăng ký thứ ba được nộp cho nhãn hiệu tương tự đã được đăng ký trên cơ sở thỏa thuận cùng tồn tại nhãn hiệu thì người nộp đơn bắt buộc phải nộp các thỏa thuận với tất cả chủ sở hữu các nhãn hiệu đã đăng ký trước đó. Như vậy, căn cứ theo Báo cáo khảo sát năm 2010 của WIPO, có thể thấy rằng: mặc dù pháp luật Việt Nam không quy định về giá trị pháp lý của thỏa thuận cùng tồn tại nhãn hiệu nhưng cũng không phủ nhận giá trị của thỏa thuận này. Theo đó, Cục Sở hữu Trí tuệ Việt Nam chỉ đưa ra quan điểm không chấp nhận Thư Chấp thuận đối với nhãn hiệu trùng dùng cho sản phẩm trùng mà không đề cập đến nhãn hiệu tương tự gây nhầm lẫn. Tuy nhiên, vấn đề đặt ra là: có mâu thuẫn hoặc ngoại lệ nào tồn tại hay không khi pháp luật Việt Nam đã quy định về điều kiện “có thể phân biệt được” của

nhãn hiệu nhưng vẫn công nhận giá trị của Thư Chấp thuận trong một số trường hợp. Chính vì vậy, việc ban hành quy định rõ ràng liên quan đến vấn đề này là thật sự cần thiết.

Ngoài ra, những vấn đề như: liệu chủ sở hữu nhãn hiệu đối chứng có thể rút lại sự chấp thuận của mình trong các thỏa thuận cùng tồn tại nhãn hiệu khi nhãn hiệu đăng ký sau được cấp văn bằng bảo hộ không; và việc hủy bỏ các thỏa thuận này có làm cho việc bảo hộ nhãn hiệu đăng ký sau mất hiệu lực hay không... vẫn là những khoảng trống còn tồn tại trong thực tiễn áp dụng khi chưa có quy định pháp luật cụ thể điều chỉnh.

2.2. Trên thế giới

Cũng theo khảo sát năm 2010 của WIPO, không chỉ riêng Việt Nam mà ở một số quốc gia khác như Hoa Kỳ, Anh, Trung Quốc, Singapore... chủ thể nộp đơn đăng ký vẫn có thể sử dụng Thư Chấp thuận để vượt qua việc bị từ chối cấp văn bằng bảo hộ vì đã có nhãn hiệu trùng hoặc tương tự tồn tại trước đó. Trên thực tế, thỏa thuận cùng tồn tại nhãn hiệu có thể được chấp nhận ở quốc gia này nhưng lại bị từ chối ở quốc gia khác bởi quan điểm bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, vì ngay cả khi có thỏa thuận cùng tồn tại nhãn hiệu thì vẫn không thể đảm bảo chắc chắn rằng người tiêu dùng không bị nhầm lẫn về nguồn gốc thương mại của hàng hóa dịch vụ. Ở Hoa Kỳ, USPTO²⁵ vẫn phải

²¹ Thông tư 01/2007/TT-BKHCN hướng dẫn thi hành Nghị định số 103/2006/NĐ-CP ngày 22 tháng 9 năm 2006 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Sở hữu trí tuệ về sở hữu công nghiệp (“Thông tư 01/2007”) Mục 5, Điều 37(3)(a)(iv)

²² Thông tư 01/2007 Điều 18(3)(a) được sửa đổi bởi Thông tư 16/2016/TT-BKHCN Điều 1.17

²³ Việt Nam đã trả lời “Có” cho câu hỏi “Có thể vượt qua từ chối bảo hộ bằng cách xuất trình Thư Chấp thuận cho 01 trong 03 trường hợp sau hay không: dấu hiệu đăng ký (i) bị phản đối bởi nhãn hiệu có trước, (ii) bị từ chối vì đã có nhãn hiệu trùng hoặc tương tự tồn tại trước hay (iii) bị đình chỉ hoặc hủy bỏ hiệu lực của đăng ký nhãn hiệu dựa trên nhãn hiệu có trước?”.

²⁴ Theo WIPO, “Thư Chấp thuận” là thuật ngữ chung được sử dụng trong Bảng câu hỏi này để xác định một thỏa thuận bằng văn bản của chủ sở hữu nhãn hiệu đã đăng ký trước đồng ý cho việc đăng ký của nhãn hiệu sau

²⁵ United States Patent and Trademark Office (Cơ quan Sáng chế và Nhãn hiệu Hoa Kỳ)

cân nhắc đến 13 yếu tố²⁶ của án lệ DuPont²⁷ trước khi quyết định liệu sự tồn tại đồng thời của hai nhãn hiệu có tương tự đến mức gây nhầm lẫn (likelihood of confusion) hay không. Do đó, để công nhận giá trị pháp lý của các thỏa thuận cùng tồn tại nhãn hiệu và cấp văn bằng bảo hộ cho nhãn hiệu đăng ký sau, việc đảm bảo không gây nhầm lẫn, ảnh hưởng đến quyền lợi của người tiêu dùng là một yếu tố rất quan trọng mà các cơ quan chức năng của các quốc gia xem xét.

2.3. Những vấn đề cần làm rõ

Việc công nhận giá trị pháp lý của các thỏa thuận cùng tồn tại nhãn hiệu phụ thuộc quan điểm của từng quốc gia theo một số yếu tố nhất định, nhưng nhìn chung, vấn đề cần xác định rõ ở đây là liệu nhãn hiệu có phải là tài sản của chủ sở hữu chúng hay không? Nếu việc bảo hộ nhãn hiệu vì lợi ích của người tiêu dùng, thì các thỏa thuận cùng tồn tại có tác động tiêu cực đến người tiêu dùng sẽ không hợp pháp và không được công nhận. Tuy nhiên, nếu các cá nhân, tổ chức sở hữu nhãn hiệu giống như cách mọi người sở hữu tài sản, thì các thỏa thuận cùng tồn tại nhãn hiệu là hợp pháp và phải được công nhận giá trị. Nói cách khác, nếu nhãn hiệu là tài sản, thì mỗi quan tâm hàng đầu của luật là bảo vệ quyền của chủ sở hữu tài sản, không phải của công chúng. Vì vậy, khi chủ sở hữu nhãn hiệu đã được trao quyền chuyển nhượng nhãn hiệu của mình cho người khác thì họ cũng có thể có quyền tự do giao kết hợp đồng và định đoạt nhãn hiệu của mình, miễn là họ đảm bảo không làm phương hại đến quyền và lợi ích hợp pháp của người khác.²⁸

3. Thực tiễn công nhận thỏa thuận cùng tồn tại nhãn hiệu ở một số quốc gia

3.1. Các vụ việc tiêu biểu

Như đã trình bày ở trên, việc thiết lập một Thỏa thuận Cùng tồn tại hoặc Thư Chấp thuận giữa các bên trước khi tiến hành nộp đơn đăng ký là cơ sở để yêu cầu cơ quan sở hữu trí tuệ tại một quốc gia cấp văn bằng bảo hộ nhãn hiệu. Tuy nhiên, do thiếu những quy định pháp luật thực định, việc cấp văn bằng bảo hộ vẫn còn phụ thuộc vào ý chí của cơ quan có thẩm quyền. Dưới đây là những tình huống thực tiễn mà nhóm tác giả tổng hợp được về việc đồng ý và từ chối bảo hộ đối với nhãn hiệu tương tự ở một số quốc gia dựa trên Thư Chấp thuận và Thỏa thuận Cùng tồn tại.

3.1.1. Vụ việc Google Inc. đăng ký bảo hộ nhãn hiệu “Nexus” tại Trung Quốc²⁹

	Nhãn hiệu được đăng ký	Nhãn hiệu đang được bảo hộ
Nhãn hiệu		NEXUS
Chủ sở hữu	GOOGLE INC. (US)	SHIMANO INC. (JP)
Nhóm	09	09
Hàng hóa/ Dịch vụ	Máy tính xách tay và máy tính cầm tay	Máy tính dành cho xe đạp

Google Inc. nộp đơn đăng ký nhãn hiệu “nexus” với thông tin như trên và đã bị từ chối bảo hộ vì tương tự với nhãn hiệu có trước “NEXUS” thuộc sở hữu của Shimano Inc. Trong quá trình khiếu nại, mặc dù

²⁶ 13 yếu tố bao gồm:

- (1) Tính tương tự và không tương tự của các nhãn hiệu xét tổng thể về hình thức, phát âm, ý nghĩa và ấn tượng thương mại.
- (2) Tính tương tự và không tương tự, và bản chất của hàng hóa/dịch vụ có trong đơn xin đăng ký nhãn hiệu hoặc giấy chứng nhận đăng ký nhãn hiệu, hoặc có liên quan đến nhãn hiệu có trước đang sử dụng.
- (3) Tính tương tự và không tương tự của kênh thương mại đã biết hoặc kênh thương mại vẫn có khả năng sẽ tiếp tục.
- (4) Trong các điều kiện nào mà theo đó người mua sản phẩm được bán là người thể hiện trạng thái ngẫu hứng, hoặc thận trọng, hoặc rất sành khi mua hàng.
- (5) Danh tiếng của nhãn hiệu có trước (thông qua doanh số, quảng cáo, quãng thời gian sử dụng nhãn hiệu).
- (6) Số lượng và bản chất của các nhãn hiệu tương tự khác đang sử dụng cho sản phẩm tương tự.
- (7) Bản chất và mức độ của bất kỳ nhầm lẫn thực tế.
- (8) Khoảng thời gian trong đó và theo đó đã có hiện tượng đồng sử dụng mà không có căn cứ nhầm lẫn thực tế.
- (9) Sự đa dạng của hàng hóa mà nhãn hiệu được dùng hoặc không được dùng (nhãn hiệu chính (housemark) hay nhãn hiệu gia đình hay nhãn hiệu sản phẩm).
- (10) Giao diện của thị trường người nộp đơn và chủ nhãn hiệu có trước. . .
- (11) Phạm vi mà người nộp đơn theo đó có quyền loại trừ người khác sử dụng nhãn hiệu đó trên hàng hóa của mình.
- (12) Phạm vi của khả năng nhầm lẫn tiềm tàng như liệu nhầm lẫn này là tối thiểu hay lớn.
- (13) Bất kỳ sự kiện được chấp nhận rộng rãi nào khác có giá trị chứng minh cho vụ việc.

²⁷ E.I. du Pont de Nemours & Co., 476 F.2d 1357, 1361, 177 USPQ 563, 567 (C.C.P.A. 1973) (Án lệ DuPont hoặc “DuPont Factors”) <<https://nationallawinstitute.com/wp-content/uploads/2016/12/trademark-classmaterials.pdf>> truy cập ngày 15/11/2020

²⁸ Mariana Moss, “Trademark “Coexistence” Agreements: Legitimate Contracts or Tools of Consumer Deception?” Loyola Consumer Law Review, Volume 18, Issue 2, Article 4, 2005, trang 209 <<https://lawcommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1198&context=lclr>> truy cập ngày 14/12/2020

²⁹ “The Chinese Supreme People’s Court to Engage in Overruling Lower Courts’ Judgments and CNIPA’s Decisions on Denial of Letter of Consent in Support of Overcoming Trademark Protection Refusal in China” (07/09/2020) <<http://bit.ly/3aCJMZN>> truy cập ngày 15/11/2020

Google đã đệ trình cho Ban Giải quyết tranh chấp Nhãn hiệu (TRAD)³⁰ Thư Chấp thuận của Shimano Inc. cho phép Google đăng ký và sử dụng nhãn hiệu “NEXUS” (được công chứng và hợp pháp hóa lãnh sự) nhưng TRAD vẫn từ chối cấp văn bằng bảo hộ nhãn hiệu cho Google. TRAD cho rằng ngay cả trong trường hợp chủ nhãn hiệu đối chứng đã cấp Thư Chấp thuận thì việc cấp bảo hộ cho hai nhãn hiệu gần như trùng nhau được sử dụng cho sản phẩm tương tự sẽ vẫn gây nhầm lẫn cho công chúng.

Tuy nhiên, nhóm tác giả không đồng ý với quan điểm của TRAD. Có thể thấy rằng, hai nhãn hiệu “nexus” và “NEXUS” chỉ tương tự nhau về cách phát âm, về nhóm hàng hóa/dịch vụ, nhưng về hình thức thể hiện và danh mục hàng hóa kinh doanh lại không tương tự nhau hoàn toàn, không đủ tạo ra khả năng nhầm lẫn nếu các bên có kế hoạch giúp người tiêu dùng nhận biết và không lầm tưởng về các sản phẩm mà mỗi bên cung cấp.

3.1.2. Vụ việc Frasca Food and Wine đăng ký bảo hộ nhãn hiệu Frasca ở Hoa Kỳ³¹

	Nhãn hiệu được đăng ký	Nhãn hiệu đang được bảo hộ
Nhãn hiệu		
Chủ sở hữu	FRASCA FOOD AND WINE, INC	DUNLAYS ROSCOE, LLC
Nhóm	43	43
Hàng hóa/Dịch vụ	Dịch vụ nhà hàng, quán bar	Dịch vụ nhà hàng, quán bar

Frasca Food and Wine, Inc (FFW) nộp đơn đăng ký nhãn hiệu Frasca có đính kèm Thỏa thuận Cùng tồn tại với chủ nhãn hiệu có trước - Dunlays Roscoe, LLC (Dunlay’s) tại Hoa Kỳ vào ngày 02/05/2016. Khi thẩm định nội dung, thẩm định viên của USPTO³² từ chối cấp đăng ký cho nhãn hiệu Frasca vì lý do gây nhầm lẫn với nhãn hiệu Frasca được bảo hộ trước đó trong khi cả hai nhãn hiệu đều sử dụng cho nhóm ngành

dịch vụ nhà hàng, quán bar mặc dù hồ sơ nộp đơn có đính kèm Thỏa thuận Cùng tồn tại được ký giữa người nộp đơn và chủ nhãn hiệu có trước.

USPTO lập luận rằng Thỏa thuận Cùng tồn tại đã nộp chỉ là một thỏa thuận đơn giản (naked agreement) và không đủ khả năng để nhãn hiệu xin đăng ký được chấp nhận bảo hộ vì thỏa thuận đó không giải thích lý do tại sao các bên tin rằng không có khả năng gây nhầm lẫn giữa hai nhãn hiệu, và không nêu rõ cách thức mà các bên thực hiện để tránh gây nhầm lẫn cho công chúng.

Tuy nhiên, cuối cùng, FFW vẫn được cấp văn bằng bảo hộ cho nhãn hiệu Frasca bởi các bên sau đó đã thống nhất rằng Dunlay’s sẽ sử dụng nhãn hiệu Frasca liên quan đến nhà hàng chỉ tại khu vực địa lý gồm các bang Illinois, Michigan và Indiana trong khi FFW sẽ sử dụng thương hiệu Frasca cho dịch vụ nhà hàng ở trên phạm vi toàn bộ lãnh thổ Hoa Kỳ ngoại trừ khu vực địa lý thuộc ba bang Illinois, Michigan và Indiana.

Ở đây, hai nhãn hiệu “frasca” cũng tương tự nhau về cách phát âm đối với dấu hiệu chữ, nhưng hai nhãn hiệu có cách trình bày và ấn tượng thị giác khác nhau như: các chữ cái trong hai nhãn hiệu được thể hiện ở dạng phông chữ khác nhau, hơn nữa nhãn hiệu của FFW còn kèm theo hình ảnh một cành cây cùng dòng chữ “FOOD AND WINE”. Do đó, hai nhãn hiệu này không tương tự đến mức làm cho người tiêu dùng lầm tưởng rằng hai nhãn hiệu là một hoặc hai nhãn hiệu có cùng một nguồn gốc hoặc nhãn hiệu này là biến thể của nhãn hiệu kia. Vì vậy, việc FFW được cấp văn bằng bảo hộ dựa trên Thỏa thuận Cùng tồn tại là quyết định hợp lý.

3.1.3. Vụ việc giữa Apple Corps và Apple Computer³³

Nhãn hiệu		
Chủ sở hữu	APPLE CORPS, LTD	APPLE COMPUTER, INC

Công ty Apple Corps³⁴ và công ty Apple Computer³⁵ đã ký một Thỏa thuận Cùng tồn tại nhãn hiệu vào năm 1991 cho phép hai công ty kinh doanh và xây dựng

³⁰ Tên đầy đủ trong tiếng Anh là Trademark Review and Adjudication Department (“TRAD”), được tạm dịch là Ban giải quyết tranh chấp nhãn hiệu của Trung Quốc.

³¹ Xem Quyết định ngày 14/07/2017 của TTAB - Trademark Trial and Appeal Board (United States Patent and Trademark Office), <<https://ttabvue.uspto.gov/ttabvue/ttabvue-94002752-CNU-4.pdf>> truy cập ngày 15/11/2020

³² Tlđđ, n24

³³ Tamara Nanayakkara, ‘IP and Business: Trademark Coexistence’, *WIPO Magazine* (6/2006) <<http://bit.ly/3rmwvKL>> truy cập ngày 15/11/2020

³⁴ Hãng thu âm do Beatles thành lập vào năm 1967, Luân Đôn, Vương Quốc Anh. Nhãn hiệu của Apple Corps là hình một quả táo xanh đi kèm cái tên Apple Corps, gắn với các sản phẩm dịch vụ thuộc lĩnh vực đa phương tiện như âm nhạc, giải trí, ...

³⁵ Nay là tập đoàn Apple, Apple Inc, được thành lập vào năm 1976, California, Hoa Kỳ. Nhãn hiệu của Apple Computer là hình trái táo cắn dở đi kèm tên Apple Inc, gắn với các sản phẩm điện tử.

danh tiếng của họ mà không vi phạm quyền của nhau khi sử dụng nhãn hiệu tương tự nhau. Thỏa thuận này quy định rằng Apple Computer sẽ có độc quyền sử dụng nhãn hiệu Apple của mình cho “các hàng hóa điện tử, phần mềm máy tính, các dịch vụ xử lý dữ liệu và truyền dữ liệu hoặc các hàng hóa liên quan đến lĩnh vực này”; trong khi Apple Corps sẽ có độc quyền sử dụng các nhãn hiệu Apple của riêng mình cho “bất kỳ tác phẩm sáng tạo hiện tại hoặc tương lai nào có nội dung chính là âm nhạc và/hoặc biểu diễn âm nhạc, bất kể các tác phẩm đó được ghi lại hoặc truyền thông bằng phương tiện nào, cho dù hữu hình hay vô hình”. Do đó, mặc dù hai công ty có các nhãn hiệu giống nhau đến mức khó hiểu, nhưng họ đã xác định được lĩnh vực sử dụng khác biệt và điều này trở thành cơ sở cho Thỏa thuận Cùng tồn tại được cơ quan có thẩm quyền công nhận.

Tuy nhiên, cả hai công ty đều không đoán trước được rằng sự phát triển trong tương lai của công nghệ âm nhạc kỹ thuật số lại mang hai lĩnh vực này lại gần nhau hơn. Khi Apple Computer ra mắt iPod, phần mềm iTunes và cửa hàng âm nhạc, Apple Corps đã khởi kiện, cho rằng Apple Computers đã xâm phạm vào lĩnh vực kinh doanh dành riêng cho Apple Corps, do đó đã vi phạm thỏa thuận cùng tồn tại về nhãn hiệu. Tòa án đã xem xét vấn đề từ quan điểm của người tiêu dùng và cho rằng không có vi phạm thỏa thuận nào vì logo Máy tính Apple đã được sử dụng cùng với phần mềm chứ không phải với âm nhạc do dịch vụ cung cấp. Không người tiêu dùng nào tải nhạc bằng phần mềm iTunes sẽ nghĩ rằng họ đang tương tác với Apple Corps.

Nhãn hiệu chủ yếu được dùng để phân biệt xuất xứ của hàng hóa,

dịch vụ, nhưng tên doanh nghiệp, cỡ chữ, bao bì, trang trí của sản phẩm và các dấu hiệu thương mại khác cũng có thể giúp phân biệt nguồn gốc. Vì vậy, theo nhóm tác giả, các nhãn hiệu tương tự đến mức gây nhầm lẫn nếu sử dụng cùng với các dấu hiệu thương mại khác trong thực tế vẫn có thể tránh được sự nhầm lẫn và nhận thức sai cho người tiêu dùng. Trong vụ việc này, Thỏa thuận Cùng tồn tại được thừa nhận ngay từ đầu là có cơ sở.

3.2. Kinh nghiệm rút ra từ các vụ việc

Từ các vụ việc thực tế trên, có thể nhận thấy, để cơ quan có thẩm quyền công nhận giá trị pháp lý của Thỏa thuận Cùng tồn tại hay Thư Chấp thuận, thì các chủ sở hữu cần chứng minh được sự tồn tại đồng thời của các nhãn hiệu tương tự đó không ảnh hưởng đến quyền lợi của người tiêu dùng do sự nhầm lẫn. Chức năng của “nhãn hiệu” là giúp “nhận diện” hàng hóa, dịch vụ của tổ chức, cá nhân; bảo vệ lợi ích của chủ sở hữu nhãn hiệu và lợi ích chung của người tiêu dùng. Vì vậy, khi có một thỏa thuận cùng tồn tại nhãn hiệu thể hiện sự tự nguyện đồng ý của chủ sở hữu nhãn hiệu đang được bảo hộ và sự cam kết của các chủ sở hữu trong việc bảo đảm sự “nhận diện” sản phẩm và quyền lợi của người tiêu dùng thì thiết nghĩ, cơ quan có thẩm quyền nên đồng ý cấp văn bằng bảo hộ cho nhãn hiệu đăng ký sau, dù có dấu hiệu tương tự đến mức gây nhầm lẫn. Thông thường, việc bảo hộ nhãn hiệu tương tự đến mức gây nhầm lẫn sẽ dễ dàng hơn nếu hai nhãn hiệu đó có sự khác nhau về danh mục hàng hóa, dịch vụ, khu vực kinh doanh hoặc đối tượng khách hàng. Nhìn chung theo pháp luật của các nước trên thế giới, nhãn hiệu muốn được bảo hộ phải đáp

ứng điều kiện về khả năng tự phân biệt và không xung đột với quyền có trước của người khác. Mặc dù theo pháp luật Việt Nam, có 05 (năm) yếu tố xác định nhãn hiệu “tương tự đến mức gây nhầm lẫn” là cấu trúc, nội dung, cách phát âm, ý nghĩa, hình thức thể hiện của nhãn hiệu; tuy nhiên, các yếu tố này vẫn còn khá chung chung và không dễ dàng nhận định trên thực tiễn. Nếu chỉ dựa vào một trong số các yếu tố đó để đánh giá về khả năng nhầm lẫn của người tiêu dùng thì vẫn còn mang tính định tính, không đủ cơ sở để bác bỏ thỏa thuận cùng tồn tại nhãn hiệu. Do đó, để đánh giá chính xác mức độ tương tự đến mức gây nhầm lẫn của nhãn hiệu xin đăng ký và nhãn hiệu đối chứng, Cục Sở hữu trí tuệ cần phải đánh giá tổng thể tất cả các yếu tố, cũng như từng thành phần trong nhãn hiệu trước khi đưa ra quyết định cấp hoặc từ chối cấp văn bằng bảo hộ. Từ những phân tích trên, theo nhóm tác giả, để đảm bảo có thể vượt qua từ chối bảo hộ bằng thỏa thuận cùng tồn tại nhãn hiệu, thì các bên phải xác định rõ các vấn đề sau trong thỏa thuận:³⁶

(i) Căn cứ chứng minh việc cùng tồn tại nhãn hiệu không ảnh hưởng đến quyền lợi của người tiêu dùng:

- Hàng hóa, dịch vụ lưu thông ở các kênh thương mại riêng biệt. Ví dụ như cả hai doanh nghiệp đều kinh doanh lĩnh vực thời trang nữ, nhưng một doanh nghiệp bán hàng theo hình thức trực tuyến (online), doanh nghiệp còn lại thực hiện việc mua bán tại các cửa hàng thời trang.

- Các bên có sự phân chia phạm vi hoạt động một cách rõ ràng, theo lãnh thổ hoặc thị trường hoạt động. Ví dụ: các bên có thể thỏa thuận về phạm vi kinh doanh mà

³⁶ Dựa trên gợi ý của USPTO khi xem xét khả năng bảo hộ nhãn hiệu xin đăng ký nếu có Thỏa thuận cùng tồn tại. Thông tin được cung cấp tại bài viết “Hai nhãn hiệu (thương hiệu) trùng nhau vẫn được cấp bảo hộ ở Hoa Kỳ nhìn từ vụ Frasca với Frasca”, <<http://bit.ly/3nXAMIT>> truy cập ngày 15/11/2020

các bên được phép và/hoặc không được phép cùng tồn tại.

- **Các bên có kế hoạch đầu tư để duy trì chất lượng sản phẩm riêng của mình.** Người tiêu dùng thường gắn nhãn hiệu với chất lượng sản phẩm, do đó, nếu mỗi bên có tiêu chuẩn riêng về chất lượng hàng hóa, dịch vụ mà mình cung cấp, thì người tiêu dùng cũng sẽ không còn nhầm lẫn về nguồn gốc sản phẩm mà họ mua.

(ii) **Cam kết của các bên trong việc nỗ lực ngăn chặn khả năng nhầm lẫn và hợp tác với nhau thực hiện các hành động để tránh khả năng gây nhầm lẫn có thể phát sinh trong tương lai.** Ví dụ, các bên sẽ có động thái phân biệt rõ sự khác nhau giữa hàng hóa, dịch vụ của hai nhãn hiệu trong các chương trình quảng cáo, hướng đến phân khúc thị trường, đối tượng khách hàng khác nhau; giá cả sản phẩm khác nhau...

(iii) **Lường trước một số vấn đề có thể xảy ra trong tương lai và hướng giải quyết.** Ví dụ: tranh chấp phát sinh, mỗi bên có quyền chỉnh sửa, thay đổi nhãn hiệu của mình trong thời hạn của thỏa thuận mà không cần thông báo hoặc xin chấp thuận của bên còn lại hay không, việc mỗi bên chuyển nhượng nhãn hiệu cho bên thứ ba có ảnh hưởng gì đến thỏa thuận hay không ...

4. Kiến nghị khung pháp lý cho việc bảo hộ nhãn hiệu tương tự đến mức gây nhầm lẫn trong pháp luật về sở hữu trí tuệ của Việt Nam

Nhìn chung, không chỉ riêng Việt Nam, mà ở hầu hết các quốc gia khác trên thế giới, việc công nhận giá trị pháp lý của Thỏa thuận Cùng tồn tại hay Thư Chấp thuận phụ thuộc rất nhiều vào khả năng phân biệt, không gây nhầm lẫn giữa các nhãn hiệu khi người tiêu dùng sử dụng hàng hóa, dịch vụ tương ứng. Vì vậy, nếu các thỏa thuận cùng

tồn tại nhãn hiệu có chứa thông tin chứng minh rằng định hướng kinh doanh của các bên sẽ không có khả năng gây ra nhầm lẫn và cung cấp các điều khoản để tránh bất kỳ sự nhầm lẫn tiềm ẩn nào, thì chủ nhãn hiệu sẽ đủ điều kiện được cấp văn bằng bảo hộ dựa trên thỏa thuận này. Theo quan điểm của nhóm tác giả, vì thỏa thuận cùng tồn tại nhãn hiệu thể hiện sự tự do ý chí và tinh thần tự nguyện của các bên, đặc biệt là quyền định đoạt của chủ nhãn hiệu đang được bảo hộ – người đang nắm quyền độc quyền sử dụng nhãn hiệu đã đăng ký, do đó chỉ cần chứng minh được sự đồng tồn tại không ảnh hưởng đến quyền lợi của các bên thứ ba thì cơ quan có thẩm quyền nên tôn trọng và chấp nhận các thỏa thuận này dựa trên sự xem xét phù hợp. Đặc biệt, trường hợp một nhãn hiệu đã tồn tại ở quốc gia khác nộp đơn đăng ký bảo hộ ở Việt Nam và vô tình có dấu hiệu tương tự đến mức gây nhầm lẫn với một nhãn hiệu khác đang được bảo hộ tại Việt Nam; thì việc buộc chủ thể đăng ký sau phải chỉnh sửa nhãn hiệu để đáp ứng điều kiện “không có khả năng gây nhầm lẫn” là không khả thi bởi họ chỉ muốn mở rộng thị trường kinh doanh dựa trên nhãn hiệu hiện có của mình, qua đó tăng mức độ ảnh hưởng và độ nhận diện thương hiệu đến với đa dạng người tiêu dùng. Nếu Việt Nam từ chối bảo hộ các nhãn hiệu trên dù cho có thỏa thuận cùng tồn tại giữa chủ sở hữu nhãn hiệu nước ngoài và chủ nhãn hiệu đối chứng, thì sẽ phần nào hạn chế sự đầu tư của các thương nhân nước ngoài vào Việt Nam. Vì vậy, việc đặt ra quy định cụ thể cho ngoại lệ này là cần thiết, tránh sự lúng túng, không thống nhất khi đưa ra hướng giải quyết cho các tình huống tương tự có thể xảy ra trên thực tế. Tuy nhiên, để bảo vệ quyền lợi cho người tiêu dùng, nhà nước có thể cân nhắc thêm về quy định

danh mục hàng hóa, dịch vụ mà các chủ sở hữu khác nhau được phép cùng tồn tại nhãn hiệu. Bởi trên thực tế, với các mặt hàng xa xỉ, những người tiêu dùng có nhu cầu thường sành sỏi trong việc lựa chọn nên khả năng nhầm lẫn sẽ ít xảy ra; còn như trong lĩnh vực dược phẩm, nếu gây ra sự nhầm lẫn thì có thể dẫn đến thiệt hại liên quan đến tính mạng con người.

Từ những nghiên cứu trên, nhóm tác giả đề xuất nên bổ sung quy định về thỏa thuận cùng tồn tại nhãn hiệu trong Luật SHTT, cụ thể như sau:

Điều X. Điều kiện bảo hộ nhãn hiệu tương tự đến mức gây nhầm lẫn với nhãn hiệu khác đang được bảo hộ

Hai hoặc nhiều tổ chức, cá nhân có quyền đăng ký một nhãn hiệu có dấu hiệu tương tự đến mức gây nhầm lẫn với nhãn hiệu khác đang được bảo hộ nếu đáp ứng các điều kiện sau:

1. *Chủ sở hữu nhãn hiệu đang được bảo hộ³⁷ (nhãn hiệu đối chứng) đồng ý cho chủ thể khác đăng ký và sử dụng một nhãn hiệu tương tự với nhãn hiệu trước đó của mình;*

2. *Các bên có căn cứ chứng minh rằng việc đồng tồn tại không ảnh hưởng đến lợi ích của mình và bất kỳ bên thứ ba nào;*

3. *Thỏa thuận của các chủ sở hữu nhãn hiệu phải được lập thành văn bản có xác nhận bởi đại diện hợp pháp của các bên; và bao gồm các nội dung cơ bản sau:*

a) *Tên, địa chỉ của chủ nhãn hiệu đối chứng; nhãn hiệu và số đơn, số văn bằng của nhãn hiệu đối chứng;*

b) *Tên, địa chỉ của chủ đơn nhãn hiệu đăng ký; nhãn hiệu và số đơn của đơn đăng ký nhãn hiệu;*

c) *Đối tượng, phạm vi, thời hạn của thỏa thuận;*

³⁷ Là chủ sở hữu hợp pháp và duy nhất đối với nhãn hiệu đó tại một khu vực địa lý cụ thể, tức là đã đăng ký bảo hộ nhãn hiệu này với cơ quan nhà nước có thẩm quyền và nhãn hiệu này được sử dụng làm căn cứ để từ chối đơn đăng ký bảo hộ nhãn hiệu của một thương nhân khác.

d) Danh mục hàng hóa, dịch vụ kinh doanh của mỗi bên;

e) Nội dung khẳng định việc chủ nhãn hiệu đối chứng chấp thuận cho việc đăng ký và sử dụng nhãn hiệu đăng ký sau;

f) Cam kết việc cùng tồn tại nhãn hiệu không ảnh hưởng đến lợi ích công cộng, đảm bảo thực hiện các biện pháp hạn chế gây nhầm lẫn cho người tiêu dùng;

g) Quyền và nghĩa vụ của chủ nhãn hiệu đối chứng;

h) Quyền và nghĩa vụ của chủ nhãn hiệu đăng ký.

4. Việc đồng tồn tại không vi phạm các quy định của Luật này và các quy định khác của pháp luật có liên quan.

Nhóm tác giả hi vọng rằng đề xuất này sẽ phần nào đóng góp cho việc hoàn thiện pháp luật về sở hữu trí tuệ nói riêng và hệ thống pháp luật Việt Nam nói chung, qua đó giải quyết được vấn đề đặt ra trên thực tiễn.

5. Kết luận

Pháp luật sở hữu trí tuệ Việt Nam hiện vẫn chưa có quy định điều chỉnh về thỏa thuận cùng tồn tại nhãn hiệu, tuy nhiên, không thể phủ nhận giá trị của thỏa thuận này trên thực tế. Từ một số vụ việc trên thế giới và những phân tích của nhóm tác giả, có thể khẳng định nếu các bên có căn cứ bảo đảm được sự “nhận diện” hàng hóa, dịch vụ của mình và không làm ảnh hưởng đến quyền lợi của người tiêu dùng thì thỏa thuận cùng tồn tại nhãn hiệu có thể được xem là cơ sở để cơ quan có thẩm quyền đồng ý cấp văn bằng bảo hộ cho nhãn hiệu đăng ký sau.

Bên cạnh đó, việc hình thành các quy định cụ thể về điều kiện bảo hộ nhãn hiệu tương tự đến mức gây nhầm lẫn với nhãn hiệu khác đang được bảo hộ là tiền đề tạo nên môi trường kinh doanh đa dạng với sự tham gia của các nhà đầu tư nước ngoài, qua đó, giúp các bên có cơ sở vững chắc để thực hiện thỏa thuận cùng tồn tại nhãn hiệu một cách hữu hiệu và hợp pháp.

Danh mục tài liệu tham khảo

Văn bản pháp luật

1. Hiệp định TRIPS
2. Luật Sở hữu trí tuệ 2005 (sửa đổi bổ sung năm 2009 và 2019)
3. Thông tư 01/2007/TT-BKHCN hướng dẫn thi hành Nghị định số 103/2006/NĐ-CP ngày 22 tháng 9 năm 2006 của chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Sở hữu trí tuệ về sở hữu công nghiệp

4. Thông tư số 16/2016/TT-BKHCN về việc sửa đổi, bổ sung một số điều của Thông tư số 01/2007/TT-BKHCN

Án lệ

1. E.I. du Pont de Nemours & Co., 476 F.2d 1357, 1361, 177 USPQ 563, 567 (C.C.P.A. 1973)

Nguồn điện tử

1. Trademarks - What is a trademark? <<http://bit.ly/2KNKqc3>>
2. Tamara Nanayakkara, 'IP and Business: Trademark Coexistence', (WIPO Magazine, 6/2006) <<https://bit.ly/3mJQ1NJ>>
3. Mariana Moss, 'Trademark "Coexistence" Agreements: Legitimate Contracts or Tools of Consumer Deception?', *Loyola Consumer Law Review*, Volume 18, Issue 2, Article 4, 2005 <<https://lawcommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1198&context=lclr>>
4. Intellectual Property Office of UK (2008), 'Guidance Coexistence agreement: fact sheet', <<https://www.gov.uk/government/publications/coexistence-agreement/coexistence-agreement-fact-sheet>>
5. Can a letter of consent help you escape from refusal of protection of trademark according to the 2010 WIPO survey in 58 countries including Vietnam?, *bross.vn* (11/09/2020), <<http://bit.ly/3rihOIF>>
6. Báo cáo khảo sát năm 2010 của WIPO đối với 58 quốc gia thành viên, <https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/sct_22/sct_22_5.pdf>
7. Mariana Moss, 'Trademark "Coexistence" Agreements: Legitimate Contracts or Tools of Consumer Deception?' *Loyola Consumer Law Review*, Volume 18, Issue 2, Article 4, 2005, <<https://lawcommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1198&context=lclr>>
8. 'The Chinese Supreme People's Court to Engage in Overruling Lower Courts' Judgments and CNIPA's Decisions on Denial of Letter of Consent in Support of Overcoming Trademark Protection Refusal in China' (07/09/2020) <<http://bit.ly/3aCJMZN>>
9. Quyết định ngày 14/07/2017 của TTAB - Trademark Trial and Appeal Board (United States Patent and Trademark Office), <<https://ttabvue.uspto.gov/ttabvue/ttabvue-94002752-CNU-4.pdf>>
10. 'Hai nhãn hiệu (thương hiệu) trùng nhau vẫn được cấp bảo hộ ở Hoa Kỳ nhìn từ vụ Frasca với Frasca', <<http://bit.ly/3nXAMIT>>
11. How effective are trademark coexistence agreements in China? <<https://bit.ly/384VZVb>>

Nhận xét:

*** Giảng viên: Bùi Thị Hằng Nga - Khoa Luật Kinh tế**

1. Về phương pháp nghiên cứu

Phương pháp nghiên cứu phù hợp với vấn đề nghiên cứu.

2. Về hình thức

Hình thức trình bày đẹp nhưng vẫn còn lỗi chính tả (lỗi viết hoa, lỗi cách dòng...).

Các đề mục được xây dựng chưa rõ ý và chưa hợp lý.

3. Về nội dung

- Ưu điểm

Tạo dựng cơ chế pháp lý nhằm cho phép các nhãn hiệu tương tự có khả năng gây nhầm lẫn cùng được chấp thuận và bảo hộ là một quy định cần thiết nhằm đảm bảo quyền và lợi ích của các bên cũng như tôn trọng, bảo vệ quyền lợi của chủ sở hữu nhãn hiệu đã được cấp văn bằng bảo hộ.

Mặc dù vậy, việc thừa nhận thỏa thuận cho phép cùng tồn tại như một căn cứ pháp lý nhằm chấp nhận bảo hộ cho các nhãn hiệu tương tự có nguy cơ gây nhầm lẫn sẽ có khả năng ảnh hưởng đến quyền lợi của các chủ sở hữu nhãn hiệu cũng như quyền lợi của người tiêu dùng. Do đó, để đảm bảo hiệu quả thực thi của pháp luật, các quy định cần xây dựng được các tiêu chí pháp lý có liên quan nhằm xác định được điều kiện cần và đủ để chấp nhận bảo hộ hoặc không đối với các nhãn hiệu này.

Đây là vấn đề còn bỏ ngỏ trong hệ thống pháp luật Việt Nam, do đó bản thân tôi đánh giá rất cao lựa chọn nghiên cứu của nhóm tác giả cũng như cách tiếp cận và giải quyết vấn đề.

- Điểm cần cải thiện

1. Về hình thức:

Tên đề tài nên bố trí lại cho rõ nghĩa. Đồng thời, dựa trên nội dung đã trình bày thì dường như tên đề tài đang mâu thuẫn với nội dung chi tiết.

Thêm vào đó, có thể thấy đây là vấn đề mới tại Việt Nam cho nên khi trình bày về kinh nghiệm thực tiễn nên đi từ các quốc gia đã có quy định điều chỉnh cũng như thực tế áp dụng nhiều hơn thay vì đưa Việt Nam lên trước.

Tài liệu tham khảo: liệu có thể bổ sung các tài liệu mang tính học thuật và trích dẫn cao hơn như sách, bài viết học thuật thay vì các quan điểm được đăng trên các báo điện tử.

2. Về nội dung

Nếu được nên có thêm những phân tích cụ thể, chi tiết hơn thậm chí là các minh chứng nhằm làm rõ tiêu chí "tương tự tới mức gây nhầm lẫn" tại mục 1.1.3.

Đây là một vấn đề khá hay và mới mẻ tại Việt Nam. Tuy nhiên, logic trình bày của nhóm chưa hiệu quả. Nên nghiên cứu để bố trí lại theo các ý chính:

+ Nhãn hiệu có nguy cơ gây nhầm lẫn là gì, các tiêu chí xác định (dựa trên kinh nghiệm pháp luật của các quốc gia trên thế giới).

+ Việc bảo hộ nhãn hiệu tương tự gây nhầm lẫn được thực hiện như thế nào (điều kiện, cách thức) từ đó làm rõ ý nghĩa cũng như nội dung cần có của thỏa thuận cùng tồn tại.

+ Dựa trên kinh nghiệm của các quốc gia phát triển với các nội dung đã phân tích nêu trên nhằm đề xuất xây dựng tiêu chí xác định rõ ràng hơn về nhãn hiệu tương tự gây nhầm lẫn theo quy định của pháp luật Việt Nam. Có như vậy thì việc đặt ra yêu cầu bổ sung Điều X vào Luật Sở hữu trí tuệ của nhóm tác giả mới có tính thuyết phục.

*** Luật sư: Phạm Thị Thoa - Công ty Luật TNHH Apolat Legal**

1. Về phương pháp nghiên cứu

Bài viết có phương pháp nghiên cứu tốt, đặc biệt là việc so sánh pháp luật để làm rõ vấn đề dưới các cách tiếp cận khác nhau của mỗi nước mang lại giá trị cao cho bài viết.

2. Về hình thức

Mặc dù bài viết có dung lượng lớn nhưng bố cục được các nội dung chính được phân bổ hợp lý, dễ hiểu.

3. Về nội dung

- Ưu điểm

Mức độ đầu tư nghiên cứu của nhóm tác giả cho bài viết là rất cao, điều này thể hiện rõ trong khối lượng thông tin, các phân tích đáng giá trong bài viết. Ngoài ra, trong bối cảnh vấn đề đăng ký nhãn hiệu mang đặc tính quốc gia rất lớn (dù rằng về nguyên tắc chung các nước có thể cùng đồng thuận về các nguyên tắc cơ bản), chúng tôi đánh giá cao cách tiếp cận so sánh pháp luật nhưng cũng đi kèm rất rõ với thực tiễn áp dụng của vấn đề sử dụng Thỏa thuận Cùng tồn tại hay Thư Chấp thuận để vượt qua từ chối bảo hộ nhãn hiệu do tương tự gây nhầm lẫn với nhãn hiệu khác ở từng nước, và cả Việt Nam.

- Điểm cần cải thiện

Mặc dù nhóm tác giả có phân tích liên quan đến quy định và hạn chế của pháp luật Việt Nam và thực tiễn áp dụng hiệu tại của Cục Sở hữu Trí tuệ Việt Nam về giá trị của Thỏa thuận Cùng tồn tại và Thư Chấp thuận trong việc vượt qua từ chối đăng ký nhãn hiệu, chúng tôi cho rằng các phân tích về thực tiễn áp dụng tại Việt Nam nên được đào sâu chi tiết hơn.

CHÍNH SÁCH KHÔNG CHO PHÉP KIỂM TRA HÀNG HOÁ TRƯỚC KHI THANH TOÁN CỦA MỘT SỐ SÀN THƯƠNG MẠI ĐIỆN TỬ TẠI VIỆT NAM – THỰC TRẠNG VÀ KIẾN NGHỊ

Tấn Trúc Hạnh Đoàn,
Sinh viên K18501, Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG Tp.HCM

Từ đầu năm 2019, chính sách của một số sàn Thương mại điện tử (TMĐT) tại Việt Nam như Lazada, Shopee về việc chính thức không hỗ trợ “đồng kiểm” đã khiến nhiều khách hàng hoang mang. Nói cách khác, chính sách do các sàn thương mại điện tử này đơn phương ban hành chỉ cho phép bên mua mở kiện hàng sau khi đã thanh toán chứ không cho phép người mua kiểm tra hàng trước khi thanh toán như trước đây. Bài viết sau đây sẽ phân tích về chính sách này, làm rõ những rủi ro tiềm ẩn bên trong đó, đặc biệt là về mặt pháp lý, từ đó đưa ra những đề xuất để điều chỉnh lại chính sách cho phù hợp với quy định pháp luật.

Từ khoá: sàn thương mại điện tử, dịch vụ giao nhận, kiểm tra hàng hoá thực tế, lòng tin khách hàng

Since early 2019, the new policy of some e-commerce marketplaces in Vietnam such as Lazada and Shopee that officially has not allowed customers to check the status of delivered products before making payment has made many customers confused. In other words, the policy unilaterally issued by these e-commerce marketplaces allows buyers to unbox the package only after the bill is already paid instead of allowing buyers to check the goods regardless of the payment as before. This article will analyze this policy, highlight several underlying legal risks, and then set out some recommendations to adjust this policy.

Keywords: e-commerce, trading services, inspection rights, brand trust

1. Tổng quan về việc kiểm tra hàng hoá khi mua hàng trực tuyến và các quy định pháp luật liên quan

1.1. Khái quát về mua sắm trong thương mại điện tử

Xét theo nghĩa rộng, Luật mẫu về Thương mại điện tử UNCITRAL¹ đã định nghĩa thương mại điện tử (TMĐT) là việc trao đổi thông tin thương mại thông qua các phương tiện điện tử mà không cần phải in ra giấy trong toàn bộ quá trình giao dịch. Ở nghĩa hẹp, WTO đã liệt kê TMĐT bao gồm “việc sản xuất, phân phối, tiếp thị, bán hàng hoặc chuyển giao hàng hóa, dịch vụ bằng phương tiện điện tử.”²

Có thể hiểu, các hoạt động thương mại trực tuyến đã hình thành nên TMĐT và nó ngày càng phát triển nhiều mô hình kết nối các bên.³ Trong đó, mô hình B2C (Business to Customer) - mua bán lẻ giữa doanh nghiệp và người tiêu dùng - được ưa chuộng tại Việt Nam bởi nó đáp ứng nhu cầu mua sắm hàng hoá ở mỗi người.⁴ Điển hình cho B2C là các sàn TMĐT tiếp cận người dùng qua website và các ứng dụng; cho phép các thương nhân, tổ chức, cá nhân (không phải là chủ sở hữu website của sàn TMĐT) trưng bày, mua bán hàng hóa, dịch vụ trên website đó. Ở Việt Nam hiện nay, có các sàn TMĐT nổi bật như Lazada, Shopee, Tiki...

và chúng phải được đăng ký hoạt động với Bộ Công thương theo quy định.⁵ Nhìn chung, mô hình B2C ở các sàn TMĐT tại Việt Nam cần sự phối hợp giữa sàn TMĐT, bên bán lẻ, bên vận chuyển/giao nhận, bên mua (người tiêu dùng).

Bài viết này chỉ đề cập đến khâu nhận hàng và kiểm tra hàng hoá của bên mua là người tiêu dùng khi mua sắm tại sàn TMĐT.

1.2. Phương thức kiểm hàng, thanh toán COD khi mua sắm trực tuyến tại Việt Nam và quy định pháp luật điều chỉnh

1.2.1. Đồng kiểm

Đồng kiểm là dịch vụ giúp các bên cùng kiểm tra nội dung vận

¹ UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce của Ủy ban Liên hợp quốc về Luật Thương mại quốc tế năm 1996

² World Trade Organization, 'Electronic commerce', <https://www.wto.org/english/tratop_e/ecom_e/ecom_e.htm> truy cập ngày 6/3/2020

³ Yuan Sun, Shuyue Fang và Yujong Hwang, 15/6/2019, 'Investigating Privacy and Information Disclosure Behavior in Social Electronic Commerce', 01

⁴ EVBN, research report, 2018, 'E-commerce industry Vietnam', 16

⁵ Bộ Công Thương xác nhận đăng ký thành lập website, sàn TMĐT tại Điều 55 và 58 Nghị định 52/3013/ NĐ – CP về Thương mại điện tử

đơn⁶ khi nhận bưu gửi (giữa nhân viên nhận và bên bán hàng), và khi phát bưu gửi (giữa nhân viên phát và bên mua). Biên bản đồng kiểm thường được lập thành nhiều bản để các bên xác nhận trong quá trình khai thác vận đơn với nội dung thường đề cập đến số lượng, chủng loại, tình trạng bên ngoài của hàng hoá. Khi bên mua đồng kiểm với bên phát hàng thấy hàng hoá sai sót, hư hỏng thì có quyền từ chối nhận hàng trước khi thanh toán, các bên xác nhận tình trạng hàng hoá trong biên bản.

1.2.2. COD (Cash On Delivery)

Cash On Delivery thường được gọi là dịch vụ “thanh toán khi nhận hàng”, bên giao hàng sẽ kiêm chức năng thu hộ số tiền của khách rồi chuyển số tiền này về cho bên bán sau khi đã trừ khoản phí vận chuyển, phí thu hộ nếu có.

Thông thường, người mua hàng khi đặt hàng online chọn phương thức trả tiền COD kèm thoả thuận kết hợp với đồng kiểm hoặc kiểm tra hàng trước để họ được quyền thanh toán cho bên giao hàng chỉ sau khi nhận và kiểm hàng hóa của mình. Mục đích của dịch vụ COD cho phép kiểm hàng trước khi thanh toán là khiến khách hàng có được sự an tâm⁷ và nhiều người vẫn sẵn sàng trả tiền cho dịch vụ này.⁸

Tuy nhiên, COD, đồng kiểm lại đem đến một số rủi ro cho sàn TMĐT và bên bán:

- Bên bán không trực tiếp nhận tiền từ bên mua. Tiền được bên

vận chuyển thu hộ sẽ tạm giữ trước khi chuyển về bên bán. Bên bán phải giữ vận đơn để tránh các sự cố phát sinh cho đến khi nhận lại tiền hàng.

- Vấn đề đảm bảo chất lượng hàng hoá sau khi khách hàng kiểm tra.

- Khách hàng từ chối nhận hàng hoặc không chịu ra nhận hàng. Trong trường hợp này, bên bán phải chịu phí vận chuyển hai chiều để kiện hàng hoàn về.

Ngoài hai phương thức kiểm tra hàng hoá cơ bản kể trên, còn tồn tại nhiều cách phân loại và tên gọi của hình thức kiểm tra hàng khác, ví dụ như kiểm tra thực tế hàng hóa (Physical inspection)...

Hiện nay, nền tảng pháp lý quan trọng cho TMĐT đó là Bộ luật Dân sự (BLDS) 2015, Luật Thương mại 2005 và Luật Giao dịch điện tử 2005. Bên cạnh đó, hoạt động TMĐT còn chịu sự điều chỉnh đặc biệt của Nghị định 52/2013-NĐ-CP⁹; Luật Công nghệ thông tin năm 2006; Luật Viễn thông năm 2009; Luật Bảo vệ người tiêu dùng năm 2010 (LBVQLNTD 2010); Luật Bưu chính năm 2010; Luật Quảng cáo năm 2012; Luật Đầu tư năm 2014; Luật Cạnh tranh năm 2018. Ngoài ra, để hướng dẫn, quản lý hoạt động TMĐT cụ thể còn có các Nghị định, Thông tư liên quan.

Việc giao nhận và kiểm tra hàng hoá khi mua sắm là những khâu thuộc hoạt động thương mại, vì vậy nó cũng thuộc phạm vi điều

chỉnh của hệ thống văn bản pháp luật trên.

2. Thực trạng việc không cho phép kiểm tra hàng hoá của bên mua trước khi thanh toán

Từ ngày 15/3/2019 Lazada áp dụng chính sách “Không hỗ trợ đồng kiểm khi nhận hàng.”¹⁰ Người mua chỉ có quyền mở kiện hàng sau khi đã thanh toán đầy đủ cho bên giao hàng. Trước khi thanh toán nếu phát hiện kiện hàng có dấu hiệu móp méo, không còn nguyên vẹn hoặc sai thông tin người nhận, người mua có quyền từ chối nhận hàng. Nếu sau khi đã nhận hàng và thanh toán, người mua có thể chọn đổi trả hàng hay khiếu nại theo quy trình của Lazada rồi chờ phản hồi từ bên bán hay kết quả giải quyết khiếu nại từ sàn TMĐT này. Lazada sẽ bảo vệ quyền lợi khách hàng bằng cách không tính chi phí vận chuyển do đổi trả với người mua. Tương tự, Shopee “không cho người nhận kiểm tra hàng trước khi thanh toán (Thanh toán tín dụng hoặc Thanh toán khi nhận hàng)”¹¹ mà chỉ cho phép khách hàng kiểm tra các yếu tố bên ngoài của gói hàng để quyết định nhận hay từ chối nhận hàng.

Đại diện các sàn TMĐT nói trên đã lý giải về sự thay đổi này. Ông Trần Tuấn Anh - giám đốc điều hành Shopee Việt Nam cho biết đồng kiểm là dịch vụ gia tăng. Đa phần chi phí này sẽ do bên bán chịu.¹² Trong khi đó, đại diện phía

⁶ Vận đơn (bill of lading) là một loại chứng từ vận tải, biên nhận do bên vận chuyển ký phát sau khi hàng hóa đã tiếp nhận hàng hoá, chuẩn bị chuyên chở. Có nhiều dạng vận đơn cho mỗi phương thức chuyên chở: hàng không, đường biển, đường tàu...

⁷ Trần Thanh Tuyền (9/11/2019), ‘On the factors affecting the development of e-commerce in Vietnam: Case study of Lazada, Shopee, and Tiki’, International Journal of Advanced and Applied Sciences, 51

⁸ Theo báo cáo về thị trường thương mại điện tử Việt Nam công bố vào cuối năm 2018 của công ty nghiên cứu thị trường Q&Me, tiền mặt vẫn là phương thức thanh toán chủ đạo của người Việt khi mua sắm trực tuyến với 80% người được hỏi cho biết sử dụng hình thức thanh toán COD - trả tiền khi nhận hàng. Còn các hình thức khác như thanh toán qua thẻ ngân hàng, ví điện tử, chuyển khoản chỉ chiếm lần lượt 8%, 6% và 5%. <<https://www.thesaigontimes.vn/288237/Tac-dung-nguoi-khi-san-TMDT-khong-cho-kiem-tra-truoc2.html>> truy cập ngày 6/3/2020

⁹ Nghị định 52/2013 ngày 16/05/2013 của Chính phủ về Thương mại điện tử

¹⁰ Điều khoản sử dụng của Lazada, <<https://www.lazada.vn/terms-of-use/>> truy cập ngày 6/3/2020

¹¹ Chính sách vận chuyển Shopee, <<https://shopee.vn/docs/3606>> truy cập ngày 20/3/2020

¹² Trao đổi tại hội thảo ‘Bảo vệ người tiêu dùng trong thương mại điện tử’, TP.HCM, Báo Tuổi trẻ (25/4/2019) <<https://tuoitre.vn/bo-quyen-kiem-tra-truoc-khi-nhan-hang-ai-bao-ve-nguoi-mua-sam-online-20190426084249049.htm>> truy cập ngày 6/3/2020

Lazada cho rằng chính sách này nhằm giảm bớt áp lực cho bên vận chuyển, vì người giao hàng không đủ kinh nghiệm để cung cấp đầy đủ thông tin về hàng hóa do đó không thể gọi là đồng kiểm với khách hàng.¹³

Với sự thay đổi này, theo báo cáo của Nielsen về chỉ số NPS¹⁴ từ tháng 10/2019 đến tháng 1/2020, mức độ hài lòng của khách hàng trên các sàn TMĐT ở Việt Nam có sự biến động. Chỉ 50% khách hàng hài lòng với chất lượng dịch vụ của Lazada và có đến 19% bày tỏ phản nản. Điều này đã đẩy chỉ số NPS Lazada xuống mức 31. Bên cạnh đó, Shopee vẫn giữ được số khách hàng hài lòng nhưng lượng phản nản lại ngày một tăng.¹⁵ Thậm chí, số lượng người tiêu dùng khiếu nại đến Cục Cạnh tranh và Bảo vệ người tiêu dùng, Bộ Công thương về chính sách cũng như chất lượng sản phẩm không đúng như quảng cáo của Lazada ngày một tăng khiến Cục này phải đưa ra những khuyến cáo với các người dùng.¹⁶ Có thể thấy chính sách hiện nay của Lazada hay Shopee đã không tạo ra được sự hài lòng nơi người dùng. Điều này cũng khiến cho một số nhà bán hàng chưa kịp tạo dựng thương hiệu vững chắc trên sàn TMĐT, vẫn hay thu hút khách hàng bằng chế độ COD - đồng kiểm trở nên bị động hơn trước.

3. Những rủi ro pháp lý trong chính sách không cho phép bên mua kiểm tra hàng hoá trước khi thanh toán

3.1. Việc sàn TMĐT đơn phương ra chính sách dừng hỗ trợ đồng kiểm có dấu hiệu vi phạm quy định pháp luật hợp đồng

3.1.1 Việc đơn phương đưa ra chính sách điều chỉnh giao dịch đi ngược lại tinh thần tự do ý chí trong pháp luật về hợp đồng, thương mại

Đối với khách hàng lựa chọn mua sắm trực tuyến, họ đã chấp nhận đánh cược nhiều hơn vì môi trường thương mại điện tử cung cấp rất ít cơ hội để xác minh chất lượng hàng hóa.¹⁷ Cụ thể, khách hàng mua sắm trực tuyến đã phải đối mặt với nhiều rủi ro hơn phương thức truyền thống như rủi ro cảm nhận đối với sản phẩm hoặc dịch vụ, rủi ro cảm nhận trong bối cảnh giao dịch trực tuyến. Vì vậy, khách hàng ở thị trường này đang ở thế yếu do thiếu thông tin trong giao dịch so với các bên còn lại. Theo lý thuyết thì việc bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng khi mua sắm trực tuyến càng phải được theo dõi sát sao.

Trong hệ thống pháp luật nước ta về thương mại, tinh thần tự do, tự nguyện của các chủ thể tham gia giao dịch luôn được đặt lên hàng đầu.¹⁸ Riêng lĩnh vực thương mại điện tử, Điều 26.1 Nghị định 52/2013/NĐ-CP đã đề cập: “Các chủ thể tham gia hoạt động thương mại điện tử có quyền tự do thỏa thuận không trái với quy định

của pháp luật để xác lập quyền và nghĩa vụ của từng bên trong giao dịch. Thỏa thuận này là căn cứ để giải quyết các tranh chấp phát sinh trong quá trình giao dịch.”

Tuy nhiên, với đặc điểm các chính sách của sàn TMĐT là điều kiện giao dịch chung,¹⁹ khách mua hàng sẽ không có cơ hội được thỏa thuận hay sửa đổi các điều khoản trong chính sách mà các sàn đã ban hành, điều khách hàng có thể làm là tự thỏa thuận với người bán. Chấp nhận tham gia giao dịch đồng nghĩa với việc bên mua phải chịu tự giới hạn quyền dù bản thân có muốn hay không để đạt được mục đích giao kết. Cụ thể bên mua phải tuân theo phương thức kiểm tra hàng do sàn TMĐT đặt ra dù đây thuộc nhu cầu và quyền lợi của họ. Ngược lại, bên mua muốn đảm bảo quyền lợi của mình thì phải tìm nơi bán khác ngoài sàn TMĐT đó trong bối cảnh hiện nay lại có nhiều sàn TMĐT đồng loạt thực hiện chính sách dừng kiểm hàng này. Trong khi đó, sàn TMĐT xử lý khảo sát ý kiến của khách hàng để cải thiện chính sách có thể cân bằng mong muốn với bên mua còn mang tính hình thức là chủ yếu, thậm chí diễn ra còn ít, khiến cho khách hàng khó có thể lên tiếng thỏa thuận. Trường hợp như vậy, dù vẫn tồn tại yếu tố “thuận mua vừa bán” tức tinh thần tự nguyện của bên mua khi tham gia giao dịch; nhưng suy cho cùng sự tự nguyện này mang tính chất khiên cưỡng chứ không đem lại sự tự do về mặt ý chí khi bên mua không có nhiều sự lựa chọn mang tính thay thế. Điều này không chỉ

¹³ Trung tâm tin tức VTV24, 26/4/2019, 'Lazada không cho kiểm tra trước khi nhận hàng có làm khó người mua?', <<https://vtv.vn/kinh-te/lazada-khong-cho-kiem-tra-truoc-khi-nhan-hang-co-lam-kho-nguoi-mua-20190426151840274.htm>>, truy cập ngày 6/3/2020

¹⁴ Chỉ số NPS – Net Promoter Score – đánh giá sự hài lòng của khách hàng để đo lường khả năng khách hàng có thể giới thiệu doanh nghiệp với người khác. Chìa khóa để đạt được NPS cao là có số lượng người quảng bá (đánh giá 9-10 điểm cho doanh nghiệp) nhiều hơn người phản nản (đánh giá 0-6 điểm)

¹⁵ '1/3 người mua hàng trực tuyến Việt Nam chưa hài lòng về dịch vụ', Báo Xây dựng <<https://baoxaydung.com.vn/13-nguoi-mua-hang-truc-tuyen-viet-nam-chua-hai-long-ve-dich-vu-273321.html>>, truy cập ngày 10/3/2020

¹⁶ Bình An (08/09/2019), 'Khuyến cáo khách hàng thận trọng khi mua hàng qua sàn thương mại điện tử', <<https://thanhtra.com.vn/kinh-te/thi-truong/Khuyen-cao-khach-hang-than-trong-khi-mua-hang-qua-san-thuong-mai-dien-tu-153679.html>> truy cập ngày 15/3/2020

¹⁷ Lee Dongwon, Park Jinsoo, Ahn JoongHo (12/2001), 'On the Explanation of Factors Affecting E-Commerce Adoption', 110

¹⁸ Luật Thương mại 2005, Điều 11 về Nguyên tắc tự do, tự nguyện thỏa thuận trong hoạt động thương mại

¹⁹ Điều kiện giao dịch chung là những điều khoản ổn định do một bên công bố để áp dụng chung cho bên được đề nghị giao kết hợp đồng; nếu bên được đề nghị chấp nhận giao kết hợp đồng thì coi như chấp nhận các điều khoản này. Điều kiện này được sinh ra để phục vụ cho nhiều giao dịch có tính chất giống nhau, tiết kiệm nguồn lực khi soạn thảo

đẩy khách hàng vào thế khó, còn kéo theo yếu tố tự do thoả thuận mà các nhà lập pháp mong muốn cũng sẽ không được đảm bảo. Từ đó dẫn đến bên mua bị thiếu căn cứ bảo vệ quyền lợi của mình khi đến khâu giải quyết các tranh chấp phát sinh trong giao dịch.

3.1.2. Vi phạm nguyên tắc xác định nghĩa vụ về bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trong hoạt động TMĐT

Điều 9.1 Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng 2010 (LBVQLNTD) quy định về nghĩa vụ của người tiêu dùng, trong đó người tiêu dùng phải “Kiểm tra hàng hóa trước khi nhận”.

Ngoài ra, pháp luật Việt Nam cũng đã có quy định cụ thể cho phép bên mua được kiểm tra hàng hoá trước khi thanh toán theo Điều 44 và Điều 55 Luật Thương mại 2005. Theo Điều 44, nếu các bên có thoả thuận để bên mua hoặc đại diện của bên mua tiến hành kiểm tra hàng hoá trước khi giao hàng thì “bên bán phải bảo đảm cho bên mua hoặc đại diện của bên mua có điều kiện tiến hành việc kiểm tra”; trường hợp hợp đồng có quy định về việc vận chuyển hàng hóa thì “việc kiểm tra hàng hoá có thể được hoãn lại cho tới khi hàng hoá được chuyển tới địa điểm đến”. Sau cùng, Điều 55.2 quy định “bên mua không có nghĩa vụ thanh toán cho đến khi có thể kiểm tra xong hàng hoá trong trường hợp có thoả thuận theo quy định tại Điều 44 của Luật này.” Việc sàn TMĐT đơn phương huỷ bỏ hỗ trợ kiểm tra hàng trước khi thanh toán đã tước đi việc thực hiện nghĩa vụ và cũng

là quyền lợi chính đáng của người tiêu dùng được quy định trong pháp luật.

Theo khuyến nghị từ các sàn TMĐT, trong quá trình giao dịch bên mua chỉ còn hai sự lựa chọn: (i) đồng ý trả tiền rồi đổi trả sản phẩm/khiếu nại sau nếu hàng không đúng quảng cáo; (ii) từ chối nhận hàng và tìm kiếm sàn TMĐT khác.

Về hình thức thì khách hàng vẫn có hai sự lựa chọn, nhưng về bản chất thì không một lựa chọn nào thể hiện ý chí của họ khi tham gia giao dịch là trả tiền cho đúng món hàng mình mong muốn và tiết kiệm các khoản chi phí so với mua hàng truyền thống. Có thể bên mua chấp nhận thanh toán rồi mới kiểm hàng với hy vọng kiện hàng sẽ không xuất hiện sai sót nào.²⁰ Trường hợp còn lại bên mua từ chối nhận hàng khi chỉ trông vào vỏ bên ngoài của kiện hàng có dấu hiệu móp méo theo khuyến nghị của các sàn TMĐT, mà đành phải chấp nhận bỏ đi thời gian chờ hàng cùng cơ hội vốn có thể mua món hàng này từ nhà phân phối khác. Vì vậy, điều khoản mới này đã đẩy bên mua đến tình thế buộc phải lựa chọn tiếp tục tham gia hay huỷ bỏ giao dịch do thiếu thông tin về kiện hàng.

Dường như đang có sự bất cân xứng về quyền lợi giữa các bên trong giao dịch, khi mà người tiêu dùng phải trả tiền trước trong khi phía sàn TMĐT không cung cấp thông tin thực tế về kiện hàng. Lựa chọn kiểm tra hàng trước rồi thanh toán có thể giải quyết thắc mắc của người tiêu dùng, phù hợp

với quy định pháp luật nhưng lại không được thực hiện khi chính sách ngưng đồng kiểm đặt ra.

3.2. Rủi ro liên quan đến chất lượng hàng hoá và đổi trả, khiếu nại

Thực tế, sàn TMĐT không thể kiểm soát được hết chất lượng hàng hoá mà bên bán giao cho bên mua,²¹ kết hợp với các điều khoản một chiều đã tạo ra sự không công bằng đối với khách hàng tham gia vào thị trường này.

Thông tin về kiện hàng bị che lấp cùng với chính sách khiếu nại, đổi trả hàng từ các sàn TMĐT vẫn còn rườm rà có thể khiến bên bán giao hàng với chất lượng không đúng như quảng cáo. Bên cạnh đó, vấn đề bảo quản chất lượng hàng hoá giao cho bên mua không chỉ dừng lại ở bên bán mà còn phụ thuộc vào quá trình vận chuyển. Điều này làm nảy sinh lo ngại rằng chính sách dừng hỗ trợ đồng kiểm đang vô tình tạo cơ hội để bên bán hoặc bên vận chuyển không chú trọng vào chất lượng trước khi giao chúng cho bên mua.

Mặt khác theo chính sách mới thì khách mua không được xem hàng; nếu người mua muốn trả hàng thì phải chịu tổn thời gian, công sức làm theo quy trình của sàn TMĐT đó.^{22 23} Một điểm cần lưu ý, khách hàng ở Lazada chỉ được áp dụng chính sách đổi trả, hoàn tiền đối với các sản phẩm Điện tử, Thiết bị viễn thông nếu kết quả kiểm tra ghi nhận sản phẩm có từ ba “điểm chết” trở lên do lỗi kỹ thuật. Đối với sản phẩm thanh lý và hàng quà tặng kèm theo sản phẩm thì khách hàng sẽ không được áp

²⁰ Dương Anh Sơn, Hoàng Vĩnh Long, ‘Thử bàn về bản chất của hợp đồng dưới góc độ kinh tế học’, *Nhà nước và Pháp luật* 2013 số 2, 64

²¹ Hiện tại Lazada đang triển khai lớp học cho các nhà bán hàng, tuy nhiên bộ phận duyệt nội dung của Lazada không có trách nhiệm kiểm tra chất lượng sản phẩm cũng như việc sản phẩm có vi phạm quyền sở hữu trí tuệ hay không vì nhà bán hàng đã phải cam kết với sàn TMĐT này về các nội dung đó. Chất lượng hàng hoá tại đây chỉ được kiểm nghiệm thông qua khảo sát và báo cáo từ phía khách hàng. Theo Bộ phận hỗ trợ đối tác (PSC) Lazada Seller Center (22/5/2017), ‘Quy định và chính sách của Lazada về chất lượng hàng hóa’, <<https://lazadavnpvc.zendesk.com/hc/vi/articles/115007537567-Quy-%C4%91i-nh-va-chi-nh-sa-ch-cu-a-Lazada-v-%C3%AA-ch-%C3%A2-t-%C6%B0%C6%A1-ng-ha-ng-ho-a>> truy cập ngày 8/3/2020

²² Chính sách trả hàng/hoàn tiền, Shopee, <<https://help.shopee.vn/vn/s/article/T%C3%B4i-ph%E1%BA%A3i-l%C3%A0m-g%C3%AC-khi-mu%E1%BB%91n-tr%E1%BA%A3-h%C3%A0ng-ho%C3%A0n-ti%E1%BB%81n-1542942531175>> truy cập ngày 15/3/2020

²³ Chính sách Đổi Trả hàng, Lazada, <<https://www.lazada.vn/chinh-sach-doi-tra-hang/>> truy cập ngày 15/3/2020

dụng chính sách này.²⁴ Phần rủi ro đang nghiêng về phía bên mua nhiều hơn – nếu họ lựa chọn nhận hàng khi không được kiểm tra – do không phải sản phẩm không đạt chất lượng nào cũng là đối tượng của chính sách đổi trả.

Tuy nhiên, nếu yêu cầu đổi trả/hoàn tiền của khách hàng được chấp nhận, thì nhà bán hàng phải chịu mất một khoảng thời gian: có kết quả giải quyết yêu cầu/khiếu nại từ sàn TMĐT, khởi động lại chu kỳ giao nhận hàng để hàng trở về nơi bán. Trong khi đó nếu khách mua được kiểm tra hàng và có cơ sở chắc chắn để từ chối kiện hàng trước khi thanh toán thì các bên sẽ tiết kiệm được chi phí thời gian hơn. Rủi ro này càng trở thành gánh nặng với những bên bán ở nước ngoài.²⁵

Việc từ bỏ phương thức kiểm tra hàng trước thanh toán trước mắt giúp sàn TMĐT và bên vận chuyển giảm đi một khâu trong quá trình. Tuy vậy, không thể vì quyền lợi một bên mà đẩy rủi ro cho bên còn lại; khiến bên mua vì thiếu thông tin, không được thỏa thuận mà phải chọn những cách giải quyết không đáng có như tự cảnh giác hoặc chọn phương thức mua hàng khác, đặc biệt là những lúc nhiều người hạn chế ra ngoài như đợt chịu tác động của dịch Covid-19. Trong khi vốn dĩ, sàn TMĐT sinh ra nhằm đem đến người dùng sự tiện nghi, cảm giác được hỗ trợ tốt nhất. Vì vậy, điều cần làm là các sàn TMĐT nên có thỏa thuận về vấn đề này và các quy định pháp luật chặt chẽ hơn.

4. Một số kiến nghị

4.1. Về phía sàn TMĐT

4.1.1. Tạo cơ hội để cân bằng mong muốn các bên trong giao dịch

Thực chất, sàn TMĐT tạo không gian trên mạng giúp kết nối các bên quan trọng là bên mua – bên bán, thúc đẩy giao dịch giữa họ. Vì vậy, nó cần tôn trọng lựa chọn của hai bên, tuân theo quy định pháp luật; không thể tự can thiệp sâu vào quá trình giao dịch khiến khách hàng mất lòng tin ở TMĐT nói chung.

Phương án mà tác giả đưa ra rằng các sàn TMĐT nên tạo một mục cho phép mỗi người bán tự lựa chọn có cho bên mua được kiểm tra hàng trước khi thanh toán hay không, người mua sẽ căn cứ vào thông tin này để chọn bên bán và phương thức kiểm hàng. Tất cả lựa chọn phải được hiển thị rõ khi giao kết. Điều này sẽ giúp bên bán và bên mua điều khiển được quá trình giao dịch theo mong muốn của mình.

4.1.2. Tham khảo kinh nghiệm

Tham khảo các sàn TMĐT khác trên thế giới, để có thể khiến khách hàng chuyển từ COD sang thanh toán điện tử thì một trong những bài toán mà sàn phải giải quyết đó chính là việc tạo lòng tin nơi khách hàng:²⁶

- Quan trọng nhất vẫn là đảm bảo tính xác thực và trung lập. Sàn TMĐT cần chung tay cải thiện chất lượng hàng hoá tương xứng với lời quảng cáo, xác minh thông tin nhà bán hàng; thay vì quy hết trách nhiệm cho người bán trong

khi người mua sắm online đã hoàn toàn dựa vào thông tin được cung cấp trên trang web. Để thực hiện điều này cần phải có một hệ thống hoặc thuật toán giải quyết khiếu nại của khách hàng về sản phẩm nhanh chóng hơn.²⁷ Hệ thống kiểm soát đánh giá nhanh chóng hiện nay có thể tham khảo ở lĩnh vực nhà hàng – khách sạn, ví dụ như TripAdvisor, cách tính Kappa...²⁸

- Tham khảo tinh thần TMĐT trong nền kinh tế chuyển đổi của Trung Quốc. Người dân ở đây từng rất xa lạ với Internet, vì thế các sàn TMĐT đã nắm bắt tâm lý khách hàng kết hợp với vạch rõ lộ trình, minh bạch hoá.²⁹ Giúp khách hàng hiểu được mục tiêu của chính sách nhằm hướng đến môi trường thanh toán điện tử tiện lợi hay lý do khác thay vì ngưng hỗ trợ đồng kiểm do không đủ khả năng tài chính, quản lý.

- Cải thiện các chính sách đổi trả, hoàn tiền để chúng trở nên gọn nhẹ hơn, kết hợp giải thích đối với những mặt hàng không được áp dụng chính sách này.

- Cải thiện dịch vụ như chăm sóc khách hàng, bảo mật thông tin.³⁰

4.2. Kiến nghị hoàn thiện quy định pháp luật về chính sách sàn TMĐT

Sàn TMĐT là nơi diễn ra rất nhiều giao dịch, vì thế chính sách của mỗi sàn nên là điều được pháp luật quan tâm hàng đầu để mỗi giao dịch bên trong nó được thực hiện trơn tru, nhanh gọn hơn. Nói cách khác, chính sách, điều khoản bán hàng, giao nhận, đổi trả của các sàn TMĐT nên được xem như

²⁴ Chính sách Đổi Trả hàng, Lazada (n 21)

²⁵ Minh Chí, 2019, 'Tác dụng ngược khi sàn TMĐT không cho kiểm hàng trước?', <<https://www.thesaigontimes.vn/288237/Tac-dung-nguoc-khi-san-TMDT-khong-cho-kiem-hang-truoc-.html>> truy cập ngày 15/3/2020

²⁶ D. Harrison McKnight and Norman L. Chervany (2001), "What Trust Means in E-Commerce Customer Relationships: An Interdisciplinary Conceptual Typology", 36

²⁷ John A. Rothchild (30/11/2016), "Research Handbook on Electronic Commerce Law", 07

²⁸ Stuart E. Levy, Soyoung Boo, Wenjing Duan (2012), "Utilizing Consumer-Generated Online Reviews in an Urban Destination to Develop a Comprehensive Hotel Complaint Framework", 4 – 5

²⁹ Lê Văn Huy, Rowe Frantz, Truex Duent, Huỳnh Minh Q (9/2012), "An empirical Study of Determinants of E-commerce Adoption in SMEs in Vietnam an economy in transition", 24 – 25

³⁰ Tlđđ, n26, 17

là “điều kiện giao dịch chung” theo Điều 3.6 LBVQLNTD 2010³¹, Điều 406.1 BLDS 2015³² bởi chúng do sàn TMĐT đơn phương đưa ra và được áp dụng cho các giao dịch được thực hiện trên nền tảng của sàn TMĐT đó.

Hiện nay, chỉ có 09 loại hàng hoá, dịch vụ phải đăng ký hợp đồng theo mẫu.³³ Những hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung không thuộc phạm vi phải đăng ký sẽ được kiểm soát theo Điều 16 Nghị định 99/2011/NĐ-CP,³⁴ chủ yếu là sửa đổi hay hủy bỏ nội dung vi phạm. Có thể thấy, để đảm bảo yếu tố tự do hợp đồng, các cơ quan quản lý tại Việt Nam chỉ bắt buộc đăng ký đối với các hợp đồng theo mẫu liên quan đến các mặt hàng, dịch vụ cụ thể, mang tính đặc thù. Sẽ rất khó khăn nếu chính sách của các sàn TMĐT cũng phải đăng ký như 09 loại mặt hàng trên, vì sàn TMĐT vốn tập hợp nhiều giao dịch nhỏ lẻ nhưng phạm vi, số lượng mặt hàng, dịch vụ đa dạng, có sự chuyển biến linh hoạt.

Mặc dù vậy vẫn còn sự lựa chọn khác, chính sách của sàn TMĐT nên đảm bảo các nguyên tắc của điều kiện giao dịch chung theo các quy định liên quan. Điều này đặt ra vấn đề phải có hướng dẫn rằng liệu chính sách của sàn TMĐT là điều kiện giao dịch

chung hay ở dạng nào khác, cũng như cải thiện quy định pháp luật sao cho điều kiện giao dịch chung đảm bảo được tính cân xứng giữa các bên trong giao dịch; giúp cho cơ quan quản lý có cơ sở để áp dụng khi giải quyết tranh chấp, và nguyên tắc tự do hợp đồng theo lý thuyết hợp đồng cổ điển thật sự phát huy được ý nghĩa của nó trong các chính sách này.³⁵

4.2.1. Hạn chế tính bất cân xứng về quyền và nghĩa vụ

Điều 406.2 Bộ luật Dân sự 2015 (BLDS) đã đề cập: “Điều kiện giao dịch chung phải bảo đảm sự bình đẳng giữa các bên. Trường hợp điều kiện giao dịch chung có quy định về miễn trách nhiệm của bên đưa ra điều kiện giao dịch chung, tăng trách nhiệm hoặc loại bỏ quyền lợi chính đáng của bên kia thì quy định này không có hiệu lực, trừ trường hợp có thỏa thuận khác.” Chi tiết hơn, Điều 16.1 LB-VQLNTD 2010 dùng biện pháp liệt kê các trường hợp mà điều kiện giao dịch chung sẽ bị vô hiệu.

Những quy định của Việt Nam đảm bảo sự cân bằng giữa quyền và nghĩa vụ trong các điều kiện giao dịch chung nêu trên có nét tương đồng với quy định của một số nước, song quy định từ các nước sau đây lại ngắn gọn, xây dựng khoảng không gian để giải thích luật một cách linh hoạt hơn

nếu xảy ra tranh chấp chứ không theo phương pháp liệt kê các trường hợp vi phạm. Ví dụ Điều 3.1 Chỉ thị 93/13/EEC của Ủy ban Châu Âu³⁶: “Một điều khoản không được thoả thuận riêng lẻ sẽ bị coi là không công bằng nếu nó trái với tinh thần thiện chí, gây ra sự bất cân xứng đáng kể về quyền và nghĩa vụ của các bên phát sinh theo hợp đồng, gây thiệt hại cho người tiêu dùng”. Ở đây, sự bất cân xứng sẽ được xem xét tùy vào bối cảnh, mà tinh thần thiện chí cũng đóng vai trò lớn trong việc xác định điều khoản có công bằng hay không. Từ đó, các tiêu chí này sẽ hỗ trợ Tòa án ở các nước thành viên trong việc xem xét và tuyên vô hiệu đối với điều khoản đó theo phụ lục của chỉ thị.³⁷ Tiêu chí cân bằng về quyền và nghĩa vụ trong điều khoản đã được luật hoá chi tiết hơn trong Điều 307.2 BLDS Đức³⁸ để xem xét điều khoản có rơi vào trường hợp bất hợp lý hay không và theo Điều 3 Đạo luật về Điều khoản bất bình đẳng trong hợp đồng của Anh³⁹, để xác định điều khoản không công bằng trừ khi chứng minh được tính hợp lý của nó.

Có thể thấy, các nhà làm luật Việt Nam đã có nỗ lực cải cách, học hỏi, cho ra Điều 406 BLDS 2015 quy định về điều kiện giao dịch chung trong giao kết hợp đồng mà BLDS 2005 chưa có,

³¹ LBVQLNTD 2010, Điều 3(6): ‘Điều kiện giao dịch chung là những quy định, quy tắc bán hàng, cung ứng dịch vụ do tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ công bố và áp dụng đối với người tiêu dùng’

³² BLDS 2015, Điều 406(1): ‘Điều kiện giao dịch chung là những điều khoản ổn định do một bên công bố để áp dụng chung cho bên được đề nghị giao kết hợp đồng; nếu bên được đề nghị chấp nhận giao kết hợp đồng thì coi như chấp nhận các điều khoản này’

³³ Theo Quyết định 02/2012/QĐ-TTg được sửa đổi gần đây nhất bởi Quyết định 38/2018/QĐ-TTg, có 09 loại hàng hóa, dịch vụ phải đăng ký hợp đồng theo mẫu tại Việt Nam, gồm: Cung cấp điện sinh hoạt; Cung cấp nước sinh hoạt; Truyền hình trả tiền; Dịch vụ điện thoại cố định mặt đất; Dịch vụ thông tin di động mặt đất (hình thức thanh toán: trả sau); Dịch vụ truy nhập internet; Vận chuyển hành khách đường hàng không; Vận chuyển hành khách đường sắt; Mua bán căn hộ chung cư, các dịch vụ sinh hoạt do đơn vị quản lý khu chung cư cung cấp.

³⁴ Nghị định 99/2011/NĐ-CP của Chính phủ ban hành ngày 27/10/2011 Quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng

³⁵ ‘Phán quyết của tòa án về điều khoản không công bằng có thể gây mâu thuẫn với lý thuyết hợp đồng cổ điển khi nó can thiệp vào nguyên tắc tự do hợp đồng’ theo Jeannie Paterson, ‘The Australian unfair contract terms law: the rise of substantive unfairness as a ground for review of standard form consumer contracts’, trang 937, Melbourne University Law Review, Vol. 33, No. 3, 2009

³⁶ Chỉ thị 93/13/EEC ban hành ngày 5/4/1993 về Điều khoản không công bằng trong hợp đồng tiêu dùng

³⁷ Đỗ Giang Nam (1/3/2015), ‘Bình luận về các quy định liên quan đến Hợp đồng theo mẫu và Điều kiện giao dịch chung trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi)’, <<http://lapphap.vn/Pages/tintuc/tinchitiet.aspx?tintucid=208330>> truy cập ngày 17/3/2020

³⁸ Bộ luật Dân sự Đức (BGB), sửa đổi lần cuối vào ngày 01/10/2013, <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p1274> truy cập ngày 17/3/2020

³⁹ Unfair Contract Terms Act 1977, <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/50>> truy cập ngày 17/3/2020

cùng với quy định ở LBVQLNTD 2010 cũng đã cố gắng bổ sung những trường hợp cụ thể hơn để minh họa cho tính bình đẳng về quyền và nghĩa vụ của các bên trong giao dịch. Tuy nhiên ta cần phải làm rõ có hay không sự chênh lệch giữa “sự bình đẳng” ở BLDS 2015 với “tính cân xứng về quyền và nghĩa vụ” mà pháp luật các nước đề cập, bằng cách cụ thể hoá nguyên tắc “bình đẳng” trong quan hệ hợp đồng phù hợp với những đặc điểm phát triển của Việt Nam. Đặt trong bối cảnh hiện nay có rất nhiều vi phạm xảy ra làm ảnh hưởng đến tinh thần của luật, biện pháp liệt kê các trường hợp như Điều 16(1) LBVQLNTD đã đủ để đáp ứng hay chưa? Ngoài ra các điều luật cũng nên xét đến sự thiện chí như một yếu tố thứ yếu khi xác định điều khoản có thuộc dạng không công bằng hay không để đảm bảo tinh thần pháp luật hợp đồng, bởi lẽ nếu chỉ xét đến tính cân xứng thì việc tuyệt đối, đo lường yếu tố này là khó có thể xảy ra trong thực tế.

4.2.2. Hạn chế tính bất cân xứng về thông tin

Không chỉ giải quyết việc bất cân xứng về quyền và nghĩa vụ, mà bài toán đảm bảo cân bằng thông tin giữa các bên cũng được các nhà lập pháp quan tâm.

Đầu tiên, thông tin phải được công khai. Theo Điều 18 LBVQLNTD 2010: “Tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ sử dụng điều kiện giao dịch chung có trách nhiệm thông báo công khai điều kiện giao dịch chung trước khi giao dịch với người tiêu dùng.” Đặc biệt, Điều 406(1) BLDS 2015 nhấn mạnh yếu tố công khai, các bên phải biết về điều kiện giao dịch chung khi xác lập giao dịch là yêu cầu để điều kiện đó có hiệu lực.

Thứ hai, thông tin về điều kiện

giao dịch chung phải đảm bảo được tính minh bạch. Pháp luật Việt Nam cũng đã có quy định để đảm bảo tính công khai, minh bạch của hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung, cụ thể ở Điều 7 Nghị định 99/2011/NĐ-CP, chúng phải được lập thành văn bản và phải đáp ứng hai điều kiện về ngữ nghĩa minh bạch và độ tương phản giữa nền giấy với chữ hiển thị. Tuy nhiên trong thực tế, dù các chính sách, điều khoản của sàn TMĐT vẫn nằm trong các đường link có thể truy cập trên internet để đảm bảo tính “công khai”, song không phải người tiêu dùng nào cũng nắm được đầy đủ thông tin do quy định còn thiếu tính bắt buộc bên đưa ra điều kiện giao dịch chung phải có sự chỉ dẫn, khuyến nghị để bên còn lại nắm bắt được rằng đang có những điều khoản như vậy điều chỉnh giao dịch của mình. Bên cạnh đó, sự rõ ràng, dễ hiểu vẫn chưa được thực hiện tốt về nội dung lẫn hình thức. Ví dụ để bảo đảm cho nội dung được hiển thị rõ ràng, Điều 7 Nghị định này có quy định: “Nền giấy và màu mực thể hiện nội dung hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung phải tương phản nhau”, nhưng độ tương phản ở đây chưa có tiêu chuẩn cụ thể. Một số điều kiện giao dịch chung còn chứa các thuật ngữ tối nghĩa mà không đi kèm với việc giải thích nhưng vẫn chưa được nhắc nhở, hay màu sắc của điều khoản còn mờ nhạt gây khó quan sát. Người tiêu dùng nếu muốn mua hàng đành phải chấp nhận điều kiện đặt ra dù họ không hoàn toàn nắm được nội dung, gây xâm phạm đến lợi ích của họ.

Tham chiếu BLDS Đức tại Điều 305,⁴⁰ để tạo điều kiện nắm bắt thông tin và hạn chế tính áp đặt của điều khoản giao dịch chung do một bên soạn sẵn, thì hơn

cả việc ngữ nghĩa bắt buộc phải minh bạch, điều khoản muốn có hiệu lực trong hợp đồng phải đáp ứng các điều kiện: i) bên đặt ra các điều khoản phải chỉ dẫn cho bên kia một cách rõ ràng; ii) phải tạo điều kiện để cho bên kia có thể nhận biết nội dung của điều khoản một cách chấp nhận được, kể cả trường hợp người đó bị khuyết tật thì bên đặt ra các điều khoản phải có cách để bên kia có thể hiểu được nội dung đó. Có thể thấy, ngoài yếu tố “công khai”, “nội dung rõ ràng dễ hiểu” giống như pháp luật Việt Nam, thì BLDS Đức còn quan tâm đến yếu tố bên đặt ra điều khoản phải giải thích, tạo điều kiện để bên còn lại có thể hiểu rõ nội dung điều khoản.

Từ đó, ta cần phải làm rõ tính chất và mức độ “công khai”, “dễ hiểu” trong điều kiện giao dịch chung quy định ở LBVQLNTD và BLDS sao cho sát với thực tiễn. Công khai sẽ được triển khai theo tiêu chí nào, như thế nào là đạt: công khai là giúp bên còn lại biết đến điều khoản khi xác lập giao dịch hay là phải đạt đến mức bên còn lại nắm rõ nội dung điều khoản khi xác lập giao dịch?

5. Tổng kết

Kiểm tra hàng trước khi thanh toán là quyền lợi của bên mua đã được pháp luật công nhận nhưng lại đem đến những bất lợi cho các bên còn lại. Tuy nhiên sẽ không công bằng nếu sàn TMĐT tự động chuyển nỗi lo bị hoàn hàng trở thành rủi ro nhận hàng kém chất lượng của bên mua nhằm để thoáitác trách nhiệm. Đây là một ví dụ thực tế cho thấy pháp luật Việt Nam cần phải xem xét chính sách, điều khoản của sàn TMĐT, liệu đây có phải là “điều kiện giao dịch chung” hay không, từ đó hỗ trợ cơ quan quản lý trở nên dễ dàng hơn trong việc nhận diện, áp dụng văn

⁴⁰ Bộ luật Dân sự Đức, n38

bản quy phạm pháp luật điều chỉnh các chính sách do sàn TMĐT đơn phương đưa ra.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

Văn bản pháp luật

1. UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce của Ủy ban Liên hợp quốc về luật thương mại quốc tế năm 1996
2. Bộ luật Dân sự 2015
3. Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng 2010
4. Luật Thương mại 2005
5. Quyết định 02/2012/QĐ-TTg ngày 13/01/2012 của Thủ tướng Chính phủ về Việc ban hành danh mục hàng hóa, dịch vụ thiết yếu phải đăng ký hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung
6. Nghị định 99/2011/NĐ-CP ngày 27/10/2011 của Chính phủ Quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng
7. Nghị định 52/3013/ NĐ-CP ngày 16/05/2013 của Chính phủ về Thương mại điện tử
8. Đạo luật về điều khoản bất bình đẳng trong hợp đồng năm 1977 của Anh
9. Chỉ thị 93/13/EEC ban hành ngày 5/4/1993 về Điều khoản không công bằng trong hợp đồng tiêu dùng
10. Bộ luật Dân sự Đức 2002 (BGB)

Sách

11. Dương Anh Sơn, Hoàng Vĩnh Long, 'Thử bàn về bản chất của hợp đồng dưới góc độ kinh tế học', Nhà nước và Pháp luật 2013 số 2
12. Lee Dongwon, Park Jinsoo, Ahn JoongHo (12/2001), 'On the Explanation of Factors Affecting E Commerce Adoption'
13. D. McKnight and Norman L. Chervany (2001), 'What Trust Means in E-Commerce Customer Relationships: An Interdisciplinary Conceptual Typology'
14. Jeannie Paterson, 'The Australian unfair contract terms law: the rise of substantive unfairness as a ground for review of standard form consumer contracts', Melbourne University Law Review, Vol. 33, No. 3, 2009
15. Yuan Sun, Shuyue Fang và Yujong Hwang (15/6/2019), 'Investigating Privacy and Information Disclosure Behavior in Social Electronic Commerce'
16. Lê Văn Huy, Rowe Frantz, Truex Duent, Huỳnh Minh Q (9/2012), 'An empirical Study of Determinants

of E-commerce Adoption in SMEs in Vietnam an economy in transition'

17. Stuart E. Levy, Soyoung Boo, Wenjing Duan (2012), 'Utilizing Consumer-Generated Online Reviews in an Urban Destination to Develop a Comprehensive Hotel Complaint Framework'
18. John A. Rothchild (30/11/2016), 'Research Handbook on Electronic Commerce Law'
19. K Le-Nguyen, Y Guo (2016), 'Choosing e-commerce strategies: Insights from eBay.vn partnership'
20. Trần Thanh Tuyền (9/11/2019), 'On the factors affecting the development of e-commerce in Vietnam: Case study of Lazada, Shopee, and Tiki', International Journal of Advanced and Applied Sciences

Nguồn điện tử

21. Minh Chí (2019), 'Tác dụng ngược khi sàn TMĐT không cho kiểm hàng trước?', <<https://www.thesaigontimes.vn/288237/Tac-dung-nguoc-khi-san-TMDT-khong-cho-kiem-hang-truoc?.html>>
22. Đỗ Giang Nam (1/3/2015), 'Bình luận về các quy định liên quan đến Hợp đồng theo mẫu và Điều kiện giao dịch chung trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi)', <<http://lapphap.vn/Pages/tintuc/tinchiti-et.aspx?tintucid=208330>>

Nhận xét:

*** Giảng viên: Phan Thị Hương Giang - Khoa Luật Kinh tế**

1. Về hình thức

- Ưu điểm

Bài viết trình bày rõ ràng, mạch lạc, có sự kết nối; bố cục tốt; trích dẫn nguồn đầy đủ.

- Khuyết điểm

Còn viết tắt trong đề mục; tên đề mục cần phải được thể hiện rõ hơn (4).

2. Về nội dung

- Ưu điểm

Phân tích được vấn đề một cách sâu và rộng; viện dẫn, so sánh và đối chiếu được các quy định nước ngoài trong bài.

- Khuyết điểm

Có nội dung vẫn chưa phù hợp với tên đề mục (1.2.1); có những nội dung cần được phân tích thêm (1.2.1);

Nên xem lại khi nhận định rằng COD là phương thức kiểm hàng; cần phân tích thêm về việc thể hiện ý chí của người tiêu dùng khi mua hàng trên các trang TMĐT;

Các giải pháp chưa được rõ ràng và cụ thể.

3. Kiến nghị từ GV phản biện

Khắc phục các khuyết điểm nêu trên.

*** Luật sư: Phạm Thị Thoa - Công ty Luật TNHH**

Apolat Legal

1. Về phương pháp nghiên cứu

Bài viết sử dụng phương pháp nghiên cứu phân tích và tổng hợp là một lựa chọn tốt đặc biệt sử dụng nhiều nguồn tham khảo quốc tế. Bài viết có sử dụng phương pháp so sánh với pháp luật Châu Âu và pháp luật Đức nhưng chưa đáng kể.

2. Về hình thức

Bố cục bài viết phù hợp nhưng chưa cân đối. Phần tổng quan cần phân tích thêm các định nghĩa, quy định pháp luật Việt Nam về Sàn thương mại điện tử và kiểm tra hàng hoá.

3. Về nội dung

- Ưu điểm

Nội dung bài viết cho thấy sự đầu tư nghiên cứu của tác giả, bao gồm cả pháp luật Việt Nam và nước ngoài. Nội dung bài viết đã đưa ra được các thực tiễn pháp lý liên quan đến chính sách không cho phép kiểm tra hàng hoá trước khi thanh toán của một số Sàn thương mại điện tử tại Việt Nam và một số kiến nghị hữu ích.

- Điểm cần cải thiện

Tác giả có nhiều phân tích liên quan đến quy định của pháp luật Việt Nam về nguyên tắc công bằng, tự do ý chí, bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng để phản đối chính sách không cho phép kiểm tra hàng hoá trước khi thanh toán của một số Sàn thương mại điện tử tại Việt Nam. Tuy nhiên, vấn đề này chỉ xoay quanh các quy định luật chung như Bộ luật Dân sự, Luật Thương mại, Luật Bảo vệ người tiêu dùng chứ chưa được đào sâu phân tích trực tiếp tới các quy định pháp luật thương mại điện tử được quy định chi tiết tại Nghị định 52/2013/NĐ-CP về Thương mại điện tử, Thông tư 47/2014/ TT- BTC Quy định quản lý website thương mại điện tử... Đặc biệt, nên phân tích, so sánh với chính sách của Sàn thương mại điện tử khác ở Việt Nam cho phép kiểm tra hàng hoá trước khi thanh toán và chính sách kiểm tra hàng hoá trước khi thanh toán của các Sàn thương mại điện tử lớn nhất thế giới như Amazon, Alibaba. Theo đó, so sánh quy định pháp luật Việt Nam với pháp luật Hoa Kỳ và Trung Quốc trong trường hợp này. Với tốc độ phát triển nhanh chóng của Sàn thương mại điện tử, các dẫn chứng về số liệu nên được cập nhật đến thời gian gần nhất để phản ánh rõ hơn các vấn đề hiện thời và mang tính thuyết phục cao hơn. Bài viết sẽ hoàn thiện hơn nếu những kiến nghị hoàn thiện pháp luật rõ ràng và cụ thể liên quan tới điều khoản nào, quy định nào và sửa đổi, bổ sung ra sao.

HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ HỢP ĐỒNG LAO ĐỘNG TRONG QUAN HỆ GIỮA NGƯỜI LÁI XE VÀ CÔNG TY CÔNG NGHỆ DƯỚI TÁC ĐỘNG CỦA CUỘC CÁCH MẠNG CÔNG NGHIỆP LẦN THỨ TƯ

Đào Phương Mai (K433520) & Hoàng Khánh Linh (K433527),
Sinh viên Trường Đại học Luật Hà Nội

Trong bối cảnh cuộc cách mạng công nghiệp 4.0 (Industrial Revolution 4.0 - IR 4.0), chạy xe công nghệ là một công việc mới xuất hiện. Mặc dù chiếm một số lượng lớn trên thị trường lao động, nhất là ở các đô thị lớn, nhưng hiện nay tài xế xe công nghệ vẫn chưa được coi là người lao động, mối quan hệ giữa các tài xế và công ty công nghệ chưa được xác định rõ có phải quan hệ lao động hay không. Trên cơ sở phân tích thực tiễn, bài viết này đánh giá các quy định pháp luật hiện hành và đề xuất một số giải pháp hoàn thiện khung pháp lý của Việt Nam về xác định quan hệ lao động, xác lập hợp đồng lao động giữa công ty và tài xế xe công nghệ.

Từ khóa: cách mạng công nghiệp 4.0, chạy xe công nghệ, tài xế xe công nghệ, quan hệ lao động, hợp đồng lao động

In the context of the fourth industrial revolution, "Grab driver" is a new job. Grab drivers are not currently considered employees, although they account for a large number of the labor market, especially in big cities. The relationship between them and technology companies is not determined to be labor relations. Based on practical analysis, this article reviews the current legal regulations and proposes some solutions to complete the legal framework of determining labor relations and establishing labor contracts to protect the legitimate rights and interests of technology drivers under the influence of IR 4.0.

Keywords: the fourth industrial revolution, Grab driver, labor relation, labor contract

1. Khái quát về IR 4.0 và những tác động đến quan hệ lao động

1.1. Khái quát về IR 4.0

IR 4.0 là sự cải tiến công nghệ nhanh chóng thông qua việc tăng cường sử dụng truyền thông di động và kết nối mạng, từ đó thúc đẩy mạnh mẽ các đổi mới trong lĩnh vực kỹ thuật số, sinh học và vật lý.¹ Trong bài viết *Cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ tư*, tác giả Klaus Schwab² đã khái quát đặc trưng của từng cuộc cách mạng công nghiệp. Đối với IR 4.0, ông nhận định rằng: "Cách mạng

Công nghiệp lần thứ tư có đặc trưng là việc đẩy mạnh phát triển công nghệ giúp xóa mờ ranh giới giữa các yếu tố vật chất, kỹ thuật số và sinh học".³ Trong bối cảnh IR 4.0 đang diễn ra mạnh mẽ trên toàn thế giới, một số thay đổi nổi bật có thể kể tới là sự xuất hiện và phát triển của trí tuệ nhân tạo (AI), công nghệ rô-bốt, phương tiện tự điều khiển,...

1.2. Những tác động đến quan hệ lao động

Trên cơ sở bối cảnh toàn cầu và của riêng Việt Nam, trong bối

cảnh giảm sút lao động con người và tăng cường lao động máy móc, IR 4.0 tạo ra sự thay đổi trong lực lượng lao động. Người lao động (NLĐ) gặp thuận lợi hay khó khăn do tự động hóa phụ thuộc vào nhiều yếu tố bao gồm kỹ năng của chính NLĐ và liệu rằng NLĐ là nhân tố bổ trợ hay thay thế cho robot và máy móc.^{4 5} Khái niệm việc làm và cách xác định quan hệ lao động cũng nảy sinh những quan điểm mới. Việc sử dụng các thiết bị di động với mức độ tiếp cận mạng rộng rãi đã tạo ra những việc làm có thể thực hiện từ xa.

¹ Klaus Schwab, 'The Fourth Industrial Revolution' (2018) *Britannica.com* <<https://www.britannica.com/topic/The-Fourth-Industrial-Revolution-2119734>> truy cập ngày 04/11/2020

² Klaus Schwab - người sáng lập ra Diễn đàn kinh tế thế giới

³ Klaus Schwab, 'The Fourth Industrial Revolution: what it means, how to respond' (2016) *World Economic Forum* 1/2016 *weforum.org* <<https://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond>> truy cập ngày 04/11/2020

⁴ Lawrence F. Katz, và Robert A. Margo, 'Technical Change and the Relative Demand for Skilled Labor: The United States in a Historical Perspective' (2013) *National Bureau of Economic Research* 02/2013 *nber.org* <<http://www.nber.org/books/bous12-1>> truy cập ngày 04/11/2020

⁵ Maarten Goos, 'How the world of work is changing: a review of the evidence' (2013) *International Labour Organization Research Paper* 2013 *ilo.org* <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_dialogue/-act_emp/documents/presentation/wcms_582793.pdf> truy cập ngày 04/11/2020

Trong bối cảnh hiện nay, công nghệ trở thành nhân tố khởi tạo và chuyển đổi việc làm. IR 4.0 đã và đang tạo ra xu hướng khiến NLĐ chuyển sang làm những công việc hoạt động trên các nền tảng trực tuyến. Ví dụ: dịch vụ đưa đón hành khách, dịch vụ giao hàng, giao đồ ăn, kết nối thông qua việc sử dụng các ứng dụng cài đặt trên điện thoại di động (Grab, Gojek, Be,...). Theo kết quả nghiên cứu của ABI Research, 6 tháng đầu năm 2019 đã có 200 triệu chuyến xe hoàn thành thông qua các ứng dụng tại Việt Nam.⁶

Trong phạm vi bài viết, nhóm tác giả chỉ đề cập đến tác động của IR 4.0 tới pháp luật lao động trong lĩnh vực dịch vụ, cụ thể là dịch vụ lái xe (ôm) công nghệ. Thời gian qua, trên thị trường vận tải hành khách ở Việt Nam xuất hiện loại hình chạy xe “ôm” sử dụng ứng dụng công nghệ. Tuy mới nhưng loại hình này đã nhanh chóng nhận được sự ủng hộ lớn từ phía người tiêu dùng. Tiêu biểu phải kể tới Grab. Sau 5 năm hiện diện tại Việt Nam, Grab đã có mặt ở 43 tỉnh. Về số lượng tài xế, Grab cho biết hãng có 190.000 đối tác tính đến tháng 5/2019.⁷ Trong 6 tháng đầu năm 2019, Grab đã thực hiện 146 triệu cuộc xe (chiếm 73% thị phần).⁸ Có thể thấy rằng công ty Grab đang chứng minh vị trí thống lĩnh của mình trong thị trường. Bởi vậy, nhóm tác giả nhận định Grab là hình mẫu tiêu biểu cho loại hình chạy xe công nghệ và sẽ lựa chọn Grab với dịch vụ Grabbike là đối

tượng để phân tích, chứng minh có tồn tại quan hệ lao động giữa công ty công nghệ và tài xế xe công nghệ.

Trên thực tế, trước sự thay đổi được tạo ra bởi công nghệ, việc nhận diện loại quan hệ và xác lập loại hợp đồng tương ứng giữa công ty công nghệ với tài xế làm phát sinh nhiều quan điểm khác nhau. Về loại quan hệ, có ý kiến cho rằng đây là quan hệ lao động, ý kiến khác lại xác định là quan hệ dân sự. Hoặc về loại hợp đồng, có quan điểm cho rằng các bên xác lập với nhau một hợp đồng hợp tác, song cũng có quan điểm nhận định là hợp đồng lao động (HĐLĐ). Việc nhận diện và làm rõ những vấn đề này là rất quan trọng bởi nó ảnh hưởng trực tiếp đến trách nhiệm bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của tài xế, nhất là khi phát sinh rủi ro nghề nghiệp, tai nạn lao động,...

2. Xác định quan hệ giữa các công ty công nghệ kết nối dịch vụ vận tải và tài xế xe công nghệ

Theo nhóm tác giả, “Grab” chỉ là một phần mềm ứng dụng trên điện thoại thông minh để kết nối người có nhu cầu đi lại với tài xế. Về bản chất, công ty Grab không cung cấp dịch vụ vận tải, và theo quy định của pháp luật họ cũng không đủ điều kiện để được cung cấp dịch vụ này.⁹ Tuy nhiên, trên thực tế, công ty Grab không đơn thuần chỉ kinh doanh phần mềm, mà còn đang hoạt động sang cả lĩnh vực kinh doanh vận tải hành khách.

Bởi lẽ, công ty Grab đang trực tiếp thực hiện các hoạt động: lưu trữ, quản lý thông tin hồ sơ của lái xe; tiếp nhận nhu cầu của khách, thực hiện việc cung cấp thông tin hai chiều cho lái xe và khách; điều động xe, quyết định hành trình của xe; quyết định giá cước khi kết thúc hành trình; thu phí của lái xe, khuyến mại cho khách hàng; nhận và giải quyết phản hồi của khách hàng.... Vì vậy, nhóm tác giả nhận định rằng: Dịch vụ do công ty Grab cung cấp tại thị trường Việt Nam là dịch vụ vận tải trên nền tảng phần mềm ứng dụng Grab.

Trên thực tế, các tài xế xe công nghệ hiện đều đang làm việc dưới hình thức là đối tác độc lập cho các công ty dịch vụ công nghệ kết nối người dùng. Theo đó, nếu tài xế đáp ứng được các điều kiện của công ty, các bên sẽ tiến hành giao kết hợp đồng hợp tác. Hợp đồng này ghi nhận thỏa thuận giữa các bên về việc cùng đóng góp tài sản, công sức để thực hiện công việc nhất định, cùng hưởng lợi và cùng chịu trách nhiệm¹⁰. Cụ thể, công ty và tài xế xe công nghệ giao kết hợp đồng hợp tác kinh doanh vận tải.

Tuy nhiên, căn cứ vào định nghĩa về HĐLĐ quy định tại Điều 13(1) Bộ luật Lao động (BLLĐ) năm 2019¹¹, có thể hiểu khác về quan hệ giữa các công ty công nghệ kết nối dịch vụ vận tải và tài xế. Theo điều luật này, trường hợp các bên giao kết một hợp đồng hoặc một thỏa thuận không phải là HĐLĐ nhưng có thể hiện các nội dung về: (1) công việc phải làm, (2) tiền

⁶ Việt Đức, Lan Anh, ‘Grab nắm 70% thị phần, cơ hội nào cho Go-Viet và Be?’ (2019) zingnews.vn <<https://zingnews.vn/grab-nam-70-thi-phan-co-hoi-nao-cho-go-viet-va-be-post992435.html>> truy cập ngày 05/11/2020

⁷ Tlđđ, n6

⁸ Tlđđ, n6

⁹ Căn cứ Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, Công ty TNHH Grab là doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, hoạt động chủ yếu trong lĩnh vực công nghệ thông tin, phát triển phần mềm, bán lẻ, vận tải hành khách đường bộ trong nội thành, ngoại thành <<https://dichvuthongtin.dkkd.gov.vn/inf/Forms/Searches/EnterpriseInfo.aspx?h=163>> truy cập ngày 19/12/2020

¹⁰ Bộ luật số 91/2015/QH13 của Quốc hội ban hành ngày 24/11/2015 về Dân sự (Bộ luật Dân sự 2015), Điều 504

¹¹ Bộ luật số 45/2019/QH14 của Quốc hội ban hành ngày 20/11/2019 về Lao động có hiệu lực từ ngày 01/01/2021 (Bộ luật Lao động 2019), Điều 13(1) quy định:

‘1. Hợp đồng lao động là sự thỏa thuận giữa người lao động và người sử dụng lao động về việc làm có trả công, tiền lương, điều kiện lao động, quyền và nghĩa vụ của mỗi bên trong quan hệ lao động. Trường hợp hai bên thỏa thuận bằng tên gọi khác nhưng có nội dung thể hiện về việc làm có trả công, tiền lương và sự quản lý, điều hành, giám sát của một bên thì được coi là hợp đồng lao động.’

lương và (3) sự quản lý, điều hành, giám sát của một bên đối với bên còn lại thì cũng được coi là HĐLĐ. Theo đó, hợp đồng hợp tác giữa các công ty dịch vụ công nghệ và tài xế đang mang những dấu hiệu của một HĐLĐ.

2.1. Về công việc phải làm

Các công ty dịch vụ công nghệ hiện đều có một quy chế hoạt động và các điều khoản sử dụng ứng dụng cung cấp dịch vụ thương mại điện tử riêng, bắt buộc áp dụng cho tất cả các tài xế xe công nghệ của họ. Theo đó, tài xế phải tuân thủ một quy trình tác nghiệp cụ thể như quy trình về nhận cuộc xe, quy trình vận chuyển khách hàng.¹² Như vậy, công việc phải làm của tài xế đang được quy định theo từng dịch vụ cụ thể mà công ty xây dựng trên ứng dụng của mình.

2.2. Về tiền lương

Trên thực tế, công ty không phải là bên trả tiền công cho tài xế mà khách hàng mới là chủ thể trả tiền. Tuy nhiên, trong khoản tiền khách hàng trả, thù lao thực sự tài xế được hưởng lại được tính theo tỷ lệ phần trăm mà công ty quy định.¹³ Như vậy, một cách gián tiếp, công ty quyết định số tiền mà một tài xế nhận được từ mỗi chuyến xe. Nói cách khác, xét về chủ thể, ở đây có tồn tại mối quan hệ giữa bên trả lương và bên nhận tiền lương.

Gần đây có xảy ra cuộc “biểu tình” của các tài xế Grab phản đối

quyết định tăng chiết khấu của công ty. Theo ghi nhận, vào sáng ngày 07/12/2020, hàng trăm tài xế mặc áo đồng phục Grab tập trung rất đông trước trụ sở công ty, tất cả đều tắt ứng dụng, yêu cầu được làm việc với đơn vị chủ quản về việc tăng thuế ảnh hưởng tới thu nhập của họ. Trước đó, để đảm bảo thu nhập cho tài xế khi thuế VAT tăng theo Nghị định 126¹⁴, Grab vừa tăng giá 5-6% dịch vụ taxi, xe ôm công nghệ trên toàn quốc.¹⁵ Vụ việc nói trên cho thấy sự phụ thuộc của tài xế Grab vào chính sách của công ty. Khi chính sách có sự điều chỉnh bất lợi, quyền lợi của các tài xế lập tức bị tổn hại.

2.3. Về việc quản lý, điều hành, giám sát của một bên đối với bên còn lại

Hiện nay các công ty dịch vụ công nghệ phủ nhận yếu tố quản lý, điều hành đối với các tài xế và cho rằng mình chỉ là đơn vị cung ứng nền tảng, hệ thống và ứng dụng kết nối giữa tài xế và khách hàng.¹⁶ Tuy nhiên, nếu cho rằng công ty không quản lý, điều hành đối với các tài xế là không chính xác. Bởi trên thực tế, tài xế không thể chủ động nhận các cuộc xe, đơn hàng từ khách mà phải thông qua hệ thống tự động quét tài xế của ứng dụng. Hơn nữa, khi thực hiện dịch vụ, tài xế cũng không được quyền tự do thương lượng giá cả với khách hàng mà chỉ được thu đúng số tiền theo tính toán trên hệ thống.

Trên thực tế, các công ty đang thực hiện giám sát các hành vi của tài xế khá chặt chẽ thông qua phần mềm kết nối nhằm phát hiện ra các hành vi vi phạm của tài xế như: hủy chuyến không lý do, có hành vi thiếu tôn trọng khách hàng,... để có những hình thức xử lý. Nội dung hợp đồng của Grab cũng ghi nhận những điều khoản thể hiện sự quản lý, điều hành, giám sát sau:

“...sẽ không cố gắng khai thác thương mại bất kỳ phần nào của Ứng Dụng mà không có sự cho phép...”¹⁷

“...nhận hoàn toàn trách nhiệm và nghĩa vụ đối với toàn bộ tổn thất hoặc thiệt hại được gây ra”;¹⁸

“...có giấy phép lái xe hợp lệ và được phép điều khiển xe cơ giới/ xe máy và có tất cả các giấy phép, chấp thuận và quyền hạn thích hợp để cung cấp dịch vụ vận chuyển hoặc giao hàng thuê...”;¹⁹

“...không được tra cứu ngược, theo dõi hoặc tìm cách theo dõi bất kỳ thông tin nào về bất kỳ người dùng hoặc khách truy cập nào khác vào Ứng Dụng hoặc bất kỳ khách hàng nào khác của Grab....nhằm mục đích tiết lộ bất kỳ thông tin nào ngoài thông tin được cung cấp bởi Ứng Dụng”.²⁰

Ngôn ngữ trong hợp đồng nói trên thể hiện sự ràng buộc và phân định vai vế giữa “Người sử dụng lao động”²¹ và “Người lao động”.²² Bởi lẽ đối chiếu giữa khái

¹² ‘Quy chế quản lý hoạt động của ứng dụng di động cung cấp dịch vụ sàn giao dịch thương mại điện tử Grab’ <<https://www.grab.com/vn/en/terms-wip/>> truy cập ngày 18/12/2020

¹³ ‘Cách thức tính giá cước GrabBike – Áp dụng từ 24/02/2019’ <<https://www.grab.com/vn/en/blog/gia-cuoc-gb-ap-dung-tu-190224/>> truy cập ngày 05/11/2020

¹⁴ Nghị định số 126/2020/NĐ-CP của Chính phủ ngày 19 tháng 10 năm 2020 quy định chi tiết một số điều của Luật Quản lý Thuế

¹⁵ Văn Huệ, ‘Hơn 200 tài xế Grab đi xe máy quanh hồ Gươm phản đối tăng giá cước’ (2020) <<https://www.atgt.vn/hon-200-tai-xe-grab-di-xe-may-quanh-ho-guom-phan-doi-tang-gia-cuoc-d488386.html>> truy cập ngày 8/12/2020

¹⁶ Nguyễn Văn Minh, ‘Tài xế công nghệ sẽ trở thành người làm công?’ (2019) <<https://www.thesaigontimes.vn/td/294224/tai-xe-cong-nghe-se-tro-thanh-nguoi-lam-cong-.html>> truy cập ngày 18/12/2020

¹⁷ Điều khoản sử dụng: dành cho Vận tải, Giao nhận và Thương mại của Grab, mục 3.1.7 grab.com <<https://www.grab.com/vn/terms-policies/transport-delivery-logistics/>> truy cập ngày 05/11/2020

¹⁸ Tlđđ, mục 3.1.17, n17

¹⁹ Tlđđ, mục 3.2.1, n17

²⁰ Tlđđ, mục 3.2.7, n17

²¹ Bộ luật Lao động 2019, Điều 3(1): Người sử dụng lao động là doanh nghiệp, cơ quan, tổ chức, hợp tác xã, hộ gia đình, cá nhân có thuê mướn, sử dụng người lao động làm việc cho mình theo thỏa thuận; trường hợp người sử dụng lao động là cá nhân thì phải có năng lực hành vi dân sự đầy đủ.

²² Bộ luật Lao động năm 2019, Điều 3(2): Người lao động là người làm việc cho người sử dụng lao động theo thỏa thuận, được trả lương và chịu sự quản lý, điều hành, giám sát của người sử dụng lao động.

niệm NLĐ, NSDLĐ theo luật định với với ngôn ngữ trong hợp đồng, có thể thấy phía công ty đang đặt ra những điều kiện mà phía tài xế phải đáp ứng nếu muốn ký kết hợp đồng như: “có giấy phép lái xe”, “nhận hoàn toàn trách nhiệm và nghĩa vụ”; đồng thời phía công ty cũng đặt ra yêu cầu về những việc tài xế không được làm như: “không cố gắng khai thác thương mại”, “không được tra cứu ngược”. Theo đó, các tài xế khi đã ký kết hợp đồng sẽ phải bằng hành vi của chính mình, thực hiện các nghĩa vụ, trách nhiệm đã cam kết dưới sự giám sát, quản lý của công ty nhằm bảo đảm nội dung hợp đồng được tài xế thực hiện đúng như thỏa thuận. Sự ràng buộc này phản ánh bản chất của quan hệ giữa công ty công nghệ và tài xế chính là quan hệ giữa người sử dụng lao động (NSDLĐ) và NLĐ.

2.4. Về chủ thể giao kết hợp đồng

HĐLĐ phải do đích danh NLĐ thực hiện.²³ Cụ thể, trong Hợp đồng dịch vụ của Grab có các điều khoản quy định nghĩa vụ thuộc về đích danh tài xế. Yếu tố nhân thân của tài xế cũng được Grab xét đến như là điều kiện để được làm “đối tác” như:

“...có đầy đủ năng lực pháp lý để ký kết Hợp Đồng và rằng bạn đủ mười tám (18) tuổi. Bạn không thể ký kết Hợp Đồng nếu bạn dưới mười tám (18) tuổi.”²⁴

“...sẽ cung cấp các thông tin nhận dạng như họ và tên, địa chỉ liên lạc, số điện thoại, địa chỉ email, số tài khoản... hoặc bất kỳ tài liệu nào khác mà chúng tôi có thể yêu cầu một cách hợp lý để cung cấp

*Dịch Vụ”.*²⁵

Căn cứ vào các phân tích trên, nhóm tác giả xác định mặc dù không mang tên gọi là HĐLĐ nhưng thỏa thuận công việc ký kết giữa công ty Grab và các tài xế xe công nghệ mang đầy đủ các dấu hiệu đặc trưng của một HĐLĐ. Vì vậy về bản chất, đây là HĐLĐ.

3. Bất cập về nội dung giao kết hợp đồng giữa công ty công nghệ và tài xế xe công nghệ

Khi quan hệ giữa công ty công nghệ và tài xế được công nhận là quan hệ lao động, giao kết giữa hai bên là HĐLĐ, đồng nghĩa với việc quan hệ giữa hai bên sẽ chịu sự điều chỉnh của pháp luật lao động. Câu hỏi pháp lý được đặt ra là: Hợp đồng ký kết giữa hai bên có thỏa mãn đủ các nội dung cơ bản của một HĐLĐ theo quy định tại Điều 21(1) BLLĐ năm 2019 không? Ban đầu, cơ sở xây dựng loại hình chạy xe công nghệ nhằm để người có xe có cơ hội kiếm tiền trong lúc nhàn rỗi, người tiêu dùng có thêm lựa chọn giá rẻ. Trước những quy định bắt buộc về mặt pháp lý, có những bất cập đã phát sinh.

3.1. Về mức lương tối thiểu

Hiện nay, giữa công ty và tài xế chạy xe không thỏa thuận với nhau về mức lương tối thiểu cụ thể. Hãng quy định về mức chiết khấu (8-20% tùy loại xe) trên mỗi cuộc xe mà tài xế thực hiện. Ngoài ra, công ty quy định về giá cước phí dựa trên 02 yếu tố: (i) số ki-lô-mét đường và (ii) số phút thực hiện chuyển đi. Nằm ngoài sự điều chỉnh các quy định pháp luật, giá cước xe thay đổi liên tục hàng giờ trong ngày. Dựa vào những yếu tố khách quan: thời tiết,

tắc nghẽn giao thông, ngày lễ,... giá cho một cuộc xe có thể tăng gấp ba, bốn lần bình thường.²⁶ Do đó vấn đề lương tối thiểu là một trong những vướng mắc đầu tiên cần giải quyết. Dựa trên căn cứ nào để xác định mức lương tối thiểu cho tài xế? Khi xác định mức lương tối thiểu thì tính chất tự do và linh động của công việc có bị ảnh hưởng hoặc mất đi không?

3.2. Về thời giờ làm việc, làm thêm giờ

Đây vừa là quyền, vừa là nghĩa vụ của NLĐ, đồng thời là nội dung bắt buộc phải được làm rõ khi giao kết HĐLĐ. Với tính chất công việc tự do, tài xế chủ động chạy xe, không có quy định cụ thể về thời giờ làm việc. Nhiều tài xế phản ánh họ làm việc trung bình từ 10-12 giờ/ngày mà không hưởng tiền làm thêm hay nghỉ có hưởng lương.²⁷ Theo quy định của pháp luật lao động, thời giờ làm việc bình thường của NLĐ là không quá 08 giờ trong 01 ngày và không quá 48 giờ trong 01 tuần.²⁸ Trường hợp NLĐ làm thêm giờ thì được trả lương tính theo tiền lương thực trả theo công việc đang làm (ít nhất bằng: 150% nếu làm vào ngày thường; 200% nếu làm vào ngày nghỉ hàng tuần; 300% nếu làm vào ngày nghỉ lễ, tết,...).²⁹ Đối chiếu với BLLĐ, có thể thấy, giữa quyền lợi trên thực tế hiện nay với quyền lợi hợp pháp tài xế được hưởng dưới tư cách là NLĐ đang có sự chênh lệch. Theo đó, dù tính chất đều là quan hệ lao động, quyền và lợi ích của tài xế xe công nghệ đang không được bảo đảm. Cụ thể có một số vấn đề liên quan mật thiết tới vấn đề tiền lương cần được giải quyết: (i) tiền lương trong trường hợp làm việc

²³ Bộ luật Lao động năm 2019, Điều 18(1)

²⁴ Tlđđ, mục 3.1.1, n17

²⁵ Tlđđ, mục 3.1.9, n17

²⁶ Nguyễn Thị Dung, ‘Một vài khía cạnh pháp lý đối với hoạt động của doanh nghiệp Grab/Uber’ (2018) *tapchitaichinh.vn* <<http://tapchitaichinh.vn/nguyen-thi-dung-mot-vai-khac-phap-ly-doi-voi-hoat-dong-cua-doanh-nghiep-grabuber-142811.htm>> truy cập ngày 05/11/2020

²⁷ Di Lâm, ‘Tài xế Grab là đối tác của doanh nghiệp hay người làm công?’ (2019) *nld.com.vn* <<https://nld.com.vn/cong-doan/tai-xe-grab-la-doi-tac-cua-doanh-nghiep-hay-nguoi-lam-cong-20190716192820448.htm>> truy cập ngày 05/11/2020

²⁸ Bộ luật Lao động 2019, Điều 105(1)

²⁹ Bộ luật Lao động 2019, Điều 98(1)

quá giờ; (ii) nghỉ phép có lương.

3.3. Về các loại bảo hiểm cho người lao động

Căn cứ vào Điều 34(3)(a) Nghị định số 10/2020/NĐ-CP³⁰, mọi đơn vị kinh doanh vận tải bằng ô tô phải ký kết HĐLĐ, đóng các loại bảo hiểm cho tài xế lái xe ô tô. Song chưa có quy định về nội dung tương tự đối với xe máy. Hiện nay hãng Grab có bảo hiểm tai nạn cá nhân dành cho cả tài xế GrabCar/GrabBike và hành khách khi thực hiện chuyến đi hợp lệ thông qua ứng dụng.³¹ Ngoài loại bảo hiểm này, các tài xế không được tham gia và hưởng chế độ an sinh xã hội bắt buộc đối với NLĐ như bảo hiểm xã hội (BHXH), bảo hiểm y tế (BHYT) và bảo hiểm thất nghiệp (BHTN). Theo pháp luật lao động quy định, NLĐ ký hợp đồng từ 01 tháng trở lên phải tham gia BHXH³² và người có HĐLĐ từ 03 tháng trở lên phải tham gia BHTN³³. Trên thực tế, nhiều tài xế đã làm việc được 06 tháng, 01 năm hoặc lâu hơn. Tuy nhiên, hiện chưa có căn cứ áp dụng quy định tính đóng BHXH, BHYT và BHTN cho lái xe.

3.4. Về tổ chức đại diện người lao động

Một quyền rất quan trọng của NLĐ là được tham gia công đoàn cơ sở hoặc tổ chức đại diện NLĐ tại doanh nghiệp. Đây là những tổ chức được thành lập nhằm mục đích bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của NLĐ. Việc tài xế xe công nghệ được quyền tham gia tổ chức đại diện NLĐ có liên quan trực tiếp đến vấn đề bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của họ.

Hiện nay, các hãng xe có sự chi phối rất lớn đối với quyền lợi của tài xế xe công nghệ. Cụ thể, công ty có quyền quyết định về phần tiền công mà các tài xế nhận được

với mỗi cuộc xe thực hiện, công ty cũng có thể áp dụng hình phạt ảnh hưởng nghiêm trọng đến nguồn thu nhập của tài xế, ví dụ như khóa phần mềm. Khi những bất đồng dẫn đến tranh chấp, do làm việc độc lập, tài xế không được hướng dẫn, không biết phải tìm đến tổ chức nào để bảo vệ quyền lợi cho mình. Theo đó, nhằm gây sức ép cho công ty, các tài xế tổ chức những cuộc “biểu tình” phản đối các quyết định không phù hợp.

4. Kiến nghị hoàn thiện các quy định của pháp luật lao động về hợp đồng lao động

Để giải quyết các bất cập đã phân tích ở trên, nhóm tác giả đề xuất một số kiến nghị sau:

Thứ nhất, hiện nay đã có Nghị định quy định về kinh doanh và điều kiện kinh doanh vận tải bằng xe ô tô cho rằng Chính phủ nên xây dựng dự thảo Nghị định quy định về kinh doanh và điều kiện kinh doanh vận tải bằng xe máy, những nguyên tắc cơ bản về tổ chức, quản lý hoạt động vận tải hành khách công cộng bằng xe máy nhằm bảo đảm quyền lợi cho hành khách đi xe, bảo vệ về tính mạng và tài sản cho người hành nghề vận tải hành khách công cộng bằng xe máy.

Thứ hai, về phía Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội, trong thời gian sớm nhất, cần ban hành Nghị định quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành BLLĐ 2019. Nghị định này quy định quyền, trách nhiệm của NSDLĐ, NLĐ, tổ chức đại diện tập thể lao động, cơ quan, tổ chức, cá nhân liên quan trong việc thực hiện một số quy định của BLLĐ về HĐLĐ, thương lượng tập thể, thỏa ước lao động tập thể, tiền lương, kỷ luật lao động, trách nhiệm vật chất và giải quyết tranh chấp lao động.

Thứ ba, ban hành Nghị định quy định về tiền lương, thời giờ làm việc, kỷ luật lao động, tổ chức đại diện, giải quyết tranh chấp lao động của NLĐ trong khu vực phi chính thức bao gồm: lao động tự tạo việc làm, lao động làm việc theo các hình thức liên kết kinh doanh với các doanh nghiệp công nghệ số. Nghị định nhằm mở rộng diện bao phủ của Bộ luật Lao động, bảo đảm quyền, lợi ích của NLĐ trong khu vực phi chính thức, cụ thể trong phạm vi bài viết là bảo đảm quyền, lợi ích của các tài xế xe công nghệ.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

Văn bản pháp luật

1. Bộ luật Dân sự 2015
2. Bộ luật Lao động 2019
3. Luật Bảo hiểm xã hội 2014
4. Luật Việc làm 2013
5. Nghị định số 10/2020/NĐ-CP của Chính phủ ngày 17 tháng 01 năm 2020 quy định về Kinh doanh và điều kiện kinh doanh vận tải bằng xe ô tô
6. Nghị định số 126/2020/NĐ-CP của Chính phủ ngày 19 tháng 10 năm 2020 quy định chi tiết một số điều của Luật Quản lý Thuế

Nguồn điện tử

Working papers

1. Schwab K, 'The Fourth Industrial Revolution: what it means, how to respond' (2016) World Economic Forum 1/2016, [weforum.org <https://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond>](https://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond)
2. Katz F. Lawrence và Margo A. Robert, 'Technical Change and the Relative Demand for Skilled Labor: The United States in a Historical

³⁰ Nghị định số 10/2020/NĐ-CP của Chính phủ ngày 17 tháng 01 năm 2020 quy định về Kinh doanh và điều kiện kinh doanh vận tải bằng xe ô tô

³¹ Thông tin sơ lược về bảo hiểm tai nạn cá nhân của Grab' [grab.com <https://www.grab.com/vn/insurance/>](https://www.grab.com/vn/insurance/) truy cập ngày 05/11/2020

³² Luật số 58/2014/QH13 của Quốc hội ban hành 20/11/2014 về Bảo hiểm xã hội, Điều 2(1)(b)

³³ Luật số 38/2013/QH13 của Quốc hội ban hành 16/11/2013 về Việc làm, Điều 43(1)(c)

Perspective' (2013) National Bureau of Economic Research 02/2013, *nber.org* <<http://www.nber.org/books/bous12-1>>

3. Goos M, 'How the world of work is changing: a review of the evidence' (2013) International Labour Organization Research Paper 2013, *ilo.org* <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---act_emp/documents/presentation/wcms_582793.pdf>

Tạp chí online

4. Nguyễn Thị Dung, 'Một vài khía cạnh pháp lý đối với hoạt động của doanh nghiệp Grab/Uber' (2018) Tạp chí tài chính *tapchitaichinh.vn* <<http://tapchitaichinh.vn/nghien-cuu-trao-doi/nghien-cuu-dieu-tra/mot-vai-khia-can-phap-ly-doi-voi-hoat-dong-cua-doanh-nghiep-grabuber-142811.html>>

5. Phạm Thị Hồng Nhung, 'Khía cạnh pháp lý của "hợp đồng số" trong ứng dụng Uber, Grab' (2018) 5 Tạp chí Nghiên cứu Tài chính Kế toán

elearning.tdmu.edu.vn <<https://elearning.tdmu.edu.vn/elearning-ebook/T%E1%BA%A1p%20Ch%C3%AD%20S%E1%BB%91%20Ho%C3%A1/Phan-ThoHongNhung178.pdf>>

6. Di Lâm, 'Tài xế Grab là đối tác của doanh nghiệp hay người làm công?' (2019) *nld.com* <<https://nld.com.vn/cong-doan/tai-xe-grab-la-doi-tac-cua-doanh-nghiep-hay-nguoi-lam-cong-20190716192820448.htm>>

7. Việt Đức, Lan Anh, 'Grab nắm 70% thị phần, cơ hội nào cho Go-Viet và Be?' (2019) *zingnews.vn* <<https://zingnews.vn/grab-nam-70-thi-phan-co-hoi-nao-cho-go-viet-va-be-post992435.html>>

8. Văn Huế, 'Hơn 200 tài xế Grab đi xe máy quanh hồ Gươm phản đối tăng giá cước' (2020) *atgt.vn* <<https://www.atgt.vn/hon-200-tai-xe-grab-di-xe-may-quanh-ho-guom-phan-doi-tang-gia-cuoc-d488386.html>>

Website

9. 'Cách thức tính giá cước GrabBike – Áp dụng từ 24/02/2019' *grab.com* <<https://www.grab.com/vn/en/blog/gia-cuoc-gb-ap-dung-tu-190224/>>

10. Điều khoản sử dụng: dành cho Vận tải, Giao nhận và Thương mại của Grab *grab.com* <<https://www.grab.com/vn/terms-policies/transport-delivery-logistics/>>

11. 'Thông tin sơ lược về bảo hiểm tai nạn cá nhân của Grab' *grab.com* <<https://www.grab.com/vn/insurance/>>

12. 'Quy chế quản lý hoạt động của ứng dụng di động cung cấp dịch vụ sàn giao dịch thương mại điện tử Grab' *grab.com* <<https://www.grab.com/vn/en/terms-wip>>

13. Nguyễn Văn Minh, 'Tài xế công nghệ sẽ trở thành người làm công' (2019) <<https://www.thesaigontimes.vn/td/294224/tai-xe-cong-nghe-se-tro-thanh-nguoi-lam-cong.html>>

14. Cổng thông tin quốc gia về đăng ký doanh nghiệp <dangkykinhdoanh.gov.vn>

Nhận xét

*** Giảng viên: Giảng Thị Lê Na - Khoa Luật Kinh tế**

1. Về phương pháp nghiên cứu

Bài viết không trình bày về phương pháp nghiên cứu đã được sử dụng.

2. Về hình thức

Hình thức đẹp, đúng quy định.

3. Về nội dung

- Ưu điểm

Bài viết có tính cấp thiết cao.

- Điểm cần cải thiện

Bài viết cần có thêm sự phân tích, so sánh với pháp luật của các nước phát triển mạnh về công nghệ để xem với quy định của pháp luật các quốc gia này thì mối quan hệ này có được xem là quan hệ lao động giữa người lao động và người sử dụng lao động không và khung pháp lý điều chỉnh như thế nào.

Các kiến nghị cần gắn trực tiếp hơn với những bất cập mà bài viết đã chỉ ra.

Nguồn tài liệu tham khảo chủ yếu từ các trang web, nên bổ sung thêm các tài liệu từ các bài viết trên các tạp chí chuyên ngành. Đồng thời đối với các bài viết từ các tạp chí chuyên ngành nên tìm về tài liệu gốc của tạp chí để trích dẫn số tạp chí, năm xuất bản hơn là trích từ một trang mạng.

1. Về phương pháp nghiên cứu

Theo đánh giá của người đọc, bài viết được tác giả ứng dụng các phương pháp nghiên cứu liệt kê, phân tích, tổng hợp, so sánh một cách phù hợp, hợp lý thông qua việc dẫn dắt khái quát về IR 4.0 và những tác động đến quan hệ lao động, qua đó xác định mối quan hệ giữa tài xế lái xe công nghệ và công ty công nghệ; kế tiếp chỉ ra những bất cập và đề xuất hướng hoàn thiện về quy định pháp luật có liên quan.

2. Về hình thức

Bố cục rõ ràng, cân đối giữa các phần và mỗi phần tập trung vào ý chính. Phần mở đầu trích dẫn tiếng Anh, các phần còn lại thì không, nếu dẫn chứng nhằm mục đích, tác giả nên nêu mục đích để người đọc tránh thắc mắc.

3. Về nội dung

- Ưu điểm

Nhóm tác giả lựa chọn đề tài hấp dẫn, lôi cuốn người đọc khi thời điểm Bộ luật Lao động 2019 mới có hiệu lực và công việc lái xe công nghệ là công việc đang thu hút nhiều người lao động và được quan tâm.

Bài viết đi từ cái khái quát đến chi tiết, đi từ thế giới đến Việt Nam làm người đọc hình dung được bối cảnh dẫn đến vấn đề và các bất cập để đọc giả dễ theo dõi.

Đầu tư nghiên cứu các quy định, sự việc có liên quan làm bài viết phong phú, dẫn chứng có tính thuyết phục.

- Điểm cần cải thiện

Mục 3.3 có nhắc đến hiện tại chưa có quy định tính đóng BHXH, BHYT, BHTN cho lái xe tuy nhiên ở phần kiến nghị chưa có nội dung đề xuất có quy định cụ thể dành cho tài xế lái xe máy. Cần bổ sung nội dung kiến nghị, đề xuất đầy đủ với phần nêu thực trạng.

Theo quan điểm của Tôi, khi vấn đề chưa được đồng nhất ý kiến và còn đang tranh cãi, Nhóm tác giả không nên khẳng định bản chất của hợp đồng giữa Grab và tài xế xe công nghệ là hợp đồng lao động do luật hiện tại chưa quy định cụ thể về việc làm có trả công, tiền lương và sự quản lý, điều hành, giám sát. Thay vào đó, Nhóm tác giả có thể sử dụng các cụm từ chỉ quan điểm cá nhân như “theo quan điểm của Nhóm tác giả, về bản chất, đây được hiểu là hợp đồng lao động.”

* Trước hết, cần lưu ý rằng, người đọc đưa ra các nhận xét về phương pháp nghiên cứu, hình thức và nội dung bài viết nhằm thể hiện ý kiến, đóng góp đối với tác giả trong việc tiến hành khai thác, nghiên cứu một vấn đề khoa học. Những nhận xét, đánh giá này không thể hiện quan điểm (đồng thuận hay phản đối) của người đọc đối với quan điểm của tác giả và/hoặc đối với vấn đề mà tác giả đặt ra trong bài viết.

ÁP DỤNG CƠ CHẾ TỰ CHỨNG NHẬN XUẤT XỨ TẬN DỤNG ƯU ĐÃI THUẾ QUAN THEO EVFTA¹ KINH NGHIỆM QUỐC TẾ VÀ GIÁ TRỊ THAM KHẢO CHO VIỆT NAM

Dương Minh Trúc (K195022C),
Sinh viên Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG Tp.HCM

Đảm bảo hàng hóa được xuất khẩu có xuất xứ Việt Nam là điều kiện cốt lõi để doanh nghiệp Việt được hưởng ưu đãi thuế quan từ EVFTA khi tiếp cận thị trường EU. Chứng nhận xuất xứ theo EVFTA bao gồm cả quy định cho phép doanh nghiệp xuất khẩu được tự chứng nhận xuất xứ ("TCNXX") thay cho Giấy chứng nhận xuất xứ được cấp bởi cơ quan có thẩm quyền. Bài viết này nhằm đưa ra bức tranh tổng quan về cơ chế TCNXX và thực tiễn áp dụng cơ chế này tại Việt Nam. Trên cơ sở chỉ ra các vướng mắc tồn tại, bài viết sẽ giới thiệu một số kinh nghiệm quốc tế có giá trị tham khảo cho việc khắc phục các bất cập về quy định và thực tiễn áp dụng cơ chế TCNXX.

Từ khóa: tự chứng nhận xuất xứ, ưu đãi thuế quan, EVFTA

The key condition for Vietnamese enterprises to benefit from tariff preferences of EVFTA is to ensure the exported products made in Vietnam. Certification of origin under EVFTA includes regulations allowing exporters to self-certify the origin instead of having a Certificate of Origin issued by the competent authority. This paper aims to give an overview of the self-certification of origin mechanism and its implementation in Vietnam. Based on certain existing problems pointed out, the paper introduces international experiences as a reference value to overcome the inadequacies of the regulations and the practice of applying the self-certification of origin mechanism.

Keywords: self-certification of origin, preferential tariff benefits, EVFTA

1. Đặt vấn đề

Sự kiện ký kết thành công EVFTA đã đánh dấu một bước ngoặt lớn cho Việt Nam khi trở thành thành viên của nhóm FTA (Free Trade Agreement) độc quyền của EU.² Bởi bắt đầu từ ngày 01/08/2020, thời điểm EVFTA có hiệu lực, chỉ hàng hóa có xuất xứ Việt Nam mới

được hưởng ưu đãi thuế quan với mức cắt giảm thuế đáng kể³, tạo điều kiện cho doanh nghiệp Việt Nam nâng cao lợi thế so với đối thủ cạnh tranh khi xuất khẩu vào thị trường các quốc gia thành viên của EU.

Hiện tại, hàng hóa xuất xứ Việt Nam xuất khẩu sang EU được

hưởng ưu đãi thuế quan theo hai khuôn khổ: Quy chế ưu đãi phổ cập⁴ (Generalized Scheme of Preferences - GSP) và EVFTA. Tuy nhiên, về nguyên tắc khi một quốc gia đang được EU cho hưởng ưu đãi thuế quan theo GSP thì khi ký FTA với EU và hiệp định đó có hiệu lực thì GSP sẽ kết thúc.⁵ Do đó, trong lộ trình 07 năm chuyển

¹ Hiệp định Thương mại tự do giữa Việt Nam và Liên minh châu Âu (EVFTA) là một Hiệp định toàn diện, chất lượng cao, đảm bảo cân bằng lợi ích cho cả Việt Nam và EU. EVFTA gồm 17 Chương, 2 Nghị định thư và một số biên bản ghi nhớ kèm theo với các nội dung chính là: Thương mại hàng hóa; Quy tắc xuất xứ; Hải quan và thuận lợi hóa thương mại; Các biện pháp vệ sinh an toàn thực phẩm (SPS); Các rào cản kỹ thuật trong thương mại (TBT); Thương mại dịch vụ; Đầu tư; Phòng vệ thương mại; Cạnh tranh; Doanh nghiệp nhà nước; Mua sắm Chính phủ; Sở hữu trí tuệ; Thương mại và Phát triển bền vững; Hợp tác và xây dựng năng lực; Pháp lý - thể chế. Xem tại: Bộ Công thương, EU - Vietnam MUTRAP, EVFTA: Sổ tay cho doanh nghiệp Việt Nam (Tháng 05/2016), 23

² Ánh Dương, 'EVFTA và cơ hội mới cho ASEAN' (Bộ Thông tin và Truyền thông, 18/08/2020) <<http://ictvietnam.vn/evfta-va-co-hoi-moi-cho-asean-20200818004635759.htm>> truy cập ngày 12/09/2020

³ Nghị định thư 1 Điều 2, Nghị định 111/2020/NĐ-CP về Biểu thuế xuất khẩu ưu đãi, biểu thuế nhập khẩu ưu đãi đặc biệt của Việt Nam để thực hiện EVFTA giai đoạn 2020 - 2022 Điều 4

⁴ GSP là cơ chế đơn phương của EU để hỗ trợ các nước đang phát triển và kém phát triển nhất xuất khẩu hàng hóa sang EU dễ dàng hơn bằng cách giảm, miễn thuế nhập khẩu cho các hàng hóa này. EU tự đặt ra các tiêu chí (về mức thu nhập, tỷ lệ hàng hóa nhập khẩu, các thỏa thuận đặc biệt, v.v.) để quyết định và rà soát định kỳ một nước hoặc một nhóm sản phẩm có được hưởng GSP hay không. Nước hoặc nhóm sản phẩm "trưởng thành" theo các tiêu chí trên sẽ không được hưởng GSP nữa. Các sản phẩm nhạy cảm (như thuốc lá và các sản phẩm công nghiệp...) chỉ được giảm chứ không được miễn thuế. Xem tại: Bộ Công thương, EU - Vietnam MUTRAP, EVFTA: Sổ tay cho doanh nghiệp Việt Nam (Tháng 05/2016), 20

⁵ Quy định (EU) số 978/2012 về áp dụng GSP của Nghị viện Châu Âu và của Hội đồng ngày 25/10/2012 và bãi bỏ Quy định của Hội đồng châu Âu (EC) số 732/2008 Điều 5(2)(b)

đổi mức thuế ưu đãi từ GSP sang EVFTA⁶, doanh nghiệp xuất khẩu Việt Nam cần đảm bảo sản phẩm của mình đáp ứng quy tắc xuất xứ của EVFTA thông qua thực thi cơ chế chứng nhận xuất xứ hàng hóa quy định tại Điều 15(2) Nghị định thư 1, cụ thể là cơ chế cấp Giấy chứng nhận xuất xứ (Certificate of Origin - C/O) mẫu EUR.1⁷ và cơ chế TCNXX. Mặc dù EU cho phép Việt Nam áp dụng song song hai cơ chế nhưng với lợi thế tiết kiệm thời gian và chi phí cho cả nhà xuất khẩu và cơ quan quản lý nhà nước so với đăng ký cấp C/O, việc sớm áp dụng cơ chế TCNXX là điều tất yếu đối với các doanh nghiệp hưởng mức thuế ưu đãi theo EVFTA và là điều bắt buộc đối với các doanh nghiệp đang hưởng cơ chế GSP để có thể tiếp tục chế độ ưu đãi thuế quan này trong thời gian chuẩn bị chuyển đổi qua mức thuế ưu đãi theo EVFTA.⁸ Trong bài viết này, tác giả tập trung phân tích cơ chế TCNXX dưới góc nhìn quy định về hàng hóa có xuất xứ Việt Nam nhập khẩu vào EU được hưởng ưu đãi thuế quan theo EVFTA.

2. Tổng quan về cơ chế TCNXX theo quy định của EVFTA

2.1. Bản chất của TCNXX

TCNXX được hình thành dựa trên giả thuyết rằng “nhà xuất khẩu là người biết rõ nhất họ đang làm

gì, sản xuất như thế nào và ai đã cung cấp nguyên liệu để làm ra sản phẩm đó”; và rõ ràng là, nhà xuất khẩu hầu như luôn ở vị trí tốt nhất để xác định ban đầu liệu hàng hóa của mình có đáp ứng các tiêu chí xuất xứ hay không. Với cơ chế TCNXX, nhà xuất khẩu trực tiếp gửi chứng từ TCNXX đến khách hàng của mình tại nước nhập khẩu và tự chịu trách nhiệm với thông tin khai báo. Trong khi phương thức cấp C/O truyền thống tập trung vào tình trạng xuất xứ của một sản phẩm cụ thể tại thời điểm kiểm tra, biện pháp hậu kiểm xuất xứ hàng hóa thông qua hồ sơ của nhà xuất khẩu tập trung vào xuất xứ tại thời điểm xuất khẩu. Cơ chế hậu kiểm này cung cấp “hồ sơ xuất xứ của hàng hóa” (origin profile of the goods) chính xác hơn và là bằng chứng giá trị tái hiện các nguyên, vật liệu tạo thành sản phẩm.⁹ Chính vì những lợi ích về tính minh bạch và tăng cường trách nhiệm của nhà xuất khẩu, EU đã luôn thêm vào cơ chế TCNXX với hầu hết các FTA mà họ ký kết và thực tế EU đã thực hiện thành công TCNXX trong suốt hơn 20 năm qua.¹⁰ Tuy nhiên, cơ chế này lại không được định nghĩa cụ thể trong bất cứ FTA¹¹ nào mà EU là một bên đối tác và EVFTA cũng không ngoại lệ. Nghị định thư 1 EVFTA chỉ ghi nhận cơ chế TCNXX dưới hình thức là các điều khoản về

quy định chung, điều kiện TCNXX, các tiêu chí về nhà xuất khẩu đủ điều kiện,...

Theo tài liệu hướng dẫn về thuế quan ưu đãi của Hải quan EU thì TCNXX là bản tự khai báo của nhà xuất khẩu về tình trạng xuất xứ của sản phẩm trên một chứng từ thương mại. Bản tự khai báo này có thể được sử dụng như một tài liệu về xuất xứ trong khuôn khổ của một số FTA.¹² Hướng dẫn về chứng nhận xuất xứ của Tổ chức Hải quan thế giới định nghĩa rằng: “TCNXX là một hình thức chứng nhận xuất xứ sử dụng tờ khai xuất xứ hoặc giấy chứng nhận xuất xứ tự cấp làm phương tiện để khai báo hoặc khẳng định tình trạng xuất xứ của hàng hóa. Giấy chứng nhận xuất xứ tự cấp là một văn bản cụ thể thể hiện nhà sản xuất (producer, manufacturer), nhà xuất khẩu hoặc nhà nhập khẩu xác nhận rõ ràng rằng hàng hóa ghi nhận trong giấy chứng nhận liên quan được coi là có xuất xứ theo các quy tắc xuất xứ quy định trong khuôn khổ FTA”.¹³

Như vậy, từ các định nghĩa trên kết hợp với tinh thần trong mỗi điều khoản tại Mục D Nghị định thư 1 EVFTA thì về bản chất, TCNXX là cơ chế cho phép nhà xuất khẩu được tự khai báo, cam kết về tình trạng xuất xứ của hàng hóa xuất

⁶ Tổ Uyên, ‘Gỡ vướng về quy tắc xuất xứ để doanh nghiệp tự tin đón “sóng” EVFTA’ Thời báo Tài chính Việt Nam (Hà Nội, 07/07/2020) <<https://tinyurl.com/yy4tfgh6>> truy cập ngày 12/07/2020

⁷ C/O mẫu EUR.1 được phát hành theo quy định tại Thông tư 11/2020/TT-BCT Điều 20 đến Điều 23, thay thế C/O mẫu A dành cho hàng xuất đi EU từ 01/08/2020. Hình thức C/O quy định tại Phụ lục VI ban hành kèm theo Thông tư, gồm các nội dung chính như: số tham chiếu gồm 16 ký tự do cơ quan, tổ chức cấp C/O điền (Ví dụ: VN-DE 20/02/00006 với VN: tên viết tắt của nước thành viên xuất khẩu là Việt Nam; DE: tên viết tắt của nước thành viên nhập khẩu là Đức; 20: năm cấp C/O là 2020; 02: mã số của Phòng Quản lý Xuất nhập khẩu khu vực Thành phố Hồ Chí Minh; 00006: số thứ tự của C/O); tên, địa chỉ đầy đủ, tên quốc gia của nhà xuất khẩu và nhà nhập khẩu, hành trình lô hàng, hóa đơn thương mại, ký xác nhận của người nhà xuất khẩu, xác minh xuất xứ của cơ quan, tổ chức cấp C/O... Về nội dung khai báo, EU và Việt Nam thống nhất không bắt buộc thể hiện tiêu chí xuất xứ, mã số HS của hàng hóa trên C/O.

Xem: Cổng thông tin điện tử về EVFTA, ‘Cam kết về Quy tắc xuất xứ’ (evfta.moit.gov.vn) <<https://tinyurl.com/yx8r8ym6>> truy cập ngày 13/09/2020

⁸ Theo Quy định thực thi số 2015/2447 của EU, cơ quan hải quan EU không chấp nhận cấp C/O mẫu A mà yêu cầu áp dụng cơ chế nhà xuất khẩu TCNXX. Do đó, các thương nhân đang hưởng chế độ GSP phải đăng ký mã số REX (Registered Exporter System) - mã số chứng nhận thương nhân đăng ký để thực hiện chứng nhận xuất xứ hàng hóa theo GSP. Việc thực hiện TCNXX để hưởng chế độ GSP được Bộ Công thương quy định trong Thông tư 38/2018/TT-BCT. Do ảnh hưởng của đại dịch COVID-19, EC đã ban hành Quy định thực thi số 2020/750 về việc gia hạn thời gian đăng ký mã số REX cho đến hết ngày 31/12/2020 và gửi thông báo quy định này đến các nước được thụ hưởng, trong đó có Việt Nam.

Xem tại: Bộ Công thương Việt Nam, ‘Gia hạn đăng ký tự chứng nhận xuất xứ hàng hóa (REX) đến 31/12/2020’ (www.moit.gov.vn, 23/07/2020), <<https://tinyurl.com/yvt9vquq>> truy cập ngày 13/09/2020

⁹ Edmund W. Sim, Stefano Inama, *Possible way forward: Self - certification* (Cambridge University Press 2015), 76 - 77

¹⁰ Bộ Công thương, EU - Vietnam MUTRAP, EVFTA: *Sổ tay cho doanh nghiệp Việt Nam* (Tháng 05/2016), 54

¹¹ Ví dụ như FTA giữa EU-Singapore, EU-Mexico, EU-Canada, EU-Japan, ...

¹² Hải quan EU, ‘Hướng dẫn về thuế quan ưu đãi’ (CPG 129) (Tháng 06/2020) <<https://tinyurl.com/y639tysc>> truy cập ngày 13/11/2020, 69

¹³ Tổ chức Hải quan thế giới, ‘Hướng dẫn về chứng nhận xuất xứ’ (cập nhật tháng 06/2018) <<https://tinyurl.com/y6np5t7p>> truy cập ngày 13/11/2020, 4-5

khẩu trên chứng từ TCNXX dưới dạng văn bản do thương nhân tự phát hành như hoá đơn, phiếu giao hàng hoặc bất kỳ chứng từ thương mại nào thể hiện hàng hoá được chứng nhận xuất xứ với đủ thông tin để xác định được hàng hoá đó có xuất xứ từ một trong các nước tham gia EVFTA¹⁴ và tự chịu trách nhiệm về thông tin xuất xứ hàng hóa thay cho C/O cấp bởi cơ quan có thẩm quyền.

Về ý nghĩa, cơ chế TCNXX xuất hiện là để khắc phục các nhược điểm của hình thức cấp C/O và giảm bớt gánh nặng chứng nhận hồ sơ cho cơ quan có thẩm quyền khi số lượng C/O được đề nghị cấp gia tăng tỷ lệ thuận với số lượng FTA mà Việt Nam ký kết trước xu hướng tích cực tham gia FTA của Việt Nam. Không chỉ vậy, hình thức cấp C/O truyền thống còn làm cho doanh nghiệp tốn kém một số khoản chi phí nhất định như chi phí làm thủ tục hồ sơ chứng từ, chi phí đi lại... tăng chi phí kinh doanh. Ngoài ra, để được cấp C/O cũng cần có thời gian nộp hồ sơ và thông qua bởi cơ quan có thẩm quyền. Trong khi với cơ chế TCNXX này, doanh nghiệp có thể sử dụng quyền TCNXX của mình để chủ động áp dụng cho các lô hàng xuất khẩu trong một thời gian nhất định. Do đó, doanh nghiệp nên chủ động chuyển sang TCNXX vì những lợi ích có được từ việc đơn giản hóa quy trình, thủ tục, giảm thiểu thời gian đồng thời giúp doanh nghiệp am hiểu hơn về các cam kết quy tắc xuất xứ tận

dụng ưu đãi thuế quan từ EVFTA. Ngoài ra, áp dụng cơ chế TCNXX còn góp phần làm tối đa hóa hiệu quả sử dụng nguồn lực hạn chế của nhà nước và thúc đẩy thuận lợi hóa thương mại trong khu vực.

2.2. Điều kiện áp dụng TCNXX

Về chủ thể áp dụng, cơ chế TCNXX trong khuôn khổ EVFTA chỉ được áp dụng cho nhà xuất khẩu¹⁵ thuộc ba trường hợp là nhà xuất khẩu bất kỳ, nhà xuất khẩu đủ điều kiện¹⁶ và nhà xuất khẩu đã đăng ký.¹⁷ Nội dung quy định về nhà xuất khẩu thực hiện TCNXX tại Điều 15 Nghị định thư 1 đã được nội luật hóa tại Điều 19 Thông tư 11/2020/TT-BCT quy định quy tắc xuất xứ hàng hóa trong EVFTA ("Thông tư số 11").

Đối với trường hợp đầu tiên, tùy vào *mức giá trị lô hàng* xác định theo pháp luật của bên xuất khẩu mà cơ chế TCNXX mới được áp dụng. Cụ thể là bất kỳ nhà xuất khẩu Việt Nam nào đều được phép TCNXX đối với lô hàng có trị giá không vượt quá 6000 euro. Khi trị giá lô hàng trên 6000 euro, các nhà xuất khẩu không được TCNXX mà phải có chứng nhận xuất xứ C/O mẫu EUR.1 do cơ quan, tổ chức được Bộ Công thương ủy quyền cấp. Quy trình khai báo và chứng nhận C/O mẫu EUR.1 thực hiện tương tự các mẫu C/O hiện hành.¹⁸

Trong trường hợp nhà xuất khẩu đã đáp ứng các tiêu chí trở thành nhà xuất khẩu đủ điều kiện thì được quyền áp dụng cơ chế

TCNXX mà không tính đến trị giá của lô hàng xuất khẩu.¹⁹ Đối với nhà xuất khẩu đã đăng ký, việc TCNXX được thực hiện trong cơ sở dữ liệu điện tử phù hợp với quy định pháp luật hiện hành của Bên xuất khẩu, cụ thể là tại cơ sở dữ liệu phù hợp với quy định của Bộ Công Thương, sau khi thông báo với Bên nhập khẩu quy định đó được áp dụng với nhà xuất khẩu.

Về xuất xứ hàng hóa, điều kiện tiên quyết để nhà xuất khẩu TCNXX là khi hàng hóa liên quan được coi là có xuất xứ từ EU hoặc Việt Nam và đáp ứng các quy định khác của Nghị định thư 1. Mục B Nghị định thư 1 về cách xác định xuất xứ theo EVFTA gồm ba nội dung chính: hàng hóa có xuất xứ thuần túy, hàng hóa có xuất xứ cộng gộp và hàng hóa thu được tại một bên từ các nguyên vật liệu không có xuất xứ từ bên đó, với điều kiện những nguyên liệu đó phải trải qua công đoạn gia công, chế biến đầy đủ tại bên đó theo quy định tại Điều 5.

Riêng quy tắc cộng gộp²⁰ theo EVFTA có điểm mới so với các FTA khác là cho phép cộng gộp xuất xứ với Hàn Quốc đối với hàng dệt may và cộng gộp xuất xứ với ASEAN đối với mực và bạch tuộc. Trước điểm mới này, doanh nghiệp dệt may và doanh nghiệp xuất khẩu thủy hải sản đã cho thấy hai luồng phản ứng trái ngược nhau. Đối với doanh nghiệp dệt may, nhiều bất lợi trong ngắn hạn là điều tất yếu bởi ngành này chưa chủ động được nguồn

¹⁴ Nghị định thư 1, Điều 19(3) quy định về chứng từ TCNXX

¹⁵ Nghị định thư 1, Điều 1(e) định nghĩa: "Nhà xuất khẩu là cá nhân tại nước xuất khẩu, xuất khẩu hàng hóa sang Bên kia và có khả năng chứng minh được xuất xứ của hàng hóa xuất khẩu đó, cá nhân đó là nhà sản xuất hoặc người thực hiện thủ tục xuất khẩu hoặc không."

¹⁶ Bộ Công thương chỉ mới đặt ra điều kiện cho mô hình nhà xuất khẩu đủ điều kiện áp dụng thí điểm cho ATIGA. Do đó, nhà xuất khẩu đủ điều kiện theo EVFTA hiện tại sẽ được xác định theo các quy định tại Nghị định thư 1, Điều 20

¹⁷ Nhà xuất khẩu đăng ký tại cơ sở dữ liệu phù hợp quy định của Bộ Công Thương và áp dụng sau khi Việt Nam thông báo tới EU (Thông tư 11/2020/TT-BCT Điều 19(2)(c))

¹⁸ Công văn số 812/XNK-XXHH của Cục Xuất nhập khẩu, Điều 1(a)

¹⁹ Nghị định thư 1, Điều 20(1)

²⁰ Đối với các FTA mà Việt Nam là thành viên, có 02 dạng cộng gộp gồm: (i) Cộng gộp thông thường: Nguyên liệu nhập khẩu phải đáp ứng tiêu chí xuất xứ của FTA, 100% giá trị nguyên liệu sẽ được dùng để tính RVC (Regional Value Content - Hàm lượng giá trị khu vực) trong sản phẩm được sản xuất tại Bên xuất khẩu sản phẩm đó; (ii) Cộng gộp từng phần: áp dụng duy nhất trong ATIGA rằng nếu nguyên liệu chỉ đáp ứng ngưỡng RVC từ 20% đến 39% thì được cộng gộp đúng số phần trăm thực tế trong khoảng từ 20% đến 39% đó vào công đoạn sản xuất tiếp theo để xác định xuất xứ cho hàng hóa.

Xem: Brian Staples, Lê Thị Hồng Ngọc, Phạm Văn Hồng, *Sổ tay Quy tắc xuất xứ trong các FTA mà Việt Nam là thành viên* (11/2017), 37

nguyên phụ liệu²¹, phụ thuộc lớn vào nguồn nguyên phụ liệu từ Trung Quốc (chiếm hơn 46% tổng kim ngạch nhập khẩu trong tháng 05/2020, theo số liệu từ Tổng cục Hải quan)²² - quốc gia không thuộc danh sách được hưởng ưu đãi từ EVFTA. Việc chuyển đổi qua sử dụng nguyên liệu của Hàn Quốc không đem lại lợi nhuận cao vì chủng loại không phong phú, giá thành cao hơn nhập khẩu từ Trung Quốc dù chất lượng tốt hơn.²³ Theo Chương 61 Biểu thuế Cam kết tại Tiểu phụ lục 2-A-1, ngành dệt may cần 06 - 08 năm để thuế nhập khẩu đối với hàng dệt may Việt Nam tiến về 0 và để được ưu đãi thuế này thì hàng dệt may xuất xứ Việt Nam chỉ cần đáp ứng yêu cầu về quy tắc xuất xứ "từ vải trở đi", do đó để đạt mục tiêu lợi nhuận, doanh nghiệp có thể tính toán chênh lệch lợi ích thuế quan và giá nguyên liệu mà chọn sử dụng vải trong nước hoặc nhập khẩu vải Hàn Quốc. Đối với doanh nghiệp xuất khẩu thủy hải sản, việc cộng gộp xuất xứ tạo điều kiện xuất khẩu mực, bạch tuộc sang EU tăng trở lại²⁴ và thúc đẩy các nhà đầu tư ASEAN đầu tư vào các nhà máy chế biến thủy sản của Việt Nam. Nhìn chung, quy định cộng gộp xuất xứ là một nội dung mang tính đột phá và có lợi

cho tăng trưởng GDP Việt Nam từ việc tận dụng chuỗi cung ứng nội địa và thúc đẩy đầu tư nước ngoài vào hai ngành hàng xuất khẩu chủ lực của Việt Nam sang EU là thủy sản và dệt may.

Quy tắc xuất xứ trong EVFTA còn các điểm mới khác như cho hưởng ưu đãi đối với một số lãnh thổ đặc thù hay chia nhỏ hàng hóa ở nước thứ ba ngoài Hiệp định... Vì các quy tắc này được xây dựng và đàm phán dựa trên quy tắc xuất xứ trong GSP, là cơ chế ưu đãi mà EU dành cho Việt Nam nhiều năm nay nên dù có nhiều điểm khác biệt so với các FTA khác mà Việt Nam đang tham gia, doanh nghiệp xuất khẩu Việt Nam sẽ không thực sự quá ngỡ ngàng²⁵ trong việc đáp ứng điều kiện về xuất xứ để được TCNXX hàng hóa.

2.3. Hình thức và nội dung chứng từ TCNXX

Về hình thức chứng từ TCNXX, nhà xuất khẩu sẽ khai báo xuất xứ trên chứng từ thương mại với đầy đủ thông tin xác định được hàng hoá xuất khẩu có xuất xứ Việt Nam bằng cách đánh máy, đóng dấu hoặc in nội dung TCNXX trên chứng từ đó.²⁶ Thuật ngữ "chứng từ thương mại nào" đã được làm rõ tại Điều 24(3), Điều 25(3) Thông

tư số 11 với lưu ý rằng chứng từ vận tải như vận tải đơn hoặc vận đơn hàng không không được coi là chứng từ thương mại khác. Trường hợp nhà xuất khẩu khai báo bằng cách viết tay, lời văn khai báo được viết bằng mực và chữ cái in hoa.²⁷

Theo Điều 19(4) Nghị định thư 1, chứng từ TCNXX phải có chữ ký gốc của nhà xuất khẩu. Tuy nhiên, nhà xuất khẩu đủ điều kiện theo Điều 20 Nghị định thư 1 có thể không phải ký tên trên khai báo đó với điều kiện nhà xuất khẩu cung cấp cho cơ quan có thẩm quyền một văn bản cam kết rằng nhà xuất khẩu chịu trách nhiệm toàn bộ về bất kỳ TCNXX đã được ký. Quy định về chữ ký gốc của nhà xuất khẩu tại Điều này là quy định bắt buộc cho cả hai phía Việt Nam và EU, trừ trường hợp ngoại lệ đã nêu trên.

Về nội dung chứng từ TCNXX, nhà xuất khẩu sử dụng Mẫu lời văn khai báo xuất xứ bằng một trong các phiên bản ngôn ngữ được quy định tại Phụ lục VII ban hành kèm theo Thông tư số 11 và phù hợp với quy định pháp luật của Việt Nam.²⁸ Ngoài ra, nội dung TCNXX không được thực hiện trên một mẫu riêng biệt, nếu thực hiện trên một trang khác của chứng từ thương mại phải đảm bảo nhận biết được

²¹ Năm 2019, kim ngạch xuất khẩu của dệt may Việt Nam đạt hơn 39 tỷ USD nhưng nhập khẩu nguyên phụ liệu chiếm tới 22,36 tỷ USD. Điều này cho thấy dệt may Việt Nam hiện phụ thuộc rất lớn vào nguồn cung nguyên liệu từ nước ngoài, phản ánh sự mất cân đối trong chuỗi toàn cầu bởi doanh nghiệp chỉ mới tham gia công đoạn cắt may thuê là chính

Xem: Bộ Công thương, 'Giải bài toán nguyên phụ liệu cho dệt may Việt Nam' (Hà Nội, 08/04/2020) <<https://tinyurl.com/y9bwwhjw>> truy cập ngày 15/10/2020

²² Ánh Dương, 'Trung Quốc chiếm áp đảo trong nhập khẩu nguyên phụ liệu dệt, may, da, giày Việt Nam tháng 05/2020' VietnamBiz (13/07/2020) <<https://tinyurl.com/y7nshd9n>> truy cập ngày 15/10/2020

²³ Lê Nguyễn, 'Thế khó của dệt may Việt Nam trước cơ hội EVFTA: Các địa phương từ chối dự án dệt nhuộm' VietnamFinance (10/06/2020) <<https://tinyurl.com/ybcwyhye>> truy cập ngày 16/11/2020

²⁴ Xuất khẩu mực, bạch tuộc sang EU từ tháng 03/2020-07/2020 liên tục giảm mạnh do chịu tác động của thẻ vàng IUU và dịch bệnh COVID-19 khiến nhu cầu giảm. Tuy nhiên, từ tháng 08/2020, xuất khẩu mực, bạch tuộc sang thị trường này đã tăng trở lại 10% đạt 5,8 triệu USD.

Xem: Kim Thu, 'Xuất khẩu mực, bạch tuộc sang hầu hết thị trường chính tăng' Hiệp hội Chế biến và xuất khẩu thủy sản Việt Nam (25/09/2020) <<https://tinyurl.com/y4ozhko>> truy cập ngày 25/09/2020

²⁵ Bảo Ngọc, 'Quy tắc xuất xứ trong EVFTA: Hiểu đúng, hưởng lợi lớn' Báo Công thương (07/07/2020) <<https://congthuong.vn/quy-tac-xuat-xu-trong-evfta-hieu-dung-huong-loi-lon-140093.html>> truy cập ngày 25/09/2020

²⁶ Nghị định thư 1, Điều 19(3)

²⁷ Bảo Ngọc, sđd 25

²⁸ Trong phạm vi bài viết, tác giả chỉ trích dẫn phiên bản tiếng Anh để minh họa vì đây là ngôn ngữ phổ biến nhất trong lĩnh vực thương mại quốc tế.

Mẫu tiếng Anh

The exporter of the products covered by this document (customs authorization No...) declares that, except where otherwise clearly indicated, these products are of...preferential origin.

(Place and date)

(Signature of the exporter; in addition, the name of the person signing the declaration has to be indicated in clear script)

trang đó là một phần của chứng từ thương mại. Với những khác biệt nhỏ và lỗi hình thức như lỗi đánh máy sẽ không là lý do để chứng từ TCNXX bị từ chối nếu lỗi đó không tạo ra nghi ngờ về tính xác thực của khai báo thể hiện trên chứng từ hoặc nếu những khác biệt giữa thông tin khai báo trên chứng từ TCNXX và thông tin trên chứng từ nộp cho cơ quan hải quan để làm thủ tục nhập khẩu hàng hóa vẫn phù hợp với hàng hóa nhập khẩu trên thực tế.²⁹

2.4. Nghĩa vụ và trách nhiệm của thương nhân TCNXX

Một là, nhà xuất khẩu có nghĩa vụ phát hành chứng từ TCNXX và nhà nhập khẩu xuất trình các chứng từ đó cho cơ quan hải quan Bên nhập khẩu. Trong vòng 03 ngày kể từ ngày phát hành chứng từ TCNXX, nhà xuất khẩu phải tiến hành khai báo, đăng tải chứng từ TCNXX và chứng từ liên quan đến lô hàng xuất khẩu theo quy định từ điểm c đến điểm h Điều 15(1) Nghị định 31/2018/NĐ-CP trên Hệ thống quản lý và cấp chứng nhận xuất xứ điện tử tại địa chỉ www.ecosys.gov.vn của Bộ Công Thương.³⁰ Việc phát hành có thể được thực hiện sau khi xuất khẩu hàng hóa với điều kiện chứng từ TCNXX được xuất trình đầy đủ tại Bên nhập khẩu không muộn hơn 02 năm hoặc theo quy định của Bên nhập khẩu kể từ khi hàng hóa được đưa vào lãnh thổ Bên nhập khẩu.³¹ Chứng từ có hiệu lực 12 tháng kể từ ngày phát hành tại Bên xuất khẩu và phải xuất trình cho cơ quan hải quan Bên nhập khẩu trong thời hạn hiệu lực đó. Trong trường hợp thời điểm xuất trình

sau thời hạn có hiệu lực, nếu nhà nhập khẩu không đưa ra được lý do bất khả kháng hoặc các lý do hợp lệ khác nằm ngoài sự kiểm soát của nhà nhập khẩu, chứng từ TCNXX sẽ không được chấp nhận để hưởng ưu đãi thuế quan EVFTA và hàng hóa sẽ không được thông quan.³²

Có thể thấy, theo cơ chế TCNXX, nhà xuất khẩu sẽ tự phát hành chứng từ xuất xứ và chịu trách nhiệm về thông tin xuất xứ hàng hóa đã khai trong các chứng từ mà không cần đợi chứng nhận của bên thứ ba là các cơ quan quản lý cấp chứng nhận xuất xứ như Bộ Công Thương hoặc các đơn vị được Bộ Công Thương ủy quyền. Đồng thời trách nhiệm chứng nhận nguồn gốc của hàng hóa sẽ chuyển từ các cơ quan chuyên trách sang nhà nhập khẩu. Điều này đồng nghĩa với việc nhà nhập khẩu phải tự thực hiện các thủ tục, đáp ứng các tiêu chuẩn về nguồn gốc xuất xứ và tự chịu trách nhiệm về tính chính xác.

Hai là, nhà xuất khẩu TCNXX phải chuẩn bị sẵn sàng các chứng từ thích hợp chứng minh tình trạng xuất xứ của hàng hóa để nộp tại bất kỳ thời điểm nào theo yêu cầu của cơ quan có thẩm quyền của Bên xuất khẩu.³³ Vì việc kiểm tra, xác minh chứng từ TCNXX được thực hiện xác suất hoặc khi cơ quan có thẩm quyền của Bên nhập khẩu có nghi ngờ hợp lý về tính xác thực của chứng từ, về xuất xứ của hàng hóa hoặc về việc tuân thủ quy định khác của EVFTA³⁴, nhà xuất khẩu TCNXX phải lưu trữ ít nhất 03 năm bản sao của chứng từ chứng nhận xuất xứ cũng như các chứng

từ khác, việc kiểm tra được thực hiện dựa trên nguyên tắc hợp tác hành chính giữa cơ quan hải quan của Bên nhập khẩu và Bên xuất khẩu.³⁵

3. Thực tiễn áp dụng cơ chế TCNXX ở Việt Nam và những bất cập trong quy định về TCNXX

3.1. Thực tiễn áp dụng cơ chế TCNXX ở Việt Nam

Ở các quốc gia thành viên của EU, TCNXX đã được sử dụng hơn 40 năm qua với nhiều mô hình khác nhau, nhưng ở Việt Nam hình thức này chưa thật sự phổ biến với các doanh nghiệp vốn chỉ quen xin cấp C/O thông qua Bộ Công Thương.³⁶ Cùng với đó, nhiều doanh nghiệp chưa chủ động tìm hiểu dẫn đến chưa tận dụng triệt để các quy tắc xuất xứ, quy định về TCNXX, chưa có hệ thống lưu trữ chứng từ để đáp ứng yêu cầu xác minh thường xuyên và đột xuất.³⁷ Do đó, dù nhận thức được ưu điểm nổi trội của cơ chế TCNXX song doanh nghiệp vẫn cảm thấy chưa tự tin khi áp dụng cơ chế này vì lo ngại vấn đề trách nhiệm của doanh nghiệp sẽ nặng hơn sau khi thông quan hàng hóa so với áp dụng cơ chế cấp Giấy chứng nhận bởi bên thứ ba như trước đây. Tuy nhiên, nhà xuất khẩu là chủ thể có khả năng chứng minh được xuất xứ hàng hóa và phải nắm rõ xuất xứ hàng hóa hơn là cơ quan kiểm tra. Vì vậy, việc để doanh nghiệp TCNXX và cơ quan hải quan áp dụng biện pháp hậu kiểm khi có yêu cầu của bên nhập khẩu là hợp lý hơn hết. Doanh nghiệp phải có trách nhiệm chủ động tham gia tập huấn về cơ chế TCNXX do Bộ Công Thương tổ chức nếu chưa nắm vững, chủ

²⁹ Thông tư số 11, Điều 32

³⁰ Thông tư số 11, Điều 25(7)

³¹ Nghị định thư 1, Điều 19(5)

³² Thông tư số 11, Điều 26(2)

³³ Nghị định thư 1, Điều 19(2)

³⁴ Thông tư số 11, Điều 34(1)

³⁵ Thông tư số 11, Điều 31(1)

³⁶ Uyên Hương, 'Doanh nghiệp sắp tự chứng nhận xuất xứ hàng hóa sang EU' Báo Chính phủ (01/05/2018) <<http://baochinhphu.vn/Kinh-te/DN-sap-tu-chung-nhan-xuat-xu-hang-hoa-sang-EU/335385.vgp>> truy cập ngày 16/09/2020

³⁷ Như Quỳnh, 'Doanh nghiệp cần làm gì để tự chứng nhận xuất xứ hàng hóa sang EU?' Tạp chí Kinh tế và Dự báo - Cơ quan của Bộ Kế hoạch và Đầu tư (16/05/2018) <<https://tinyurl.com/yypho9by>> truy cập ngày 16/09/2020

động nghiên cứu tìm hiểu các ưu đãi thuế quan tại nước nhập khẩu và tuân theo quy định về chứng nhận xuất xứ. Quan trọng nhất là doanh nghiệp cần học cách làm ăn trung thực, không vì lợi ích trước mắt mà gian lận xuất xứ hàng hoá làm ảnh hưởng đến uy tín, thương hiệu hàng hóa Việt Nam nói chung.

Mặc dù việc áp dụng TCNXX sẽ đem lại nhiều thuận lợi để phát hiện ra gian lận xuất xứ do cơ quan nhà nước chỉ cần truy cứu trách nhiệm của nhà nhập khẩu và truy thu từ họ.³⁸ Thế nhưng, cơ chế này không loại bỏ được rủi ro gian lận thương mại xuất xứ hàng hoá. Đáng lo ngại, nguy cơ gian lận thường vào các sản phẩm mà Trung Quốc bị áp các biện pháp hạn chế nhập khẩu (hạn ngạch, thuế chống bán phá giá và các rào cản kỹ thuật khác) vào thị trường lớn như EU.³⁹ Qua theo dõi, Cục Phòng vệ thương mại của Bộ Công Thương đã lập ra danh sách 26 mặt hàng có nguy cơ bị điều tra gian lận xuất xứ, trong đó có nhiều sản phẩm thuộc loại xuất khẩu chủ lực sang EU như da giày, nông, thủy sản, gỗ và sản phẩm từ gỗ, xe đạp điện...⁴⁰

Các hình thức gian lận thương mại trong TCNXX thường là việc thương nhân nước ngoài giả mạo xuất xứ Việt Nam để xuất khẩu hàng hóa sang các nước đối tác của Việt Nam trong EVFTA nhằm hưởng thuế suất ưu đãi, cụ thể lợi dụng Việt Nam để trung chuyển hàng hóa, tạm nhập tái xuất qua

lãnh thổ Việt Nam để hợp thức hóa chứng từ xuất xứ và lẩn tránh được thuế phòng vệ thương mại.⁴¹ Hành vi này dẫn đến nguy cơ hàng hóa xuất khẩu của Việt Nam bị các nước điều tra, áp thuế lẩn tránh phòng vệ thương mại gây thiệt hại cho các nhà sản xuất Việt Nam, làm mất uy tín trên thị trường quốc tế hoặc bị hạn chế xuất khẩu vào các thị trường này.⁴²

3.2. Những bất cập trong quy định về TCNXX

Vấn đề nhà xuất khẩu thực hiện TCNXX thay cho cấp C/O truyền thống đang gặp phải một số vướng mắc mà phần lớn là do cơ quan quản lý chưa xây dựng khung pháp lý hiệu quả cho việc thực thi cơ chế này.

Thứ nhất, Việt Nam chưa đặt ra bộ tiêu chí để nhà xuất khẩu hàng hóa xuất xứ Việt Nam sang EU được công nhận là nhà xuất khẩu đủ điều kiện TCNXX cũng như chưa quy định các quyền và nghĩa vụ tương ứng khi trở thành nhà xuất khẩu đủ điều kiện. Trong khi đó, về tiêu chí công nhận nhà xuất khẩu đủ điều kiện, Điều 20(2) Nghị định thư 1 chỉ mang tính định khung, theo hướng để mỗi quốc gia thành viên tự quy định các điều kiện cụ thể và dựa trên các điều kiện thích hợp được quy định trong pháp luật hiện hành của quốc gia đó mà cơ quan có thẩm quyền quyết định cấp mã số chứng nhận xuất xứ chấp thuận nhà xuất khẩu trở thành nhà xuất khẩu đủ điều kiện hay không.

Hiện nay, Việt Nam chưa chính

thức triển khai cơ chế TCNXX theo EVFTA. Đến thời điểm hiện tại, Bộ Công Thương chỉ mới quy định các tiêu chí để thương nhân được chọn tham gia thí điểm TCNXX hàng hóa theo Hiệp định thương mại hàng hóa ASEAN (ATIGA) qua Thông tư 19/2020/TT-BCT sửa đổi, bổ sung các Thông tư quy định thực hiện Quy tắc xuất xứ hàng hóa trong ATIGA ("Thông tư số 19"). Các tiêu chí này chỉ áp dụng trong phạm vi các nước ASEAN với nhau và còn đang trong giai đoạn thí điểm nên vẫn chưa là điều kiện chính thức để xác định nhà xuất khẩu đủ điều kiện. Thậm chí ngay cả khi chương trình thí điểm này thành công thì các tiêu chí quy định tại Điều 3(4) Thông tư số 19⁴³ cũng không được trở thành điều kiện xác định nhà xuất khẩu đủ điều kiện theo EVFTA trừ khi pháp luật Việt Nam công nhận và có thông báo với EU quy định đó được áp dụng với nhà xuất khẩu Việt Nam.

Thứ hai, chế tài xử lý hành vi giả mạo xuất xứ Việt Nam để chuyển tải hàng hóa xuất khẩu bất hợp pháp chưa đủ sức răn đe, phòng ngừa. Hiện nay, mức phạt mới nhất đối với hành vi này đã được nâng lên 100.000.000 đồng đối với hàng hóa có giá trị từ 100.000.000 đồng trở lên⁴⁴ đi kèm với đó là áp dụng hình thức tịch thu tang vật, buộc đưa ra khỏi lãnh thổ Việt Nam hoặc buộc tiêu hủy tang vật vi phạm trong thời hạn 30 ngày. Tuy nhiên, thực tế cho thấy lợi nhuận có được từ mỗi lô hàng nước ngoài có giá thành siêu rẻ như hàng Trung Quốc đội lốt hàng Việt Nam xuất khẩu

³⁸ Ngọc Khanh, 'Hàng xuất khẩu có dễ "tự vượt rào" xuất xứ?!' *Thời báo Ngân hàng* (12/08/2020) <<https://tinyurl.com/y5qyuhbu>> truy cập ngày 20/09/2020

³⁹ Lê Thúy, 'Xuất khẩu sẽ "mất trắng" thị trường nếu gian lận xuất xứ' *Tạp chí Tài chính* (Hà Nội, 08/06/2020) <<http://tapchitaichinh.vn/tai-chinh-phap-luat/xuat-khau-se-mat-trang-thi-truong-neu-gian-lan-xuat-xu-323997.html>> truy cập ngày 20/09/2020

⁴⁰ Hoa Quỳnh, 'Cảnh báo 12 sản phẩm xuất khẩu có nguy cơ bị điều tra phòng vệ thương mại, gian lận xuất xứ' *Tạp chí Tài chính* (Hà Nội, 16/04/2020), <<https://tinyurl.com/y58t5afg>> truy cập ngày 20/09/2020

⁴¹ Thanh Hoa, 'Báo động gian lận xuất xứ', *Thời báo Kinh doanh* (30/12/2019) <<https://thoibaokinhdoanh.vn/viet-nam/bao-dong-gian-lan-xuat-xu-1064161.html>> truy cập ngày 20/09/2020

⁴² '10 sự kiện nổi bật của Hải quan Việt Nam năm 2019' *Cục Hải quan tỉnh Quảng Trị* (18/12/2019) <<https://tinyurl.com/ydz2jm59>> truy cập ngày 20/09/2020

⁴³ Cụ thể, thương nhân được lựa chọn thí điểm TCNXX hàng hóa phải đáp ứng đủ các tiêu chí sau: (1) Là nhà xuất khẩu đồng thời là nhà sản xuất; (2) Không vi phạm quy định về xuất xứ trong 02 năm gần nhất tính đến thời điểm nộp hồ sơ đăng ký TCNXX hàng hóa; (3) Có cán bộ được đào tạo về xuất xứ hàng hóa do đơn vị đào tạo đã được Bộ Công Thương hoặc được Cục Xuất nhập khẩu (Bộ Công Thương) chỉ định cấp.

⁴⁴ Điều 17(1)(đ) Nghị định 128/2020/NĐ-CP quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực hải quan

thành công là rất lớn⁴⁵, đủ bù lại giá trị đột hàng giả mạo bị tịch thu hoặc tiêu hủy nên việc nâng mức phạt tiền không có nhiều ý nghĩa trong việc loại bỏ được vấn nạn hàng xuất khẩu giả mạo xuất xứ Việt Nam. Mục tiêu chính của mọi doanh nghiệp là tìm kiếm lợi nhuận nên vì lợi ích trước mắt nhiều doanh nghiệp vẫn chấp nhận rủi ro bị xử phạt gian lận xuất xứ để đổi lại được hưởng lợi hai đầu, một từ giá nguyên liệu đầu vào, hai từ ưu đãi thuế quan của EVFTA. Hậu quả tất yếu của việc coi gian lận xuất xứ là cơ hội trục lợi một khi bị nước nhập khẩu phát hiện ra không chỉ ảnh hưởng đến hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp gian lận mà còn làm tổn hại đến uy tín hàng Việt Nam và gây thiệt hại lớn cho quan hệ thương mại song phương giữa Việt Nam và EU. Thế nhưng, hành vi này cũng chỉ dừng lại ở xử phạt vi phạm hành chính với hình thức phạt tiền, không thuộc trường hợp bị áp dụng chế tài hình sự. Bộ luật Hình sự 2015 chỉ tồn tại chế tài đối với hành vi buôn lậu, vận chuyển trái phép hàng hóa qua biên giới, sản xuất, buôn bán hàng cấm... mà chưa có chế tài đối với tội giả mạo xuất xứ Việt Nam. Do đó, cần thiết bổ sung chế tài hình sự bên cạnh mức xử phạt hiện hành để có thể ngăn chặn doanh nghiệp gian lận trong hưởng ưu đãi thuế quan từ EVFTA và đảm bảo uy tín thương hiệu hàng Việt Nam nói chung trên thị trường quốc tế.

4. Kinh nghiệm quốc tế và giá trị tham khảo cho Việt Nam

Để khắc phục được những bất cập hiện hữu, Việt Nam có thể tham khảo kinh nghiệm quốc tế

vận dụng trên các phương diện sau:

Một là, về phía doanh nghiệp Việt Nam cần xây dựng hệ thống quản lý, lưu trữ dữ liệu chứng từ chứng nhận xuất xứ hàng hóa chuyên nghiệp phục vụ cho việc kiểm tra đột xuất của cơ quan hải quan bên nhập khẩu. Quản lý xuất xứ đóng vai trò rất quan trọng trong việc thiết lập các quy trình và hệ thống yêu cầu xuất xứ, nâng cao khả năng tiếp cận thị trường cho các nhà xuất khẩu.

Theo kết quả báo cáo của Hội nghị Liên hợp quốc về Thương mại và Phát triển (UNCTAD) cho biết ở các quốc gia phát triển, nhiều tập đoàn lớn đã bị phạt vì không lưu giữ thông tin xuất xứ phù hợp dù đã có sử dụng phần mềm quản lý toàn bộ hệ thống (system-wide software) để lưu giữ lượng dữ liệu lớn về mỗi giao dịch. Điều này không phải do thiếu hệ thống hồ sơ vận chuyển tổng thể (overall shipping records), mà do phần mềm không được thiết kế để giữ lại thông tin xuất xứ được quy định trong thỏa thuận ưu đãi ít nhất 03 năm.⁴⁶

Bản chất của quản lý hồ sơ chứng từ là phải tạo ra được sự kết nối về thông tin xuất xứ giữa nhà xuất khẩu và một số hoặc hầu hết các nhà cung cấp. Do đó, để xác định chính xác xuất xứ, nhà sản xuất phải kiểm tra và giữ lại hóa đơn nguyên vật liệu của sản phẩm xuất khẩu. Không chỉ vậy, hệ thống cơ sở dữ liệu quản lý xuất xứ hàng hóa của doanh nghiệp cần được xây dựng theo hướng cho phép cơ quan có thẩm quyền dễ tiếp cận với các chứng từ nhằm mục đích giám sát và xác minh tính chính

xác của nội dung tự khai báo xuất xứ trên từng tờ khai hóa đơn.

Doanh nghiệp Việt Nam có thể tham khảo hệ thống quản lý chứng từ xuất xứ của Ấn Độ được xây dựng theo một quy trình gồm các bước sau: Xác định bảng kê nguyên vật liệu dùng để sản xuất hàng xuất khẩu → Tính toán giá trị gia tăng hoặc các yêu cầu về hàm lượng giá trị địa phương → Đánh giá các yêu cầu chuyển đổi đáng kể theo Quy tắc xuất xứ → Tìm nguồn cung cấp thông tin giá cả đầu vào và nguyên liệu thô được sử dụng → Tích hợp phần mềm chuyên trách về xuất xứ hàng hóa để phục vụ các yêu cầu xác minh khi cần thiết → Tổ chức các buổi đào tạo thường xuyên về các FTA cho các đội vận hành, tài chính, thương mại và logistics.⁴⁷

Hai là, về phía nhà nước, hành vi xuất khẩu hàng hóa giả mạo xuất xứ Việt Nam phải được bổ sung chế tài hình sự. Tham khảo Điều 45 Đạo luật Quy định về Xuất nhập khẩu Singapore⁴⁸ cho thấy, chế tài hình sự đã có thể được áp dụng đối với doanh nghiệp thực hiện hành vi vi phạm lần đầu kết hợp với hình thức phạt tiền. Cụ thể, doanh nghiệp sẽ bị phạt tiền không quá 100.000 đô la hoặc gấp 03 lần giá trị của hàng hóa giả mạo xuất xứ hoặc bị phạt tù không quá 02 năm hoặc áp dụng đồng thời cả hai hình thức xử phạt. Đối với lần vi phạm thứ hai hoặc lần tiếp theo, doanh nghiệp sẽ bị phạt tiền không quá 200.000 đô la hoặc gấp 04 lần giá trị hàng hóa giả mạo xuất xứ hoặc bị phạt tù không quá 03 năm hoặc áp dụng đồng thời cả hai hình thức xử phạt.

⁴⁵ Đơn cử ngành dệt may, đại diện một doanh nghiệp may có trụ sở tại TP. Hồ Chí Minh tiết lộ, việc đặt mua hàng từ Trung Quốc và đưa về gắn mác "Made in Vietnam" diễn ra khá phổ biến do thu được mức lợi nhuận "khủng", cao hơn nhiều so với việc tổ chức sản xuất tại Việt Nam. Chiêu thức đó, theo đại diện doanh nghiệp này, thì "chỉ có chính bản thân doanh nghiệp đó mới biết được, chứ chẳng ai đại mà tự nhận".

Xem: Thái Hoàng, 'Để tránh nguy cơ hàng nước ngoài 'đội lốt' hàng Việt' Thời báo ngân hàng (03/07/2019) <<https://thoibaonganhang.vn/de-tranh-nguy-co-hang-nuoc-ngoai-doi-lot-hang-viet-89571.html>> truy cập ngày 20/09/2020

⁴⁶ UNCTAD, 'Rules of origin and origin procedures applicable to exports from least developed countries' <http://unctad.org/en/docs/ditctncd20094_en.pdf> truy cập ngày 07/12/2020

⁴⁷ Deloitte, 'Utilizing Free Trade Agreements Requires Robust Origin Management System' (India, 31/03/2020) <<https://tinyurl.com/ybzkx9m8>> truy cập ngày 17/11/2020

⁴⁸ Regulation Of Imports And Exports Act (Chapter 272A, Section 3) G.N. No. S 530/1995 Revised Edition 1999 (01/07/1999) Article 45 <<https://sso.agc.gov.sg/SL/RIEA1995-RG1#pr45>> truy cập ngày 29/10/2020

5. Kết luận

Để tận dụng tốt cơ chế TCNXX, doanh nghiệp Việt Nam cần nắm vững quy định về quy tắc xuất xứ và đặc biệt phải xây dựng được hệ thống lưu trữ chứng từ đáp ứng yêu cầu xác minh thường xuyên và đột xuất. Doanh nghiệp chỉ được tự khai báo xuất xứ đối với hàng hóa do mình sản xuất đã được đăng ký với cơ quan có thẩm quyền và có đầy đủ các chứng từ cần thiết chứng minh hàng hóa đáp ứng các quy tắc xuất xứ tại thời điểm TCNXX. Nếu có sự thay đổi trong nội dung chứng từ TCNXX ban đầu, nhà xuất khẩu có trách nhiệm thông báo ngay cho cơ quan có thẩm quyền.⁴⁹ Bên cạnh đó, không thể thiếu vai trò của cơ quan Nhà nước trong việc thiết kế hệ thống chế tài hình sự cho hành vi giả mạo xuất xứ Việt Nam nhằm chuyển tải hàng hóa xuất khẩu bất hợp pháp để nâng cao tính nghiêm khắc và đủ sức răn đe hơn, đảm bảo giữ uy tín cho thương hiệu hàng hóa xuất xứ Việt Nam trên thị trường quốc tế.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

Danh mục văn bản pháp luật

1. Nghị định thư 1 EVFTA - Quy định hàng hóa có xuất xứ và phương thức hợp tác quản lý hành chính
2. Quy định (EU) số 2020/750 ngày 05/06/2020 về gia hạn đăng ký TCNXX hàng hóa (REX)
3. Quy định (EU) số 2015/2447 ngày 24/11/2015 về thực hiện chứng nhận xuất xứ hàng hóa theo GSP
4. Regulation Of Imports And Exports Act (Chapter 272A, Section 3) G.N. No. S 530/1995 Revised Edition 1999 (01/07/1999) Article 45, <<https://sso.agc.gov.sg/SL/RIEA1995-RG1#pr45>>
5. Quy định (EU) số 978/2012 của Nghị viện Châu Âu và Hội đồng Châu Âu ngày 25/10/2012 áp dụng chương trình ưu đãi thuế quan phổ cập và bãi bỏ Quy định của Hội đồng (EC) số 732/2008
6. Nghị định 111/2020/NĐ-CP về Biểu thuế xuất khẩu ưu đãi, biểu thuế nhập khẩu ưu đãi đặc biệt của Việt Nam để thực hiện EVFTA giai đoạn 2020 - 2022
7. Nghị định 128/2020/NĐ-CP quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực hải quan
8. Thông tư 11/2020/TT-BCT ngày 15/06/2020 quy định quy tắc xuất xứ hàng hóa trong EVFTA
9. Thông tư 19/2020/TT-BCT sửa đổi, bổ sung các Thông tư quy định thực hiện Quy tắc xuất xứ hàng hóa trong ATIGA
10. Công văn 812/XNK-XXHH ngày 30/07/2020 hướng dẫn về chứng từ chứng nhận xuất xứ trong EVFTA

Sách, tạp chí

1. Edmund W. Sim, Stefano Inama, *Possible way forward: Self - certification* (Cambridge University Press 2015)
2. Singapore's submission, 'Singapore's experience in self-certification of origin' (APEC's Workshop 3, 04-05/04/2011)
3. UNCTAD, 'Rules of origin and origin procedures applicable to exports from least developed countries' <http://unctad.org/en/docs/ditctnecd20094_en.pdf>
4. Deloitte, 'Utilizing Free Trade Agreements Requires Robust Origin Management System' (India, 31/03/2020) <<https://tinyurl.com/ybzkx9m8>>
5. Brian Staples, Lê Thị Hồng Ngọc, Phạm Văn Hồng, *Sổ tay Quy tắc xuất xứ trong các FTA mà Việt Nam là thành viên* (Tháng 11/2017)
6. Tổ chức Hải quan thế giới, *Hướng dẫn chứng nhận xuất xứ* (Tháng 06/2018) <<https://tinyurl.com/y6np5t7p>>
7. Hải quan EU, 'Hướng dẫn về thuế quan ưu đãi' (CPG 129) (Tháng 06/2020) <<https://tinyurl.com/y639tysc>>
8. Bộ Công thương, EU - Vietnam MUTRAP, *EVFTA: Sổ tay cho doanh nghiệp Việt Nam* (Tháng 05/2016)

Danh mục nguồn điện tử

1. Bộ Công thương, 'Gia hạn đăng ký tự chứng nhận xuất xứ hàng hóa (REX) đến 31/12/2020' (Hà Nội, 23/07/2020) <<https://tinyurl.com/yyt9vquq>>
2. Bộ Công thương, 'Giải bài toán nguyên phụ liệu cho dệt may Việt Nam' (Hà Nội, 08/04/2020) <<https://tinyurl.com/y9bwwhjw>>
3. Cổng thông tin điện tử về EVFTA, 'Cam kết về Quy tắc xuất xứ' (evfta.moit.gov.vn) <<https://tinyurl.com/yx8r8ym6>>
4. '10 sự kiện nổi bật của Hải quan Việt Nam năm 2019' (Cục Hải quan tỉnh Quảng Trị, 18/12/2019) <<https://tinyurl.com/ydz2jm59>>
5. Ánh Dương, 'EVFTA và cơ hội mới cho ASEAN' (Bộ Thông tin và Truyền thông, 18/08/2020) <<http://ictvietnam.vn/evfta-va-co-hoi-moi-cho-asean-20200818004635759.htm>>
6. Thanh Hoa, 'Báo động gian lận xuất xứ' *Thời báo Kinh doanh* (30/12/2019) <<https://thoibaokinhdoanh.vn/viet-nam/bao-dong-gian-lan-xuat-xu-1064161.html>>
7. Thái Hoàng, 'Để tránh nguy cơ hàng nước ngoài 'đội lốt' hàng Việt' *Thời báo ngân hàng* (03/07/2019) <<https://thoibaonganhang.vn/de-tranh-nguy-co-hang-nuoc-ngoai-doi-lot-hang-viet-89571.html>>

⁴⁹ Tổ chức Hải quan thế giới, *Hướng dẫn chứng nhận xuất xứ* (Tháng 06/2018) <<https://tinyurl.com/y6np5t7p>> truy cập ngày 13/11/2020, 14

8. Uyên Hương, 'Doanh nghiệp sắp tự chứng nhận xuất xứ hàng hóa sang EU' *Báo Chính phủ* (01/05/2018) <<http://baochinhphu.vn/Kinh-te/DN-sap-tu-chung-nhan-xuat-xu-hang-hoa-sang-EU/335385.vgp>>

9. Ngọc Khanh, 'Hàng xuất khẩu có dễ "tự vượt rào" xuất xứ?!' *Thời báo Ngân hàng - Cơ quan của Ngân hàng nhà nước Việt Nam* (12/08/2020) <<https://tinyurl.com/y5qyuhbu>>

10. Bảo Ngọc, 'Quy tắc xuất xứ trong EVFTA: Hiểu đúng, hưởng lợi lớn' *Báo Công thương* (07/07/2020) <<https://congthuong.vn/quy-tac-xuat-xu-trong-evfta-hieu-dung-huong-loi-lon-140093.html>>

11. Lê Nguyễn, 'Thế khó của dệt may Việt Nam trước cơ hội EVFTA: Các địa phương từ chối dự án dệt nhuộm' *VietnamFinance* (10/06/2020) <<https://tinyurl.com/ybcwyhye>>

12. Hoa Quỳnh, 'Cảnh báo 12 sản phẩm xuất khẩu có nguy cơ bị điều tra phòng vệ thương mại, gian lận xuất xứ' *Tạp chí Tài chính* (Hà Nội, 16/04/2020) <<https://tinyurl.com/y58t5afg>>

13. Như Quỳnh, 'Doanh nghiệp cần làm gì để tự chứng nhận xuất xứ hàng hóa sang EU?' *Tạp chí Kinh tế và Dự báo - Cơ quan của Bộ Kế hoạch và Đầu tư* (16/05/2018) <<https://tinyurl.com/yyp9by>>

14. Kim Thu, 'Xuất khẩu mực, bạch tuộc sang hầu hết thị trường chính tăng' *Hiệp hội Chế biến và Xuất khẩu thủy sản Việt Nam* (25/09/2020) <<https://tinyurl.com/y4ozhko>>

15. Lê Thúy, 'Xuất khẩu sẽ "mất trắng" thị trường nếu gian lận xuất xứ' *Tạp chí Tài chính* (Hà Nội, 08/06/2020) <<http://tapchitaichinh.vn/tai-chinh-phap-luat/xuat-khau-se-mat-trang-thi-truong-neu-gian-lan-xuat-xu-323997.html>>

16. Tố Uyên, 'Gỡ vướng về quy tắc xuất xứ để doanh nghiệp tự tin đón "sóng" EVFTA' *Thời báo Tài chính Việt Nam* (Hà Nội, 07/07/2020) <<https://tinyurl.com/yy4tfgh6>>

Nhận xét

* **Giảng viên: Nguyễn Công Định - Khoa Luật Kinh tế**

1. Về phương pháp nghiên cứu

Bài nghiên cứu có sử dụng những phương pháp nghiên cứu phù hợp. Có tổng hợp và phân tích các thông tin liên quan đến cơ chế tự chứng nhận xuất xứ, có so sánh quy định của Việt Nam hiện tại với quy định của Pháp luật quốc tế (quy định trong các FTA). Khi đề xuất các giải pháp cho PLVN cũng có đối chiếu, so sánh với quy định PL của các nước trên thế giới như một cơ sở cho tính thực tế và khả thi của giải pháp.

2. Về hình thức

Bài viết được đầu tư cẩn chu về hình thức. Bài viết được trình bày gọn gàng, thống nhất. Đặc biệt các footnote được trích dẫn một cách khoa học, chính xác, và đúng quy chuẩn.

3. Về nội dung

- Ưu điểm

Bài viết được đầu tư về nội dung, có đưa ra và phân tích được những thông tin có liên quan để nhằm làm rõ được câu hỏi nghiên cứu;

Bài viết làm rõ được các quy định của EVFTA về cơ chế TCNXX, cũng như quy định này được nội luật hóa trong Luật VN như thế nào;

Bài viết có chỉ ra được bản chất của cơ chế TCNXX và có phân tích được tại sao cơ chế này lại cần thiết và thường được quy định trong các FTA thế hệ mới;

Bài viết có phân tích thực trạng áp dụng cơ chế TCNXX tại Việt Nam, chỉ ra được những bất cập còn tồn tại, từ đó là cơ sở vững chắc để đề ra những giải pháp khả thi để cơ chế TCNXX có thể được thực thi một cách hiệu quả tại Việt Nam trong thời gian sắp tới.

- Điểm cần cải thiện

Bài viết chưa chỉ rõ được điểm ưu thế của cơ chế TCNXX so với cơ chế cấp C/O truyền thống (ưu thế cho cả Cơ quan quản lý nhà nước lẫn nhà Xuất khẩu). Đây cũng là điểm mấu chốt để dự đoán liệu trong tương lai cơ chế TCNXX có trở nên phổ biến hơn hay không;

Một số nhận định trong bài viết còn thiếu cơ sở. Người đọc nên footnote cho toàn bộ các thông tin từ những nguồn khác khi đưa vào bài viết. Có nhiều thông tin là các nhận định nhưng người đọc không thể đánh giá là liệu nhận định đó có đáng tin cậy hay không bởi vì không biết được trích dẫn từ nguồn nào, tác giả là ai;

Về thực tiễn áp dụng cơ chế TCNXX tại Việt Nam, người viết chỉ nên tập trung vào chỉ ra hiện tại cơ chế này được sử dụng tại Việt Nam như thế nào, nhận định từ cả phía cơ quan quản lý và đặc biệt là từ phía doanh nghiệp ra sao đối với cơ chế này (doanh nghiệp có hào hứng với cơ chế mới? Tại sao doanh nghiệp có phản ứng như hiện tại? Nguyên nhân?);

Còn về quy định trong TCNXX, khi mà VN chưa nội luật hóa hoàn toàn được quy định về TCNXX thì giải pháp ở đây là gì, đây là một điểm quan trọng mà chưa thấy người viết có đề xuất (có thể so sánh với PL các nước EU xem họ quy định ra sao? Quy định như vậy có phù hợp và áp dụng được tại Việt Nam hay không?)

1. Về phương pháp nghiên cứu

Bài viết sử dụng phương pháp nghiên cứu phân tích, tổng hợp và so sánh là một lựa chọn tốt.

2. Về hình thức

Bố cục bài viết phù hợp, các mục được đầu tư cân đối. Tài liệu tham khảo phong phú, đa dạng và trích dẫn hợp lý.

3. Về nội dung

- Ưu điểm

Nội dung bài viết cho thấy sự đầu tư nghiên cứu của tác giả, không chỉ ở quy định EVFTA, pháp luật Việt Nam mà còn có các dẫn chiếu và so sánh pháp luật nước ngoài như EU, Ấn Độ, Singapore... Nội dung bài viết đã đưa ra phân tích làm nổi bật các ưu điểm, điều kiện áp dụng của cơ chế tự chứng nhận xuất xứ và thực tiễn pháp lý tại Việt Nam cũng như những khó khăn mà doanh nghiệp Việt Nam phải đối mặt. Một số bài học từ kinh nghiệm quốc tế được chọn lọc phân tích phù hợp nên các kiến nghị cụ thể và hữu ích.

- Điểm cần cải thiện

Nếu bài viết bổ sung các số liệu thống kê liên quan đến việc áp dụng tự chứng nhận xuất xứ tại Việt Nam sẽ phản ánh rõ hơn vấn đề đang xảy ra trong thực tiễn. Bài viết sẽ hữu ích và có tính tham khảo hơn đối với doanh nghiệp nếu tác giả có thể phân tích sâu hơn về hành động của cơ quan nhà nước có thẩm quyền và doanh nghiệp trong giai đoạn chuyển giao giữa việc áp dụng Giấy chứng nhận xuất xứ và tự chứng nhận xuất xứ. Ngoài ra, ngoài EVFTA, các hiệp định thương mại Việt Nam đã ký kết hoặc đang đàm phán có quy định về vấn đề tự chứng nhận xuất xứ này hay không? Bài viết sẽ hoàn thiện hơn nếu có so sự so sánh giữa các FTA mà Việt Nam là thành viên liên quan tới quy định này.

PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ SỰ KIỆN BẤT KHẢ KHÁNG TRONG VIỆC THỰC HIỆN HỢP ĐỒNG TRONG THỜI KỲ DỊCH BỆNH BÙNG PHÁT

Phạm Thụy Bảo Long (K195022C) & Nguyễn Thủy Tiên (K195022C),
Sinh viên Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG Tp.HCM

Trong quan hệ hợp đồng, có không ít những yếu tố ngăn cản việc thực hiện nghĩa vụ của các bên đã giao kết. Đặc biệt, trong thời kỳ dịch bệnh nhóm A, theo cách phân loại của pháp luật Việt Nam (sau đây gọi là “dịch bệnh”) bùng phát, việc xác định dịch bệnh và các sự kiện khác phát sinh liên quan có được xem là sự kiện bất khả kháng hay không là cần thiết để hạn chế những tổn thất đối với một bên trong hợp đồng mà bị ảnh hưởng bởi sự kiện bất khả kháng. Trên cơ sở phân tích các khía cạnh pháp lý của sự kiện bất khả kháng trong việc thực hiện hợp đồng ở thời kỳ dịch bệnh, bài viết nhằm mục đích xác định những khiếm khuyết và đề xuất một số kiến nghị liên quan đến quy định về sự kiện bất khả kháng của pháp luật Việt Nam.

Từ khóa: pháp luật Việt Nam, sự kiện bất khả kháng, thực hiện hợp đồng, dịch bệnh

In the process of performing contractual obligations, there are numerous factors preventing the contractual performance. Especially, in the period a type-A disease (as classified in the legal system of Vietnam, which is called shortly as “disease” afterwards), the determination whether an event could be considered a force majeure event is crucial in minimizing the damage to the parties of a contract, who are already affected by that force majeure event. From the basis of analyzing the legal aspects of force majeure, the article points out some deficiencies in Vietnam law on force majeure and offers some recommendations.

Keywords: Vietnam law, force majeure events, performance of contractual obligations, disease

1. Các khái niệm

1.1. Sự kiện bất khả kháng

1.1.1. Định nghĩa sự kiện bất khả kháng

Trong quá trình thực hiện hợp đồng có thể xảy ra những biến cố mà không xuất phát từ lỗi của bất kỳ bên tham gia hợp đồng nào, nằm ngoài khả năng dự đoán, kiểm soát của các bên và khiến hợp đồng không được triển khai theo đúng kế hoạch cũng như gây ảnh hưởng đến việc hoàn thành các điều khoản trong hợp đồng. Những biến cố này được gọi là sự kiện bất khả kháng. Trong tiếng Anh, sự kiện bất khả kháng được đặt với nhiều tên gọi như là “force majeure”, “act of God”, “unforeseen circumstances”, “exceptions”,... nhằm thể hiện các tính chất của sự kiện được nhắc đến

như không thể biết trước, vượt quá khả năng của con người.

Về định nghĩa của sự kiện bất khả kháng, Điều 156(1) Bộ luật Dân sự 2015 (“BLDS 2015”) quy định: “Sự kiện bất khả kháng là sự kiện xảy ra một cách khách quan không thể lường trước được và không thể khắc phục được mặc dù đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết và khả năng cho phép”. Những hiện tượng xã hội như đảo chính, bạo loạn, đình công, biểu tình, cấm vận, thay đổi chính sách của chính phủ,... và những hiện tượng tự nhiên như: hạn hán, động đất, sóng thần,... có thể được xem là sự kiện bất khả kháng trong nhiều văn bản quy phạm pháp luật của Việt Nam.¹

Trước đây, tại Điều 4(1) Quyết định số 42/2002/QĐ-BCN quy

định mưa, giông, bão, lũ, sấm sét,... cũng có thể được coi là sự kiện bất khả kháng. Tuy nhiên, trong các văn bản pháp luật thay thế Quyết định này như Quyết định số 31/2006/QĐ-BCN hay Thông tư 27/2013/TT-BCT không còn quy định theo hình thức liệt kê các trường hợp cụ thể được coi là sự kiện bất khả kháng mà có cách quy định giống với BLDS. Vậy vấn đề đặt ra là liệu những hiện tượng thời tiết tự nhiên như mưa, giông, bão, sấm sét,... có còn được coi là sự kiện bất khả kháng. Trên thực tế, chúng ta không thể căn cứ vào sức tàn phá của hiện tượng tự nhiên đó để xét rằng đó có phải sự kiện bất khả kháng hay không. Theo quan điểm của nhóm tác giả, nếu những hiện tượng nêu trên đáp ứng đủ những điều kiện được phân tích ở phần tiếp theo đây thì chúng sẽ

¹ Tham khảo thêm tại Mục 7, ‘Sự bùng phát của virus corona - Định nghĩa về sự kiện bất khả kháng theo pháp luật Việt Nam’ vnlaw.com (29/03/2020) <<https://bit.ly/2HrItRe>> truy cập ngày 10/12/2020

được coi là sự kiện bất khả kháng. Việc đồng nhất quy định theo BLDS là hợp lý bởi chúng ta cần đặt ra những chuẩn mực cụ thể để xem xét, đánh giá thay vì liệt kê một số trường hợp có tiềm năng trở thành sự kiện bất khả kháng một cách rập khuôn mà không xem xét tới hoàn cảnh cụ thể.

1.1.2. Điều kiện để một sự kiện được xem là bất khả kháng

Tùy theo pháp luật và thực tiễn mỗi quốc gia mà sự kiện bất khả kháng được nhìn nhận và xác định khác nhau. Pháp luật nước ta quy định một sự kiện được xem là sự kiện bất khả kháng thì cần thỏa mãn các điều kiện sau đây:

(1) Thứ nhất, sự kiện này phải xảy ra một cách khách quan. Có thể suy luận một cách hợp lý rằng, một sự kiện xảy ra một cách khách quan khi sự kiện đó xảy ra không theo ý chí của các bên. Hay nói cách khác, sự kiện đó không do các bên tạo ra hoặc phát sinh do lỗi chủ quan của các bên;²

(2) Thứ hai, sự kiện này không thể lường trước được. Cụ thể, không chỉ tại thời điểm giao kết hợp đồng mà ngay cả trong quá trình thực hiện hợp đồng, không bên nào có thể dự đoán được sự kiện đó sẽ xảy ra;³

(3) Thứ ba, hậu quả sau khi sự kiện xảy ra là không thể khắc phục được mặc dù bên không thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết và khả năng cho phép để khắc phục.⁴ Nghĩa là, khi xảy ra sự kiện, bên có nghĩa vụ theo hợp đồng phải áp dụng mọi biện pháp cần thiết và

khả năng cho phép để khắc phục các tác động của sự kiện đến hợp đồng nhằm mục đích thực hiện đúng và đầy đủ các cam kết và nghĩa vụ theo hợp đồng. Tuy nhiên, kết quả cuối cùng là các bên vẫn không thể hoàn thành nghĩa vụ theo hợp đồng đã ký kết.⁵

Có thể thấy, BLDS 2015 đã có những quy định về điều kiện xác định sự kiện bất khả kháng. Trong thực tế, người ta vẫn có thể tìm đến những quy định khác ngoài quy định về sự kiện bất khả kháng của BLDS 2015 để có cơ sở pháp lý bảo vệ quyền lợi của mình khi sự kiện bất khả kháng xảy ra.

Điều 79(1) Công ước Viên 1980⁶ (sau đây gọi là “CISG”) quy định: “Một bên không phải chịu trách nhiệm về việc không thực hiện nghĩa vụ nếu việc đó là do trở ngại nằm ngoài khả năng kiểm soát của họ và họ không thể tiên liệu một cách hợp lý vào thời điểm giao kết hợp đồng hoặc không thể khắc phục được trở ngại đó hoặc hậu quả của nó.” Ở đây, CISG không có định nghĩa cụ thể về sự kiện bất khả kháng, tuy nhiên các điều kiện xác định trở ngại và hệ quả khi một trở ngại xảy ra đã được quy định với các yếu tố cần và đủ là nằm ngoài khả năng kiểm soát, không thể biết được vào thời điểm giao kết hợp đồng và không thể khắc phục được. Các điều kiện bất khả kháng theo quy định của BLDS 2015 khá tương đồng với các điều kiện xác định trở ngại theo quy định của CISG. Do đó, bên cạnh các hợp đồng mua bán hàng hóa thuộc phạm vi áp dụng của Công ước, những quy định của CISG về

sự miễn trừ đối với trở ngại khách quan có thể được cân nhắc tham khảo khi soạn thảo điều khoản bất khả kháng trong hợp đồng mua bán hàng hóa nội địa.

1.2. Dịch bệnh

1.2.1. Khái niệm dịch bệnh

Pháp luật nước ta định nghĩa dịch bệnh, hay bệnh truyền nhiễm, là bệnh lây truyền trực tiếp hoặc gián tiếp từ người hoặc từ động vật sang người do tác nhân gây bệnh truyền nhiễm.⁷ Những tác nhân này là vi rút, vi khuẩn, ký sinh trùng và nấm có khả năng gây bệnh truyền nhiễm. Mặt khác, theo định nghĩa chuyên ngành thì dịch bệnh có thể được nhìn nhận là sự xuất hiện bệnh truyền nhiễm với số người mắc bệnh vượt quá số người mắc bệnh dự tính bình thường trong một khoảng thời gian xác định ở một khu vực nhất định.⁸

Xét theo cách phân loại bệnh truyền nhiễm của Luật Phòng, chống bệnh truyền nhiễm 2007, các nhóm bệnh khác nhau có khả năng lây truyền và mức độ nguy hiểm khác nhau. Bài viết tập trung vào các loại bệnh truyền nhiễm nhóm A, những loại bệnh này là những bệnh đặc biệt nguy hiểm, có khả năng lây truyền rất nhanh, phát tán rộng và tỉ lệ tử vong cao hoặc chưa rõ tác nhân gây bệnh. Một số bệnh truyền nhiễm nhóm A đã từng xuất hiện trên thế giới, bao gồm: bệnh cúm A-H5N1; bệnh dịch hạch; bệnh đậu mùa; bệnh sốt xuất huyết do vi rút Ebola, Lassa hoặc Marburg; bệnh sốt Tây sông Nile và các bệnh truyền nhiễm nguy hiểm mới phát sinh chưa rõ tác nhân

² Trương Nhật Quang, Ngô Thái Ninh, ‘Vấn đề miễn trách nhiệm dân sự do vi phạm nghĩa vụ thanh toán trong trường hợp bất khả kháng – Covid-19’ *Nghiên cứu lập pháp* (17/03/2020) <<http://www.lapphap.vn/Pages/TinTuc/210450/Van-de-mien-trach-nhiem-dan-su-do-vi-pham-nghia-vu-thanh-toan-trong-truong-hop-bat-kha-khang-Covid-19.html>> truy cập ngày 12/12/2020

³ Tlđđ, n2

⁴ BLDS 2015, Điều 156(1)

⁵ Lâm Tố Trang, ‘Bàn về việc miễn thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng trong trường hợp bất khả kháng - Covid-19’, *Tạp chí Dân chủ và Pháp luật* <<https://tcdcp.lmoj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/phap-luat-kinh-te.aspx?ItemID=340>> truy cập ngày 13/12/2020

⁶ Công ước của Liên Hợp Quốc về Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế (The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods - CISG)

⁷ Luật Phòng, chống bệnh truyền nhiễm 2007, Điều 2(1)

⁸ Hoàng Quốc Vũ, ‘Một số khái niệm, định nghĩa và tiêu chuẩn trong phòng chống dịch bệnh’, *Cổng thông tin điện tử Sở Y tế Quảng Trị* (13/9/2018) <<http://dohquangtri.gov.vn/thong-tin-y-hoc/tin-chuyen-mon/mot-so-khai-niem-dinh-nghia-va-tieu-chuan-trong-phong-chong.html>> truy cập ngày 30/8/2020

bệnh. Gần đây, thế giới đang phải đương đầu với một bệnh dịch mới, đó là đại dịch Covid-19, gây ảnh hưởng tiêu cực đến mọi hoạt động trong đời sống con người, đặc biệt là ảnh hưởng đến các hoạt động trao đổi, mua bán giữa các chủ thể kinh doanh.

1.2.2. Sự kiện bất khả kháng trong thời kỳ dịch bệnh bùng phát

Xét theo pháp luật nước ta, để xác định một sự kiện bất khả kháng cần xem sự kiện đó có đáp ứng đủ ba điều kiện đã được đề cập ở mục 1.1.2. hay không. Nhóm tác giả sẽ đánh giá và phân tích các trường hợp có thể xảy ra khi một dịch bệnh bùng phát và xác định trong trường hợp nào thì một sự kiện là sự kiện bất khả kháng.

Trong trường hợp hai bên đã giao kết hợp đồng trước khi dịch bệnh bùng phát và quá trình thực hiện hợp đồng diễn ra ngay trong thời gian dịch bùng phát, có khả năng gây ảnh hưởng đáng kể đến các hoạt động của con người thì trường hợp này đã đáp ứng điều kiện thứ nhất của sự kiện bất khả kháng: xảy ra một cách khách quan.

Về vấn đề không thể lường trước được và khả năng khắc phục của bên không thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng trước tình hình dịch bệnh, không thể chắc chắn rằng hai điều kiện này đã được đáp ứng.

Thứ nhất, việc hai bên có thể lường trước được những trở ngại mà dịch bệnh mang tới hay không tùy thuộc vào hoàn cảnh cụ thể. Trong tình huống hai bên ký kết hợp đồng trước khi dịch bệnh xảy ra, sau đó, khi dịch bệnh bùng phát, Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ ban hành những văn bản chỉ đạo

quan trọng về các biện pháp phòng, chống dịch, trong đó bao gồm biện pháp chủ đạo như giãn cách xã hội làm ảnh hưởng trực tiếp tới việc thực hiện nghĩa vụ hợp đồng của một bên thì dịch bệnh trong trường hợp này đáp ứng được điều kiện không thể lường trước được. Ví dụ, vào cuối tháng 10 năm 2019 một công ty xuất khẩu lao động tại Việt Nam đã ký hợp đồng cung ứng lao động với một công ty dịch vụ giúp việc tại Lào. Cuối tháng 3, đầu tháng 4 năm 2020, đến thời hạn đưa lao động qua phía tiếp nhận lao động, tình hình dịch bệnh Covid-19 diễn ra hết sức phức tạp, Chính phủ Việt Nam và Chính phủ Lào đã đưa ra quyết định tạm dừng các hoạt động qua lại biên giới đối với người tại các cửa khẩu chính, cửa khẩu phụ, đường mòn, lối mở tại khu vực biên giới Việt Nam - Lào.⁹ Trong tình huống này cả hai bên đều không thể lường trước được những quyết định của nhà nước đưa ra.

Mặt khác, trong trường hợp thời điểm giao kết hợp đồng được diễn ra sau thời điểm một dịch bệnh bùng phát, điều đó có nghĩa là các bên đã được biết đến ảnh hưởng và nguy cơ của dịch bệnh. Do đó các bên đã biết và lẽ ra phải có những biện pháp phòng ngừa dịch bệnh, đảm bảo việc thực hiện nghĩa vụ hợp đồng có thể tiếp tục. Dịch bệnh lúc này không đáp ứng điều kiện thứ hai và vì vậy không được xem là sự kiện bất khả kháng.

Thứ hai, dịch bệnh đó có thể không ngăn chặn hoàn toàn khả năng thực hiện nghĩa vụ của một bên trong hợp đồng, hoặc, nếu một bên trong hợp đồng không áp dụng mọi biện pháp cần thiết và khả năng cho phép để khắc phục (thực hiện nghĩa vụ hợp đồng), dịch bệnh đó không được xem là điều kiện bất khả kháng. Ví dụ, 'đối với các

hợp đồng thi công xây dựng, ảnh hưởng của Covid-19 có thể là: khó huy động nhân công, thiếu hụt lao động, thiếu hụt nguồn cung vật liệu, máy móc. Tuy vậy, hợp đồng vẫn có thể được thực hiện, vẫn thi công được trên công trường, chỉ có điều tiến độ sẽ chậm hơn, khó khăn hơn'.¹⁰ Vì vậy, điều kiện thứ ba nên được xem xét trong từng trường hợp cụ thể nhằm xác định trường hợp nào một dịch bệnh cụ thể có thể được xem là điều kiện bất khả kháng, qua đó xác định bên vi phạm hợp đồng có được miễn trách nhiệm hay không.

Trong trường hợp tại thời điểm dịch bệnh đang bùng phát, sau đó tình hình đã được dự báo sẽ trở nên khả quan hơn, khả năng lây nhiễm của dịch bệnh sẽ giảm, hai bên vì có được thông tin này nên quyết định giao kết hợp đồng. Sau một thời gian ngắn, dịch bệnh không trở nên khả quan như đã được dự đoán mà bùng phát trở lại, bên có nghĩa vụ hợp đồng vi phạm nghĩa vụ thì trường hợp này sẽ không được xem là sự kiện bất khả kháng với lý do: các bên trong hợp đồng đã biết đến dịch bệnh này từ trước, dịch bệnh vẫn chưa được đảm bảo đã chấm dứt, các bên lẽ ra phải có biện pháp phòng ngừa và giảm thiểu rủi ro đối với khả năng thực hiện nghĩa vụ hợp đồng của mình. Trong trường hợp này, dịch bệnh chỉ đáp ứng điều kiện xảy ra một cách khách quan, nhưng không thỏa mãn hai điều kiện: không lường trước được và đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết và khả năng cho phép.

Như vậy, khi dựa vào thời điểm giao kết một hợp đồng trong từng giai đoạn của dịch bệnh thì chỉ có trường hợp hợp đồng được giao kết trước thời điểm dịch bệnh bùng phát và quá trình thực hiện

⁹ 'Tạm dừng các hoạt động qua lại tại khu vực biên giới Việt Nam-Campuchia và Việt Nam-Lào', Cổng thông tin điện tử tỉnh Quảng Nam (31/03/2020) <quangnam.gov.vn/CMSPages/BaiViet/Default.aspx?IDBaiViet=32304> truy cập ngày 16/12/2020

¹⁰ VICMC, 'Covid-19: Câu chuyện pháp lý về force majeure, hardship và việc sử dụng hòa giải thương mại' vicmc.vn <<http://www.vicmc.vn/covid-19-cau-chuyen-phap-ly-ve-force-majeure-hardship-va-viec-su-dung-hoa-giai-thuong-mai.html>> truy cập ngày 15/09/2020

nghĩa vụ hợp đồng diễn ra giữa tâm dịch mới được xem xét có phải là sự kiện bất khả kháng hay không. Vậy nếu xét đến trường hợp dịch bệnh này được xem là một sự kiện bất khả kháng thì quyền và nghĩa vụ của các bên khi một sự kiện được xác định là sự kiện bất khả kháng được phân tích ở mục 2.

2. Quyền và trách nhiệm các bên đối với hợp đồng thương mại trong trường hợp dịch bệnh được xem là sự kiện bất khả kháng

2.1. Quyền của các bên

2.1.1. Quyền hoãn thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng song vụ

Trong hợp đồng song vụ: “Bên phải thực hiện nghĩa vụ trước có quyền hoãn thực hiện nghĩa vụ, nếu khả năng thực hiện nghĩa vụ của bên kia đã bị giảm sút nghiêm trọng đến mức không thể thực hiện được nghĩa vụ như đã cam kết cho đến khi bên kia có khả năng thực hiện được nghĩa vụ hoặc có biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ.”¹¹ Đồng thời, “Bên phải thực hiện nghĩa vụ sau có quyền hoãn thực hiện nghĩa vụ đến hạn nếu bên thực hiện nghĩa vụ trước chưa thực hiện nghĩa vụ của mình khi đến hạn.”¹² Điều kiện để áp dụng quy định về quyền hoãn thực hiện nghĩa vụ và điều kiện để áp dụng quy định về sự kiện bất khả kháng giống nhau ở việc khả năng thực hiện nghĩa vụ của bên có nghĩa vụ đã bị ảnh hưởng. Do đó, khi một sự kiện bất khả kháng xảy ra đối với các bên trong hợp đồng song vụ, quy định của BLDS 2015 về quyền hoãn thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng song vụ có thể được áp dụng. Trong hợp đồng song vụ, việc không thực hiện nghĩa vụ của một bên sẽ không bảo đảm lợi ích

của bên còn lại. Do đó, quyền hoãn thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng song vụ tạo điều kiện để tránh các trường hợp bên có quyền không được bảo đảm lợi ích nhưng vẫn phải thực hiện nghĩa vụ và như vậy sẽ giảm bớt rủi ro cho bên có quyền khi sự kiện bất khả kháng xảy ra.

2.1.2. Quyền kéo dài thời hạn và từ chối thực hiện nghĩa vụ hợp đồng

Các bên trong hợp đồng có quyền kéo dài thời hạn hợp đồng và từ chối thực hiện hợp đồng theo quy định của pháp luật. Theo quy định tại Điều 296(1) Luật thương mại 2005 (sau đây gọi là “LTM 2005”), khi xảy ra sự kiện bất khả kháng, các bên có thể thỏa thuận 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 vượt quá thời gian theo quy định tại Điều 296(1)(a)¹³ và 296(1)(b)¹⁴. Nếu kéo dài quá thời hạn này, các bên có quyền từ chối thực hiện hợp đồng và không bên nào có quyền yêu cầu bên kia bồi thường thiệt hại.

Ví dụ, hai người A và B giao kết hợp đồng vào ngày 01/09/2019, với thỏa thuận A phải giao hàng cho B vào ngày 01/06/2020. Tuy nhiên, vì dịch Covid-19 diễn biến thất thường nên A không thể hoàn thành nghĩa vụ hợp đồng đúng thời hạn. Trong trường hợp này, thời hạn giao hàng theo hợp đồng giữa A và B là (09 tháng), theo đó, khi đến thời hạn giao hàng, nếu A và B không có/không thể thỏa thuận được thời hạn kéo dài hợp

đồng thì A có quyền kéo dài thời hạn hợp đồng tối đa 05 tháng để khắc phục hậu quả và hoàn thành nghĩa vụ hợp đồng. Tương tự, nếu A và B thỏa thuận A phải giao hàng cho B vào ngày 01/10/2020, thời hạn giao hàng là 13 tháng thì A có quyền kéo dài thời hạn hợp đồng tối đa là 08 tháng.

Việc quy định về thời hạn hợp đồng tối đa được kéo dài là nhằm giúp bên vi phạm hợp đồng khắc phục hậu quả, tuy nhiên không được quá một thời hạn nhất định nhằm đảm bảo việc thực hiện nghĩa vụ hợp đồng phải trong một thời hạn hợp lý, hạn chế những thiệt hại cho bên không vi phạm hợp đồng. Nếu bên vi phạm hợp đồng có khả năng khắc phục trong một thời hạn thỏa thuận hoặc trong thời hạn theo quy định của LTM 2005, nếu không có/không thể thỏa thuận, thì sẽ đảm bảo một cách tương đối rằng thiệt hại cho hai bên là không quá đáng kể.

2.1.3. Quyền được miễn trách nhiệm dân sự

Đối với việc không thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng nói chung, nếu xảy ra sự kiện bất khả kháng, Điều 351(2) BLDS 2015 quy định: “Trường hợp bên có nghĩa vụ không thực hiện đúng nghĩa vụ do sự kiện bất khả kháng thì không phải chịu trách nhiệm dân sự, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác.” Còn về hợp đồng thương mại, Điều 294(1)(b) LTM 2005 quy định bên vi phạm hợp đồng được miễn trách nhiệm trong trường hợp xảy ra sự kiện bất khả kháng. Theo LTM 2005, các trường hợp được miễn trừ trách nhiệm khi xảy ra sự kiện bất khả kháng bao gồm: phạt vi phạm, bồi thường thiệt hại, tạm ngừng thực hiện hợp đồng, đình chỉ hợp đồng,

¹¹ BLDS 2015, Điều 411(1)

¹² BLDS 2015, Điều 411(2)

¹³ Điều 296(1)(a) quy định thời gian là năm (05) 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.

¹⁴ Điều 296(1)(b) quy định thời gian là tám (08) 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.

hủy bỏ hợp đồng.¹⁵

Trong trường hợp bên vi phạm hợp đồng vẫn có thể khắc phục được (có thể tiếp tục thực hiện hợp đồng) nhưng việc thực hiện hợp đồng sẽ gây thiệt hại nghiêm trọng cho bên vi phạm hợp đồng, lúc này bên vi phạm hợp đồng có thể áp dụng quy định về thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản tại Điều 420 BLDS 2015. Theo đó, bên bị ảnh hưởng có quyền yêu cầu bên kia đàm phán lại hợp đồng trong một thời hạn hợp lý. Nếu hai bên không thỏa thuận được về việc sửa đổi hợp đồng, một trong các bên có thể yêu cầu tòa án (1) chấm dứt hợp đồng tại một thời điểm xác định hoặc (2) sửa đổi hợp đồng để cân bằng quyền và lợi ích hợp pháp của các bên do hoàn cảnh thay đổi cơ bản. Khi so sánh với quy định về sự kiện bất khả kháng theo pháp luật Việt Nam, quy định về thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản là một cách giải quyết khác có tính linh hoạt và ít rủi ro hơn khi những sự kiện khách quan và không lường trước được xảy ra, có ảnh hưởng đến quá trình thực hiện hợp đồng của các bên.

2.2. Nghĩa vụ của các bên đối với hợp đồng khi xảy ra sự kiện bất khả kháng

Xét đến nghĩa vụ chứng minh trường hợp miễn trách nhiệm, bên vi phạm hợp đồng có nghĩa vụ chứng minh về trường hợp miễn trách nhiệm của mình theo Điều 295(3) LTM 2005. Nếu bên vi phạm không chứng minh được thì sẽ chịu trách nhiệm do vi phạm hợp đồng.

2.2.1. Nghĩa vụ của bên vi phạm hợp đồng trong việc chứng minh họ đã áp dụng mọi biện pháp và khả năng cho phép nhưng không thể khắc phục được

Để được miễn trách nhiệm khi sự kiện bất khả kháng xảy ra, bên vi phạm hợp đồng phải chứng minh rằng họ đã áp dụng mọi biện pháp và khả năng cho phép nhưng không thể khắc phục được. Ví dụ, trong một vụ tranh chấp:

[M]ột công ty Việt Nam bán gạo cho Phi-líp-pin. Tàu biển do người mua thuê đang trên đường đến Hải Phòng để nhận hàng thì người bán cho biết Thủ tướng Việt Nam đã quyết định dừng xuất khẩu gạo từ ngày 24/3/2020 để đảm bảo an ninh lương thực do Covid-19 nên không thể giao hàng cho tàu và coi đây là sự kiện bất khả kháng. Người mua cho rằng người bán phải chịu một phần thiệt hại do tàu sắp đến cảng. Quan điểm của người bán là người mua phải chịu toàn bộ thiệt hại vì không có hàng cho tàu do bất khả kháng là đúng.¹⁶

Ở đây, việc Thủ tướng Việt Nam quyết định dừng xuất khẩu gạo là một sự kiện không theo ý chí của cả bên bán và bên mua, cả hai bên đều không lường trước được sự kiện này và bên bán không thể có cách khắc phục nào khác do bên bán không được phép xuất khẩu gạo tại thời điểm yêu cầu của hợp đồng. Vì vậy, sự kiện này là một sự kiện bất khả kháng và bên bán không phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại.

Hoặc, khi một bên (A) trong hợp đồng có nghĩa vụ giao hàng cho bên còn lại (B). Tuy nhiên, bên A đã không giao hàng cho bên B với lý do dịch bệnh bùng phát. Trong trường hợp A và B ký kết hợp đồng trước

khi dịch bệnh bùng phát, để chứng minh dịch bệnh này là sự kiện bất khả kháng, A cần chứng minh mình đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết nhưng không thể khắc phục được. Cụ thể, A phải chứng minh những mình đã thực hiện những biện pháp phòng chống dịch bệnh, đảm bảo an toàn trong quá trình thực hiện nghĩa vụ hợp đồng; biện pháp bảo đảm hoàn thành nghĩa vụ hợp đồng như thuê/nhờ bên thứ ba thực hiện nghĩa vụ, tìm đối tác khác để mua hàng với mức giá cao hơn,... Đồng thời A phải cho thấy mức độ thiệt hại về tài sản do phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ hợp đồng và mức độ hoàn thành nghĩa vụ tương ứng với mức độ thiệt hại của mình. Các biện pháp như trên dù không được đề cập cụ thể theo quy định của BLDS 2015 và LTM 2005, nhóm tác giả cho rằng trong thực tế vẫn có thể dựa vào các tiêu chí này để xác định bên vi phạm hợp đồng đã áp dụng mọi biện pháp cho phép nhưng không thể khắc phục khi một dịch bệnh xảy ra.

Cần phải lưu ý rằng, bên vi phạm hợp đồng được miễn trách nhiệm không có nghĩa là được miễn thực hiện nghĩa vụ đã cam kết theo hợp đồng với bên còn lại, trừ trường hợp bên có quyền trong hợp đồng chủ động miễn một phần hoặc toàn bộ các nghĩa vụ đó cho bên có nghĩa vụ.¹⁷ Ví dụ, trong hợp đồng vay vốn: 'Bên vay không được miễn, giảm nghĩa vụ thanh toán nợ theo thỏa thuận trong hợp đồng, nhưng nếu chứng minh được việc không thanh toán đúng hạn là do chịu ảnh hưởng của dịch Covid-19 thì bên vay được miễn trách nhiệm đối với các khoản phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng đối với bên cho vay.'¹⁸

¹⁵ Xem thêm tại Chương VII về "Chế tài trong thương mại và giải quyết tranh chấp trong thương mại", Luật Thương mại 2005

¹⁶ Ngô Khắc Lễ, 'Trường hợp bất khả kháng' *viac.vn* <<https://www.viac.vn/tin-tuc-su-kien/truong-hop-bat-kha-khang-n923.html>> truy cập ngày 21/11/2020

¹⁷ Lâm Tố Trang, 'Bàn về việc miễn thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng trong trường hợp bất khả kháng - Covid-19' *Tạp chí Dân chủ & Pháp luật* <<https://tcdclp.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/phap-luat-kinh-te.aspx?ItemID=340>> truy cập ngày 13/09/2020

¹⁸ Lê Đình Vinh & Nguyễn Thanh Hà, 'Dịch Covid-19 có phải là sự kiện bất khả kháng để doanh nghiệp được miễn nghĩa vụ theo hợp đồng?' *Law Firm & Intellectual Property Agent* (09/04/2020) <<http://vietthink.vn/vi/tin-tu-vietthink.nd/dich-covid-19-co-phai-la-su-kien-bat-kha-khang-de-doanh-nghiep-duoc-mien-thuc-hien-nghia-vu-theo-hop-dong.html>> truy cập ngày 15/09/2020

Tuy nhiên, bên vi phạm hợp đồng vẫn phải thực hiện nghĩa vụ hợp đồng của mình. Việc thực hiện nghĩa vụ hợp đồng có thể được gia hạn thời hạn với điều kiện bên vi phạm hợp đồng phải tiếp tục thực hiện và hoàn thành nghĩa vụ hợp đồng.

Việc chứng minh này phải cho thấy sự kiện ngăn chặn khả năng thực hiện hợp đồng của bên vi phạm hợp đồng đã đáp ứng đủ 3 điều kiện đã đề cập, có thể thông qua việc cung cấp các bằng chứng như văn bản của công ty, văn bản của nhà nước về các vấn đề liên quan,... Trong thời kỳ dịch bệnh bùng phát, việc chứng minh dịch bệnh đáp ứng điều kiện khách quan và không lường trước được có lẽ sẽ đơn giản hơn so với việc chứng minh rằng bên vi phạm hợp đồng đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết và khả năng cho phép nhưng không thể khắc phục. Vì vậy, sẽ hợp lý hơn nếu trong văn bản thông báo có kèm theo các văn bản pháp luật, quyết định hành chính được ban hành nhằm hạn chế sự lây lan của dịch bệnh,¹⁹ văn bản chứng nhận của cơ quan có thẩm quyền, tài liệu, chứng cứ hợp pháp có giá trị chứng minh. 'Nếu một bên gửi cho bên kia một thông báo về sự kiện bất khả kháng mà không có tài liệu chứng minh thì chắc chắn sẽ không được chấp nhận.'²⁰ Ví dụ, năm 1993, công ty Vegetexco của Việt Nam đã ký một hợp đồng xuất khẩu dưa sang Nga trong vụ đông xuân trước khi thu hoạch một tháng. Miền Bắc bị một đợt sương muối nặng; miền trung là vùng trồng dưa lớn thứ hai bị bão sớm đổ bộ làm hư hỏng gần hết. Kết quả là Vegetexco chỉ thực

hiện được 65% hợp đồng đã ký. Để được miễn trách nhiệm trong trường hợp này, Vegetexco đã phải xin Giấy chứng nhận của Ủy ban nhân dân các cấp nơi xảy ra thiên tai, Giấy chứng nhận của Tổng cục khí tượng thủy văn và Giấy chứng nhận bất khả kháng của Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam. Khi có đầy đủ bằng chứng như vậy, đối tác của Vegetexco đã chấp nhận coi đó là một sự kiện bất khả kháng và miễn trách nhiệm bồi thường cho công ty Vegetexco.²¹

2.2.2. Nghĩa vụ của bên vi phạm hợp đồng trong việc thông báo và xác nhận trường hợp miễn trách nhiệm

Khi xảy ra sự kiện bất khả kháng, bên vi phạm hợp đồng do sự kiện bất khả kháng phải thông báo cho bên còn lại của hợp đồng về sự kiện bất khả kháng trong một thời hạn hợp lý. Theo quy định tại Điều 295(1)²² và 295(2)²³ LTM 2005, bên vi phạm hợp đồng có nghĩa vụ thông báo về trường hợp miễn trách nhiệm, những hậu quả có thể xảy ra. Khi trường hợp miễn trách nhiệm **chấm dứt**, bên vi phạm hợp đồng có nghĩa vụ thông báo, nếu không thông báo hoặc không thông báo kịp thời sẽ phải bồi thường. Những quy định này có điểm tương đồng nhất định với quy định về **nghĩa vụ thông báo khi vi phạm nghĩa vụ hợp đồng do sự kiện bất khả kháng và trách nhiệm bồi thường thiệt hại do không thông báo hoặc không thông báo kịp thời** tại Điều 79(4) CISG: Bên không thực hiện nghĩa vụ phải thông báo cho bên kia biết về trở ngại và ảnh hưởng của nó đối với

khả năng thực hiện nghĩa vụ. Nếu không thông báo trong một thời hạn hợp lý từ khi bên không thực hiện nghĩa vụ đã biết hay đáng lẽ phải biết về trở ngại đó thì họ sẽ phải chịu trách nhiệm về những thiệt hại do việc bên kia không nhận được thông báo. Như vậy, thông báo là nghĩa vụ của bên không thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng trong sự kiện bất khả kháng, việc thông báo này nhằm xác nhận với bên còn lại trong hợp đồng rằng khả năng thực hiện nghĩa vụ hợp đồng của bên vi phạm hợp đồng đã bị ảnh hưởng bởi sự kiện bất khả kháng.

Mặt khác, nếu bên vi phạm hợp đồng có bị ảnh hưởng bởi sự kiện bất khả kháng nhưng không thông báo hoặc thông báo không trong một thời hạn hợp lý về sự kiện bất khả kháng và làm ảnh hưởng đến quyền lợi của bên còn lại thì bên vi phạm hợp đồng hiển nhiên có trách nhiệm bồi thường.

So sánh quy định của CISG và quy định của LTM 2005 về nghĩa vụ thông báo, có thể thấy rằng CISG và LTM 2005 đều đề cập đến hậu quả mà bên vi phạm hợp đồng phải chịu khi không thông báo về trường hợp miễn trách nhiệm và những hậu quả có thể xảy ra. Ngoài ra, LTM 2005 còn có quy định về hậu quả đối với việc không thông báo khi trường hợp miễn trách nhiệm chấm dứt. Điều này có thể được hiểu rằng nếu bên vi phạm hợp đồng có hành vi (1) che giấu hoặc (2) cố tình tạo sự hiểu nhầm rằng bên vi phạm hợp đồng đã chịu sự tác động của sự kiện bất khả kháng để được miễn trách nhiệm, dù trong thực tế không phải là như vậy, thì bên vi phạm hợp đồng sẽ

¹⁹ 'Dịch COVID-19 có phải là sự kiện bất khả kháng?' Báo Pháp luật Thành phố Hồ Chí Minh (11/11/2020) <<https://plo.vn/phap-luat/dich-covid19-co-phai-la-su-kien-bat-kha-khang-949214.html>> truy cập ngày 21/11/2020

²⁰ Đỗ Minh Tuấn, 'Sự kiện bất khả kháng và một vài lưu ý trong thực tiễn áp dụng' Thông tin pháp luật dân sự (16/03/2010) <<https://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2010/03/16/4664/>> truy cập ngày 21/11/2020

²¹ Tham khảo thêm tại: Nguyễn Thị Hương, 'Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế trong điều kiện hội nhập kinh tế quốc tế' (Luận văn Thạc sĩ Luật học, Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội, 2014) <<https://bit.ly/2K4Kq7v>>

²² Điều 295(1) LTM 2005: "Bên vi phạm hợp đồng 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."

²³ Điều 295(2) LTM 2005: "Khi trường hợp miễn trách nhiệm chấm dứt, bên vi phạm hợp đồng phải thông báo ngay cho bên kia biết; nếu bên vi phạm không thông báo hoặc thông báo không kịp thời cho bên kia thì phải bồi thường thiệt hại."

phải chịu trách nhiệm.

3. Khó khăn trong việc áp dụng quy định về sự kiện bất khả kháng trong thời kỳ dịch bệnh tại Việt Nam

Theo quy định của pháp luật Việt Nam, ngoài những cơ sở pháp lý, các bên trong hợp đồng còn có các thỏa thuận để hạn chế những rủi ro cho mình khi một sự kiện bất khả kháng xảy ra. Tuy nhiên, việc áp dụng quy định về sự kiện bất khả kháng trong thực tế vẫn còn nhiều khó khăn.

Điều kiện để xác định sự kiện bất khả kháng đã được quy định tại BLDS 2015. Tuy nhiên, câu hỏi cần đặt ra là làm thế nào để đánh giá một điều kiện đã được thỏa mãn. Cụ thể, việc xác định khả năng các bên trong hợp đồng có thể lường trước một sự kiện khách quan có thể làm ảnh hưởng đến việc thực hiện hợp đồng hay không chưa được quy định rõ ràng. Có quan điểm cho rằng có thể áp dụng tiêu chuẩn này trên cơ sở xem xét liệu một người bình thường trong hoàn cảnh tương tự có thể lường trước được việc xảy ra một sự kiện như thế hay không; nếu xem xét trên góc độ một người bình thường có thể lường trước được một sự kiện sẽ xảy ra thì sự kiện đó không nên được coi là một sự kiện bất khả kháng.²⁴ Nhóm tác giả nhận thấy rằng đây là một quan điểm hợp lý vì với cùng hoàn cảnh mà một người bình thường có thể lường trước được thì lẽ ra các bên tham gia hợp đồng cũng có thể lường trước được. Và vì vậy nên các bên cần xem xét, tìm ra biện pháp giải quyết nhằm tránh hoặc hạn chế tối đa rủi ro, thiệt hại mà sự kiện bất khả kháng đó đem lại.

Ví dụ, trong đợt dịch Covid-19 lần thứ hai tại Việt Nam, mọi người đều đã biết về sự bùng phát dịch và các cơ quan có thẩm quyền đã thực hiện các biện pháp nhằm hạn chế, kiểm soát và loại bỏ dịch bệnh này. Do đó, các bên giao kết hợp đồng sau khi dịch bệnh này bùng phát thì đã phải thấy trước tác động tiềm tàng của dịch bệnh đối với khả năng thực hiện nghĩa vụ của họ và cần áp dụng các biện pháp phòng ngừa để khắc phục ảnh hưởng và đảm bảo việc thực hiện nghĩa vụ hợp đồng.²⁵

Thêm vào đó, BLDS 2015 cũng chưa đặt ra tiêu chí để đánh giá nỗ lực khắc phục của một bên là hợp lý và trong khả năng cho phép hay không. Tương tự với quan điểm ở trên, có quan điểm cho rằng có thể nhìn từ góc độ các biện pháp khắc phục mà một người bình thường trong hoàn cảnh tương tự có thể áp dụng.²⁶ Quan điểm này cũng có thể được xem là hợp lý bởi nếu xem biện pháp khắc phục của một người bình thường khi dịch bệnh xảy ra là chấp nhận được, biện pháp khắc phục nhằm cố gắng thực hiện nghĩa vụ hợp đồng của bên vi phạm hợp đồng cần tương xứng với biện pháp khắc phục của một người bình thường. Nhóm tác giả cho rằng pháp luật Việt Nam có thể quy định rõ ràng hơn về các tiêu chí để đánh giá nỗ lực khắc phục của bên vi phạm hợp đồng là hợp lý và trong khả năng cho phép như: thời gian đã bỏ ra để khắc phục, mức độ thiệt hại về tài sản, loại biện pháp đã áp dụng đối với từng loại sự kiện bất khả kháng,... Trong trường hợp muốn xác định dịch bệnh là sự kiện bất khả kháng thông qua nỗ lực khắc phục của bên vi phạm hợp đồng,

nhóm tác giả cho rằng có thể xem xét liệu rằng bên vi phạm hợp đồng đã áp dụng các biện pháp phòng ngừa dịch bệnh, đã thật sự bị thiệt hại đáng kể về tài sản,... hay chưa.

4. Đề xuất, kiến nghị

Nhóm tác giả cho rằng sẽ hợp lý hơn nếu bên bị vi phạm có trách nhiệm trong việc hỗ trợ khắc phục ảnh hưởng của sự kiện bất khả kháng đối với việc thực hiện hợp đồng. Cụ thể, bên không vi phạm hợp đồng có thể chủ động cung cấp các thông tin, tài liệu cần thiết cho bên vi phạm hợp đồng khi bên vi phạm hợp đồng yêu cầu nhằm mục đích chứng minh việc vi phạm hợp đồng của mình là do sự kiện bất khả kháng.

Trong thực tiễn các giao dịch, điều khoản về sự kiện bất khả kháng ít được các bên quan tâm và đôi khi không được soạn thảo kỹ để có thể phản ánh đúng những thỏa thuận của các bên. Do vậy, điều khoản sự kiện bất khả kháng cần được soạn thảo kỹ lưỡng vì cơ quan xét xử đôi khi rất do dự trong việc xác định một sự kiện là sự kiện bất khả kháng nếu không dựa thỏa thuận của các bên trong hợp đồng.²⁷ Theo quan điểm của nhóm tác giả, khi giao kết hợp đồng, các bên cần lường trước và có thỏa thuận rõ ràng về quyền, nghĩa vụ và phương án giải quyết khi sự kiện bất khả kháng xảy ra.

Tham khảo Luật Hợp đồng năm 1999 của nước Cộng hòa Nhân dân Trung Hoa (Contract law of the People's Republic of China)²⁸, Điều 94(1) quy định các bên trong hợp đồng được phép chấm dứt hợp đồng trong trường hợp mục đích của hợp đồng không thể đạt được do sự kiện bất khả kháng. Ngoài

²⁴ Tlđđ, n2

²⁵ Nguyễn Trung Nam, 'Covid-19: Ý nghĩa của sự kiện bất khả kháng tại Việt Nam' *viac.vn* (10/04/2020) <<https://www.viac.vn/tin-tuc-su-kien/covid19-y-nghia-cua-su-kien-bat-kha-khang-tai-viet-nam-n856.html>> truy cập ngày 29/09/2020

²⁶ Tlđđ, n2

²⁷ Bùi Tiến Long, 'Sự kiện bất khả kháng - Có thể dự liệu được những điều chưa biết không?' *Tin & Tam Law Firm* (06/2016) <<https://www.tintampartners.com/su-kien-bat-kha-khan-co-the-du-lieu-duoc-nhung-dieu-chua-biet-khong.html>> truy cập ngày 15/09/2020

²⁸ Luật Hợp đồng năm 1999 của nước Cộng hòa Nhân dân Trung Hoa <<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/52923/108022/F1916937257/CHN52923%20Eng.pdf>>

ra, Điều 117 quy định “Nếu hợp đồng không thể được hoàn thành do sự kiện bất khả kháng, nghĩa vụ có thể được miễn toàn phần hoặc một phần tùy theo mức độ ảnh hưởng của sự kiện bất khả kháng, trừ khi luật có quy định khác. Nếu sự kiện bất khả kháng xảy ra sau quá trình hoàn thành hợp đồng bị trì hoãn, nghĩa vụ của các bên liên quan có thể sẽ không được miễn.” Có thể thấy, đây là cách tiếp cận khác với pháp luật Việt Nam, đó là quy định nói trên cho phép các bên liên quan trong hợp đồng được miễn một phần hoặc toàn bộ nghĩa vụ, hoặc chấm dứt hợp đồng. Các nhà lập pháp có thể cân nhắc đến việc cho phép chấm dứt hợp đồng và miễn nghĩa vụ hợp đồng tùy theo từng trường hợp do quy định như trên sẽ góp phần tạo sự linh hoạt, giảm thiểu rủi ro cho các bên trong hợp đồng khi xảy ra sự kiện bất khả kháng.

Tham khảo hoạt động của Hội đồng Xúc tiến Thương mại Quốc tế tại Trung Quốc, trong đợt bùng phát dịch Covid-19 tại nước này, Hội đồng này đã cung cấp “force majeure certificates” (tạm dịch: chứng nhận bất khả kháng) cho các công ty mà tuyên bố rằng họ không đủ khả năng đáp ứng nghĩa vụ hợp đồng. Điều này nhằm bảo vệ các công ty khỏi những khiếu nại vi phạm hợp đồng có thể xảy ra được tuyên bố bởi đối tác. Tuy nhiên, những chứng nhận này không mặc định thỏa mãn các điều kiện được xem là sự kiện bất khả kháng theo luật nước Trung Quốc, Mỹ hay bất kỳ nước nào khác.²⁹ Có thể thấy đây chỉ là một hình thức hỗ trợ tạm thời nhằm củng cố các tuyên bố của các công ty khi gặp sự kiện bất khả kháng. Các công ty này vẫn cần phải thực hiện nghĩa vụ chứng minh, đưa ra bằng chứng cho thấy Covid-19 là sự kiện bất khả kháng.

Trong quá trình thực hiện hợp đồng, sự kiện bất khả kháng là dễ bắt gặp do những hiện tượng tự nhiên, hiện tượng xã hội luôn có nguy cơ xảy ra và có thể ảnh hưởng đến việc thực hiện nghĩa vụ hợp đồng của các bên. Do đó, việc chú ý đến các điều khoản bất khả kháng trong hợp đồng và theo quy định của pháp luật là không thể thiếu trong trường hợp một dịch bệnh xảy ra.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

Văn bản pháp luật

1. Công ước Viên 1980 - Công ước của Liên hợp quốc về mua bán hàng hóa quốc tế
2. Luật Hợp đồng năm 1999 của nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa
3. Bộ luật Dân sự 2015

²⁹ ‘Covid 19: Force majeure event?’ *Shearman & Sterling* (12/03/2020) <<https://www.shearman.com/perspectives/2020/03/covid-19--force-majeure-event>> truy cập ngày 15/09/2020

4. Luật Thương mại 2005

5. Luật Phòng, chống bệnh truyền nhiễm 2007

6. Quyết định của Bộ trưởng Bộ Công nghiệp số 42/2002/QĐ-BCN ngày 9 tháng 10 năm 2002 về việc ban hành quy định kiểm tra cung ứng, sử dụng điện và xử lý vi phạm hợp đồng mua bán điện

Nguồn điện tử

1. VICMC, ‘Covid-19: Câu chuyện pháp lý về force majeure, hardship và việc sử dụng hòa giải thương mại’ *vicmc.vn* <<http://www.vicmc.vn/covid-19-cau-chuyen-phap-ly-ve-force-majeure-hardship-va-viec-su-dung-hoa-giai-thuong-mai.html>>

2. Lâm Tố Trang, ‘Bàn về việc miễn thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng trong trường hợp bất khả kháng - Covid-19’ *Tạp chí Dân chủ & Pháp luật* <<https://tcdcpl.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/phap-luat-kinh-te.aspx?ItemID=340>>

3. Lê Văn Sua, ‘Bàn về sự kiện bất khả kháng và nguyên tắc suy đoán lỗi tại điều 584 Bộ luật Dân sự năm 2015’ *Bộ Tư pháp* (02/03/2017) <<https://moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/nguyen-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=2103>>

4. Trương Nhật Quang, Ngô Thái Ninh, Công ty luật TNHH YKVN, ‘Vấn đề miễn trách nhiệm dân sự do vi phạm nghĩa vụ thanh toán trong trường hợp bất khả kháng - Covid-19’ *Nghiên cứu lập pháp* (17/03/2020) <<http://www.lapphap.vn/Pages/TinTuc/210450/Van-de-mien-trach-nhiem-dan-su-do-vi-pham-nghia-vu-thanh-toan-trong-truong-hop-bat-kha-khang-Covid-19.html>>

5. ‘Sự kiện bất khả kháng - Những điểm còn “bỏ ngỏ” và góc tiếp cận mới’ *viac.vn* (03/04/2020) <<https://www.viac.vn/tin-tuc-su-kien/su-kien-bat-kha-khang-nhung-diem-con-bo-ngo-va-goc-tiep-can-moi-n849.html>>

6. Đỗ Minh Tuấn, ‘Sự kiện bất khả kháng và một vài lưu ý trong thực tiễn áp dụng’ *Thông tin pháp luật dân sự* (16/03/2010) <<https://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2010/03/16/4664/>>

7. Nguyễn Trung Nam, ‘Covid-19: Ý nghĩa của sự kiện bất khả kháng tại Việt Nam’ *viac.vn* (10/04/2020) <<https://www.viac.vn/tin-tuc-su-kien/covid19-y-nghia-cua-su-kien-bat-kha-khang-tai-viet-nam-n856.html>>

8. Ngô Khắc Lễ, ‘Trường hợp bất khả kháng’ *viac.vn* <<https://www.viac.vn/goc-nhin-trong-tai-vien/truong-hop-bat-kha-khang-a923.htm>>

9. ‘Dịch COVID-19 có phải là sự kiện bất khả kháng?’ *Báo Pháp luật Thành phố Hồ Chí Minh* (11/11/2020)

<<https://plo.vn/phap-luat/dich-covid19-co-phai-la-su-kien-bat-kha-khang-949214.html>>

Nhận xét:

*** Giảng viên: Nguyễn Phan Phương Tân - Khoa Luật Kinh tế**

1. Về phương pháp nghiên cứu

Các tác giả sử dụng phương pháp nghiên cứu chủ yếu là phân tích tổng hợp, có kết hợp với phương pháp so sánh giữa pháp luật Việt Nam và pháp luật một số quốc gia và pháp luật quốc tế. Do đó phương pháp nghiên cứu được vận dụng khá tốt. Tuy nhiên, phần nghiên cứu so sánh còn nặng tính liệt kê và số lượng chưa đủ để đưa ra đánh giá mang tính khách quan.

2. Về hình thức

Bài viết được trình bày tốt, khá logic, mạch lạc và bố cục cân đối.

3. Về nội dung

Nghiên cứu có cách tiếp cận tốt, đề tài nghiên cứu có tính cấp thiết cao, tuy nhiên các lập luận và đánh giá cần có cơ sở thuyết phục hơn.

- Ưu điểm

Tác giả lựa chọn được đề tài có tính cấp thiết cao, trong bối cảnh dịch bệnh covid còn chưa được giải quyết hoàn toàn, gây cản trở cho hoạt động kinh doanh thương mại của các chủ thể nói riêng và cả nền kinh tế nói chung. Cách tiếp cận phù hợp, đi từ vấn đề lý luận đến đánh giá thực tiễn và đưa ra một số giải pháp có cơ sở.

- Điểm cần cải thiện

Tại mục 1, phần lý luận cần đi tìm hiểu sâu hơn gốc rễ của khái niệm sự kiện bất khả kháng và dịch bệnh, để cho thấy mối liên hệ, làm nổi bật nguyên nhân vì sao dịch bệnh có khả năng khiến quy định hiện hành về sự kiện bất khả kháng cần được thay đổi.

Tại mục 3, tác giả nên nêu thêm nhiều dẫn chứng hoặc vụ việc cụ thể cho thấy sự bất cập của pháp luật Việt Nam liên quan đến dịch bệnh.

Tại mục 4, nhóm tác giả đưa ra kết luận “sự kiện bất khả kháng ít được các bên quan tâm và không được soạn thảo kỹ”, là dựa trên cơ sở nào? Cần có thống kê hoặc căn cứ cụ thể để chứng minh thuyết phục hơn.

Tương tự kết luận “cơ quan xét xử đôi khi rất do dự trong việc xác định một sự kiện là sự kiện bất khả kháng nếu không dựa thỏa thuận các bên trong hợp đồng” cũng chỉ mang tính cảm tính. “Đôi khi” ở đây có đại diện cho toàn bộ quan điểm của Tòa án?

*** Luật sư: Lê Trọng Thêm - Công ty Luật TNHH LTT & Các Cộng sự**

1. Về phương pháp nghiên cứu

- Bài viết có sử dụng các phương pháp nghiên cứu phù hợp.

2. Về hình thức

- Bài viết trình bày đẹp, ít lỗi chính tả.

- Bài viết có bố cục rõ ràng.

3. Về nội dung

- Ưu điểm

+ Nhóm tác giả có đầu tư nghiên cứu, biết khai thác vấn đề.

+ Bài viết có sử dụng minh họa để người đọc có thể nắm thêm thông tin.

+ Bài viết có trích dẫn các nguồn tài liệu và so sánh với pháp luật nước ngoài.

- Điểm cần cải thiện

+ Bài viết chưa khai thác sâu vấn đề đang trình bày, khiến người đọc còn mơ hồ về các luận điểm trong bài viết và cần có kết luận sau mỗi mục lớn để tóm lại các thông tin cần cung cấp cho người đọc.

+ Tác giả cần tập trung phân tích thêm về các trường hợp áp dụng sự kiện bất khả kháng liên quan đến dịch bệnh theo chủ đề của bài viết là “trong thời kỳ dịch bệnh bùng phát”.

+ Nhóm tác giả cần có những ví dụ minh họa thêm về thực tiễn tranh chấp giữa các bên trong hợp đồng thương mại khi áp dụng sự kiện bất khả kháng để từ đó cho thấy những khó khăn khi áp dụng trong thực tế.

+ Nhóm tác giả có thể đầu tư thêm thời gian để đề xuất những phương án giải quyết đối với những khó khăn hiện tại.

TƯ CÁCH PHÁP LÝ CỦA THAI NHI VÀ KIẾN NGHỊ BỔ SUNG QUY ĐỊNH VỀ QUYỀN ĐƯỢC SỐNG CỦA THAI NHI

Vũ Mai Như Huỳnh (K19502) & Trần Thị Hoàng Oanh (K19504),
Sinh viên Trường Đại học Kinh tế – Luật, ĐHQG Tp. HCM

Hiến pháp Việt Nam 2013 lần đầu tiên công nhận quyền được sống của con người một cách riêng biệt tại Điều 19: “Mọi người có quyền sống. Tính mạng con người được pháp luật bảo hộ. Không ai bị tước đoạt tính mạng trái luật”. Tuy nhiên một cá thể được xem là con người từ thời điểm nào thì pháp luật vẫn chưa làm rõ, gây ra nhiều ý kiến trái chiều¹ về thời điểm xác lập quyền được sống: quyền này bắt đầu từ thời điểm còn trong bụng mẹ hay sau khi sinh ra. Bài viết tập trung phân tích, làm rõ khái niệm thai nhi, từ đó chỉ ra những bất cập trong quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành về quyền được sống của thai nhi trong sự tương quan với một số quyền khác và đề xuất, kiến nghị sửa đổi.

Từ khóa: con người, quyền sống của con người, thai nhi, trẻ chưa sinh, quyền sống của thai nhi

The 2013 Constitution of Vietnam has firstly recognized the right to life of human beings at Article 19: “Everyone has the right to life. Human life is protected by law. No one may be deprived of life in contravention of law”. However, the law has not specified when an individual becomes a human being. Thus, there are numerous controversies about this issue: the right to life starts while the individual is still in the uterus of the mother or when he/she is born. This article analyzes and clarifies the definition of foetus, then indicates the inadequacies in Vietnamese law about the right to life of foetus concerning some other rights and gives recommendations to complete.

Keywords: human beings, right to life of human beings, foetus, unborn child, right to life of foetus

1. Định nghĩa thai nhi

1.1. Dưới góc độ sinh học

Thai nhi có thể được định nghĩa là con chưa sinh trong tử cung của người mẹ đại diện cho giai đoạn phát triển mô phân sinh cho đến khi sinh.² Quá trình phát triển của thai nhi trong bụng mẹ thường được chia thành 03 giai đoạn cơ bản là làm tổ, phôi và thai.³

(1) Giai đoạn làm tổ thường diễn ra từ 01 đến 02 tuần đầu sau khi tinh trùng kết hợp với trứng. Tại giai đoạn này, trứng sẽ “làm tổ” ở lớp trong của tử cung, để hấp thu

các dưỡng chất cần thiết cho sự phát triển dần dần.⁴

(2) Giai đoạn phôi thường kéo dài từ tuần lễ thứ 02 đến tuần thứ 12. Ở thời điểm này, hệ thống nuôi dưỡng phôi thai đã hình thành các mao mạch cung cấp máu, chất dinh dưỡng, năng lượng giúp quá trình phân chia và biệt hóa tế bào xảy ra ngày càng nhanh. Vào tuần thứ 09, quả tim thai nhi hình thành được bốn ngăn hoàn chỉnh. Đến tuần thứ 10-11 thai nhi thực sự có hình dáng một con người.⁵

(3) Giai đoạn thai thường bắt

đầu từ tuần thứ 12 cho đến khi sinh, đây là giai đoạn thai nhi đã đầy đủ cơ quan bộ phận chỉ cần lớn lên về kích thước và hoàn chỉnh về cơ năng.⁶ Với nền y khoa hiện đại, thai nhi đã có nhiều cơ hội sống độc lập và khỏe mạnh nếu người mẹ vì lý do nào đó buộc phải sinh non, lúc này thai nhi sẽ được chăm sóc tăng cường⁷ và tỷ lệ sống sót của thai nhi sinh non tăng dần theo số tuần thai.⁸

1.2. Dưới góc độ pháp lý

Điều 1 Công ước của Liên Hợp Quốc về Quyền trẻ em đều không

¹ ‘Quyền sống: Những vấn đề pháp lý còn bỏ ngỏ ở Việt Nam’ Tạp chí Tia Sáng (24/08/2020), <<http://redsvn.net/quyen-song-nhung-van-de-phap-ly-con-bo-ngo-o-viet-namx/>> truy cập ngày 29/8/2020

² Ghosh, Shampa, Raghunath, Manchala, Sinha, Jitendra Kumar, ‘Fetus’ Encyclopedia of Animal Cognition and Behavior, Springer International Publishing (2017), <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2F978-3-319-47829-6_62-1.pdf> truy cập ngày 19/08/2020

³ Trần Bá Thoại, ‘Phôi khác thai, trẻ em không phải là người thu nhỏ’ Dân trí (29/05/2018), <<https://bitly.com.vn/JyT9F>> truy cập ngày 19/08/2020

⁴ Tlđđ, n3

⁵ Tlđđ, n3

⁶ Tlđđ, n3

⁷ Lynn Sinclair, Jacqueline Stack, Robert Guaran, ‘Sinh trước 23 tuần’ The Neonatal Intensive Care Units Managers Group, <<https://bitly.com.vn/hacrpz>> truy cập ngày 21/09/2020

⁸ Biểu đồ 2, tlđđ, n7

nêu rõ từ thời điểm nào thì được coi là con người và trẻ em. Tuy Công ước có chỉ ra “trẻ em có nghĩa là mọi người dưới 18 tuổi”⁹, nhưng dưới 18 tuổi có phải được tính từ ngày đầu tiên tồn tại trong bụng mẹ hay không thì Công ước chưa khẳng định. Tại Việt Nam, Điều 1 Luật Trẻ em 2016 quy định trẻ em là người dưới 16 tuổi nhưng cũng không chỉ rõ dưới 16 tuổi có được tính từ khi còn trong bụng mẹ hay không. Như vậy, dưới góc độ sinh học thì thai nhi đã được định nghĩa nhưng dưới góc độ pháp luật thì khái niệm thai nhi chưa được quy định rõ ràng.¹⁰

Chuẩn luật số 18 Hợp chủng quốc Hoa Kỳ đã đề cập đến trẻ chưa sinh (unborn child), đứa trẻ đang ở trong tử cung (child in utero) và nghiêm cấm hành vi giết trẻ chưa sinh.¹¹ Tương tự, Hiến pháp Peru cũng quy định trẻ chưa sinh là “đối tượng có quyền đối với cuộc sống, sự toàn vẹn về thể chất”. Nhìn chung, các nước này không đưa ra khái niệm về thai nhi mà xem thai nhi là trẻ em chưa sinh và bảo vệ quyền lợi của đối tượng này.

Riêng ở Việt Nam, có nhiều chính sách bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của trẻ em. Luật Trẻ em 2016 quy định trẻ em có quyền sống; quyền được chăm sóc, nuôi dưỡng; quyền được giáo dục, học tập và phát triển năng khiếu,... Từ năm 2015, Việt Nam chọn tháng 06 hằng năm là Tháng hành động vì trẻ em, đây là hoạt động ý nghĩa được tổ chức nhằm bảo đảm cho trẻ em có sự phát triển toàn diện và thực hiện tốt hơn quyền trẻ

em, nhất là trẻ em nghèo, trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt khó khăn.¹² Ngày 26/5/2020 vừa qua Thủ tướng Chính phủ cũng đã ban hành Chỉ thị số 23/CT-TTg về việc tăng cường các giải pháp bảo đảm thực hiện quyền trẻ em và bảo vệ trẻ em. Thông qua các hoạt động này, có thể thấy tại Việt Nam cơ quan có thẩm quyền rất chú trọng bảo vệ quyền và lợi ích của trẻ em, trong khi đó thai nhi là trẻ em chưa được sinh ra lại không có tư cách pháp lý, không được đảm bảo quyền lợi cơ bản, cụ thể là quyền được sống.

2. Quyền được sống của thai nhi

2.1. Quyền được sống là quyền cơ bản của thai nhi

Một trong những quyền cơ bản của một con người là quyền được sống. Theo Điều 3 Tuyên Ngôn Quốc tế Nhân quyền 1948, mỗi cá nhân “có quyền được sống, tự do, và an toàn thân thể” và theo Điều 19 Hiến pháp Việt Nam “Mọi người có quyền sống. Tính mạng con người được pháp luật bảo hộ. Không ai bị tước đoạt tính mạng trái luật”. Tương tự, Điều 6(1) Công ước của Liên Hợp Quốc về Quyền trẻ em quy định rằng quyền được sống là quyền cố hữu và các quốc gia phải đảm bảo tối đa quyền này. Sở dĩ nói đây là quyền cố hữu bởi lẽ đây là quyền tự nhiên của con người và không cần đến sự ra đời của bất kỳ nhà nước nào. Nhà nước chỉ thừa nhận quyền chứ không ban cho con người quyền được sống. Do đó, quyền được sống là nhân quyền, là quyền mà mỗi con người đều có đơn giản vì họ là con người.¹³ Như đã phân tích ở mục 1.2, thai nhi chưa được thừa nhận

tư cách pháp lý như một con người nên ngay cả quyền cơ bản nhất là quyền được sống thai nhi cũng không được thừa nhận ở phần lớn các quốc gia trên thế giới.

Bên cạnh đó, Lời mở đầu Công ước của Liên Hợp Quốc về quyền trẻ em năm 1989 đã nêu: “do còn non nớt về thể chất và trí tuệ, trẻ em cần được chăm sóc và bảo vệ đặc biệt, kể cả sự bảo vệ thích hợp về mặt pháp lý *trước cũng như sau khi ra đời*”.¹⁴ Theo đó, các quốc gia có nghĩa vụ nhất định trong việc bảo vệ sự sống của trẻ em từ khi còn là bào thai. Trước khi nói đến các quyền lợi khác, quyền được sống là quyền căn bản mà pháp luật cần xem xét đến khi thai nhi nằm trong giai đoạn tồn tại tách biệt với cơ thể người mẹ vẫn có khả năng sống sót bởi lẽ quyền được sống là quyền cố hữu khi một cá thể (con người) tồn tại. Đơn cử như Hungary, Hiến pháp¹⁵ nước này ghi nhận “embryonic and foetal life shall be subject to protection from the moment of conception”, tạm dịch là “sự sống của thai nhi và phôi thai phải được bảo vệ từ thời điểm thụ thai” tại Điều 2. Theo đó, Hungary bảo vệ quyền được sống của thai nhi ngay từ thời điểm tinh trùng kết hợp với trứng tạo thành hợp tử. Tương tự, Hiến pháp Chile¹⁶ cũng ghi nhận sự sống của thai nhi tại Điều 19 “The law protects the life of the unborn”, tạm dịch là pháp luật bảo vệ sự sống trước khi sinh. Như vậy có thể nói, quyền được sống là quyền cơ bản của thai nhi trước khi xem xét bảo vệ các quyền lợi khác.

⁹ Công ước Liên Hợp Quốc về Quyền trẻ em, Điều 1

¹⁰ Sara Fovargue, José Miola, ‘The legal status of the fetus’ *Sage Journals* <<https://bitly.com.vn/essizb>> truy cập ngày 15/12/2020

¹¹ 18 U.S. Code § 1841. Protection of unborn children, <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1841>> truy cập ngày 15/12/2020

¹² Mỹ Ngọc, ‘Tuyên truyền Tháng hành động Vì trẻ em năm 2019’ *Sở Văn hóa Thể thao và Du lịch Tiền Giang* <<https://bitly.com.vn/ci2wffq>> truy cập ngày 15/12/2020

¹³ ‘Tóm lược về quyền con người’ *Bộ Ngoại giao Hoa Kỳ* (03/2018), <<https://photos.state.gov/libraries/vietnam/8616/ebook/humanrightinbrief.pdf>> truy cập ngày 18/10/2020

¹⁴ Công ước của Liên Hợp Quốc về quyền trẻ em, <https://www.unicef.org/vietnam/sites/unicef.org/vietnam/files/2018-08/03_-_Cong_uoc_LHQ_ve_quyen_tre_em_1989.pdf> truy cập ngày 18/08/2020

¹⁵ Hungary’s Constitution 2011, <https://www.constituteproject.org/constitution/Hungary_2011.pdf> truy cập ngày 15/12/2020

¹⁶ Chile’s Constitution of 1980 with Amendments through 2012, <https://www.constituteproject.org/constitution/Chile_2012.pdf#page=3&zoom=auto-107,585> truy cập ngày 17/12/2020

2.2. Quan điểm về việc công nhận quyền được sống của thai nhi trên thế giới

Hiện nay trên thế giới, có nhiều quan điểm về việc công nhận quyền được sống của thai nhi bao gồm:

(i) Cấm phá thai: Thừa nhận quyền được sống trước khi sinh như Cộng hòa Dominica¹⁷, Malta¹⁸. Ở quan điểm này, lợi ích của thai nhi được bảo đảm tối đa và không suy xét đến quyền lợi của người mẹ. Cấm phá thai tức là người mẹ không được phá thai trong bất kỳ trường hợp nào. Theo tác giả, điều này là chưa hợp lý bởi trên thực tế có rất nhiều lý do bất khả kháng khiến người mẹ không thể hoặc không muốn tiếp tục thai kỳ. Trong trường hợp mang thai ngoài ý muốn do cưỡng hiếp, loạn luân... quy định cấm phá thai đã xâm phạm nghiêm trọng đến quyền tự do của người phụ nữ - một trong những quyền con người cơ bản tại pháp luật các nước. Hoặc trường hợp thai phụ bị nhiễm bệnh nặng, điều kiện sức khỏe không đủ khả năng mang thai hoặc thai nhi bị dị tật bẩm sinh, việc tiếp tục thai kỳ có thể ảnh hưởng trực tiếp đến sự sống còn của cả mẹ và con, nếu được sinh ra thì đứa trẻ cũng có khả năng cao bị bệnh, sức khỏe yếu, khó có thể phát triển bình thường. Ví dụ tiêu biểu, năm 2019 tại Argentina xảy ra vụ việc bé gái 11 tuổi Lucia (tên đã được đổi) mang thai đôi do bị cưỡng hiếp nhưng phải đến tuần thứ 23 mới được mổ lấy thai do sự ngăn cản từ các nhà chức trách. Trong

phòng mổ, huyết áp của Lucia tăng vọt lên mức nguy hiểm đến tính mạng, thai nhi được lấy ra trong tình trạng còn sống nhưng bác sĩ cho biết sẽ không sống được lâu vì quá yếu.¹⁹

(ii) Cho phép phá thai có điều kiện như Ireland²⁰: Quan điểm này bảo đảm sự công bằng cho cuộc sống của cả người phụ nữ mang thai và trẻ chưa sinh bằng cách liệt kê các trường hợp cụ thể mà người mẹ buộc phải bỏ thai nhi. Ví dụ, ở Ireland, luật mới cho phép phụ nữ mang thai đang trong tình trạng nguy kịch tính mạng, bị ảnh hưởng sức khỏe nghiêm trọng được phép phá thai. Điều này là hợp lý so với quy định cấm phá thai triệt để ở Hiến pháp cũ bởi lẽ người mẹ có quyền quyết định phá thai khi phát hiện thai bị dị tật. Quan điểm này đảm bảo quyền tự do của người phụ nữ so với quan điểm (i) nhưng vẫn bảo vệ quyền được sống của thai nhi.

(iii) Tự do phá thai: Đặt quyền lợi của người mẹ lên hàng đầu, như hầu hết các nước thành viên Tổ chức Y tế Thế giới (WHO) ở châu Âu.²¹ Ở quan điểm này, người mẹ được quyền phá thai theo nguyện vọng dù thai nhi đã có hình hài đầy đủ và có cơ hội được sống dưới sự trợ giúp của y học nếu buộc phải sinh non, vậy quyền được sống của thai nhi phụ thuộc hoàn toàn vào ý chí của người mẹ. Như vậy, cho dù thai nhi có khả năng sống sót khỏe mạnh ở những tuần thai nhất định thì thai nhi vẫn không có quyền được sống.

Dựa trên tình hình thực tế về số

lượng ca nạo phá thai ở Việt Nam²², đặc biệt là các cơ sở tiến hành nạo phá thai có số tuần tuổi lớn vẫn còn tồn tại đáng kể²³, nhóm tác giả cho rằng mức độ (ii) là thích hợp. Người mẹ có quyền phá bỏ thai nhi vì lý do chính đáng nhưng tới giai đoạn thai nhi có thể tách khỏi cơ thể mẹ mà vẫn sống sót thì thai nhi cần được công nhận tư cách pháp lý và bảo vệ quyền được sống.

2.3. Thời điểm công nhận quyền được sống của thai nhi

Tương ứng với việc công nhận quyền được sống của thai nhi, thời điểm công nhận quyền được sống cũng gây nhiều tranh cãi, có 3 thời điểm nổi bật gồm:

Thời điểm một tinh trùng thâm nhập vào một tế bào trứng để tạo thành một hợp tử: Về mặt sinh học, vòng đời con người bắt đầu ngay từ quá trình thụ tinh, khi trứng và tinh trùng kết hợp với nhau, cả tế bào trứng và tế bào tinh trùng đều không còn tồn tại mà tạo thành một thực thể sống mới gọi là hợp tử.²⁴

Thời điểm bắt đầu hình thành phôi thai: Từ tuần thứ 9 đến tuần 12 là giai đoạn hình thành phôi và các cơ quan khác (não, tim, tủy sống). Phá thai chính là chấm dứt hoạt động của một trái tim đang đập.

Thời điểm thai nhi được sinh ra và còn sống: Thai nhi không được xem là con người bất kể từ thời điểm nào còn trong bụng mẹ. Sản phẩm của quá trình thụ tinh chỉ mới là một phức hợp của các yếu tố tế bào, là một "cục máu",

¹⁷ 'Những quốc gia có luật phá thai nghiêm ngặt nhất thế giới' *Lao Động* (17/06/2020), <<https://bitly.com.vn/dslAT>> truy cập ngày 21/08/2020

¹⁸ 'Abortion in Europe' *euro.who.int*, <[en59.pdf \(who.int\)](https://bitly.com.vn/en59.pdf)> truy cập ngày 15/12/2020

¹⁹ An Hồng, 'Bé gái 11 tuổi mang thai khiến dư luận Argentina dậy sóng' *VNExpress*, <[Bé gái 11 tuổi mang thai khiến dư luận Argentina dậy sóng - VnExpress](https://bitly.com.vn/Bé_gái_11_tuổi_mang_thai_khiến_dư_luận_Argentina_dậy_sóng_-_VnExpress)> truy cập ngày 15/12/2020

²⁰ Anh Thư, 'Quốc hội Ireland thông qua luật phá thai' *Tuổi Trẻ Online* <[Quốc hội Ireland thông qua luật phá thai - Tuổi Trẻ Online \(tuoitre.vn\)](https://bitly.com.vn/Quốc_hội_Ireland_thông_qua_luật_phá_thai_-_Tuổi_Trẻ_Online_(tuoitre.vn))> truy cập ngày 15/12/2020

²¹ Tlđđ, n18, 5

²² Việt Nam là nước đứng thứ năm trên thế giới và đứng đầu khu vực Đông Nam Á về tình trạng nạo phá thai, Thanh Mai, 'Báo động nạn phá thai ở người trẻ' *Nhân Dân điện tử* (10/02/2019), <[https://nhandan.com.vn/tin-tuc-y-te/bao-dong-nan-pha-thai-o-nguoi-tre-349344](https://bitly.com.vn/nhandan.com.vn/tin-tuc-y-te/bao-dong-nan-pha-thai-o-nguoi-tre-349344)> truy cập ngày 14/12/2020

²³ 'Bức tử thai nhi: Đại biểu Quốc hội nói cần coi đó là hành vi giết người' *Lao Động*, <[laodong.vn/y-te/buc-tu-thai-nhi-dai-bieu-quoc-hoi-noi-can-coi-do-la-hanh-vi-giet-nguoi-812889.lao](https://bitly.com.vn/laodong.vn/y-te/buc-tu-thai-nhi-dai-bieu-quoc-hoi-noi-can-coi-do-la-hanh-vi-giet-nguoi-812889.lao)> truy cập ngày 14/12/2020

²⁴ 'Life Cycle, Human' *Biology Reference*, <<https://bitly.com.vn/c8>> truy cập ngày 19/08/2020

một “mảnh mô của người mẹ”.²⁵ Thai nhi trong bụng mẹ dù phát triển đến mức nào thì đều phải phụ thuộc vào người mẹ, mà vòng đời của một con người thực sự chỉ bắt đầu khi nó trở nên độc lập với cá thể khác.

Tuy nhiên, theo quan điểm của tác giả thì thời điểm công nhận quyền được sống của thai nhi ở Việt Nam nên dựa trên thực tiễn y khoa có thể nuôi dưỡng thai nhi sống khỏe mạnh như người bình thường nếu thai nhi buộc phải sinh non ở tuần nào. Tuổi thai đối với thai nhi rất quan trọng, thai càng lớn tuổi thì khả năng sống sót càng cao. Theo số liệu thống kê của Thụy Điển vào những năm 2004-2007, khả năng sống sót của thai nhi ở tuần 26 dao động khoảng 85%²⁶ và ở tuần 25 là 81%²⁷ và ở Nhật Bản là 86% vào tuần thai 25 (năm 2003-2005).²⁸ Đặc biệt, ở Việt Nam, tỷ lệ đẻ non theo những nghiên cứu đơn lẻ khoảng 8-10%²⁹ và thai nhi đã có thể sống độc lập và phát triển bình thường nếu bị buộc phải tách khỏi cơ thể người mẹ vào tuần thứ 25 với tỷ lệ sống sót là 80%.³⁰ Đơn cử, đã ghi nhận trường hợp điều trị và nuôi dưỡng thành công một bé gái sinh non tại tuần 25 có cân nặng 500 gam ngay từ năm 2010.³¹ Thậm chí theo sự phát triển của y khoa, ở Việt Nam đã từng ghi nhận trường hợp cứu sống 2 bé sinh đôi có tuổi thai thấp nhất là 24 tuần tuổi vào năm

2018.³² Theo đó, công nhận quyền được sống của thai nhi vào tuần 25 khi thai nhi có tỷ lệ sống sót cao nếu vì nguyên nhân chính đáng buộc phải tách khỏi cơ thể mẹ, thai nhi vẫn có thể sống sót. Trong tương lai, có thể nền y khoa Việt Nam sẽ cứu sống được thai nhi ở tuần thai nhỏ hơn với tỷ lệ sống sót cao nhưng thời điểm hiện tại, con số 25 là thích hợp với tỷ lệ sống sót 80% tại Việt Nam.

Trên đây nhóm tác giả đã đưa ra lý do vì sao chọn tuần 25 là thời điểm công nhận quyền được sống dựa trên thực tiễn y học. Tiếp theo, nhóm tác giả sẽ chỉ ra nguyên nhân cần công nhận quyền được sống của thai nhi tại Việt Nam mặc dù pháp luật hiện hành đã có những quy định bảo vệ thai nhi gián tiếp thông qua mối quan hệ với người mẹ.

3. Những quy định liên quan đến quyền được sống của thai nhi trong pháp luật Việt Nam hiện hành và sự cần thiết phải công nhận quyền được sống của thai nhi

Hiện nay, pháp luật Việt Nam hiện hành có những điều khoản gián tiếp bảo vệ thai nhi thông qua mối quan hệ với người mẹ. Thứ nhất, theo Bộ luật Lao động 2019, trường hợp phụ nữ mang thai nếu tiếp tục làm việc sẽ gây ảnh hưởng xấu đến thai nhi, pháp luật cho phép họ có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động hoặc

tạm hoãn thực hiện hợp đồng lao động.³³ Quy định này trước hết nhằm bảo vệ sức khỏe, quyền lợi của lao động nữ mang thai, nhưng đã phần nào gián tiếp bảo vệ sự an toàn và khả năng phát triển bình thường cho cả thai nhi. Với mục đích tương tự, Điều 34 Luật Bảo hiểm xã hội 2014 cho phép lao động nữ được nghỉ việc 06 tháng hưởng chế độ thai sản trước và sau khi sinh con.³⁴ Ngoài giúp người mẹ có thời gian phục hồi sức khỏe, điều này còn tạo điều kiện để họ chuyên tâm chăm sóc con trong khoảng thời gian vô cùng quan trọng đầu đời. Các chuyên gia quốc tế kết luận rằng chỉ riêng việc cho con bú sớm và bú hoàn toàn trong 06 tháng đầu đã là một trong số các cơ hội to lớn giúp giảm tỷ lệ ốm đau và tử vong ở trẻ.³⁵ Căn cứ vào các quy định này, có thể thấy pháp luật Việt Nam đã có những quan tâm nhất định tới thai nhi chứ không chỉ riêng trẻ em. Thứ hai, Pháp lệnh Dân số 2013 với mục đích điều chỉnh dân số đã quy định một trong các hành vi bị nghiêm cấm là “lựa chọn giới tính thai nhi dưới mọi hình thức”, trong đó có “loại bỏ thai nhi”. Hành vi phá thai³⁶ trong khi biết rõ người đang mang thai muốn loại bỏ thai nhi vì lý do lựa chọn giới tính cũng bị phạt hành chính từ 7 - 15 triệu đồng.³⁷ Quy định cấm lựa chọn giới tính thai nhi được xem là việc bảo vệ thai nhi vì ở phương

²⁵ Dianne N. Irving, 'When do human beings begin? Scientific myths and scientific facts' *International Journal of Sociology and Social Policy* (1999), <<https://bitly.com.vn/BMmlg>> truy cập ngày 19/08/2020

²⁶ 'One-Year Survival of Extremely Preterm Infants After Active Perinatal Care in Sweden' *JAMA Network*, <<https://jamanetwork.com/article.aspx?doi=10.1001/jama.2009.771>> truy cập ngày 15/12/2020

²⁷ 'Survival of Infants Born at Periviable Gestational Ages' *NCBI*, <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5424630/>> truy cập ngày 15/12/2020

²⁸ Figure 2, t1dd, n26

²⁹ 'Hướng dẫn chẩn đoán và điều trị các bệnh sản phụ khoa' Bộ Y tế, <<https://bitly.com.vn/2yhxje>> truy cập ngày 15/12/2020

³⁰ T1dd, n7

³¹ Thiên Lam, 'Người mẹ đặc biệt của những em bé sơ sinh chỉ nặng 500gr' *Nhân Dân điện tử* (20/10/2018), <<https://nhandan.com.vn/tieu-diem/nguoi-me-dac-biet-cua-nhung-em-be-so-sinh-chi-nang-500gr-338557/>> truy cập ngày 18/10/2020

³² 'Trẻ sinh ở tuần thai nào thì được coi là sinh non?' *VINMEC*, <<https://www.vinmec.com/vi/tin-tuc/thong-tin-suc-khoe/san-phu-khoa-va-ho-tro-sinh-san-tre-sinh-o-tuan-thai-nao-thi-duoc-coi-la-sinh-non/>> truy cập ngày 15/12/2020

³³ Bộ luật Lao động 2019, Điều 138(1)

³⁴ Luật Bảo hiểm xã hội 2014, Điều 134(1) quy định “Lao động nữ sinh con được nghỉ việc hưởng chế độ thai sản trước và sau khi sinh con là 06 tháng. Trường hợp lao động nữ sinh đôi trở lên thì tính từ con thứ hai trở đi, cứ mỗi con, người mẹ được nghỉ thêm 01 tháng”.

³⁵ 'Một chế độ nghỉ thai sản ưu việt là sự đầu tư thông minh cho tương lai Việt Nam' *alive and thrive*, <<https://www.aliveandthrive.org/wp-content/uploads/2016/12/Maternity-leave-booklet-2012-Vietnamese.pdf>> truy cập ngày 15/10/2020

³⁶ 'Phá thai chính là sự kết thúc một chu kỳ thai nghén bằng cách loại bỏ phôi thai hoặc lấy thai nhi ra khỏi tử cung trước thời hạn sinh nở', <<https://medlatec.vn/tin-tuc/hau-qua-khon-luong-cua-viec-pha-thai-s195-n17852>> truy cập ngày 15/10/2020

³⁷ Nghị định 114/2006/NĐ-CP Về xử phạt vi phạm hành chính về dân số và trẻ em, Điều 9(3)(b)

đồng, tư tưởng trọng nam khinh nữ, muốn có con trai nối dòng vẫn còn tồn tại. Trong hoàn cảnh quy định chính sách dân số như hiện nay, không tránh khỏi việc tồn tại trường hợp biết giới tính con là nữ nhưng mong muốn có đứa con trai mà lựa chọn phá thai. Chính vì thế quy định này ra đời để bảo vệ thai nhi. Bên cạnh đó, pháp luật còn có quy định tất cả các hành vi phá thai trên 22 tuần đều là vi phạm pháp luật.³⁸ Như vậy, những quy định này không trực tiếp công nhận quyền được sống của thai nhi ở bất kỳ giai đoạn nào, nhưng đã gián tiếp góp phần bảo vệ quyền được sống, quyền được phát triển an toàn của thai nhi.

Tuy nhiên có một trường hợp pháp luật Việt Nam đề cập trực tiếp đến quyền lợi của thai nhi, Điều 660(1) Bộ luật Dân sự (sau đây gọi là BLDS) 2015 quy định: “Khi phân chia di sản, nếu có người thừa kế cùng hàng đã thành thai nhưng chưa sinh ra thì phải dành lại một phần di sản bằng phần mà người thừa kế khác được hưởng để nếu người thừa kế đó còn sống khi sinh ra được hưởng; nếu chết trước khi sinh ra thì những người thừa kế khác được hưởng”. Quy định này đã chỉ đích danh một trong những đối tượng có quyền lợi được hưởng thừa kế là thai nhi. Theo đó, khi tài sản được để lại cho thai nhi và mở thừa kế ngay tại thời điểm thai nhi chưa sinh ra thì phần tài sản này vẫn được giữ nguyên để thai sinh ra được thừa kế, trừ trường hợp thai nhi chết đi. Như vậy, pháp luật Việt Nam luôn có những quy định bảo vệ thai nhi, thậm chí chỉ đích danh thai nhi là một đối tượng có quyền lợi được chia tài sản thừa kế, quyền lợi này không khác với con người bình thường.

Mặt khác, theo Điều 30 BLDS 2015, thai nhi sinh ra được 24 giờ mới buộc phải đăng ký giấy khai

sinh, dưới 24 giờ thì chưa cần đăng ký trừ trường hợp cha mẹ đề có yêu cầu khác. Như vậy, trước thời điểm thai nhi được sinh ra và còn sống 24 giờ, pháp luật vẫn chưa có sự quan tâm đến tư cách pháp lý của đối tượng này. Điều 660 BLDS 2015 mặc dù tạo cho thai nhi cơ hội được hưởng quyền thừa kế nhưng đặt ra điều kiện phải còn sống sau khi được sinh ra mà thời điểm còn sống sau khi sinh ra được pháp luật quan tâm trao cho tư cách pháp lý là sau 24 giờ. Trong khi đó, thai nhi đã có thể sống sót ở tuần 25 nếu bị buộc phải tách khỏi cơ thể người mẹ. Mấu chốt ở đây là sống sót, như vậy việc bỏ ngỏ giai đoạn từ tuần 25 đến hết hai mươi bốn giờ là chưa hợp lý. Việc xác định thai nhi có quyền sống hay không và nếu có thì bắt đầu từ giai đoạn nào là cần thiết cho việc hoàn thiện, đảm bảo tính thống nhất của pháp luật hiện hành về chính sách bảo vệ thai nhi.

Bên cạnh đó, Quyết định số 4620/QĐ-BYT của Bộ Y tế và Điều 7(2) Pháp lệnh dân số năm 2003 quy định phụ nữ bị cấm phá thai to và phá thai vì lý do lựa chọn giới tính. Tuy nhiên trên thực tế hành vi giết thai nhi trên 25 tuần tuổi vẫn không bị coi là giết người mà chỉ bị khép vào tội phá thai trái phép gây ảnh hưởng đến sức khỏe, tính mạng của người mẹ theo Điều 316 Bộ luật Hình sự 2015 (sửa đổi, bổ sung 2017). Điều này chưa hợp lý bởi lẽ thai nhi 25 tuần tuổi đã có khả năng sống độc lập như một con người nếu buộc phải tách khỏi người mẹ vì lý do chính đáng. Pháp luật hiện hành đã hướng đến bảo vệ thai nhi bằng biện pháp cấm phá thai, tuy nhiên chế tài xử phạt đối với hành vi giết thai lớn là chưa phù hợp vì thai nhi chưa được xem là con người, do vậy không được quy vào tội giết người.

Từ những lý do trên, có thể thấy

những quy định gián tiếp bảo vệ đến quyền lợi và sự sống của thai nhi thông qua người mẹ là chưa đủ mà cần có những quy định trực tiếp, xác định thai nhi khi có khả năng sống sót độc lập như con người thì cần được tôn trọng và công nhận quyền được sống. Tuy nhiên, nhóm tác giả cũng xem xét đến sự công bằng về quyền được sống của thai nhi và quyền tự do của người mẹ.

4. Công nhận quyền được sống của thai nhi vào tuần 25 đảm bảo sự công bằng giữa quyền được sống của thai nhi và quyền tự do của người mẹ

Như đã phân tích ở trên, công nhận quyền được sống của thai nhi phải đi đôi với việc bảo đảm sự công bằng quyền tự do của người mẹ, không nên thiên vị bất kỳ bên nào, lấy ví dụ về án lệ về hậu quả của việc thiên vị một trong hai bên:

(i) Quyền lợi của thai nhi được ưu tiên hàng đầu: Trong vụ *State v. Ashley*, chính quyền Florida đã truy nã một người mẹ đơn thân 19 tuổi với tội ngộ sát vì cô ấy tự bắn vào bụng mình sau khi biết mình không nhận được trợ cấp y tế cho việc phá thai. Khi công nhận quyền sống của thai nhi, từ đó cấm triệt để việc phá thai thì phụ nữ mang thai sẽ bị đối xử khác thường chỉ vì họ đang mang thai và bị buộc phải tuân theo tiêu chuẩn không áp dụng cho bất kỳ đối tượng nào khác.³⁹

(ii) Quyền lợi của người mẹ được ưu tiên hàng đầu: tại Canada, một phụ nữ nghiện keo đang mang thai đứa con thứ tư được năm tháng. Do sự nghiện ngập của người mẹ, hai trong số những đứa con mà cô ấy sinh trước đây đã bị tàn tật vĩnh viễn và mãi mãi được đặt dưới sự giám hộ của bang. Vì thế, Tòa án tối cao Canada được yêu cầu trao quyền ưu tiên cho bào thai cao hơn người mẹ. Tuy nhiên, tòa án không

³⁸ Quyết định số 4620/QĐ-BYT ngày 25/11/2009 của Bộ Y tế Về việc ban hành Hướng dẫn quốc gia về các dịch vụ chăm sóc sức khỏe sinh sản

³⁹ 'What's wrong with the fetal rights' ACLU, <<https://bitly.com.vn/1cwwdbo>> truy cập ngày 23/9/2020

thể đưa ra phán quyết vì điều này trái ngược với việc thai nhi không có bất cứ tư cách pháp lý nào cho tới khi được sinh ra và sống sót.⁴⁰

Qua hai án lệ trên có thể thấy, quyền lợi của thai nhi gắn liền với người mẹ khi thai nhi không thể sống sót nếu tách khỏi mẹ. Trong điều kiện y tế Việt Nam chưa thể đáp ứng số lượng ca thai nhi mới thành hình tách khỏi người mẹ có khả năng sống sót cao, thì đặt quyền lợi của người mẹ lên hàng đầu là hợp lý, nhưng khi thai nhi đã có thể sống sót nhờ nền y học tiên tiến hiện nay, việc công nhận thai nhi là con người ngay từ tuần 25 và tăng nặng chế tài đối với hành vi giết thai nhi như hành vi giết người là cần thiết để đảm bảo công bằng cho đôi bên. Cần xem xét việc phá thai ở các tháng tuổi là khác nhau và chỉ rõ thời điểm nào thai nhi có quyền được sống như trẻ em, con người bình thường để có cơ sở pháp lý bảo vệ thai nhi và áp dụng chế tài nặng tương ứng với hành vi giết thai nhi có khả năng sống như người bình thường.

5. Đề xuất, kiến nghị

Thứ nhất, thai nhi cần được bảo vệ về mặt pháp lý, cần được công nhận quyền được sống ngay khi thai nhi có hình dạng như một con người bình thường và có thể sống độc lập nếu buộc phải tách khỏi cơ thể mẹ, cụ thể là ở giai đoạn thai tuần thứ 25. Nếu người mẹ vì bất kỳ lý do chính đáng nào mà phải bỏ đi đứa trẻ thì đến giai đoạn này đứa trẻ đã có khả năng sống sót cao, bất kỳ hành vi giết thai nhi nào ở giai đoạn này nên được xem là giết người.

Thứ hai, cần có những sửa đổi, bổ sung trong các văn bản pháp luật liên quan về quyền sống của thai nhi để các văn bản quy phạm pháp luật mang tính thống nhất:

(i) Luật Bảo vệ sức khỏe nhân dân năm 1989: Điều 44 quy định: “Phụ nữ được quyền nạo thai, phá thai theo nguyện vọng”. Dù được ban hành đã lâu nhưng luật vẫn còn hiệu lực và cũng cơ sở để người mẹ được phá thai theo mong muốn, điều này là không phù hợp với tình trạng thực tiễn. Tuy đã có Quyết định số 4620/QĐ-BYT ngày 25/11/2009 của Bộ Y tế về việc ban hành “Hướng dẫn quốc gia về các dịch vụ chăm sóc sức khỏe sinh sản” cấm tất cả các hành vi phá thai trên 22 tuần, nhưng cần phải quy định có hệ thống từ luật đến những văn bản dưới luật cấm phá thai trên 22 tuần tuổi.

(ii) Bộ luật Hình sự 2015 (sửa đổi, bổ sung 2017): Điều 316 quy định: “Người nào thực hiện phá thai trái phép làm chết 02 người thì bị phạt tù từ 03 năm đến 07 năm”. Đáng chú ý là điều luật này sử dụng cụm từ “chết 02 người”, tức là người mẹ và thai nhi nằm

trong bụng, dễ gây lầm tưởng thai nhi cũng là người (nhưng trên thực tế thai nhi chưa được công nhận quyền được sống). Bên cạnh đó, điều luật nằm trong chương “Các tội khác xâm phạm an toàn công cộng” chứ không nằm trong chương “Các tội xâm phạm tính mạng, sức khỏe, nhân phẩm, danh dự của con người”.

Từ (i) và (ii), nhóm tác giả đề xuất đưa tội phá thai trái phép từ tuần 25 (thai nhi có thể sống khi tách khỏi mẹ) vào nhóm tội xâm phạm tính mạng con người. Trước tuần 25, khả năng sống sót của thai nhi vẫn còn phụ thuộc vào người mẹ và chưa có khả năng tồn tại như một cá thể độc lập nên chưa công nhận quyền được sống mà chỉ bảo vệ quyền sống tối đa thông qua các quy định cấm phá thai như luật hiện hành.

6. Tổng kết

Trong 41 tuần phát triển của thai nhi, việc được công nhận tư cách pháp lý và có quyền được sống từ giai đoạn nào là một vấn đề vô cùng quan trọng bởi lẽ quyền được sống là quyền tự nhiên, cơ bản nhất. Nếu pháp luật chỉ coi trọng và bảo vệ quyền của thai nhi một cách gián tiếp mà không có một sự thừa nhận cụ thể nào thai nhi vẫn không có quyền được sống cho đến khi được sinh ra và sống sót.⁴¹

Trong thời gian tới, cần phải cụ thể hóa vấn đề quyền được sống của thai nhi trong các văn bản quy phạm pháp luật, sao cho những quy định đó nhằm mục đích bảo vệ quyền của thai nhi và phù hợp với chuẩn mực của xã hội, đảm bảo tính thống nhất, chặt chẽ của hệ thống pháp luật về vấn đề này.

Danh mục tài liệu tham khảo

Văn bản pháp luật

1. Tuyên ngôn Toàn thế giới về Quyền con người 1948
2. Công ước Liên Hợp Quốc về Quyền Trẻ em
3. Constitution of Peru
4. Constitution of Hungary
5. Constitution of Chile
6. The U.S. Code Title 18
7. Hiến pháp 2013
8. Bộ luật Dân sự 2015
9. Bộ luật Hình sự 2015 (được sửa đổi, bổ sung năm 2017)
10. Bộ luật Lao động 2019
11. Luật Bảo vệ sức khỏe nhân dân 1989

⁴⁰ Sara Fovargue, Jose Miola, ‘The legal status of the fetus’ *Sage Journals*, <<https://bitly.com.vn/em7snv>> truy cập ngày 23/9/2020

⁴¹ Tlđđ, n1

12. Luật Bảo hiểm xã hội 2014

13. Luật Trẻ em 2016

14. Pháp lệnh Dân số 2003

15. Nghị định số 114/2006/NĐ-CP về xử phạt vi phạm hành chính về dân số và trẻ em

16. Nghị định số 158/2005/NĐ-CP về đăng ký và quản lý hộ tịch

17. Quyết định số 4620/QĐ-BYT ngày 25/11/2009 của Bộ Y tế Về việc ban hành «Hướng dẫn quốc gia về các dịch vụ chăm sóc sức khỏe sinh sản»

Bản án

1. State v. Ashley, 670 So.2d 1087 (Fla.App. 2d DCA 1996)

Nguồn điện tử

1. Ghosh, Shampa, Raghunath, Manchala, Sinha, Jitendra Kumar, 'Fetus' *Encyclopedia of Animal Cognition and Behavior*, Springer International Publishing (2017), <<https://bitly.com.vn/7yzs45>>

2. 'Quyền sống: Những vấn đề pháp lý còn bỏ ngỏ ở Việt Nam' *Tạp chí Tia Sáng* (24/08/2020), <<http://redsvn.net/quyen-song-nhung-van-de-phap-ly-con-bo-ngo-o-viet-namx>>

3. Trần Bá Thoại, 'Phôi khác thai, trẻ em không phải là người thu nhỏ' *Dân trí* (29/05/2018), <<https://bitly.com.vn/JyT9F>> truy cập ngày 19/08/2020

4. Lynn Sinclair, Jacqueline Stack, Robert Guaran, 'Sinh trước 23 tuần' *The Neonatal Intensive Care Units Managers Group*, <<https://bitly.com.vn/87kxel>>

5. Sara Fovargue, José Miola, 'The legal status of the fetus' *Sage Journals* <<https://bitly.com.vn/6u-co2l>>

6. Mỹ Ngọc, 'Tuyên truyền Tháng hành động Vì trẻ em năm 2019' *Sở Văn hóa Thể thao và Du lịch Tiền Giang* <<https://bitly.com.vn/oqxsen>>

7. 'Tóm lược về quyền con người' *Bộ Ngoại giao Hoa Kỳ* (03/2018), <<https://photos.state.gov/libraries/vietnam/8616/ebook/humanrightinbrief.pdf>>

8. 'Những quốc gia có luật phá thai nghiêm ngặt nhất thế giới' *Lao Động* (17/06/2020), <<https://bitly.com.vn/dslAT>>

9. An Hồng, 'Bé gái 11 tuổi mang thai khiến dư luận Argentina dậy sóng' *VNExpress*, <[Bé gái 11 tuổi mang thai khiến dư luận Argentina dậy sóng - VnExpress](https://bitly.com.vn/87kxel)>

10. Anh Thư, 'Quốc hội Ireland thông qua luật phá thai' *Tuổi Trẻ Online* <[Quốc hội Ireland thông qua luật phá thai - Tuổi Trẻ Online \(tuoitre.vn\)](https://bitly.com.vn/87kxel)>

11. Việt Nam là nước đứng thứ năm trên thế giới và đứng đầu khu vực Đông Nam Á về tình trạng nạo phá thai, Thanh Mai, 'Báo động nạn phá thai ở người trẻ' *Nhân Dân điện tử* (10/02/2019), <<https://nhandan.com.vn/tin-tuc-y-te/bao-dong-nan-pha-thai-o-nguoi-tre-349344>>

12. 'Bức tử thai nhi: Đại biểu Quốc hội nói cần coi đó là hành vi giết người' *Lao Động* <<https://bitly.com.vn/c2q7qc>>

13. Dianne N. Irving, 'When do human beings begin? Scientific myths and scientific facts' *International Journal of Sociology and Social Policy* (1999), <<https://bitly.com.vn/BMmlq>> truy cập ngày 19/08/2020

14. 'Life Cycle, Human' *Biology Reference*, <<https://bitly.com.vn/c8>>

15. 'One-Year Survival of Extremely Preterm Infants After Active Perinatal Care in Sweden' *JAMA Network*, <<https://jamanetwork.com/article.aspx?doi=10.1001/jama.2009.771>>

16. 'Survival of Infants Born at Periviable Gestational Ages' *NCBI*, <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5424630/>>

17. 'Hướng dẫn chẩn đoán và điều trị các bệnh sản phụ khoa' *Bộ Y tế*, <<https://bitly.com.vn/lyzz8h>>

18. Thiên Lam, 'Người mẹ đặc biệt của những em bé sơ sinh chỉ nặng 500gr' *Nhân Dân điện tử* (20/10/2018), <<https://bitly.com.vn/e7hve6>>

19. 'Trẻ sinh ở tuần thai nào thì được coi là sinh non?' *VINMEC*, <<https://bitly.com.vn/ffvj7t>>

20. 'Một chế độ nghỉ thai sản ưu việt là sự đầu tư thông minh cho tương lai Việt Nam' *alive and thrive*, <<https://bitly.com.vn/9j5cpa>>

21. 'What's wrong with the fetal rights' *ACLU*, <<https://bitly.com.vn/bar93t>>

22. Sara Fovargue, Jose Miola, 'The legal status of the fetus' *Sage Journals*, <<https://bitly.com.vn/lf8lac>>

23. 'Abortion in Europe' *euro.who.int*, <[en59.pdf \(who.int\)](https://bitly.com.vn/lf8lac)>

Nhận xét:

*** Giảng viên: Bùi Nguyễn Trà My - Khoa Luật Kinh tế**

1. Về phương pháp nghiên cứu

Sử dụng phương pháp luật học so sánh và có sự phân tích giữa pháp luật Việt Nam và các nước. Nhưng nên khai thác nhiều hơn khi phân tích luật các nước, đưa ra điểm tương đồng và khác biệt để nêu được bài học kinh nghiệm cho Việt Nam

2. Về hình thức

Hình thức của một bài báo nghiên cứu khoa học được đảm bảo. Trích dẫn cẩn thận và đúng format.

3. Về nội dung

- Ưu điểm

Bài viết tham khảo nhiều nguồn, có sự phân tích riêng của tác giả, có đóng góp về mặt lý luận khi phân tích được thai nhi có quyền được sống.

- Điểm cần cải thiện

Tại mục 1.2, tác giả có nêu riêng tại Việt Nam, “thai nhi là trẻ em chưa được sinh ra lại không có tư cách pháp lý, không được đảm bảo quyền lợi cơ bản, cụ thể là quyền được sống” cần đưa ra dẫn chứng thuyết phục hơn bởi luật Việt Nam có thừa nhận quyền thừa kế của thai nhi và tìm hiểu thêm một số luật về quyền phá thai của người mẹ (cụ thể chỉ cho phép phá thai dưới 22 tuần tuổi).

Mục 2.3, tác giả phân tích thời điểm công nhận quyền được sống của thai nhi, sự phân tích về mốc 25 tuần tuổi không khớp lắm với quyền được sống của thai nhi, theo đó tác giả cho rằng 25 tuần tuổi là thời gian thích hợp công nhận quyền sống của thai nhi, có nghĩa là dưới 25 tuần tuổi thai nhi không có quyền sống, hay phụ nữ có quyền phá bỏ thai nhi dưới 25 tuần tuổi. Tác giả chọn mốc 25 tuổi bởi vì nếu đẻ con ra vào tầm tuổi đó thai nhi vẫn có khả năng sống sót, như vậy không logic lắm vì giả sử không phá thì khả năng sống sót của đứa trẻ vẫn cao. Và kết luận này cũng không logic với những gì tác giả phân tích ở trên về quyền của thai nhi (lúc này thai nhi có quyền chỉ vì nó có khả năng sống sót cao khi được sinh ra, vậy nếu nó vẫn nằm trong bụng mẹ thì sao).

*** Luật sư: Lê Trọng Thêm - Công ty Luật TNHH LTT & Các Cộng sự**

1. Về phương pháp nghiên cứu

Về cơ bản, bài viết đã biết sử dụng các phương pháp nghiên cứu liên quan để hoàn thành bài viết như phương pháp liệt kê, phân tích, diễn giải, quy nạp, tổng hợp, thu thập số liệu... Tuy nhiên, phương pháp nghiên cứu “so sánh” thường được sử dụng trong các bài viết, các bài nghiên cứu để so sánh, đánh giá làm nổi bật các điểm khác biệt, các ưu và nhược điểm của các quy định pháp luật có liên quan đến đề tài bài viết ở các lĩnh vực khác nhau cũng như các quốc gia khác nhau và từ đó chỉ rõ được những bất cập, đề xuất hướng hoàn thiện cụ thể lại chưa thấy được sử dụng rõ ràng trong bài.

2. Về hình thức

Nhìn chung hình thức của bài viết được cấu trúc thành các mục khá rõ ràng. Có chia mục nhỏ bên trong nhằm đi sâu chi tiết các nội dung. Tuy nhiên, việc cơ cấu các mục nội dung nghiên cứu cụ thể ở một số điểm còn chưa được hợp lý, chẳng hạn như sắp xếp các mục nghiên cứu chưa thực sự khoa học và phù hợp với mạch nghiên cứu của bài viết. Ví dụ, Mục 2.3. Thời điểm công nhận quyền được sống của thai nhi – đây là nội dung đề xuất về thời điểm công nhận, do đó, nếu được cơ cấu trình bày sau các nội dung phân tích về quyền được sống của thai nhi theo quy định thể giới, theo quy định của Việt Nam và chỉ ra bất cập của các quy định này rồi mới đến nội dung đề xuất về thời điểm công nhận sẽ hợp lý hơn.

3. Về nội dung

- Ưu điểm

Nhìn chung, nội dung nghiên cứu bài viết khá chi tiết, khá sâu, phạm vi tìm hiểu các quy định liên quan khá rộng và đã nêu được quan điểm của tác giả vì sao lại đề xuất thời điểm công nhận quyền được sống của thai nhi vào tuần thai thứ 25.

- Điểm cần cải thiện

+ Về hình thức: nên cơ cấu, sắp xếp lại các Mục nội dung nghiên cứu. Có thể tham khảo gợi ý cách cơ cấu tại Phụ lục đính kèm.

+ Về nội dung:

Thứ nhất: mặc dù ngay từ đầu bài viết có nội dung “chỉ ra những bất cập trong quy định pháp luật Việt Nam hiện hành về quyền được sống của thai nhi” nhưng khi đọc thì chưa có một mục rõ ràng và các điểm rõ ràng chỉ ra sự bất cập của quy định đối với vấn đề này.

Thứ hai: tại mục 2.1 trong bài viết về quyền được sống là quyền cơ bản của thai nhi, đoạn mở đầu từ “Một trong những quyền cơ bản của một con người là quyền được sống nên ngay cả quyền cơ bản nhất là quyền được sống của thai nhi cũng không được thừa nhận ở phần lớn các quốc gia trên thế giới”.

Theo quan điểm của người nhận xét thì nên bỏ đoạn này vì thai nhi khác hoàn toàn với con người nên việc dẫn chiếu và đồng nhất quyền được sống của thai nhi với quyền được sống của con người là chưa phù hợp.

Thứ ba: Về cơ sở đề xuất thời điểm công nhận quyền được sống của thai nhi.

Theo quan điểm của người nhận xét, thời điểm 25 tuần thai mà các Tác Giả đề xuất công nhận quyền được sống của thai nhi có vẻ hơi mang tính cơ học và chưa thực sự thuyết phục.

Ví dụ, nếu như trước 25 tuần, thai nhi không có quyền được sống thì không kể lý do gì, người mẹ có quyền phá thai, khi đó, thai nhi thậm chí không có cơ hội để được sống sót đến tuần thai thứ 25.

- Quan điểm của người nhận xét đối với thời điểm công nhận quyền được sống của thai nhi:

Về khả năng sống của thai nhi khi còn ở trong bụng mẹ thì dù vừa thành thai hay đến ngày sinh là như nhau. Trên thực tế, pháp luật một số nước đã công nhận quyền được sống của thai nhi ngay từ thời điểm thụ thai và thậm chí pháp luật Việt Nam cũng đã công nhận quyền thừa kế của thai nhi khi đáp ứng điều kiện như bài viết đã phân tích. Do đó, để công bằng thì quyền được sống của thai nhi ngay từ thời điểm thành thai cho đến khi sinh ra cần phải được công nhận và đảm bảo công bằng như nhau.

Theo đó, người nhận xét bài viết thấy, quyền được sống của thai nhi nên được công nhận từ thời điểm người mẹ nhận biết được mình có thai trừ một số trường hợp ngoại lệ thì người mẹ có quyền phá thai. Quy định về việc phá thai khi tuổi thai dưới 22 tuần theo quy định hiện hành là nhằm đảm bảo sự an toàn cho tính mạng của người mẹ khi phá thai và cũng nhằm đảm bảo tính nhân đạo vì vào thời điểm đó, thai nhi đã phát triển gần như hoàn thiện trong bụng mẹ.

VIỆT NAM VỚI VẤN ĐỀ GIA NHẬP CÔNG ƯỚC VỀ GIẢM THIỂU TÌNH TRẠNG KHÔNG QUỐC TỊCH NĂM 1961¹

Hoàng Lan Anh (K20501) & Đỗ Nguyễn Thúy Diệu (K20502C),
Sinh viên Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG Tp.HCM

Người không quốc tịch là người không được coi là công dân của bất kỳ quốc gia nào theo pháp luật hiện hành của quốc gia đó.² Những người không quốc tịch thường gặp nhiều vấn đề khó khăn, đồng thời tạo ra nhiều thách thức cho chính quyền, yêu cầu các quốc gia, trong đó có Việt Nam, phải cấp bách tìm ra phương hướng giải quyết. Vào ngày 30 tháng 8 năm 1961, Liên Hợp Quốc thông qua Công ước về Giảm thiểu tình trạng không quốc tịch (sau đây gọi là Công ước 1961) và bắt đầu có hiệu lực vào ngày 13 tháng 12 năm 1975.³ Tính đến tháng 11 năm 2020 đã có 75 quốc gia thành viên, hiện Việt Nam vẫn chưa gia nhập Công ước này.⁴ Việc gia nhập Công ước 1961 có thể được xem là một giải pháp hữu hiệu cho tình trạng không quốc tịch ở Việt Nam, song đằng sau những lợi ích mang lại vẫn còn tồn tại nhiều vướng mắc cần được nghiên cứu kỹ lưỡng.

Trong phạm vi bài viết, nhóm tác giả sẽ bàn về những lợi ích và thách thức của Việt Nam khi gia nhập Công ước về Giảm thiểu tình trạng không quốc tịch năm 1961.

1. Thực trạng không quốc tịch tại Việt Nam

Đến đầu năm 2017, số người không quốc tịch tại Việt Nam là khoảng 11.000 người. Số người không quốc tịch và không có giấy tờ đã tăng lên 29.522 người vào cuối năm 2017, tăng lên 34.110 người vào cuối năm 2018. Vẫn tồn tại một số người không phải là người không quốc tịch nhưng có nguy cơ rơi vào tình trạng không quốc tịch, vì họ không có bất kỳ giấy tờ gì để chứng minh về nhân thân.⁵ Tình trạng không quốc tịch hiện nay ở Việt Nam khá phức tạp vì nhiều lý do.⁶

Thứ nhất, trường hợp mất quốc tịch nhưng chưa kịp làm lại quốc tịch mới. Ở một số quốc gia, vùng lãnh thổ, điển hình như Đài Loan,

người nhập cư bị yêu cầu nộp giấy chứng nhận mất quốc tịch gốc.⁷ Vậy trong quá trình thôi quốc tịch Việt Nam để nhập quốc tịch Đài Loan, những cá nhân này sẽ rơi vào tình trạng không quốc tịch vì mất quốc tịch Việt Nam nhưng chưa chắc có quốc tịch Đài Loan. Trường hợp này còn có thể kể đến một số phụ nữ Việt Nam lấy chồng Đài Loan đã thôi quốc tịch Việt Nam để nhập quốc tịch Đài Loan, nhưng quên gia hạn thẻ cư trú, ly thân, ly hôn chồng, chồng chết, phạm tội...⁸ dẫn đến nhập tịch không thành và rơi vào tình trạng không quốc tịch. Hệ quả là những cá nhân này phải sống lưu vong, không có giấy tờ hợp pháp, không được đảm bảo các quyền lợi cơ bản như một công dân bình thường, không thể tái hôn

do không lấy được bản án ly hôn tại nước ngoài.⁹

Thứ hai, những hạn chế về mặt pháp luật về vấn đề quốc tịch của trẻ em khi sinh ra và quyền lợi của những đứa trẻ này. Theo Điều 17, Luật Quốc tịch Việt Nam 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2014) (gọi tắt là Luật Quốc tịch Việt Nam) trẻ em sinh ra trên lãnh thổ Việt Nam mà khi sinh ra có cha mẹ đều là người không quốc tịch, nhưng có nơi thường trú tại Việt Nam thì có quốc tịch Việt Nam. Điều này là minh chứng trong việc nhà nước đã có những biện pháp để hạn chế tình trạng người không quốc tịch và đảm bảo mọi trẻ em sinh ra trên lãnh thổ Việt Nam đều có quốc tịch. Tuy vậy, Luật Quốc tịch Việt Nam hiện hành chưa giải quyết

¹ Tên tiếng Anh: Convention on the Reduction of Statelessness 1961

² Công ước về vị thế của người không quốc tịch 1954, Điều 1

³ Công ước về Giảm thiểu tình trạng không quốc tịch 1961, trang 1

⁴ United Nations, Treaty series <<https://bitly.com.vn/27yhvj>> truy cập ngày 26/11/2020

⁵ Phương Mai, "Đẩy mạnh giải quyết tình trạng không quốc tịch" Báo Pháp luật (18/10/2019) <<https://bitly.com.vn/qoe64j>> truy cập ngày 12/11/2020

⁶ Thịnh Anh, "Bình luận về thực trạng người không quốc tịch ở Việt Nam hiện nay" Trang điện tử Bộ Tư Pháp (04/5/2018) <<https://bitly.com.vn/w1f5xn>> truy cập ngày 12/11/2020

⁷ Luật Quốc tịch Đài Loan (sửa đổi, bổ sung năm 2015), Điều 9

⁸ Thanh Quý, "Cô dâu Việt "mất cả chì lẫn chài" vì thôi quốc tịch" Báo Pháp luật (31/01/2011) <<https://bitly.com.vn/0umtgi>> truy cập ngày 12/12/2020

⁹ Hồng Minh, "Chuyện buồn của vợ không thể ly hôn và con không quốc tịch" Báo điện tử Pháp luật Việt Nam (12/8/2015) <<https://bit.ly/3ol1apt>> truy cập ngày 12/4/2020; Doãn Sơn, "Hậu cơn sốt" cô dâu Việt lấy chồng ngoại" Báo điện tử Pháp luật Việt Nam (08/4/2017) <<https://bit.ly/36yact3>> truy cập ngày 12/3/2020; Ngọc Diệp, "Không quốc tịch, cô dâu Việt ở Đài Loan nhìn con bị đưa vào trại mồ côi" Báo Tuổi trẻ (05/3/2019) <<https://bitly.com.vn/xrtmsc>> truy cập ngày 12/11/2020

được vấn đề quốc tịch của trẻ là con của công dân Việt Nam và người nước ngoài muốn giữ quốc tịch nước ngoài. Hay tình trạng trẻ em là con của công dân Việt Nam với người nước ngoài đang cư trú trên lãnh thổ Việt Nam nhưng không có quốc tịch hoặc mang quốc tịch nước ngoài chưa được đảm bảo đầy đủ quyền lợi khác như quyền được chăm sóc, nuôi dưỡng, quyền học tập,...¹⁰ Tính đến tháng 5/2019, trong tổng số 5.510 trẻ em là con của người di cư tự do, đến nay mới chỉ có 2.768 trẻ được đăng ký khai sinh và xác định quốc tịch Việt Nam.¹¹ Do đó, nhiều trẻ em sinh ra không được đăng ký khai sinh, không có quốc tịch, không được nhập học các bậc học phổ thông theo lứa tuổi. Đến khi trưởng thành thì không có giấy tờ chứng minh nhân thân, hộ khẩu nên đời sống của họ gặp rất nhiều khó khăn, không thể tìm kiếm việc làm ở đa số các ngành nghề trong cơ cấu nhà nước hay các doanh nghiệp.¹²

Thứ ba, vấn đề di cư tự do và kết hôn không giá thú. Ở Việt Nam, những trường hợp không có quốc tịch còn bao gồm dân tộc di cư tự do hoặc do kết hôn từ Lào và Trung Quốc.¹³ Đặc biệt những người di cư tự do hoặc kết hôn không giá thú tập trung nhiều ở vùng biên giới Việt - Lào. Vì họ chưa được cấp quốc tịch tại nước sở tại, dẫn đến việc khi kết hôn có con thì đứa trẻ ấy cũng không có quốc tịch, không có đầy đủ giấy tờ cần thiết để hưởng quyền lợi như một công

dân Việt Nam.¹⁴ Ngoài ra những người nước ngoài rơi vào tình trạng không quốc tịch muốn nhập quốc tịch Việt Nam cũng gặp khó khăn vì theo quy định tại Điều 19, Luật Quốc tịch Việt Nam yêu cầu những đối tượng này đã thường trú ở Việt Nam từ 5 năm trở lên tính đến thời điểm xin nhập quốc tịch Việt Nam. Để được cấp thẻ thường trú, họ phải bảo đảm điều kiện theo quy định tại Điều 39 (4), Luật Nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh, cư trú của người nước ngoài tại Việt Nam năm 2014 (sửa đổi, bổ sung năm 2019) là người không quốc tịch đã tạm trú liên tục tại Việt Nam từ năm 2000 trở về trước. Trường hợp khác là người di cư từ Campuchia đến, chủ yếu là sắc tộc Việt trước đây sang Campuchia sinh sống và một phần rơi vào tình trạng không quốc tịch do sự quan liêu trong giải quyết thủ tục.¹⁵

Hệ quả là người không quốc tịch Việt Nam sẽ không được Nhà nước Việt Nam bảo hộ như một công dân. Từ đó, tình trạng không quốc tịch còn gây khó khăn cho chính quyền trong việc quản lý, thực hiện chính sách và các giao dịch đối với các đối tượng này.¹⁶

2. Khái quát Công ước về Giảm thiểu tình trạng không quốc tịch năm 1961

Ngày 28/9/1954 Hội nghị các Đại sứ đặc mệnh toàn quyền tại Liên Hợp Quốc đã thông qua Công ước về vị thế người không quốc tịch 1954 (gọi tắt là Công ước 1954).¹⁷ Mục tiêu của Công ước này là

nhằm nâng cao vị thế của những người không quốc tịch bằng một thỏa thuận quốc tế, qua đó đảm bảo quyền lợi cho những người không quốc tịch tại quốc gia sở tại. Tuy nhiên Công ước 1954 chưa có những điều khoản chặt chẽ tạo điều kiện cho những người không quốc tịch có thể có quốc tịch hoặc nhập tịch trở lại. Đó là lý do tại sao Công ước về Giảm thiểu tình trạng không quốc tịch năm 1961 ra đời.

Ngày 30 tháng 8 năm 1961 Hội nghị Liên Hợp Quốc về xóa bỏ hoặc giảm thiểu tình trạng không quốc tịch chính thức thông qua Công ước về Giảm thiểu tình trạng không quốc tịch 1961 và có hiệu lực vào ngày 13 tháng 12 năm 1975. Tính đến tháng 11 năm 2020 đã có 75 quốc gia thành viên.¹⁸

Công ước 1961 đã giải quyết những vấn đề không quốc tịch thông qua hai quy tắc: (i) nếu vì bất cứ lý do gì dẫn đến việc không quốc tịch khi sinh thì cá nhân đó sẽ mang quốc tịch tại chính quốc gia mà mình sinh ra; (ii) cá nhân mất quốc tịch sau khi sinh nên có điều kiện để có được một quốc tịch mới.¹⁹ Công ước đã quy định hướng giải quyết đối với một số trường hợp như quốc tịch của những đứa trẻ bị bỏ rơi (Điều 2); quốc tịch của những đứa trẻ sinh ra trên tàu hoặc máy bay (Điều 3). Công ước 1961 cũng tìm cách giảm thiểu khả năng mất quốc tịch dẫn đến tình trạng không quốc tịch liên quan đến những vấn đề như việc kết hôn, ly hôn hoặc nhận con nuôi (Điều 5 và Điều 6). Hay

¹⁰ Luật Trẻ em 2016, Điều 36; Thu Hương, 'Nguyên tắc quốc tịch theo pháp luật Việt Nam' *Tạp chí tòa án nhân dân* (29/11/2020) <<https://bitly.com.vn/cm8ma6>> truy cập ngày 29/11/2020

¹¹ Phương Mai, 'Tháo gỡ khó khăn cho tình trạng không quốc tịch ở trẻ em' *Báo Pháp luật* (30/10/2019) <<https://bitly.com.vn/8g3fbi>> truy cập ngày 24/11/2020

¹² Vũ Phụng, 'Những người không có quốc tịch sống tại Việt Nam là như thế nào?' *Báo Thanh niên* (07/6/2017) <<https://bit.ly/3ohAAxI>> truy cập ngày 12/3/2020

¹³ Ưu Đàm, 'Những người không quốc tịch' *Báo Lao động* (26/10/2015) <<https://bitly.com.vn/pqptex>> truy cập ngày 24/11/2020

¹⁴ Hoàng Anh, 'Cần chấm dứt tình trạng di cư tự do và kết hôn không giá thú' (19/9/2017) *Báo Biên phòng* <<https://bitly.com.vn/81rcce>> truy cập ngày 12/7/2020

¹⁵ Như Phú, 'Tâm sự rớt nước mắt của ngàn Việt kiều không quốc tịch' *Báo Dân Trí* (18/08/2016) <<https://bitly.com.vn/6t4780>> truy cập ngày 12/11/2020

¹⁶ Đỗ Huyền, 'Hội thảo về người không quốc tịch: Chính phủ cần quy định thông thoáng hơn' *Báo Công lý* (10/12/2014) <<https://bitly.com.vn/313qnf>> truy cập ngày 26/11/2020

¹⁷ Công ước về Vị thế người không quốc tịch 1954

¹⁸ United Nations, Treaty series <<https://bitly.com.vn/27yhvj>> truy cập ngày 26/11/2020

¹⁹ Guy S. Goodwin-Gill, 'Convention on the reduction of statelessness' (All Souls College, Oxford) <https://legal.un.org/avl/pdf/ha/crs/crs_e.pdf> truy cập ngày 12/11/2020

Điều 10 quy định rõ ràng rằng mọi hiệp ước giữa các quốc gia thành viên về chuyển giao lãnh thổ bao gồm các điều khoản được thiết kế “để đảm bảo rằng không ai sẽ trở thành người không quốc tịch do chuyển giao giữa các nước”.

Để đảm bảo mọi người đều có quốc tịch, Cao ủy Liên hợp quốc về người tị nạn (UNHCR) rất chú trọng thúc đẩy việc gia nhập Công ước 1961, đồng thời đưa ra lời khuyên mang tính chuyên môn về việc thực thi Công ước 1961 và các quyền con người cơ bản.²⁰ Tuy nhiên vẫn tồn tại trở ngại là Công ước 1961 chỉ hướng đến việc giảm thiểu tối đa tình trạng không quốc tịch bằng cách giúp những người không quốc tịch được cấp tình trạng cư trú hợp pháp tương tự như người tị nạn, cho phép họ sử dụng những quyền cơ bản nhưng chưa có những phương án giải quyết nhằm nâng cao vị thế và quyền lợi của người không quốc tịch. Đây là lý do tại sao UNHCR cũng cam kết thúc đẩy cả việc gia nhập Công ước về Vị thế của người không quốc tịch 1954, đảm bảo cho những người không quốc tịch có sự trợ giúp về một số quyền và lợi ích như: về hành chính, sự tự do đi lại và giấy chứng minh cá nhân.²¹

Tóm lại, Công ước về Giảm thiểu tình trạng không quốc tịch năm 1961 đã bổ sung cho Công ước về Vị thế của người không quốc tịch 1954 về tình trạng không quốc tịch và đồng thời cũng là kết quả của gần một thập kỷ đàm phán quốc tế để đưa ra những giải pháp hiệu quả xử lý vấn đề này. Để giải quyết vấn đề không quốc tịch đến năm 2024, Cao ủy đang nỗ lực khuyến khích các quốc gia gia nhập cả hai công ước không quốc tịch để giảm thiểu tối đa tình trạng này.²² Việt Nam cũng không phải ngoại

lệ, việc gia nhập Công ước 1961 sẽ có nhiều lợi ích không chỉ cho mỗi công dân Việt Nam mà còn cho cả lợi ích của cả quốc gia.

3. Lợi ích của Việt Nam khi gia nhập Công ước về Giảm thiểu tình trạng không quốc tịch năm 1961

Với bối cảnh Việt Nam hiện đang là một trong số những quốc gia gặp nhiều vấn đề liên quan đến tình trạng không quốc tịch thì việc gia nhập Công ước 1961 được xem là một giải pháp cần được nghiêm túc cân nhắc. Việt Nam khi gia nhập Công ước 1961 không chỉ góp phần giải quyết vấn đề cho những cá nhân không quốc tịch mà còn đạt được những lợi ích mang tính quốc gia.

Thứ nhất, gia nhập Công ước 1961 tạo điều kiện để Việt Nam tiến hành kiểm tra, sửa đổi và hoàn thiện hệ thống pháp luật về quốc tịch, là cơ sở để bảo vệ những người gặp vấn đề về không quốc tịch tại Việt Nam - những cá nhân dễ tổn thương về mặt pháp lý khi không có những quyền công dân cơ bản cũng như không được quốc gia nào bảo hộ. Sau khi Việt Nam gia nhập, thông qua các quy tắc nhằm hạn chế tình trạng không quốc tịch của Công ước 1961 sẽ là điều kiện thuận lợi để những người không quốc tịch dễ dàng tiếp cận các quy trình pháp lý để nhập tịch, từ đó được đảm bảo các quyền con người, quyền dân sự cơ bản để cá nhân có khả năng thực hiện các quyền và nghĩa vụ của mình đối với quốc gia theo quy định của pháp luật Việt Nam.

Chẳng hạn, đối với vấn đề cấp quốc tịch khi sinh, ngoài các quy định tại Điều 1 của Công ước 1961 tương đối đồng nhất với pháp luật hiện hành của Việt Nam trong việc tự động cấp quốc tịch Việt Nam

cho trẻ có cha mẹ, có cha hoặc mẹ là công dân Việt Nam; trẻ sơ sinh bị bỏ rơi, trẻ em được tìm thấy trên lãnh thổ Việt Nam; trẻ em sinh ra trên lãnh thổ Việt Nam có cha, mẹ là người không quốc tịch theo các Điều 16, Điều 17, Điều 18, Điều 19 của Luật Quốc tịch Việt Nam, Công ước 1961 còn quy định thêm quyền xin cấp quốc tịch của một người sinh ra trên lãnh thổ của một quốc gia bằng cách nộp đơn. Cụ thể, khi đơn được nộp cho cơ quan có thẩm quyền, quốc gia có thể thực hiện cấp quốc tịch theo Điều 1 của Công ước 1961 tuân theo một hoặc nhiều điều kiện về khoảng thời gian ấn định để đương sự nộp đơn xin cấp quốc tịch (bắt đầu không muộn hơn năm 18 tuổi và kết thúc không sớm hơn năm 21 tuổi tùy vào quy định trong pháp luật của mỗi quốc gia ký kết), về thời gian thường trú trên lãnh thổ của quốc gia đó,... và các điều kiện khác.²³ Quy định bổ sung này hoàn toàn có thể giúp Việt Nam giải quyết vấn đề của một bộ phận người không quốc tịch đang rơi vào hoàn cảnh nêu trên.

Thứ hai, việc gia nhập Công ước 1961 sẽ giúp Việt Nam mở cửa đón một nguồn nhân lực phong phú, đặc biệt là người Việt trở về từ nước ngoài, người ngoại quốc có năng lực, phẩm chất tốt có nhu cầu sinh sống, học tập và làm việc lâu dài, ổn định tại Việt Nam, mong muốn xin được nhập quốc tịch Việt Nam trong trường hợp đã đáp ứng đủ các điều kiện được quy định cụ thể theo luật pháp, tạo thêm nguồn lực tốt để phát triển kinh tế, xã hội quốc gia.

Thứ ba, gia nhập Công ước 1961 là cơ hội tốt để Việt Nam cùng một số nước trên thế giới chia sẻ khó khăn, kinh nghiệm trong việc giải quyết vấn đề không quốc tịch, tìm

²⁰ 'Introductory note to Convention on the reduction of statelessness', Office of the United Nations High Commissioner for Refugees UNHCR <<https://bitly.com.vn/v9zlnu>>

²¹ Công ước về Vị thế của người không quốc tịch 1954 Điều 25, Điều 26, Điều 27

²² 'Introductory note to Convention on the reduction of statelessness', Office of the United Nations High Commissioner for Refugees UNHCR 4, 5 <<https://bitly.com.vn/hkia20>> truy cập ngày 13/11/2020

²³ Công ước về Giảm thiểu tình trạng không quốc tịch 1961, Điều 1(2)

được tiếng nói chung trong phương hướng giải quyết các trường hợp thuộc diện quốc tịch liên quan đến nhiều quốc gia. Chẳng hạn, Việt Nam và các nước láng giềng khi tham gia Công ước 1961 có thể tăng cường sự chủ động xác minh, giải quyết vấn đề quốc tịch cho những người có hoàn cảnh đặc biệt như người di cư tự do từ Lào, Trung Quốc, những Việt kiều trở về từ Campuchia bị mất giấy tờ tùy thân,...

Thứ tư, việc chủ động xác minh, cấp quốc tịch nhằm đảm bảo mục tiêu của Công ước 1961 sẽ góp phần đảm bảo vấn đề an sinh xã hội và an ninh quốc gia, giúp nhà nước có đủ quyền hạn và trách nhiệm để quản lý các cá nhân là người không quốc tịch như những công dân của đất nước mình. Hiện nay Việt Nam đang gặp vấn đề lớn với bộ phận người dân không quốc tịch từ một số nước láng giềng như Lào, Trung Quốc, Campuchia di cư tự do sang Việt Nam khiến vấn đề dân cư của khu vực biên giới rất phức tạp. Hầu hết các đối tượng này đều có cuộc sống khó khăn về kinh tế, trình độ dân trí thấp, không có bất cứ giấy tờ nào để làm căn cứ xác định nhân thân; quan niệm về hôn nhân còn đơn giản, nặng về phong tục, tập quán, con sinh ra cũng không đăng ký khai sinh.²⁴ Chính bởi phần lớn là người không quốc tịch nên bộ phận người dân đó không nhận được sự bảo hộ đồng thời không chịu sự quy định bởi pháp luật của bất kỳ quốc gia nào dẫn đến khi xảy ra sai phạm rất khó để các cơ quan chức năng có đủ thẩm quyền xử lý và truy cứu trách nhiệm pháp lý. Nếu Việt Nam gia nhập Công ước 1961, để đảm bảo hoàn thành các nghĩa vụ của nước tham gia, Việt Nam sẽ nỗ lực tiến hành xây dựng đội ngũ chịu trách nhiệm riêng biệt về giải quyết

vấn đề quốc tịch, tạo điều kiện để các cơ quan chức năng thuộc các ban ngành phối hợp điều tra sâu, rộng, giải quyết kịp thời và hiệu quả, đảm bảo được an sinh xã hội cho một bộ phận người dân đang sinh sống trên lãnh thổ Việt Nam từ đó giữ gìn an ninh trật tự, đặc biệt là khu vực biên giới như đã nêu.

Rõ ràng, việc gia nhập Công ước về Giảm thiểu tình trạng không quốc tịch năm 1961 có thể đem đến nhiều lợi ích thiết thực cho Việt Nam, là giải pháp cho nhiều vấn đề liên quan đến quốc tịch mà Việt Nam cần xem xét, đánh giá cụ thể và sớm đưa ra quyết định.

4. Thách thức đối với Việt Nam khi gia nhập Công ước về Giảm thiểu tình trạng không quốc tịch năm 1961

Bên cạnh những lợi ích đạt được, việc gia nhập Công ước 1961 cũng mang đến nhiều thách thức đối với Việt Nam.

Thứ nhất, hiện nay pháp luật Việt Nam vẫn tồn tại một số quy định pháp lý chưa minh bạch, chưa đảm bảo tính khả thi nhằm đáp ứng nhu cầu thực tiễn, đồng thời vẫn tồn tại các điểm chưa tương thích với các quy định của Công ước 1961 như quy định về độ tuổi, về việc trao quốc tịch trong một số trường hợp...²⁵ Chẳng hạn, theo Điều 22 Luật Quốc tịch 2008 thì người không quốc tịch không có đầy đủ các giấy tờ về nhân thân, nhưng đã cư trú ổn định trên lãnh thổ Việt Nam từ 20 năm trở lên thì được nhập quốc tịch Việt Nam theo trình tự, thủ tục và hồ sơ do Chính phủ quy định. Tuy nhiên, thực tiễn vẫn còn hàng chục ngàn người không quốc tịch chưa đủ điều kiện gia nhập quốc tịch Việt Nam do thời gian cư trú dưới 20 năm.²⁶ Đi cùng với đó, như đã

nêu phía trên, Công ước 1961 có bổ sung quyền được nộp đơn xin cấp quốc tịch và có quy định rõ về khoảng thời gian ấn định để đương sự nộp đơn là bắt đầu không muộn hơn năm 18 tuổi. Thế nhưng quy định phải “cư trú ổn định trên lãnh thổ Việt Nam từ 20 năm trở lên” này đã tạo ra sự chênh lệch về thời gian xin nhập quốc tịch. Đây là một điểm Việt Nam cần lưu ý để đưa ra phương hướng điều chỉnh quy định phù hợp khi quyết định gia nhập Công ước 1961.

Bên cạnh đó, pháp luật mỗi quốc gia có quy định về nhập quốc tịch khác nhau, phù hợp với hoàn cảnh riêng của quốc gia đó. Ví dụ trường hợp một số cá nhân là Việt kiều mong muốn mang hai quốc tịch, một quốc tịch của nước sở tại để được hưởng các chế độ phúc lợi xã hội, một quốc tịch Việt Nam để có mối liên hệ nhất định với quê hương. Tuy nhiên không phải bất cứ quốc gia nào cũng sẵn sàng chấp nhận điều này. Chẳng hạn, đối với các quốc gia theo nguyên tắc một quốc tịch như Trung Quốc, Hàn Quốc, người xin nhập quốc tịch các nước này phải từ bỏ quốc tịch cũ. Chính từ yêu cầu này nên nhiều người Việt qua môi giới sang Trung Quốc, Hàn Quốc làm việc, kết hôn đã phải từ bỏ quốc tịch của mình. Nhiều trường hợp vì bị lừa đảo, không được nhập tịch tại quốc gia mới đã rơi vào tình trạng không quốc tịch. Nhưng đối với các nước theo nguyên tắc hai hay nhiều quốc tịch, điển hình là Úc, công dân có quyền giữ hai quốc tịch trong trường hợp kết hôn.²⁷ Một khi đã gia nhập Công ước 1961, quốc gia thành viên buộc phải nỗ lực để đáp ứng được yêu cầu giải quyết những vấn đề phức tạp tương tự. Trong khi pháp luật Việt Nam vẫn đang trong tiến trình thực hiện, sửa đổi và bổ sung để

²⁴ ‘Thực trạng quốc tịch của người Việt Nam định cư ở nước ngoài’ Thông tin pháp luật dân sự (01/08/2009) <<https://bitly.com.vn/uzheb2>> truy cập ngày 29/11/2020

²⁵ Phương Mai, ‘Đẩy mạnh giải quyết tình trạng không quốc tịch’ Báo Pháp luật (18/10/2019) <<https://bitly.com.vn/qoe64j>> truy cập ngày 12/11/2020

²⁶ Tlđđ, n6

²⁷ ‘Một số vấn đề chung về quốc tịch’ Thông tin pháp luật dân sự (01/08/2009) <<https://bit.ly/3lxwDTI>> truy cập ngày 29/11/2020

hoàn thiện thì việc xây dựng tính tương thích với các quy định từ Công ước 1961 là một thách thức không nhỏ.

Thứ hai, công tác thống kê về người không quốc tịch chưa được triển khai và giám sát thực hiện một cách toàn diện, dẫn đến tình trạng thống kê chưa được chính xác, bao quát sẽ gây khó khăn trong việc báo cáo với ủy ban điều hành Công ước của Liên hợp quốc. Điều này xuất phát từ thực tế khó giải quyết khi hầu hết các trường hợp chưa được giải quyết quốc tịch, hộ tịch tại các địa phương có khu vực biên giới là do các hộ dân này không có chỗ ở ổn định, thường xuyên di chuyển đi nhiều nơi khác nhau ở các địa phương liền kề. Trong khi đó, trình độ văn hóa, hiểu biết pháp luật của những dân tại khu vực biên giới còn thấp nên ảnh hưởng nhiều đến việc kê khai, thủ tục đăng ký.²⁸ Do đó, việc trình bày thực trạng cụ thể, số liệu trong các văn bản pháp lý khi xin gia nhập, báo cáo tiến độ, hiệu quả xử lý sau khi đã gia nhập Công ước 1961 là một yêu cầu đặt ra thử thách lớn đối với Việt Nam.²⁹

Thứ ba, việc gia nhập Công ước 1961 cũng mang đến những rủi ro, những vấn đề khó giải quyết trong một số trường hợp đặc biệt. Một ví dụ ở Anh - quốc gia đã gia nhập Công ước này từ năm 1966³⁰: Vào năm 2019, một công dân nước này là Shamima Begum từng là phần tử của Tổ chức Nhà nước Hồi giáo tự xưng IS xin được quay trở lại Anh sau khi tổ chức bị đánh bại. Yêu cầu đó của cô đã bị bác bỏ, Bộ Nội vụ Anh chính thức thông báo “Quyết định tước quốc tịch Anh của cô đã được ban hành”.

Hành động này được đồng đảo dư luận nước Anh ủng hộ, nhất là khi Shamima tuyên bố không hối hận khi gia nhập tổ chức IS, trở thành hiểm họa tiềm ẩn. Tuy nhiên, vài ngày sau thông báo, nước Anh đã phải hoãn lại để xem xét quyết định của mình, bởi Shamima chỉ mang một quốc tịch Anh và khó có thể xin nhập quốc tịch ở một quốc gia khác sau khi bị Anh tước quốc tịch.³¹ Điều này biến quy định trong Công ước 1961 trở thành rào cản khiến Anh không đủ quyền tước quốc tịch của Shamima. Bởi Công ước quy định: “Bên ký kết sẽ không tước quốc tịch của một người nếu việc tước quốc tịch sẽ làm người đó không quốc tịch”³², kèm theo đó là ba ngoại lệ mà quy định này sẽ không phải áp dụng với trường hợp: người nhập tịch, người sinh ra ngoài lãnh thổ, người có quốc tịch do lừa dối. Không một ngoại lệ nào trong ba ngoại lệ đã nêu đủ sức làm cơ sở để Anh thực hiện tước quốc tịch đối với Shamima bởi quốc tịch của cô được nhập tự động khi Shamima sinh ra tại Anh. Rõ ràng, đó là một tình huống khó giải quyết mà một quốc gia sau khi gia nhập đã gặp phải và chịu sự chi phối mạnh mẽ bởi Công ước 1961. Từ câu chuyện của nước Anh, có thể nhận thấy, bất kỳ quốc gia nào khi tham gia Công ước 1961 nếu gặp các vấn đề chính trị, kinh tế, xã hội trong nước có liên quan chặt chẽ đến vấn đề quốc tịch sẽ phải cân nhắc và giải quyết nhiều rắc rối hơn bởi phải chịu thêm nhiều ràng buộc về mặt pháp lý xuất phát từ yêu cầu mọi quốc gia khi đã tham gia ký kết Công ước 1961 phải tuân thủ triệt để các nghĩa vụ đã được quy định. Việt Nam cũng sẽ không

là ngoại lệ. Việc gia nhập Công ước 1961 có thể gây nên sự phức tạp trong việc tước bỏ quốc tịch của một cá nhân, ngay cả khi cá nhân đó gây nguy hiểm đến vấn đề an ninh quốc gia. Đặc biệt trong tình hình hiện nay vẫn còn tồn tại các phần tử phản động luôn âm thầm chống đối chính quyền, không điều gì có thể đảm bảo một câu chuyện tương tự ở Anh sẽ không xảy ra với Việt Nam. Và khi ấy, vấn đề quốc tịch kéo theo hàng loạt những vấn đề khác của quốc gia buộc Nhà nước phải đưa ra những cách xử lý và những sự lựa chọn khó khăn mà thực tế là đến nay nước Anh vẫn thật sự chưa có câu trả lời cho vấn đề của mình.

Do vậy, Việt Nam cần phải cân nhắc kỹ các thách thức trước khi gia nhập Công ước về Giảm thiểu tình trạng không quốc tịch năm 1961. Một khi quyết định tham gia, cần phải có những hành động cấp thiết để giải quyết những vướng mắc tương tự như đã nêu.

5. Kết luận

Trong xu thế hội nhập toàn cầu, việc gia nhập các Công ước quốc tế mang lại nhiều cơ hội phát triển cho quốc gia, song đi kèm là các thách thức cần được giải quyết tối ưu. Theo Cao ủy Liên hợp quốc về người tị nạn, vấn đề không quốc tịch hoàn toàn có thể được giải quyết. Đặc biệt, không giống các vấn đề khác mà các quốc gia ngày nay đang phải đối mặt, tình trạng không quốc tịch có thể được giải quyết tức thời ngay trong chính giai đoạn hiện tại.³³

Từ những phân tích trên, nhóm tác giả nhận thấy tính cấp bách của việc giải quyết tình trạng không

²⁸ ‘Bảo đảm quyền của người không quốc tịch trong hệ thống pháp luật Việt Nam’ Báo điện tử Đảng Cộng sản Việt Nam (08/12/2014) <<https://bitly.com.vn/6v7a33>> truy cập ngày 12/11/2020

²⁹ Thu Hương, ‘Nguyên tắc quốc tịch theo pháp luật Việt Nam’ Tạp chí Tòa án nhân dân (27/08/2020) <<https://bitly.com.vn/cn5blq>> truy cập ngày 12/11/2020

³⁰ Megan Specia, ‘ISIS Cases Raise a Question: What Does It Mean to Be Stateless?’ The New York Times (22/02/2019) <<https://bitly.com.vn/zlx8d7>> truy cập ngày 20/12/2020

³¹ Trần.H.D.Minh, ‘Vì sao Anh chưa thể tước quốc tịch của Shamima Begum?’ Luật pháp quốc tế (10/03/2019) <<https://iuscogens-vie.org/2019/03/10/122/>> truy cập ngày 12/11/2020

³² Công ước về Giảm thiểu tình trạng không quốc tịch 1961, Điều 8(1)

³³ ‘Xóa bỏ tình trạng không có quốc tịch trong vòng 10 năm tới’ Báo điện tử Đảng Cộng sản Việt Nam (05/11/2014) <<https://bitly.com.vn/vjke4w>> truy cập 12/11/2020

quốc tịch tại Việt Nam hiện nay, đồng thời xem việc gia nhập Công ước về Giảm thiểu tình trạng không quốc tịch 1961 là một phương án tối ưu để giải quyết vấn đề này. Qua nghiên cứu, nhóm tác giả thấy rằng mặc dù Luật Quốc tịch Việt Nam đã có một số quy định, hướng dẫn nhằm giải quyết tình trạng không quốc tịch nhưng chưa triệt để. Cùng với đó là sự giám sát, quản lý của chính quyền vẫn chưa bao quát được tình trạng những người không quốc tịch dẫn đến việc giải quyết hiện vẫn nằm trong phạm vi diện tích rất nhỏ trên lãnh thổ Việt Nam và số lượng đã được giải quyết vẫn còn hạn chế. Các thủ tục và quy định pháp lý còn phức tạp, rườm rà; nhiều tồn đọng, vướng mắc vẫn chưa được tháo gỡ. Đồng thời chưa có một cơ quan chức năng chuyên trách đảm nhiệm tiếp nhận và giải quyết vấn đề cho những người không quốc tịch. Do vậy Việt Nam quyết định tham gia Công ước 1961 sẽ là cơ hội lớn để từng bước tiến hành cải thiện những hạn chế nêu trên. Bên cạnh đó, xét ở mặt cơ bản, các quy định trong điều luật về vấn đề quốc tịch của Việt Nam hiện phần nào đã có sự tương đồng với Công ước 1961. Để chuẩn bị tốt cho việc gia nhập Công ước 1961, Việt Nam cần bắt tay vào thành lập cơ quan chức năng chuyên trách, tiến hành điều tra, thống kê và tổng hợp tình trạng người không quốc tịch kết hợp với rà soát, sửa đổi các điều luật về quốc tịch.

Tóm lại, việc gia nhập Công ước về Giảm thiểu tình trạng không quốc tịch năm 1961 cần được các cơ quan nhà nước có thẩm quyền nhanh chóng cân nhắc hoặc sớm có những biện pháp phù hợp khi quyết định không tham gia trong vấn đề giải quyết tình trạng không quốc tịch hiện nay tại Việt Nam nhằm mang lại lợi ích cao nhất cho mỗi cá nhân và cả quốc gia.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

Văn bản pháp luật

1. Công ước về Giảm thiểu tình trạng không quốc tịch năm 1961
2. Công ước về Vị thế của người không quốc tịch 1954
3. Luật Quốc tịch Việt Nam 2008
4. Luật Nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh, cư trú của người nước ngoài tại Việt Nam 2014
5. Luật Trẻ em 2016

Nguồn điện tử

1. 'Thực trạng quốc tịch của người Việt Nam định cư ở nước ngoài' *Thông tin pháp luật dân sự* (01/08/2009) <<https://bitly.com.vn/uzheb2>> truy cập ngày 29/11/2020
2. 'Một số vấn đề chung về quốc tịch' *Thông tin pháp luật dân sự* (01/08/2009) <<https://bit.ly/3lxwDTI>> truy cập ngày 29/11/2020
3. Thanh Quý, 'Cô dâu Việt "mất cả chì lẫn chài" vì thôi quốc tịch' *Báo Pháp luật* (31/01/2011) <<https://bitly.com.vn/0umtgi>> truy cập ngày 12/12/2020
4. 'Xóa bỏ tình trạng không có quốc tịch trong vòng 10 năm tới' *Báo điện tử Đảng Cộng sản Việt Nam*

(05/11/2014) <<https://bitly.com.vn/vjke4w>> truy cập 12/11/2020

5. 'Bảo đảm quyền của người không quốc tịch trong hệ thống pháp luật Việt Nam' *Báo điện tử Đảng Cộng sản Việt Nam* (08/12/2014) <<https://bitly.com.vn/6v7a33>> truy cập ngày 12/11/2020

6. Hồng Minh, 'Chuyện buồn của vợ không thể ly hôn và con không quốc tịch' *Báo điện tử Pháp luật Việt Nam* (12/8/2015) <<https://bit.ly/3ol1apt>> truy cập ngày 12/11/2020

7. Ưu Đàm, 'Những người không quốc tịch' *Báo Lao động* (26/10/2015) <<https://bitly.com.vn/pqptex>> truy cập ngày 24/11/2020

8. Như Phú, 'Tâm sự rớt nước mắt của ngàn Việt kiều không quốc tịch', *Báo Dân Trí* (18/08/2016) <<https://bitly.com.vn/6t4780>> truy cập ngày 12/11/2020

9. Doãn Sơn, "'Hậu cơn sốt" cô dâu Việt lấy chồng ngoại' *Báo điện tử Pháp luật Việt Nam* (08/4/2017) <<https://bit.ly/36yact3>> truy cập ngày 12/11/2020

10. Vũ Phụng, 'Những người không có quốc tịch sống tại Việt Nam là như thế nào?' *Báo Thanh niên* (07/6/2017) <<https://bit.ly/3ohAAxI>> truy cập ngày 12/11/2020

11. Hoàng Anh, 'Cần chấm dứt tình trạng di cư tự do và kết hôn không giá thú' (19/9/2017) *Báo Biên phòng* <<https://bitly.com.vn/81rcce>> truy cập ngày 12/7/2020

12. Thịnh Anh, 'Bình luận về thực trạng người không quốc tịch ở Việt Nam hiện nay', (04/05/2018) <<https://bitly.com.vn/ajke2a>> truy cập ngày 12/11/2020

13. Ngọc Diệp, 'Không quốc tịch, cô dâu Việt ở Đài Loan nhìn con bị đưa vào trại mồ côi', *Báo Tuổi trẻ* (05/03/2019) <<https://bitly.com.vn/xrtmsc>> truy cập ngày 12/11/2020

14. Trần.H.D.Minh, 'Vì sao Anh chưa thể tước quốc tịch của Shamima Begum?' *Luật pháp quốc tế* (10/03/2019) <<https://iuscogens-vie.org/2019/03/10/122/>> truy cập ngày 12/11/2020

15. Phương Mai, 'Đẩy mạnh giải quyết tình trạng không quốc tịch' *Báo Pháp luật* (18/10/2019) <<https://bitly.com.vn/qoe64j>> truy cập ngày 12/11/2020

16. Thu Hương, 'Nguyên tắc quốc tịch theo pháp luật Việt Nam' *Tạp chí tòa án nhân dân* (29/11/2020) <<https://bitly.com.vn/cm8ma6>> truy cập ngày 29/11/2020

17. 'Introductory note to Convention on the reduction of statelessness', Office of the United Nations High Commissioner for Refugees UNHCR <<https://bitly.com.vn/hkia20>> truy cập ngày 13/11/2020

18. Guy S. Goodwin-Gill, 'Convention on the reduction of statelessness' (All Souls College, Oxford) <https://legal.un.org/avl/pdf/ha/crs/crs_e.pdf> truy cập ngày 12/11/2020

19. United Nations, Treaty series <<https://bitly.com.vn/27yhvj>> truy cập ngày 26/11/2020

20. Megan Specia, "ISIS Cases Raise a Question: What Does It Mean to Be Stateless?" *The New York Times* (22/02/2019) <<https://bitly.com.vn/zlx8d7>> truy cập ngày 20/12/2020

RUTH BADER GINSBURG VÀ LUẬT HÔN NHÂN ĐỒNG GIỚI

Tống Hoàng Thanh An (K20502C),

Sinh viên Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG Tp.HCM

Trước xu hướng hợp pháp hóa hôn nhân đồng giới khắp toàn cầu, Tòa án Tối cao Hoa Kỳ cũng đã có những hành động tích cực nhằm thừa nhận và hỗ trợ quyền kết hôn của cộng đồng LGBT. Trên chặng đường đầy gian nan và thăng trầm để đi đến phán quyết mang tính lịch sử gắn liền với sự ra đời của Luật Hôn nhân Đồng giới, công dân Hoa Kỳ vẫn luôn ghi nhớ và đề cao đóng góp lớn lao của nữ Thẩm phán Tòa án Tối cao tài ba - Ruth Bader Ginsburg. Không những là một nhà cầm quyền đấu tranh hết mình vì công lý nước Mỹ, bà còn là một người phụ nữ tiên phong với sự kiên định bền bỉ trong việc thiết lập và bảo vệ Luật Hôn nhân Đồng giới ở khắp 50 bang trên lãnh thổ Hoa Kỳ.

1. Ruth Bader Ginsburg - Đóa hồng gai của nền tư pháp nước Mỹ

Ruth Bader Ginsburg, sinh ngày 15/3/1933 tại Brooklyn, New York trong một gia đình nhập cư thuộc tầng lớp trung lưu gốc Nga - Do Thái.



Ruth Bader Ginsburg

Là một tấm gương sáng về nghị lực sống vượt lên số phận với khát vọng thay đổi nghịch cảnh, bà xuất sắc nhận được bằng cử nhân tại Đại học Cornell với suất học bổng toàn phần, tốt nghiệp đồng hạng nhất tại trường Luật Columbia và là một trong số ít phụ nữ học chuyên ngành Luật tại Harvard lúc bấy giờ. Dưới thời tổng thống Bill Clinton,

bà được bổ nhiệm vào Tòa án Tối cao Mỹ vào năm 1993 và trở thành một nữ thẩm phán tài ba với những đóng góp lớn lao cho nền tư pháp Hoa Kỳ. Trước đó, bà từng là giáo sư tại trường Luật Rutgers, là một thủ lĩnh giỏi của bộ phận pháp lý trong Dự án Quyền Phụ Nữ tại Liên đoàn Tự do Dân sự Mỹ và được bổ nhiệm vào Tòa án Quận Columbia và Tòa Phúc thẩm Liên bang. Là một đóa hồng sắc hương vẹn toàn của nền tư pháp Hoa Kỳ - loài hoa có muôn gai nhọn nhưng lại luôn tỏa sắc dù trong điều kiện khắc nghiệt nhất, Ruth Bader Ginsburg luôn nỗ lực hết mình khi đối mặt với những cạm bẫy, thử thách trong cuộc sống thường nhật. Khi mang thai con đầu lòng, bà từng bị giáng chức tại Văn phòng An sinh Xã hội với lý do xuất phát từ vấn nạn phân biệt đối xử với phụ nữ công sở mang thai ở thập niên 50 của thế kỷ trước. Khi đó, các chủ sử dụng lao động ở những doanh nghiệp Mỹ có xu hướng từ chối thăng chức hoặc tăng lương cho thai phụ, và đây từng là vấn đề gây tranh cãi lớn trong xã hội. Điều này đã khiến Ginsburg che giấu hoàn toàn lần mang thai thứ hai của mình.¹ Không những vậy, dù tốt nghiệp thuộc

nhóm có thành tích cao nhất lớp, bà từng gặp khó khăn trong khi tìm việc làm. Chính vì xuất thân là phụ nữ, đã có con và gốc gác Do Thái, nên các công ty luật tại thành phố New York đã chần chừ trong việc tuyển dụng bà so với những ứng cử viên nam khác. Song, những khó khăn, gian nan lúc ấy lại là động lực quý báu thôi thúc Ruth Bader Ginsburg thực hiện ước mơ của mình, xuất sắc trở thành một nữ thẩm phán tài ba và được mọi người tin yêu, quý trọng.

Với vai trò là một vị Thẩm phán Tối cao Hoa Kỳ theo khuynh hướng chủ nghĩa tự do, Ginsburg đã thay đổi không ít định kiến về nữ quyền, quyền bình đẳng giới và đề xuất những phán quyết mang tính quyết định cho nền tư pháp nước Mỹ. Trước hết, một trong những dấu mốc tiên phong của bà tại Tòa án Tối cao Hoa Kỳ là hành động lên án chính sách chỉ nhận nam giới làm việc tại Viện quân sự Virginia. Bà cương quyết phản đối những lời đàm tiếu và nghi ngờ về thực lực của nữ giới, kể cả những suy nghĩ tiêu cực, cổ hủ về giới tính thứ ba trong xã hội. Ruth Bader Ginsburg đã khẳng định rằng, không có bất cứ điều luật hay chính sách nào có

¹ Hoàng Nam, 'Mỹ: Nhức nhối tình trạng phân biệt đối xử người mang bầu' Báo điện tử Pháp luật Việt Nam baophapluat.vn (2018) <<https://baophapluat.vn/song-khoe/my-nhuc-nhoi-tinh-trang-phan-biet-doi-xu-nguoi-mang-bau-422391.html>> truy cập ngày 12/12/2020

thể ngăn cản phụ nữ tham gia và cống hiến xã hội dựa trên thực lực của mình.² Ngoài ra, bà còn ủng hộ và bảo vệ hôn nhân đồng tính, bỏ phiếu loại bỏ lệnh cấm đồng tính luyến ái trên nước Mỹ và đem lại sức ảnh hưởng lớn lao cho cuộc sống của giới đồng tính. Vì thế, bà từng được nước Mỹ ví von như một biểu tượng của cân cân công lý và quyền bình đẳng con người, là nữ anh hùng dám nghĩ, dám làm đối với cộng đồng LGBT. Vào năm 2013, Ruth Bader Ginsburg đã trở thành hiện tượng đáng được tôn vinh và học hỏi với từ khoá “Notorious RBG” thịnh hành trên các trang mạng xã hội và được đặt làm tên một quyển tiểu sử bán chạy của New York Times.³ Đồng tác giả của cuốn sách này - Irin Carmon - từng bộc bạch: “Ngay cả khi đã 85 tuổi, bà ấy vẫn bám trụ với cam kết về công bằng và bình đẳng. Chúng ta không có nhiều cá nhân như bà ấy”.⁴ Chính từ sự tâm huyết với nghề cùng những cống hiến tích cực, Ruth Bader Ginsburg đã khiến cho phần lớn công dân Hoa Kỳ yêu mến, nể phục và kính trọng cho đến tận bây giờ.

Không như những vị trí cấp cao khác trong bộ máy chính quyền, các thẩm phán Tòa án Tối cao Hoa Kỳ sở hữu nhiệm kỳ trọn đời và họ có thể lựa chọn nghỉ hưu ở bất kỳ thời điểm nào.⁵ Trước lời kêu gọi nghỉ hưu khi đang phải điều trị với căn bệnh ung thư ác tính vào lần sinh nhật thứ 80, cũng như kỷ niệm 20 năm ngồi trên băng ghế của Tòa án

Tối cao, Ruth Bader Ginsburg đã tuyên bố chắc nịch: “Như tôi vẫn thường hay nói, tôi vẫn sẽ là một thành viên của Tòa án Tối cao miễn là tôi có thể hoàn thành công việc một cách trọn vẹn. Và hiện tại tôi vẫn hoàn toàn có thể làm điều đó”.⁶ Phải chăng chính vì thế, Ginsburg luôn được xem là hình mẫu tính nữ điển hình mà biết bao thế hệ trẻ tuổi hướng tới - một người phụ nữ hiện đại, lý trí và mạnh mẽ. Qua đó, bà còn khẳng định sự cống hiến hết mình cho những đam mê, ấp ủ của bản thân và cho nền tư pháp của Hoa Kỳ. Khi bà Sandra Day O'Connor - một nữ thẩm phán khác nghỉ hưu vào tháng 1-2006, Ruth Bader Ginsburg đã cho rằng những năm tháng làm thẩm phán nữ duy nhất trong Tòa án Tối cao là “khoảng thời gian tồi tệ nhất”, khi “hình ảnh bước vào phòng xử án là tám người đàn ông, cỡ người nhất định, và sau đó là người phụ nữ nhỏ bé này ngồi ở một bên. Đó không phải là một hình ảnh tốt để công chúng nhìn thấy” - bà nói. Theo sau đó, Ginsburg đã luôn đề cao và gieo niềm tin vào nữ quyền trong xã hội. Từ khi bắt đầu làm việc và sinh sống cho đến khi bà ra đi mãi mãi, Ginsburg vẫn hằng mong ước thực lực của phụ nữ được công nhận, cân công lý sẽ từng ngày hướng đến bình đẳng giới trong nhịp sống của toàn nhân loại.

Vào ngày 18/09/2020, Ruth Bader Ginsburg qua đời ở tuổi 87 tại nhà riêng ở thủ đô Washington do biến chứng của ung thư tuyến

tụy di căn. Bà đã giữ đúng lời hứa với toàn công dân Mỹ và thực hiện được nguyện vọng cả đời của mình, cống hiến hết sức trên chiếc ghế thẩm phán cho đến khi mất đi. Sau thông báo của Tòa án Tối cao Mỹ, Chánh án John Roberts đã luyến tiếc bày tỏ: “Quốc gia của chúng ta đã mất đi một luật gia có tầm vóc lịch sử. Chúng tôi đã mất đi một đồng nghiệp đáng tin cậy.”⁷ Và hơn hết, khoảng trống mà bà Ginsburg để lại là niềm đau thương, mất mát của biết bao công dân Hoa Kỳ, đặc biệt là với phụ nữ và người đồng giới. Có lẽ, sẽ không ai quên được hình bóng của người phụ nữ đầy nhiệt huyết, cá tính ngày nào đã từng đi tiên phong mở đường, nỗ lực hết mình vì mưu cầu hạnh phúc của mỗi cá nhân trước khi rời xa chiếc ghế thẩm phán của mình.

2. Luật Hôn nhân Đồng giới

Hôn nhân đồng giới hay hôn nhân đồng tính là cuộc hôn nhân giữa hai cá thể có cùng giới tính sinh học.⁸ Hiện nay, hôn nhân đồng giới vẫn còn là vấn đề nhạy cảm và gây ra không ít tranh cãi ở nhiều nơi trên thế giới. Song, xu hướng ủng hộ giới tính thứ ba đang ngày một tăng thêm qua từng năm.⁹ Do đó, việc chấm dứt kỳ thị đối với hôn nhân đồng giới cũng là một bài toán tuy nan giải nhưng lại vô cùng thiết thực đối với toàn nhân loại. Vào tháng 6/2011, Hội đồng Nhân quyền của Liên hiệp quốc đã thông qua Nghị quyết khẳng định rằng: “Mọi người đều có quyền bình đẳng, bất kể thiên hướng tình dục

² Trọng Đức, ‘Nữ thẩm phán - biểu tượng của Tòa án Tối cao Mỹ qua đời ở tuổi 87’ *bnews.vn* (2020) <<https://bnews.vn/nu-tham-phan-bieu-tuong-cua-toa-an-toi-cao-my-qua-doi-o-tuoi-87/170134.html>> truy cập ngày 23/11/2020

³ Patrick Ryan, ‘RBG’: How ‘Notorious’ Ruth Bader Ginsburg became a pop culture icon’ *USA Today* <<https://www.usatoday.com/story/entertainment/celebrities/2020/09/18/notorious-rbg-ruth-bader-ginsburg-became-pop-icon/5831840002/>> truy cập ngày 15/12/2020

⁴ Hà Linh, ‘Câu chuyện về nữ thẩm phán Bader Ginsburg’ *baobariavungtau.com.vn* (2018) <<http://www.baobariavungtau.com.vn/the-gioi/201811/cau-chuyen-ve-nu-tham-phan-bader-ginsburg-824434/>> truy cập ngày 30/11/2020

⁵ Quốc Đạt, ‘Vi sao thẩm phán tối cao Mỹ có nhiệm kỳ trọn đời?’ *vnexpress.net* (2020) <<https://vnexpress.net/vi-sao-tham-phan-toi-cao-my-co-nhiem-ky-tron-doi-4174728.html>> truy cập ngày 29/11/2020

⁶ Sarah Todd, ‘Ruth Bader Ginsburg was right to keep working until the end’ *qz.com* (2020) <<https://qz.com/work/1906067/rbg-never-retired-because-she-knew-the-supreme-court-needed-her/>> truy cập ngày 30/11/2020

⁷ Lauren Frias, ‘Chief Justice John Roberts mourns the loss of ‘cherished colleague’ Ruth Bader Ginsburg, describes her as a ‘tireless and resolute champion of justice’ *businessinsider.com* (2020) <<https://www.businessinsider.com/john-roberts-mourns-loss-of-cherished-colleague-ruth-bader-ginsburg-2020-9>> truy cập ngày 23/11/2020

⁸ Joseph Chamie and Barry Mirkin, ‘Same-Sex Marriage: A New Social Phenomenon’ (2011) *3 Population and Development Review* 529

⁹ Thi Ngoan, ‘Hơn nửa triệu người có thể cưới nhau đồng tính’ *vnexpress.net* (2014) <<https://vnexpress.net/hon-nua-trieu-nguoi-co-the-cuoi-nham-nguoi-dong-tinh-2963877.html>> truy cập ngày 23/11/2020

như thế nào.”¹⁰ Vì thế, dựa trên nhân quyền và quyền bình đẳng trước pháp luật, các quốc gia phát triển cũng đã bình thường hóa các quan hệ đồng giới. Đặc biệt là Hoa Kỳ, nơi hôn nhân đồng giới hiện nay đã được hợp thức hóa khắp 50 bang trên lãnh thổ. Chính từ những định hướng giáo dục tích cực để mỗi cá nhân có thể nhận ra giá trị đích thực của chính mình và sự mở lòng, cảm thông từ gia đình, cộng đồng đã khiến quan điểm xã hội về hôn nhân đồng tính ngày càng được dư luận quan tâm và chấp thuận.

Việc hợp pháp hóa hôn nhân đồng giới ở Hoa Kỳ đã mang lại những quyền lợi cụ thể và đầy đủ hơn so với các chế định “kết hợp dân sự” hay “sống chung như vợ chồng”. Nói một cách khác, chỉ hôn nhân mới mang lại lợi ích và sự bảo vệ một cách trọn vẹn cho các cặp đôi đồng tính trong phạm vi toàn liên bang.¹¹ Theo số liệu mà Văn phòng Kế toán Tổng hợp của Chính phủ Liên bang (GAO) cung cấp vào năm 2014, tổng cộng có 1138 quyền lợi pháp lý được trao cho công dân Hoa Kỳ sau khi kết hôn đồng tính được công nhận.¹² Trong đó, các lĩnh vực được bảo vệ bao gồm lợi ích an sinh xã hội, quyền lợi của cựu chiến binh, bảo hiểm y tế, trợ cấp y tế, quyền thăm bệnh, thuế bất động sản, tiết kiệm hưu trí, lương hưu, nghỉ phép cùng gia đình và nhập cư. Hơn hết, việc công nhận hôn nhân đồng giới đã góp phần thay đổi tích cực quyền và lợi ích hợp pháp của công dân Hoa Kỳ, giúp cho chất lượng cuộc sống và định hướng phát triển kinh tế - xã hội ngày càng ổn định và tiên tiến.

3. Đóng góp của Ruth Bader Ginsburg trong việc thông qua Luật Hôn nhân Đồng giới tại Mỹ

Dưới thời tổng thống Obama, trong khi hai thẩm phán tối cao Roberts và Kennedy vẫn đang cân nhắc về việc liệu tòa án có nên thay đổi những tư tưởng truyền thống về giới tính thứ ba hay không, bà Ginsburg lại chắc nịch khẳng định: “Hôn nhân ngày nay không cần phải theo các truyền thống mà thông luật đã đề ra hay phải dựa vào bất kỳ dân luật nào cả.”¹³ Nằm trên tay một trong chín lá phiếu lập pháp quyền lực, Ruth Bader Ginsburg, với cương vị là một nữ Thẩm phán Tối cao vĩ đại, đã dùng lập luận thuyết phục và kiên quyết để bảo vệ hôn nhân đồng tính và phản biện lại những ý kiến trái chiều khác. Chính vì thế, sự nỗ lực trong việc đấu tranh giành quyền bình đẳng cho cộng đồng LGBT của bà là một trong những niềm hy vọng lớn lao của người đồng tính lúc bấy giờ. Sau cùng, vào ngày 26/05/2015, Tòa án Tối cao Mỹ tiếp tục đưa ra một phán quyết lịch sử về việc hợp pháp hóa hôn nhân đồng giới ở 50 bang. Đây là một thắng lợi có ý nghĩa không kém phần quan trọng đối với biết bao cặp đôi đồng tính ở Hoa Kỳ nói riêng và trên cả thế giới nói chung. Có thể nhận thấy, phán quyết này đã ảnh hưởng lớn đến hệ thống pháp luật ở các nước đang muốn phát triển và tiến xa hơn để đảm bảo quyền và lợi ích của mọi công dân. Đó một phần là nhờ vào những đóng góp tích cực và nhân văn của “người mở đường bất tử”¹⁴ - Ruth Bader Ginsburg, làm nên một Hoa Kỳ có sức ảnh hưởng sâu rộng

với hệ giá trị tư tưởng mới mẻ, hiện đại và đáng học tập.

Vậy hiện nay, vấn đề hôn nhân đồng giới ở Việt Nam được pháp luật quy định như thế nào? Có lẽ, chính vì sự ảnh hưởng từ hệ tư tưởng, văn hóa và truyền thống phương Đông, hôn nhân đồng giới từng nằm trong danh mục cấm kết hôn theo quy định của Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 ở nước ta.¹⁵ Tuy nhiên, khi Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 được áp dụng, kết hôn đồng giới không còn thuộc trường hợp bị cấm hay bị xử phạt hành chính¹⁶ mà thay vào đó, điều luật mới này đã quy định: “Nhà nước không thừa nhận hôn nhân giữa những người có cùng giới tính” (Điều 8).¹⁷ Điều này cho thấy, pháp luật Việt Nam đã thật sự chuyển mình trước xu hướng kết hôn đồng giới, không nghiêm cấm, đồng thời cũng không khuyến khích hay trực tiếp cho phép. Có thể hiểu rằng, các cặp đôi đồng tính giờ đây vẫn có thể tổ chức đám cưới, vẫn được chung sống với nhau nhưng sẽ không được thừa nhận là vợ chồng về mặt pháp lý.

Lời kết

Tóm lại, trong bất kỳ thời đại nào, đời sống xã hội của con người luôn có sự đa dạng và khác biệt nhất định. Chính vì thế, xu hướng giới tính và sự thể hiện tình cảm mới mẻ của thế hệ trẻ ngày càng được bộc lộ rõ nét và dễ bắt gặp hơn. Trước sự vận động và phát triển không ngừng của nhân loại, việc liên tục cập nhật và sửa đổi pháp luật là tất yếu và thiết thực. Sự ra đời của Luật Hôn nhân Đồng giới ở Mỹ là sự

¹⁰ Trương Hồng Quang, ‘Quyền kết hôn của người đồng tính’ *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp* (2014) <<http://lapphap.vn/Pages/tintuc/tinchitiet.aspx?tintucid=207845>> truy cập ngày 22/11/2020

¹¹ Hồ Minh Thành, ‘Hôn nhân đồng tính ở Hoa Kỳ và những gợi mở cho Việt Nam’ *Thông tin pháp luật Dân sự* (2020) <<https://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2020/02/18/hn-nhn-dong-tinh-o-hoa-ky-v-nhung-goi-mo-cho-viet-nam/>> truy cập ngày 29/11/2020

¹² Joshua J. Miller and Kevin A. Park, ‘Same-Sex Marriage Laws and Demand for Mortgage Credit’ (2016)

¹³ Dan Roberts, ‘Ruth Bader Ginsburg eviscerates same-sex marriage opponents in court’ *The Guardian* (2015) <<https://www.theguardian.com/us-news/2015/apr/28/ruth-bader-ginsburg-gay-marriage-arguments-supreme-court>> truy cập ngày 20/11/2020

¹⁴ Hải Sơn, ‘Người mở đường bất tử’ *nhandan.com.vn* (2020) <https://nhandan.com.vn/nhan-vat_1/nguoi-mo-duong-bat-tu-618063/>, truy cập ngày 29/11/2020

¹⁵ Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2000, Điều 10(5)

¹⁶ Nghị định 110/2013/NĐ-CP Quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực bổ trợ tư pháp, hành chính tư pháp, hôn nhân và gia đình, thi hành án dân sự, phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã

¹⁷ Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014, Điều 8

khích lệ to lớn với các quốc gia đang chuyển mình tiến tới công nhận người đồng tính và hôn nhân đồng giới. Trong đó, Ruth Bader Ginsburg đã có đóng góp lớn lao trong việc thông qua Đạo luật mang tính lịch sử này. Vì thế, dù đã vĩnh viễn ra đi, nữ thẩm phán Tòa án tối cao Ruth Bader Ginsburg vẫn mãi là biểu tượng cho công lý và bình đẳng giới trong lòng người dân Hoa Kỳ nói riêng và công dân toàn cầu nói chung.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

Danh mục văn bản pháp luật

1. Luật Hôn nhân và gia đình 2000
2. Luật Hôn nhân và gia đình 2014

3. Nghị định 110/2013/NĐ-CP Quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực bổ trợ tư pháp, hành chính tư pháp, hôn nhân và gia đình, thi hành án dân sự, phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã

Bài viết

1. Joseph Chamie and Barry Mirkin, 'Same-Sex Marriage: A New Social Phenomenon' (2011) 3 Population and Development Review 529

2. Joshua J. Miller and Kevin A. Park, 'Same-Sex Marriage Laws and Demand for Mortgage Credit' (2016)

Nguồn điện tử

1. Trương Hồng Quang, 'Pháp luật một số quốc gia trên thế giới về quyền của người đồng tính', *Thông tin pháp luật Dân sự* <<https://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2012/08/06/php-luat-mot-so-quoc-gia-trn-the-gioi-ve-quyen-cua-nguoi-dong-tnh/>>

2. Trương Hồng Quang, 'Quyền kết hôn của người đồng tính', *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp* <<http://lapphap.vn/Pages/tintuc/tinchitiet.aspx?tintucid=207845>>

3. Lan Vũ, 'Bao giờ Việt Nam cho phép kết hôn đồng giới', *luatvietnam.vn* <<https://luatvietnam.vn/tin-phap-luat/bao-gio-viet-nam-cho-phep-ket-hon-dong-gioi-230-17434-article.html>>

4. Thanh Tâm, 'Người phụ nữ cả đời đấu tranh cho công lý Mỹ', *vnexpress.net* <<https://vnexpress.net/nguoi-phu-nu-ca-doi-dau-tranh-cho-cong-ly-my-4164275.html>>

5. Dan Roberts, 'Ruth Bader Ginsburg eviscerates same-sex marriage opponents in court', *The Guardian* <<https://www.theguardian.com/us-news/2015/apr/28/ruth-bader-ginsburg-gay-marriage-arguments-supreme-court>>

6. Khánh Như, 'Điều đặc biệt từ nữ thẩm phán Tòa tối cao Mỹ vừa qua đời', *plo.vn* <<https://plo.vn/quoc-te/dieu-dac-biet-tu-nu-tham-phan-toa-toi-cau-my-vua-qua-doi-939392.html>>

7. Hà Linh, 'Câu chuyện về nữ thẩm phán Bader Ginsburg', *baobariavungtau.com.vn* <<http://www.baobariavungtau.com.vn/the-gioi/201811/cau-chuyen-ve-nu-tham-phan-bader-ginsburg-824434/>>

8. Patrick Ryan, "RBG": How 'Notorious' Ruth Bader Ginsburg became a pop culture icon' *Báo điện tử USA Today* <<https://www.usatoday.com/story/entertainment/celebrities/2020/09/18/notorious-rbg-ruth-bader-ginsburg-became-pop-icon/5831840002/>>

**PRIVACY COSTS AND PERSONAL DATA PROTECTION:
ECONOMIC AND LEGAL PERSPECTIVES**
**CHI PHÍ RIÊNG TƯ VÀ BẢO VỆ DỮ LIỆU CÁ NHÂN:
GÓC NHÌN KINH TẾ VÀ PHÁP LÝ**

Dịch bởi: Vũ Trí Nhân (K19501),

Đặng Ngọc Lãm Uyên (K20502) & Nguyễn Huỳnh Khánh Vy (K20502),

Sinh viên Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG Tp. HCM

Keywords: *personal data: dữ liệu cá nhân, data breaches: rò rỉ bảo mật dữ liệu, privacy costs: chi phí của sự riêng tư; privacy legislation: quy định về quyền riêng tư, ex-ante regulation: quy định tiên liệu, ex-post regulation: quy định "sau thực tế", expected costs: chi phí dự kiến, consumer cost: thiệt hại cho người tiêu dùng, liquidated damages: thiệt hại ấn định*

I. INTRODUCTION

In 1994, the U.S. Congress enacted the Drivers Privacy Protection Act (DPPA) to protect the privacy of personal data collected by states' Departments of Motor Vehicles (DMVs). The Act made parties such as data brokers or DMVs liable to individuals whose personal information had been wrongfully used or released. The DPPA allowed offended individuals to bring a civil action in a United States district court against violators, permitting courts to award actual damages, but not less than liquidated damages in the amount of \$2,500. However, obtaining compensation by proving actual damage proved elusive: after all, what constitutes an actual damage when an individual's personal information assembled by a state's DMV is simply passed to third parties—such as data aggregators and data brokers? In 2005 the Eleventh Circuit resolved that under the DPPA, individuals did not have to prove actual damages in order to get liquidated damages. But this has not translated to other privacy legislation, particularly in the area of consumer data breaches: obtaining compensation for the loss or theft of personal information held by

I. ĐẶT VẤN ĐỀ

Năm 1994, Quốc hội Hoa Kỳ đã ban hành Đạo luật Bảo vệ Quyền riêng tư của Người lái xe (DPPA) để bảo vệ quyền riêng tư dữ liệu cá nhân thu thập bởi các Nha lộ vận (DMV) của các Bang. Đạo luật quy định các bên như nhà môi giới dữ liệu hoặc DMV phải chịu trách nhiệm pháp lý đối với những cá nhân có thông tin cá nhân bị sử dụng phi pháp hoặc bị tiết lộ. DPPA cho phép các nạn nhân khởi kiện dân sự những kẻ vi phạm tại tòa án cấp quận của Hoa Kỳ, cho phép tòa án tuyên bồi thường thiệt hại thực tế, nhưng số tiền bồi thường này không được thấp hơn mức bồi thường thiệt hại ấn định² là \$2,500. Tuy nhiên, việc chứng minh thiệt hại thực tế xảy ra để được bồi thường rất khó thực hiện: xét cho cùng, điều gì cấu thành thiệt hại thực tế khi thông tin cá nhân của một người được thu thập bởi DMV của một tiểu bang được chuyển sang cho các bên thứ ba như công ty tổng hợp dữ liệu và nhà môi giới dữ liệu? Vào năm 2005, Tòa án phúc thẩm liên bang khu vực 11³ đã đưa ra phán quyết rằng theo DPPA, các cá nhân không phải chứng minh thiệt hại thực tế để được bồi thường thiệt hại ấn định. Nhưng quyết định này không được tiếp nối bởi các

¹ Nhà môi giới dữ liệu (data brokers) là một doanh nghiệp thu thập và bán một cách có chủ đích cho bên thứ ba dữ liệu cá nhân của người tiêu dùng không có quan hệ trực tiếp với doanh nghiệp đó, với một số ngoại lệ.

(Assembly Bill No. 1202 Privacy: data brokers 2019)

² Thiệt hại ấn định (liquidated damages) là một số tiền được ước tính trước cho một thiệt hại mà số tiền bồi thường thiệt hại trên thực tế khó có thể xác định được, việc bồi thường áp dụng cho một trong các bên, và được ghi trong một số hợp đồng pháp lý nhất định.

Thiệt hại ấn định (Liquidated damages) được trình bày trong những hợp đồng pháp lý nhất định là số tiền ước tính của những thiệt hại vô hình hoặc khó-xác-định khác của một trong các bên ký kết.

(Will Kenton, 'Liquidated Damages', Investopedia (6/9/2019), <<https://investopedia.com/terms/l/liquidateddamages.asp>> truy cập ngày 05/12/2020)

³ Trong hệ thống tòa án của Mỹ có 13 tòa phúc thẩm, trong đó có 12 tòa được chia theo khu vực địa lý gồm 11 khu vực (circuits) và District of Columbia (Lê Thảo Chi, 'Hệ thống Tòa án Mỹ' (11/03/2005), Báo An ninh thế giới online, <<http://antg.cand.com.vn/Su-kien-Binh-luan-antg/He-thong-Toa-an-Mỹ-280317>> truy cập ngày 25/11/2020)

another entity has not, generally, proved viable. Economic and legal theories seem to assess differently what constitutes consumer harm resulting from a breach of personal data: economic theory may recognize privacy costs that legal jurisprudence does not.

For an economist, the potential damages from the dissemination of consumer information may be various: from the increased probability of receiving spam or being subject to identity theft (which elevates the individual's expected, though not necessarily realized, costs), to the decrease in market value of their personal data, given its wider availability and lower scarcity. For the economist, the difference between an actual and a possible cost is a matter of probabilities and uncertainty; in either case, the breach of a consumer's data has heightened the expected costs—be they tangible or intangible—that the consumer will suffer when (and if) his data is abused. However, while other areas of law have accepted the concept of probabilistic damage, such ambiguity is, most of the time, unacceptable to personal data protection legislation: under the law, a person may not be able to sue a data broker for future or potential identity theft, which may have originated from the disclosure of his personal data. Under tort law, compensation for losses requires plaintiffs to demonstrate harm to one's person or property. While additional pecuniary awards can be granted for economic loss, they are predicated on actual or physical harm. As a result, courts (and juries) have often rejected attempts to award damages for breaches of personal information, challenging the very effectiveness of policy initiatives aimed at protecting consumer data. The goal of this Article, therefore, is to examine U.S. personal data protection laws using the lens of economic theory. We focus on consumer data breaches resulting from the loss or theft of personal information held by another entity.

Personal information flows are necessary for the functioning of modern economies and are often beneficial to consumers (data subjects), first parties (data

quy định khác về quyền riêng tư, đặc biệt là trong lĩnh vực rò rỉ dữ liệu người tiêu dùng: việc đòi bồi thường cho việc bị mất hoặc bị đánh cắp thông tin cá nhân thực hiện bởi một tổ chức khác nhìn chung không được chứng minh là có khả thi. Các học thuyết kinh tế và pháp lý dường như có nhận định khác nhau về yếu tố cấu thành thiệt hại đối với người dùng do rò rỉ dữ liệu cá nhân: học thuyết kinh tế thừa nhận các chi phí của sự riêng tư nhưng luật học thì không.

Đối với một nhà kinh tế học, những thiệt hại tiềm ẩn từ việc phát tán thông tin người dùng có thể rất đa dạng: từ việc tăng khả năng nhận được thư rác hoặc trở thành nạn nhân bị đánh cắp danh tính (điều này làm tăng chi phí dự kiến của cá nhân, mặc dù không nhất thiết phải tăng thật sự), đến việc dữ liệu cá nhân của họ bị giảm giá trị trên thị trường do tính khả dụng rộng rãi hơn và độ khan hiếm thấp hơn. Đối với nhà kinh tế, sự khác biệt giữa chi phí thực tế và chi phí tiềm ẩn là vấn đề xác suất và sự không chắc chắn; trong trường hợp nào thì việc rò rỉ dữ liệu người dùng đã làm tăng chi phí dự kiến—dù cho hữu hình hay vô hình—người dùng sẽ phải gánh chịu nếu và khi dữ liệu của họ bị lạm dụng. Tuy nhiên, trong khi các lĩnh vực luật khác đã chấp nhận khái niệm thiệt hại có xác suất, khái niệm mơ hồ đó hầu như không thể chấp nhận được đối với luật bảo vệ dữ liệu cá nhân: theo luật, một người sẽ không thể kiện một nhà môi giới dữ liệu vì hành vi đánh cắp danh tính tiềm ẩn hoặc xảy ra trong tương lai, điều mà có thể bắt nguồn từ việc tiết lộ dữ liệu cá nhân của anh ta. Theo luật vi phạm,⁴ để được bồi thường tổn thất nguyên đơn phải chứng minh tồn tại thiệt hại đối với người hoặc tài sản của một người. Trong khi các phán quyết bổ sung liên quan đến tiền có thể được đưa ra để bù đắp thiệt hại kinh tế, chúng được dựa trên thiệt hại thực tế hoặc thiệt hại vật chất. Do đó, các tòa án (và bồi thẩm đoàn) thường từ chối các nỗ lực giải quyết thiệt hại do rò rỉ thông tin cá nhân, đồng thời thách thức tính hiệu quả của các đề xuất chính sách nhằm đến bảo vệ dữ liệu người dùng. Do đó, mục tiêu bài viết này là để xem xét các luật bảo vệ dữ liệu cá nhân qua lăng kính lý thuyết kinh tế. Chúng tôi tập trung vào các vụ việc rò rỉ dữ liệu người dùng do bị mất hoặc bị đánh cắp thông tin thực hiện bởi một tổ chức khác.

Các luồng thông tin cá nhân là điều cần thiết cho hoạt động của các nền kinh tế hiện đại và thường mang lại lợi ích cho người tiêu dùng (chủ thể dữ

⁴ Luật vi phạm (tort law) là một phần của hệ thống thông luật điều chỉnh những vấn đề về sự vi phạm mang tính chất dân sự (civil wrongs). Ngành luật này hướng tới việc giải quyết những hậu quả của vi phạm lên một người và đưa ra những đền bù chính đáng, thông thường bằng tiền.

holders), and third party companies (data brokers). Consumers benefit from transactions involving their personal data due to easier access to credit and insurance, customization, and personalization. However, they may also be harmed by abusive treatment of their data; they may suffer from identity theft, discrimination, or social stigma; they may witness degraded value of their personal data publicly disclosed, or suffer other psychological, intangible costs. Companies also bear costs when they misuse—or, specifically, lose because of negligence or criminal attacks—consumers' personal data: they may sustain negative publicity, embarrassment, lost sales, or suffer fines or other sanctions. Technological solutions such as data security and privacy enhancing technologies can help balance the interests and needs of data subjects and data holders. However, they are not always spontaneously adopted by individuals or companies, which drives the motivation for policy intervention: in the U.S. there exists a patchwork of state and federal legislative initiatives that attempt, in coordination with self-regulatory approaches, to reduce data breaches, protect personal information, and mitigate the harm to disparate parties due to these breaches.

In this Article, we undertake an economic analysis and comparison of such legal mechanisms for consumer data protection. Our goal is not to establish the value of privacy legislation using economic theory: the vast and complex array of U.S. legislative initiatives meant to protect personal information is clear proof of an interest in protecting consumer data while maintaining beneficial flows of personal information. Rather, we investigate the effectiveness of those initiatives. We focus on data breaches and the resulting consumer costs of such violations. Specifically, we present an economic analysis of three legislative approaches used to reduce the potential privacy harm from a firm's activity: ex-ante safety regulation, ex-post liability, and information disclosure. In addition, we discuss the means by which legal and economic frameworks calculate and compensate for

liệu), bên thứ nhất (chủ sở hữu dữ liệu⁵) và các công ty bên thứ ba (nhà môi giới dữ liệu). Người tiêu dùng được hưởng lợi từ các giao dịch liên quan đến dữ liệu cá nhân của họ nhờ vào khả năng tiếp cận tín dụng và bảo hiểm, tùy chỉnh và cá nhân hóa dễ dàng hơn. Tuy nhiên, họ cũng có thể bị tổn hại do hành vi lạm dụng dữ liệu; họ có thể bị đánh cắp danh tính, phân biệt đối xử hoặc kỳ thị xã hội; họ có thể trải qua sự suy giảm giá trị của dữ liệu cá nhân khi bị tiết lộ công khai hoặc phải chịu các tổn thương tâm lý, tổn thương vô hình khác. Các công ty cũng phải chịu chi phí khi họ lạm dụng – hoặc cụ thể là làm mất do sơ suất hoặc bị tội phạm tấn công – dữ liệu cá nhân của người tiêu dùng: họ sẽ phải mang tiếng xấu, xấu hổ, suy giảm doanh số hoặc chịu phạt tiền hoặc các hình thức chế tài khác. Các giải pháp công nghệ như bảo mật dữ liệu và công nghệ tăng cường bảo mật có thể giúp cân bằng lợi ích và nhu cầu của chủ thể dữ liệu và chủ sở hữu dữ liệu. Tuy nhiên, các công nghệ không phải lúc nào cũng được các cá nhân hoặc công ty áp dụng một cách tự phát, điều này tạo động lực cho sự can thiệp của các chính sách: ở Hoa Kỳ tồn tại một tập hợp các dự thảo luật liên bang và tiểu bang cố gắng phối hợp với các phương pháp tiếp cận theo hướng tự điều chỉnh để giảm rò rỉ dữ liệu riêng tư, bảo vệ thông tin cá nhân và giảm thiểu thiệt hại cho các bên khác nhau do những rò rỉ này.

Trong bài viết này, chúng tôi thực hiện phân tích kinh tế và so sánh các cơ chế pháp lý như vậy để bảo vệ dữ liệu người tiêu dùng. Mục tiêu của chúng tôi không phải là đánh giá pháp luật về quyền riêng tư bằng cách sử dụng lý thuyết kinh tế: một tập hợp các đề xuất lập pháp Hoa Kỳ rộng lớn và phức tạp nhằm bảo vệ thông tin cá nhân là bằng chứng rõ ràng về sự quan tâm đến việc bảo vệ dữ liệu người tiêu dùng đồng thời duy trì các luồng thông tin cá nhân có lợi. Thay vào đó, chúng tôi điều tra tính hiệu quả của những đề xuất đó. Chúng tôi tập trung vào các vụ rò rỉ dữ liệu và chi phí gây lên người tiêu dùng cho những vi phạm đó. Cụ thể, chúng tôi trình bày phân tích kinh tế về ba cách tiếp cận lập pháp được sử dụng để giảm tác hại tiềm ẩn về quyền riêng tư từ hoạt động của công ty: quy định an toàn tiên liệu (ex-ante⁶), trách nhiệm "sau thực tế" (ex-post⁷) và tiết

⁵ Chủ sở hữu dữ liệu (Data holders) là công ty chuyên nắm giữ dữ liệu của người tiêu dùng và phải chuyển dữ liệu đã được chứng thực đó đến bên mong muốn theo yêu cầu của người tiêu dùng

(Office of the Australian Information Commissioner, CDR participants, <<https://oaic.gov.au/consumer-data-right/cdr-participants/#:~:text=A%20data%20holder%20is%20a,recipient%20at%20the%20consumer's%20request>> truy cập ngày 5/12/2020)

⁶ Ex-ante trong tiếng latin mang nghĩa là trước sự kiện, trước biến cố. Còn trong kinh tế học thuật ngữ này có nghĩa là tiên liệu, tiên nghiệm hoặc tiên đoán. Tiên liệu có liên hệ với các sự kiện tương lai như: lợi nhuận trong tương lai hay triển vọng của một doanh nghiệp. Việc sử dụng phân tích tiên liệu giúp cho người ta ý thức được những biến động về giá cả hay tác động trong tương lai của một chính sách mới được thực hiện.

(James Chen, Ex-Ante, *Investopedia* (20/05/2020), <<https://www.investopedia.com/terms/e/exante.asp>> truy cập ngày 5/12/2020)

⁷ Ex-post là một từ khác cho lợi nhuận thực tế và là tiếng Latin có nghĩa là "sau thực tế." Việc sử dụng lợi nhuận trong lịch sử thường là cách tiếp cận nổi tiếng nhất để dự báo khả năng phát sinh khoản lỗ đầu tư vào bất kỳ ngày nào. Ex-post trái ngược với ex-ante, có nghĩa là "trước sự kiện".

(James Chen, 'Ex-post', *Investopedia* (27/11/2020), <<https://www.investopedia.com/terms/e/exante.asp>> truy cập ngày 5/12/2020)

consumer loss. Ex-post liability, ex-ante regulation, and information disclosure laws have had only mixed success in preventing consumer data breaches. Some of the causes for such lukewarm results relate to challenges that each of these mechanisms face in the marketplace - challenges that economic theory (in particular, behavioral economics and transaction costs economics) help explain.

The rest of the Article is structured as follows: first, we introduce the general mechanisms of regulation, liability, and information disclosure. We next present examples of these approaches in the area of personal information protection and analyze their impact, showing a gap between the legislature's intentions and marketplace reaction. Finally, we provide a formal economic analysis of regulation, liability, and information disclosure, and contrast conditions under which they may be socially efficient or inefficient.

II. CONSUMER DATA PROTECTION LAWS

Despite, or perhaps because of, the adoption of more U.S. state laws requiring firms to notify consumers of data breaches, breaches appear to be occurring more frequently. For example, the identity theft resource center (ITRC)⁸ – which maintains a detailed catalog of reported data breaches – recently announced a surge in breaches in 2008 to 656, up 47% from the previous year. Such breaches can have a tremendous range of impacts for the individuals whose data are affected. In cases where the breach is caused by simple loss of a backup tape, or theft of a device with intention to wipe the contents and sell the hardware, the financial impact to consumers may be negligible—in fact, there may be none. However, breaches can also result in various types of identity theft (ranging from fraudulent unemployment claims to fraudulent tax returns, fraudulent loans, home equity fraud, and payment card fraud) which can impose financial, psychological, and other costs on the victims. Consumer costs can be indirect, too. For instance, in response to a breach notification, consumers must process the information and decide a course of action. This imposes cognitive costs and can represent a significant burden.

In addition to losses inflicted to others, the breached institutions can also incur significant costs

lộ thông tin. Ngoài ra, chúng tôi bàn về các phương thức mà các khung pháp lý và kinh tế dùng để tính toán và bù đắp thiệt hại cho người tiêu dùng. Các luật về trách nhiệm “sau thực tế”, quy định tiên liệu và tiết lộ thông tin chỉ đạt được thành công vừa phải trong việc ngăn chặn rò rỉ dữ liệu người tiêu dùng. Một số nguyên nhân dẫn đến kết quả tầm thường đó liên quan đến những thách thức mà mỗi cơ chế này phải đối mặt trên thị trường - những thách thức mà lý thuyết kinh tế (cụ thể là lý thuyết kinh tế học hành vi và kinh tế học chi phí giao dịch) có thể giúp giải thích.

Phần còn lại của bài viết có cấu trúc như sau: Đầu tiên, chúng tôi giới thiệu các cơ chế chung về quy định, trách nhiệm pháp lý và tiết lộ thông tin. Tiếp theo, chúng tôi trình bày các ví dụ về các cách tiếp cận trong lĩnh vực bảo vệ thông tin cá nhân và phân tích tác động của chúng, từ đó chỉ ra khoảng cách giữa ý định của nhà làm luật và phản ứng của thị trường. Cuối cùng, chúng tôi cung cấp một bản phân tích kinh tế chính thức về quy định, trách nhiệm pháp lý và tiết lộ thông tin, và các điều kiện tương phản khiến cho chúng có thể hiệu quả hoặc không hiệu quả về mặt xã hội.

II. LUẬT BẢO VỆ DỮ LIỆU NGƯỜI TIÊU DÙNG

Mặc dù, hoặc có thể là do, việc áp dụng thêm các luật tiểu bang Hoa Kỳ yêu cầu các công ty phải thông báo cho người tiêu dùng về các vụ rò rỉ dữ liệu, các vụ rò rỉ dường như xảy ra thường xuyên hơn. Ví dụ: trung tâm tài nguyên đánh cắp danh tính (ITRC) – nơi duy trì một danh sách chi tiết về các vụ rò rỉ dữ liệu được báo cáo – gần đây đã công bố tăng số vụ rò rỉ trong năm 2008 lên 656, tăng 47% so với năm trước. Những vụ rò rỉ như vậy có thể có phạm vi tác động lớn đối với các cá nhân có dữ liệu bị ảnh hưởng. Trong trường hợp nguyên nhân vụ rò rỉ do đơn giản là mất băng dự phòng hoặc do thiết bị bị trộm với ý định xóa sạch nội dung và bán phần cứng, thì tác động tài chính lên người tiêu dùng có thể là không đáng kể – trên thực tế, có thể không hề có tác động gì. Tuy nhiên, các vụ rò rỉ cũng có thể dẫn đến nhiều loại đánh cắp danh tính khác nhau (từ những yêu cầu thất nghiệp giả mạo đến gian lận khai thuế, gian lận cho vay, gian lận trị giá nhà ở và gian lận thẻ thanh toán) có thể đặt ra các gánh nặng về tài chính, tâm lý và các gánh nặng khác đối với nạn nhân. Chi phí tác động lên người tiêu dùng cũng có thể gián tiếp. Ví dụ, để phản hồi các thông báo vi phạm, người tiêu dùng phải xử lý thông tin và quyết định cách hành động. Điều này đặt ra chi phí xử lý thông tin và có thể là một gánh nặng đáng kể.

⁸ The identity theft resource center (ITRC) là Trung tâm tài nguyên đánh cắp danh tính, một tổ chức phi lợi nhuận được thành lập để hỗ trợ nạn nhân của hành vi trộm cắp danh tính trong việc giải quyết vụ án của họ (Identity theft resources center, 'About us' idtheftcenter.org, <<https://www.idtheftcenter.org/about-us/>> truy cập ngày 05/12/2020)

as a result of incident investigations—whether they are schools, retail stores, hospitals, or government agencies. Such costs include fines paid to federal agencies, legal fees, and consumer redress. For example, the Department of Veterans Affairs⁹ paid \$20 million to veterans and current military personnel after the theft of a laptop that contained personal information of 26 million veterans, even though officials maintain that no information was accessed. Choicepoint incurred at least \$26 million in fines and fees from a breach in 2005,²⁸ and as of fall 2007 the retailer TJX reported losses of \$256 million from its massive data breach in 2005. Heartland Payment Systems, one of the largest credit card processing companies in the United States, incurred \$12.6 million in fines and fees from a breach in 2008 that has affected, as of this writing, more than 665 financial institutions.³⁰ In fact, a recent study revealed an increase in costs to companies because of data breaches every year since 2005.

As a result of data breaches and their costs, U.S. policymakers have produced a patchwork of legislation that creates incentives for companies to protect personal information, and decrease the harm to disparate parties as a result of breaches of this information. This Part presents an overview of the legal approaches adopted to protect personal information, borrowing a classification of legislative initiatives found in the economic theory of law.

A long tradition of scholarship has investigated the relationship between economics and the law, and has applied economic modeling to the analysis of various legislative approaches designed to reduce accident costs. Some literature directly compares ex-ante safety regulation with ex-post liability, whereas other literature separately discusses the economics of information disclosure.

Ex-ante safety regulation is a common way to control or limit an externality caused by a firm's harmful activity. This is an ex-ante mechanism, in the sense that it is meant to prevent harm from occurring through the enforcement of minimum standards or operating (compliance) restrictions. It is considered "public" in nature because enforcement is promulgated by statutes and government agencies,

Ngoài thiệt hại gây ra cho người khác, các tổ chức để rò rỉ cũng có thể phải chịu chi phí đáng kể từ việc điều tra sự cố — cho dù đó là trường học, cửa hàng bán lẻ, bệnh viện hay cơ quan chính phủ. Các chi phí đó bao gồm tiền phạt trả cho các cơ quan liên bang, tiền thuê luật sư và tiền đền bù cho người tiêu dùng. Ví dụ: Bộ Cựu chiến binh đã trả 20 triệu đô la cho các cựu chiến binh và quân nhân đương nhiệm sau vụ trộm một máy tính xách tay chứa thông tin cá nhân của 26 triệu cựu chiến binh, mặc dù các quan chức khẳng định rằng không có thông tin nào bị truy cập. Choicepoint phải chịu ít nhất 26 triệu đô la tiền phạt và phí do vụ rò rỉ vào năm 2005, và tính đến mùa thu năm 2007, nhà bán lẻ TJX đã báo cáo thiệt hại 256 triệu đô la từ vụ rò rỉ dữ liệu lớn vào năm 2005. Heartland Payment Systems¹⁰, một trong những công ty xử lý thẻ tín dụng lớn nhất ở Hoa Kỳ, đã gánh chịu 12,6 triệu đô la tiền phạt và lệ phí do vụ rò rỉ năm 2008 đã ảnh hưởng đến hơn 665 tổ chức tài chính. Thực tế, một nghiên cứu gần đây cho thấy có sự gia tăng chi phí của các công ty do rò rỉ dữ liệu hàng năm kể từ năm 2005.

Do rò rỉ dữ liệu và chi phí của các vụ rò rỉ, các nhà hoạch định chính sách của Hoa Kỳ đã đưa ra các quy định pháp lý chặt chẽ tạo ra động lực cho các công ty bảo vệ thông tin cá nhân và giảm thiệt hại cho các bên khác nhau do rò rỉ thông tin. Phần này trình bày tổng quan về các phương pháp pháp lý được áp dụng để bảo vệ thông tin cá nhân, vay mượn sự phân loại các dự luật được tìm thấy trong lý thuyết luật dưới góc nhìn kinh tế.

Một truyền thống học thuật lâu đời nghiên cứu mối quan hệ giữa kinh tế và luật, đồng thời áp dụng mô hình kinh tế để phân tích các phương pháp lập pháp khác nhau được thiết kế để giảm chi phí tai nạn. Một số tài liệu so sánh trực tiếp quy định an toàn tiên liệu với trách nhiệm pháp lý "sau thực tế", trong khi các tài liệu khác thảo luận riêng về tác động kinh tế của việc tiết lộ thông tin.

Quy định an toàn tiên liệu là một cách phổ biến để kiểm soát hoặc hạn chế tác động bên ngoài do hoạt động có hại của công ty gây ra. Đây là một cơ chế tiên liệu, theo nghĩa là nó dùng để ngăn chặn việc gây ra thiệt hại bằng việc thực thi các quy chuẩn tối thiểu hoặc các hạn chế hoạt động (hoặc hạn chế tuân thủ). Bản chất của các quy định này được coi là "công pháp" vì việc thực thi được quy định bởi các đạo luật

⁹ The Department of Veterans Affairs là Bộ Cựu chiến binh Hoa Kỳ, cơ quan phụ trách điều hành các chương trình mang lại lợi ích cho các cựu chiến binh và thành viên gia đình của họ, cung cấp các dịch vụ và cung cấp các khoản bồi thường cho người khuyết tật hoặc tử vong liên quan đến nghĩa vụ quân sự (The United States government, 'U.S. Department of Veterans Affairs' [usa.gov](https://www.usa.gov/federal-agencies/u-s-department-of-veterans-affairs), <<https://www.usa.gov/federal-agencies/u-s-department-of-veterans-affairs>> truy cập ngày 05/12/2020)

¹⁰ Heartland Payment Systems là công ty thanh toán, xử lý giao dịch thẻ tín dụng lớn thứ 6 tại Mỹ, theo báo cáo của Nilson năm 2014 (Du Lam, '10 vụ rò rỉ dữ liệu lớn nhất ngành tài chính, ngân hàng: 'Khủng' nhất vừa xảy ra năm nay, ảnh hưởng tới 143 triệu người dùng', [viettimes.vn](https://viettimes.vn/10-vu-ro-ri-du-lieu-lon-nhat-nganh-tai-chinh-ngan-hang-khung-nhat-vua-xay-ra-nam-nay-anh-huong-toi-143-trieu-nguoi-dung-post119412.html) (27/11/2019), <<https://viettimes.vn/10-vu-ro-ri-du-lieu-lon-nhat-nganh-tai-chinh-ngan-hang-khung-nhat-vua-xay-ra-nam-nay-anh-huong-toi-143-trieu-nguoi-dung-post119412.html>> truy cập ngày 05/12/2020)

though safety standards can also be created through self-regulation by firms. An important characteristic is that sanctions can be imposed simply as soon as standards have been violated, even though no harm has yet occurred.

Ex-post liability, instead, is exercised after harm has occurred. It is a legal device that enables victims to sue for damages, forcing firms to internalize part of the harm they cause. It is “private” in nature because suits are initiated by private entities such as consumers and corporations.

Finally, information disclosure forces firms to reveal information about the risks of their products or services. The intent is to allow consumers to take action to mitigate potential loss, and create a strong incentive for firms to improve their practices—in order to avoid negative publicity and customer backlash. This approach is a lighter form of intervention in that it does not mandate specific technologies or precautions, and therefore allows market forces to respond freely.

A. EX-ANTE REGULATION

Consumer data protection and compliance regulations require firms to invest in a minimum level of security controls in the hopes of reducing the probability of a data breach and resulting harm. As the required level of care increases, the investment in security protections also increases, reducing the probability of a breach, which in turn is expected to decrease the loss caused by the firm’s activity (such as those caused by a data breach). However, increased investment in care also increases a firm’s total expected cost.

While a number of U.S. federal and state laws currently mandate only—reasonable security controls, some states have recently adopted more specific and proscriptive standards. For example, Connecticut law (HB5658)¹¹, An Act Concerning the Confidentiality of Social Security Numbers, requires any person or business that collects or possesses Social Security Numbers to create and publicly display a privacy policy. It also requires, more generally, anyone who possesses personal information to protect it while in use, and destroy it before disposal. Michigan, Rhode

và các cơ quan chính phủ, mặc dù các tiêu chuẩn an toàn cũng có thể được tạo ra thông qua việc các công ty tự điều chỉnh. Một đặc điểm quan trọng là các chế tài có thể được đơn giản áp dụng ngay khi các tiêu chuẩn bị vi phạm, dù cho chưa có thiệt hại nào xảy ra.

Thay vào đó, trách nhiệm pháp lý “sau thực tế” được thực hiện sau khi thiệt hại đã xảy ra. Nó là công cụ pháp lý cho phép nạn nhân khởi kiện yêu cầu bồi thường thiệt hại, buộc các công ty phải nội hóa một phần thiệt hại mà họ gây ra. Bản chất của các đạo luật này mang tính “tư nhân” vì các vụ kiện được khởi xướng bởi các tổ chức tư nhân như người tiêu dùng và các công ty.

Cuối cùng, việc tiết lộ thông tin buộc các công ty phải làm rõ các thông tin về rủi ro của sản phẩm hoặc dịch vụ của họ. Mục đích là cho phép người tiêu dùng chủ động giảm thiểu tổn thất có thể xảy ra và tạo động lực mạnh mẽ cho các công ty cải thiện các hoạt động của họ — để tránh ý kiến trái chiều của dư luận và phản ứng dữ dội từ khách hàng. Cách tiếp cận này là một hình thức can thiệp nhẹ hơn ở chỗ nó không bắt buộc sử dụng các công nghệ hoặc biện pháp phòng ngừa cụ thể, và do đó cho phép các lực lượng thị trường phản ứng một cách tự do.

A. CÁC QUY ĐỊNH TIỀN LIỆU

Việc bảo vệ dữ liệu người tiêu dùng và tuân thủ các quy định yêu cầu các công ty đầu tư vào việc kiểm soát an ninh ở mức tối thiểu với hy vọng giảm bớt khả năng rò rỉ dữ liệu dẫn đến thiệt hại. Khi mức độ quan tâm bắt buộc tăng lên, việc đầu tư vào bảo mật an ninh cũng tăng lên, giảm bớt xác suất xảy ra một vụ rò rỉ, nhờ vậy kết quả dự kiến sẽ là giảm đi tổn thất gây ra bởi hoạt động của công ty (như là những tổn thất do rò rỉ dữ liệu). Tuy nhiên, việc gia tăng đầu tư trong khâu giám sát cũng làm tăng tổng chi phí dự kiến của một công ty.

Trong khi nhiều điều luật của liên bang và tiểu bang Hoa Kỳ chỉ bắt buộc thi hành những kiểm soát an ninh ở mức tạm-hợp-lý, gần đây, một số tiểu bang đã thông qua những tiêu chuẩn cụ thể và cấm đoán nhiều hơn. Ví dụ, luật của bang Connecticut (HB5658), Đạo luật về Việc bảo mật Số An sinh Xã hội¹², yêu cầu rằng bất kỳ người hay doanh nghiệp nào thu thập hoặc sở hữu Số An sinh Xã hội phải lập ra và công khai một chính sách bảo mật. Đạo luật này cũng đòi hỏi một cách tổng quát hơn rằng bất kỳ ai sở hữu thông tin cá nhân phải bảo vệ nó khi đang sử dụng, và tiêu hủy thông

¹¹ Connecticut law (HB5658) là Đạo luật về Việc bảo mật Số An sinh Xã hội được phê duyệt ngày 10 tháng 6 năm 2008 (Public Act No. 08-167 (US, State of Connecticut))

¹² Số An sinh Xã hội (Social Security Numbers) là số định danh được cấp cho công dân Hoa Kỳ và một số cư dân khác để theo dõi thu nhập của họ và định ra số tiền trợ cấp an sinh xã hội. (Julia Kagan, ‘Social Security Number (SSN)’, *Investopedia* (11/112019), <<https://www.investopedia.com/terms/s/ssn.asp>> truy cập ngày 04/12/2020)

Island, and Texas also require similar kinds of data protection and disposal measures.

Both Massachusetts and Nevada, on the other hand, enforce stricter standards through data encryption. For example, in Massachusetts, businesses must encrypt all personal information sent across public (wired or wireless) networks or stored on portable devices (laptops, USB drives, etc). The law establishes minimum standards to safeguard personal information which apply to every person or business that owns, licenses, or stores personal information of Massachusetts residents. Similarly, the encryption provision of Nevada's data security law prohibits businesses from transferring unencrypted personal information beyond the secure system of the business.

Federal administrative agencies have also tried to enforce similar standards on entities under their jurisdiction. For example, the SEC proposed an amendment to Regulation S-P as Regulation S-P: Privacy of Consumer Financial Information and Safeguarding Personal Information where they propose more specific requirements for safeguarding information and responding to information security breaches, and broaden the scope of the information covered by Regulation S-P's safeguarding and disposal provisions. Specifically, the proposal would require stricter administrative, technical and physical information safeguards for the protection of personal customer data, an increase in the scope of information covered, proper guidelines for the disposal of personal information, and require that these security policies be formalized in writing.

The FTC employs Section 5 of the FTC Act to impose sanctions on firms that exhibit unfair or deceptive practices—practices that they feel would likely result in the disclosure of personal information or a privacy invasion. The FTC has also created the Red Flag Rules¹³ which define specialized guidelines for financial institutions and creditors to implement controls that would detect potentially fraudulent activity leading to identity theft. The enforcement of minimum protection standards can also be achieved through self-regulation. For instance, VISA, MasterCard, and other credit card companies have created a set of guidelines for the protection of payment (debit and credit) card data. Formally known as the Payment Card Industry Data Security Standard (PCI

tin trước khi loại bỏ. Bang Michigan, Rhode Island, và Texas cũng yêu cầu những biện pháp bảo vệ và tiêu hủy dữ liệu tương tự.

Mặt khác, cả hai bang Massachusetts và Nevada, đều thực thi các tiêu chuẩn nghiêm khắc hơn thông qua mã hóa dữ liệu. Ví dụ, ở bang Massachusetts, các doanh nghiệp phải mã hóa tất cả những thông tin cá nhân được đưa lên mạng công cộng (có dây hoặc không dây) hoặc được lưu trữ trên những thiết bị xách tay (laptop, thẻ nhớ USB...). Luật pháp lập ra những tiêu chuẩn tối thiểu để bảo mật thông tin cá nhân áp dụng lên mọi cá nhân hoặc doanh nghiệp sở hữu, cấp phép, hoặc lưu trữ thông tin cá nhân của công dân Massachusetts. Tương tự, những quy định về mã hóa trong luật bảo mật dữ liệu của Nevada nghiêm cấm các doanh nghiệp đưa thông tin cá nhân chưa được mã hóa ra khỏi hệ thống an toàn của doanh nghiệp.

Các cơ quan hành chính liên bang cũng đã nỗ lực thực thi các tiêu chuẩn tương tự đối với các tổ chức thuộc thẩm quyền của họ. Ví dụ, Ủy ban giao dịch và chứng khoán Hoa Kỳ (The U.S. Securities and Exchange Commission) đã đề xuất sửa đổi Luật S-P thành Luật S-P: Quyền riêng tư của Thông tin tài chính Người tiêu dùng và Bảo vệ Thông tin Cá nhân, trong đó họ đề xuất các yêu cầu cụ thể hơn để bảo vệ thông tin và ứng phó với các vi phạm bảo mật thông tin, và mở rộng phạm vi của thông tin được đề cập trong các điều khoản về bảo vệ và xử lý của Luật S-P. Cụ thể, đề xuất này sẽ đòi hỏi việc bảo vệ thông tin về mặt hành chính, kỹ thuật và vật chất nghiêm ngặt hơn nhằm bảo vệ dữ liệu cá nhân của khách hàng, mở rộng phạm vi của thông tin được bảo vệ, hướng dẫn tiêu hủy thông tin cá nhân đúng cách, và yêu cầu chính sách an ninh được hợp thức hóa bằng văn bản.

Ủy ban Thương mại Liên bang (The Federal Trade of Commission) sử dụng Điều 5 của Đạo luật Ủy ban Thương mại Liên bang để áp dụng chế tài lên các công ty có biểu hiện các hành vi lừa đảo và gian lận – hành vi mà họ cảm thấy có khả năng dẫn đến việc tiết lộ thông tin cá nhân hoặc xâm phạm quyền riêng tư. FTC cũng lập ra Quy tắc cờ đỏ (The Red Flag Rules) xác định những hướng dẫn chuyên môn cho các cơ quan tài chính và các chủ nợ để tiến hành kiểm soát nhằm phát hiện được hành vi lừa đảo ngầm dẫn đến đánh cắp danh tính. Việc thi hành những tiêu chuẩn bảo vệ tối thiểu cũng có thể đạt được thông qua cơ chế tự điều chỉnh. Ví dụ, VISA, MasterCard, và những công ty thẻ tín dụng khác đã đưa ra một loạt các hướng dẫn cho việc bảo vệ dữ liệu của thẻ thanh toán

¹³ The Red Flag Rules là Quy tắc Cờ đỏ, quy tắc về cách phát triển, triển khai và quản lý một chương trình ngăn chặn hành vi trộm cắp danh tính (The Federal Trade Commission, 'Fighting identity theft with the red flags rule: a how-to guide for business', [ftc.gov](https://www.ftc.gov) (05/2013), <<https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/fighting-identity-theft-red-flags-rule-how-guide-business>> truy cập ngày 05/12/2020)

DSS), these rules are mandated by the credit card companies and are ostensibly a prerequisite for any merchant that wants to process payment card transactions. VISA also imposes a requirement that strong encryption be enabled on U.S. gas pumps in order to prevent unauthorized disclosure of personal financial information.

B. Ex-post liability

Negligence liability claims in the context of breaches of personal information generally allow compensation to victims who successfully demonstrate four conditions: (1) that a firm had a duty of care to protect the plaintiff's information, (2) that the firm breached this duty, (3) that actual harm was suffered, and (4) that this harm was a direct result of the firm's breach of duty.

Ex-post liability serves as a deterrent for firms by raising their expected costs of engaging in some harmful activity and compensating injured parties for their loss. In the context of consumer losses due to breaches, as the probability of being held liable for damages due to breaches increases, so does the amount of consumer loss internalized by the firm. This, in turn, increases the firm's incentive to further invest in security controls, reducing the probability of a data breach, and finally, reducing the expected harm. Just as with ex-ante regulation, higher investment in care also increases the firm's cost of care, increasing the total expected cost of a data breach

The strongest push towards assigning liability for data breaches has emerged from state legislation that shifts liability for breaches of a specific type of personal information –credit card numbers—from the financial institution to the merchant. While consumers are responsible for a maximum of fifty dollars from a fraudulent charge on their credit card, there are still tangible costs associated with providing the consumer with a new credit card, which represents a social loss. Specifically, such legislative efforts are created to make retailers liable to card-issuing banks for the costs of reissuing payment cards.

For example, while only contractually binding, under the PCI DSS¹⁴, merchants may be held liable to card-issuing banks if they (or their service provid-

(ghi nợ hoặc tín dụng). Với tên gọi chính thức là Bộ tiêu chuẩn ngành Bảo mật Dữ liệu Thẻ Thanh toán, những quy định này được bắt buộc thực thi bởi các công ty thẻ tín dụng và có vẻ là điều kiện tiên quyết cho bất kỳ thương nhân nào muốn tiến hành quy trình giao dịch thẻ thanh toán. VISA cũng đặt ra yêu cầu rằng phải kích hoạt mã hóa mạnh ở các trụ bơm xăng của nước Mỹ để ngăn chặn việc tiết lộ trái phép thông tin tài chính cá nhân.

B. Trách nhiệm "sau thực tế"

Yêu cầu bồi thường do sự bất cẩn trong bối cảnh các vụ rò rỉ dữ liệu cá nhân thường cho phép các nạn nhân được bồi thường khi chứng minh được bốn điều sau: (1) rằng công ty có nghĩa vụ quan tâm đến bảo mật dữ liệu của nguyên đơn, (2) rằng công ty đã vi phạm nghĩa vụ này, (3) rằng nạn nhân đã gánh chịu thiệt hại thực tế, và (4) rằng thiệt hại này là kết quả trực tiếp của việc công ty vi phạm nghĩa vụ.

Trách nhiệm "sau thực tế" đóng vai trò như một biện pháp răn đe cho những công ty bằng cách nâng cao chi phí dự kiến của họ khi vi phạm với khả năng phải chịu trách nhiệm bồi thường cho các bên bị thiệt hại. Trong bối cảnh những thiệt hại khách hàng gánh chịu do rò rỉ dữ liệu, khi xác suất phải chịu trách nhiệm cho những thiệt hại do rò rỉ tăng lên, công ty cũng tăng mức nội hóa thiệt hại vì rò rỉ dữ liệu của khách hàng. Do đó, điều này làm công ty tăng động lực đầu tư nhiều hơn vào các biện pháp bảo mật, giảm xác suất rò rỉ dữ liệu, và cuối cùng là giảm thiểu thiệt hại dự kiến. Cũng giống như với các quy định tiên liệu, đầu tư nhiều hơn vào việc quan tâm cũng làm tăng lên chi phí chăm sóc của công ty, tăng thêm tổng chi phí dự kiến của một vụ rò rỉ dữ liệu.

Động lực mạnh mẽ nhất đối với việc quy trách nhiệm cho những vụ rò rỉ dữ liệu đến từ pháp luật tiểu bang đã chuyển trách nhiệm đối với những vụ rò rỉ của một loại thông tin cá nhân cụ thể -số thẻ tín dụng- từ tổ chức tài chính đến những cửa hàng. Trong khi những khách hàng chịu trách nhiệm tối đa năm mươi đô la tiền phí gian lận trên thẻ tín dụng của họ, vẫn còn nhiều chi phí hiện hành liên quan đến việc cung cấp cho khách hàng một thẻ tín dụng mới, đây là một tổn thất xã hội. Cụ thể, những nỗ lực lập pháp như vậy được tạo ra để khiến những nhà bán lẻ phải chịu trách nhiệm pháp lý với các ngân hàng phát hành thẻ cho chi phí phát hành lại thẻ thanh toán.

Ví dụ, mặc dù chỉ ràng buộc về mặt hợp đồng nhưng theo PCI DSS thì những cửa hàng có thể phải chịu trách nhiệm pháp lý với các ngân hàng phát

¹⁴ The PCI DSS là Tiêu chuẩn bảo mật PCI DSS được đưa ra bởi PCI Security Standards Council (Hội đồng Tiêu chuẩn Bảo mật dữ liệu thẻ thanh toán) gồm các thành viên là các tổ chức thẻ quốc tế, mục đích là bảo đảm an toàn cho dữ liệu thẻ khi được xử lý và lưu trữ tại các ngân hàng hoặc doanh nghiệp thanh toán điện tử (Chien Tran, 'Sơ lược về tiêu Chuẩn bảo mật PCI DSS', *SecurityDaily.net* (05/10/2018), <<https://securitydaily.net/chuan-bao-mat-pci-dss/>> truy cập ngày 05/12/2020)

ers or business partners) fail to maintain minimum security controls on computing systems that store, process or transmit payment card information. In addition to minimum standards of care, the PCI DSS effort holds a merchant's acquiring bank liable for breaches suffered by the merchant.

Moreover, in some instances PCI DSS has evolved into a legal standard through the adoption of certain components as state law. For example, Minnesota's Plastic Card Security Act (HF1758)¹⁵ allows financial institutions to bring action against merchants who suffer a breach of a payment card's magnetic stripe information. The act essentially imposes strict liability on merchants by requiring them to reimburse financial institutions for issuing new payment cards. Nevada also legalizes PCI DSS by requiring data collectors who accept payment card information from a sale to comply with the PCI DSS standards. Moreover, Nevada law creates a standard of care by absolving any data collector of liability for damages from a data breach if the data collector is in compliance with PCI DSS and if the breach was not caused by gross negligence.

In addition, Connecticut amended its data breach disclosure law (SB1089) to include provisions for liability to the merchant. Specifically, a merchant that suffers a data breach – shall be liable to a bank (for the costs of any reasonable action undertaken by the bank) on behalf of its customers as a direct result of the breach. The related costs include cancellation or reissuance of cards, and costs associated with stop payments and refunds.

Other states have tried to pass similar liability bills, including Texas, Illinois, Iowa, Washington, Wisconsin, Alabama, Michigan, and New Jersey. A Massachusetts bill (HB 213) was defeated despite the fact that Massachusetts hosts the head office of TJX Cos., the company that suffered a breach of some 45 million credit card records in 2005. Governor Schwarzenegger vetoed the California bill (AB 779), citing that it would unfairly harm small businesses. The Governor claimed that the marketplace has already assigned responsibilities and liabilities that provide for the protection of consumers and that the Payment Card Industry has already established minimum data security standards. The New Jersey law was more robust in that it could potentially impose liability on any business or government agen-

hành thẻ nếu họ (hoặc những nhà cung cấp dịch vụ hoặc các đối tác kinh doanh của họ) không thể duy trì những biện pháp bảo mật tối thiểu trên hệ thống máy tính có lưu trữ, xử lý hoặc truyền thông tin thẻ thanh toán. Ngoài các tiêu chuẩn bảo mật tối thiểu, PCI DSS cũng nỗ lực buộc những ngân hàng xử lý thẻ tín dụng của cửa hàng phải chịu trách nhiệm pháp lý cho những dữ liệu bị rò rỉ mà người bán phải chịu.

Hơn nữa, trong một vài trường hợp PCI DSS đã phát triển thành tiêu chuẩn pháp lý thông qua việc áp dụng thêm vào cùng một số luật của tiểu bang. Ví dụ, Đạo luật bảo mật thẻ nhựa của bang Minnesota (HF 1758) cho phép các tổ chức tài chính khởi kiện những cửa hàng đã chịu rò rỉ dữ liệu thông tin vạch mã từ của thẻ thanh toán. Đạo luật này về cơ bản áp đặt trách nhiệm pháp lý nghiêm ngặt đối với những cửa hàng bằng cách yêu cầu họ hoàn lại tiền cho các tổ chức tài chính để phát hành thẻ thanh toán mới. Bang Nevada cũng hợp pháp hóa PCI DSS bằng cách yêu cầu những người thu thập dữ liệu nhận thông tin thẻ thanh toán từ giao dịch mua bán phải tuân thủ các tiêu chuẩn PCI DSS. Hơn nữa, luật Nevada cũng tạo ra tiêu chuẩn bảo mật bằng cách miễn trừ trách nhiệm đối với bất kỳ người thu thập dữ liệu nào với các thiệt hại do rò rỉ dữ liệu nếu người đó tuân thủ PCI DSS và vụ rò rỉ không gây ra do quá sơ suất.

Ngoài ra bang Connecticut đã sửa đổi luật tiết lộ dữ liệu bị rò rỉ của bang (SB1089) để bao gồm những điều khoản về trách nhiệm pháp lý cho người bán. Cụ thể, khi một cửa hàng chịu một vụ rò rỉ dữ liệu thì phải chịu trách nhiệm pháp lý với ngân hàng cho những chi phí cho bất kỳ hành động hợp lý nào được thực hiện bởi ngân hàng thay mặt cho các khách hàng của mình do hậu quả trực tiếp của vụ rò rỉ. Những chi phí liên quan bao gồm phí hủy bỏ hoặc cấp lại thẻ, phí liên quan đến việc dừng thanh toán và hoàn lại tiền.

Các tiểu bang khác đã cố gắng thông qua các dự luật trách nhiệm pháp lý tương tự, bao gồm bang Texas, Illinois, Iowa, Washington, Wisconsin, Alabama, Michigan và New Jersey. Dự luật của bang Massachusetts (HB213) đã bị bác bỏ mặc dù thực tế là bang Massachusetts là nơi đặt trụ sở chính của TJX Cos, tập đoàn đã bị rò rỉ 45 triệu hồ sơ thẻ tín dụng vào năm 2005. Thống đốc bang - Ngài Schwarzenegger đã phủ quyết dự luật California (AB 779) với lý do dự luật sẽ gây thiệt hại không cân bằng cho những doanh nghiệp nhỏ. Ngài thống đốc nói rằng thị trường đã quy định đủ các trách nhiệm pháp lý và nghĩa vụ như đã ký kết nhằm bảo vệ những người tiêu dùng và Ngành Thẻ Thanh toán đã thiết lập được những tiêu chuẩn bảo mật dữ liệu tối thiểu. Luật của bang New Jersey mạnh hơn ở chỗ nó có khả năng áp đặt trách nhiệm pháp lý đối với bất kỳ doanh nghiệp hoặc cơ quan chính phủ

¹⁵ Minnesota's Plastic Card Security Act (HF1758) là Đạo luật bảo mật thẻ nhựa của bang Minnesota (HF 1758)(Aaron Hall, 'Plastic Card Security Act' (2015) Aaron Hall Business Attorney Minneapolis, Minnesota, <<https://aaronhall.com/plastic-card-security-act/>> truy cập ngày 05/12/2020)

cy that experienced a data security breach involving personal information.

Finally, some data breach disclosure laws allow for a private right of action against an institution in the event of a data breach, as we discuss further below.

C. Information disclosure

Information disclosure policies, specifically data breach disclosure laws, work in indirect ways. The force of public notification, a form of light-handed paternalism, enables both consumers and firms to change their behavior and reduce losses. However, information disclosure competes with the stricter, more direct forms of legislation such as ex-ante regulation and ex-post liability.

Information disclosure as it relates to consumer privacy and data breaches is mainly achieved with the body of state data breach disclosure (or, security breach notification) laws. Currently, at least forty-five states require firms to disclose to consumers when their personal information has been lost or stolen. These laws leverage two important principles, sunlight as a disinfectant and right to know.

Other statutes also provide for consumer notification in the event of a data breach, and a number of federal bills along similar lines have been written, though they have not passed. For example, the Health Information Technology for Economic and Clinical Health Act (HITECH), part of the American Recovery and Reinvestment Act specifically addresses unauthorized disclosure of personal health information.

nào đã để xảy ra rò rỉ dữ liệu liên quan đến thông tin cá nhân.

Cuối cùng, một số luật về tiết lộ rò rỉ thông tin cho phép cá nhân có quyền khởi kiện một tổ chức trong trường hợp xảy ra rò rỉ dữ liệu như chúng tôi thảo luận thêm ở phía dưới.

C. Tiết lộ thông tin

Những chính sách về tiết lộ thông tin, cụ thể là luật thông báo vi phạm bảo mật, có hiệu lực gián tiếp. Ý nghĩa của việc thông báo công khai, một dạng của chủ nghĩa gia trưởng nung tay, là tạo điều kiện cho cả người tiêu dùng và công ty thay đổi hành vi của họ và giảm thiểu thiệt hại. Tuy nhiên, việc tiết lộ thông tin phải đương đầu với những hình thức lập pháp trực tiếp và nghiêm ngặt hơn như các quy định tiên liệu và trách nhiệm "sau thực tế".

Việc tiết lộ thông tin liên quan đến quyền riêng tư của người tiêu dùng và vi phạm dữ liệu chủ yếu được thực hiện bằng luật tiết lộ vi phạm dữ liệu của nhà nước (hoặc, luật thông báo vi phạm bảo mật). Hiện nay, ít nhất bốn mươi lăm tiểu bang yêu cầu các công ty phải thông báo với người tiêu dùng khi thông tin cá nhân của họ bị mất hoặc bị đánh cắp. Những điều luật này dùng hai nguyên tắc quan trọng làm đòn bẩy, gồm công khai thông tin là biện pháp tốt nhất chống lại tiêu cực¹⁶ và quyền được biết.¹⁷

Những đạo luật khác cũng đưa ra thông báo cho người tiêu dùng trong trường hợp bị rò rỉ dữ liệu, và nhiều dự luật của liên bang tương tự như vậy đã được phác thảo, mặc dù những dự luật này vẫn chưa được thông qua. Ví dụ, Đạo luật Công nghệ Thông tin Y tế cho Kinh tế và Y tế Lâm sàng (HITECH), thuộc Đạo luật Phục hồi và Tái đầu tư của Mỹ đặc biệt đề cập đến vấn đề tiết lộ thông tin trái phép về sức khỏe cá nhân.

¹⁶ Công khai thông tin là biện pháp tốt nhất chống lại tiêu cực (Sunlight as a disinfectant) là những quy định yêu cầu những nhà sản xuất thuốc, dược phẩm sinh học, các máy móc và thiết bị y tế phải công khai hầu hết các giá trị thanh toán cho y bác sĩ và các bệnh viện giảng dạy. (M. B. Rosenthal và M. M. Mello, 'Sunlight as Disinfectant – New Rules on Disclosure of Industry Payments to Physicians' (2013) 368 New England Journal of Medicine 22 <<https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/29108312/nejmp1305090.pdf?sequence=2>> truy cập ngày 5/12/2020)

¹⁷ Quyền được biết (Right-to-know Law) là tập hợp các quy tắc và quy định ở cấp tiểu bang và cấp quốc gia buộc các chủ sở hữu lao động chia sẻ thông tin khoa học với công nhân và người dân địa phương về độc tính và những đặc tính khác của chất hóa học và vật liệu dùng trong quá trình kinh doanh (US Legal, 'Right to Know Law and Legal Definition', [definitions.uslegal.com](https://definitions.uslegal.com/r/right-to-know/), <<https://definitions.uslegal.com/r/right-to-know/>> truy cập ngày 5/12/2020)



LEGALESE QUIZ

Use the clues given to guess the right word



P _ _ _ _ _ D _ _ _

related to an individual

collected and sold by data brokers

protected by law

customised personalized



E _ _ _ _ _

after harm has occurred

Latin for "after the fact"

raise costs of harmful activity

compensate injured parties



D _ _ _ B _ _ _ _ _

data held by a third party

firms notify consumers

minimize the chance of this happening

theft of personal information



L _ _ _ _ _

legal obligation

must be established or proven

civil law and criminal law

contracts, torts, taxes,...



E _ _ _ _ _

limit harmful externality

Latin for "before the event"

"investment in security protections"

"reducing the probability of a breach"



I _ _ _ _ _ D _ _ _ _ _

data breach disclosure laws

security breach notification laws

public notification

work in indirect ways



~ PRACTICE MAKES PERFECT ~

You can check your answer on page 92

SÁP NHẬP & MUA LẠI DOANH NGHIỆP CÙNG SỰ TÁC ĐỘNG CỦA LUẬT DOANH NGHIỆP 2020 ĐẾN HOẠT ĐỘNG NÀY

Người tổng hợp: Nguyễn Thị Bảo Ngọc,

Sinh viên K20502C, Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG Tp.HCM

Bên cạnh các hoạt động kinh doanh thuộc các lĩnh vực như bất động sản, hàng tiêu dùng, bán lẻ, viễn thông, năng lượng,... thì hoạt động sáp nhập và mua lại doanh nghiệp (M&A) cũng là lĩnh vực ngày càng phổ biến và tạo ra nhiều thương vụ lớn ở Việt Nam. Hoạt động M&A đã và đang góp phần thúc đẩy nền kinh tế Việt Nam ngày càng phát triển, mở rộng mối quan hệ hợp tác và tạo ra môi trường kinh tế mới cho các doanh nghiệp trong và ngoài nước. Trong phần chia sẻ dưới đây, Luật sư Phạm Hồng Mạnh, công ty Luật TNHH Apolat sẽ giúp chúng ta hiểu rõ hơn về M&A và tác động của Luật Doanh nghiệp 2020 đến giao dịch này như thế nào.



LS. Phạm Hồng Mạnh
và thành viên LRAC

Một số thông tin về Luật sư Phạm Hồng Mạnh:

- Luật sư thành viên của Công ty Luật TNHH Apolat Legal;
- Tốt nghiệp cử nhân ngành Luật Thương mại, trường Đại học Luật Tp.HCM;
- Thành viên đoàn luật sư Tp.HCM, Liên đoàn luật sư Việt Nam, Lawasia;
- Thành viên Tổ chức kết nối doanh nghiệp quốc tế (BNI);
- Thành viên Câu lạc bộ Pháp lý Ngân hàng, Hiệp hội Ngân hàng Việt Nam.

1. Trước khi tìm hiểu cách thức hoạt động cũng như vai trò của hoạt động M&A, chúng em mong muốn Anh có thể giải đáp về khái niệm M&A và ví dụ minh họa được không ạ?

Mergers and Acquisitions (M&A) – Sáp nhập và Mua lại, là cụm từ được du nhập từ nước ngoài vào Việt Nam. M&A không phải là một khái niệm pháp lý mà là định nghĩa chung về các hoạt động mua bán và sáp nhập các doanh nghiệp trên thị trường. Điều kiện để tiến hành một giao dịch mua lại hay sáp nhập công ty là khi giao dịch đó tạo ra được những giá trị mới, những giá trị lớn hơn cho các bên trong giao dịch mà việc duy trì tình trạng cũ không thể đạt được. Ví dụ như mua tài sản, mua lại cổ phần, mua cổ phiếu, hoàn chuyển/chuyển đổi cổ phiếu, mua lại một phần doanh nghiệp hoặc tài sản doanh nghiệp, mua nợ... Như vậy, có thể thấy thuật ngữ M&A không nên được hiểu chỉ đơn thuần có hai hoạt động cơ bản là mua lại và sáp nhập doanh nghiệp, mà thực chất tên gọi này còn bao gồm rất nhiều hoạt động khác.

2. Theo Anh, hai khái niệm sáp nhập và mua lại có những điểm nào khác biệt nhau ạ?

Khái niệm sáp nhập được quy định tại Luật Doanh nghiệp 2020, Điều 201(1) như sau: “Sáp nhập công ty là hoạt động trong đó một hoặc một số công ty (sau đây gọi là công ty bị sáp nhập) có thể sáp nhập vào một công ty khác (sau đây gọi là công ty nhận sáp nhập) bằng cách chuyển toàn bộ tài sản, quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp sang công ty nhận sáp nhập, đồng thời chấm dứt sự tồn tại của công ty bị sáp nhập.” Hiện tại pháp luật Việt Nam vẫn chưa có một định nghĩa pháp lý rõ ràng cho khái niệm “Mua lại”, theo quan điểm của Anh thì mua lại doanh nghiệp có thể được hiểu là hoạt động trong đó một doanh nghiệp mua lại phần lớn hoặc toàn bộ tài sản hoặc vốn sở hữu của doanh nghiệp mục tiêu nhằm giành quyền kiểm soát toàn bộ hay một số lĩnh vực, hoạt động của doanh nghiệp đó.

Về điểm khác biệt trong hình thức thực hiện, đối với sáp nhập thì toàn bộ tài sản của doanh nghiệp bị sáp nhập sẽ được gộp chung với tài sản của doanh nghiệp sáp nhập. Còn đối với mua lại thì không nhất thiết toàn bộ mà đôi khi chỉ là một bộ phận tài sản của doanh nghiệp bị mua lại phải gộp chung với tài sản của doanh nghiệp mua lại. Về hệ quả pháp lý đối với sáp nhập, công ty bị sáp nhập sẽ chấm dứt tồn tại, công ty nhận sáp nhập sẽ kế thừa toàn bộ quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp của công ty bị sáp nhập. Trong khi đó, với hoạt động mua lại, công ty bị mua lại sẽ chấm dứt hoạt động với phần bị mua lại chứ không chấm dứt toàn bộ hoạt động, công ty mua lại sẽ kế thừa quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp đối với phần mua lại.

3. Trong quá trình đổi mới và tái cấu trúc nền kinh tế, làn sóng M&A ngày càng trở nên phổ biến. Theo Anh, hiện nay có bao nhiêu hình thức M&A? Hình thức phổ biến nhất tại Việt Nam là hình thức nào và tại sao hình thức đó lại được ưu tiên như vậy?

Hiện tại, có rất nhiều tiêu chí để phân loại phương thức M&A. Theo Anh, việc phân loại các phương thức này có thể được xem xét và nhìn nhận theo 02 góc độ: một là góc độ thực tiễn, hai là góc độ học thuật.

Xét ở góc độ thực tiễn:

Hai phương thức M&A giao dịch có thể là giao dịch tài sản (Asset Deal)¹ hoặc giao dịch cổ phiếu (Stock Deal)², đây là hai phương thức M&A phổ biến nhất hiện nay. Thực tế, đa phần các giao dịch trên thị trường hiện nay thường sẽ liên quan đến hai giao dịch này. Trong trường hợp hoạt động sáp nhập có liên quan đến việc thực hiện một tổ hợp hoạt động hợp nhất về mặt tài sản và vốn của một doanh nghiệp để hình thành một doanh nghiệp khác, thì điều này sẽ phụ thuộc vào ý chí của bên mua hoặc bên bán và đặc thù với tính chất giao dịch đó để họ lựa chọn phương thức giao dịch nào phù hợp.

Tại thị trường Việt Nam, phương thức mua cổ phần hoặc phần vốn góp thông qua các giao dịch cổ phiếu được nhiều nhà đầu tư lựa chọn vì đây là phương thức dễ dàng, có nhiều thuận lợi hơn so với các phương thức khác. Một trong những thuận lợi quan trọng nhất là quá trình mua cổ phần hoặc phần vốn góp được thực hiện nhanh chóng, thủ tục chuyển giao cổ phần, phần vốn góp đơn giản và toàn diện hơn so với các phương thức khác. Ví dụ, nếu bên bán công ty chuyển giao phần vốn góp hay cổ phần cho bên mua thì toàn bộ quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp của công ty,

bao gồm cả quyền sở hữu tài sản đều sẽ thuộc về bên mua công ty. Tuy nhiên, việc phương thức này được lựa chọn nhiều hơn sẽ không loại trừ một số trường hợp các bên chọn phương thức giao dịch “mua tài sản”. Song, sau khi thực hiện xong thương vụ này, thông thường các bên phải tiến hành các thủ tục liên quan như cập nhật quyền sở hữu tài sản, đặc biệt là quyền sở hữu đất, hay là quyền sở hữu công trình nhà máy hoặc khi chuyển giao công ty. Việc thực hiện theo phương thức giao dịch này sẽ gây tốn kém về thời gian, công sức và chi phí để thẩm định, định giá nhiều loại tài sản.

Ví dụ về giao dịch M&A thông qua phương thức giao dịch mua cổ phần hoặc phần vốn góp là một thương vụ nổi tiếng như ThaiBev thôn tóm Công ty CP Nước giải khát Sài Gòn (Sabeco) vào cuối năm 2017. Charoen Sirivadhanabhakdi, tỷ phú người Thái - nhà sáng lập công ty ThaiBev, muốn gia nhập thị trường Việt Nam, và nhận định rằng không có cách nào nhanh hơn việc mua hẳn thương hiệu có tuổi đời lâu - Sabeco (hơn 140 năm kinh nghiệm) với hệ thống phân phối trải rộng, sở hữu những thương hiệu bia nổi tiếng của Việt Nam như bia Sài Gòn, bia 333. Vì vậy, ThaiBev đã tiến hành mua cổ phần, trở thành cổ đông lớn nhất của Sabeco và thực hiện quyền điều hành, thay đổi cách thức hoạt động, cơ cấu tổ chức, quyết định các vấn đề quan trọng của Sabeco. Đồng thời, ThaiBev không nhập khẩu trực tiếp các sản phẩm của mình mà đã đưa công thức của riêng người Thái để Sabeco tiến hành sản xuất sản phẩm tại Việt Nam. Từ đó, công ty ThaiBev xâm nhập và chiếm lĩnh thị trường Việt Nam, có thể thấy đây là một chiến lược kinh doanh rất thành công và hiệu quả của ThaiBev.

Xét ở góc độ học thuật:

Căn cứ vào chức năng của các công ty thành viên:

Hoạt động M&A có thể được phân loại theo 03 hình thức là M&A chiều ngang, M&A chiều dọc và M&A kết hợp.

Căn cứ vào chủ thể tham gia thương vụ: M&A thực hiện giao dịch giữa các doanh nghiệp trong nước và M&A có sự tham gia các nhà đầu tư nước ngoài.

Căn cứ theo ý chí của ban quản trị công ty mục tiêu: Hoạt động M&A được chia thành 02 loại hình là M&A thân thiện và M&A thù nghịch.

¹ Asset deal: là việc mua và bán tài sản của công ty mục tiêu. Giao dịch được thực hiện giữa công ty mục tiêu và bên mua tài sản của công ty. Các tài sản được mua thường bao gồm tất cả hoặc gần như tất cả các tài sản phục vụ cho hoạt động kinh doanh của công ty.

² Stock Deal: là việc mua và bán cổ phiếu của công ty mục tiêu. Bên mua tiến hành mua lại phần lớn hoặc toàn bộ cổ phiếu của một công ty khác, trở thành cổ đông lớn nhất của công ty đó.

4. Giao dịch M&A là một trong những giao dịch được các doanh nghiệp tại Việt Nam lựa chọn để phát huy thế mạnh của các bên hoặc chỉ nhằm đạt được lợi ích của một bên khi thu tóm doanh nghiệp. Theo quan điểm của Anh, ý nghĩa của M&A đối với nền kinh tế Việt Nam và các doanh nghiệp tham gia hoạt động này như thế nào ạ?

Theo Anh, về cơ bản, M&A chắc chắn sẽ đem lại lợi ích tối thiểu cho một trong các bên tham gia vào giao dịch. Đồng thời, hoạt động này cũng mang lại nhiều ý nghĩa tích cực.

Thứ nhất, M&A có những tác động tích cực về lợi ích kinh tế của các doanh nghiệp. Sau mỗi thương vụ M&A, các doanh nhân hiển nhiên luôn muốn doanh nghiệp thành công và phát triển hơn và kết quả của các giao dịch luôn là “1+1>2”. Nói rõ hơn, khi thực hiện hoạt động sáp nhập và mua lại của các doanh nghiệp, họ kỳ vọng rất nhiều vào lợi ích. Chúng ta cùng nhìn lại thương vụ giữa Masan và Vingroup, khi thương vụ này được thực hiện thì hai bên doanh nghiệp đều hướng tới đích đến chính là tạo ra lợi nhuận lớn hơn rất nhiều so với khi chưa thực hiện giao dịch. Khi họ kết hợp với nhau sẽ tối ưu hóa các chi phí và giảm bớt được những khâu trung gian.

Thứ hai, M&A tạo ra các doanh nghiệp lớn hơn và có mức độ cạnh tranh tốt hơn trên thị trường, góp phần vào sự phát triển kinh tế của Việt Nam. Cho đến hiện tại, M&A là “sân chơi” chủ yếu dành cho các doanh nghiệp FDI. Tuy nhiên, với hệ thống quản trị tốt cùng với tầm nhìn chiến lược và năng lực tài chính mạnh, các doanh nghiệp Việt Nam ngày càng tạo ra những thương vụ M&A lớn và có sức ảnh hưởng hơn. Ví dụ, một doanh nghiệp Việt Nam có đủ tiềm lực có thể mua lại được một doanh nghiệp khác để mở rộng năng lực của mình, thậm chí có những thương vụ mà doanh nghiệp Việt Nam mua được cả những doanh nghiệp hoặc là nhà máy ở nước ngoài. Một trong những thương vụ lớn của Việt Nam đã xảy ra vào năm 2019, hai doanh nghiệp lớn, được coi là đầu ngành của Việt Nam đã sáp nhập, đó là hai công ty con của tập đoàn Vingroup là Công ty VinCommerce (bán lẻ) và VinEco (nông nghiệp) đã thực hiện hoạt động sáp nhập vào CTCP Hàng tiêu dùng Masan - Masan Consumer để thành lập một tập đoàn hàng tiêu dùng, bán lẻ hàng đầu Việt Nam. Lợi ích sau khi sáp nhập là sẽ tăng được năng lực nội tại của họ, tăng được năng lực cạnh tranh trên thị trường, củng cố vị trí trên thị trường Việt Nam và mở rộng thị trường, phát triển ở các quốc gia khác.

Thứ ba, khi các hoạt động M&A thuận lợi sẽ mang đến lợi ích về môi trường kinh doanh, lao động và xuất khẩu của Việt Nam. Kể cả trên thị trường có nhiều

thương vụ M&A có liên quan đến nước ngoài về Việt Nam thì thực tế chúng ta sẽ có lợi ích về tài chính, đồng thời, họ mang những tiến bộ của công nghệ phát triển để thực hiện quá trình sản xuất sản phẩm của họ vào Việt Nam mặc dù biết rằng điều này ảnh hưởng đến việc mất đi một thương hiệu nào đó lâu đời tại Việt Nam. Tuy nhiên, chúng ta sẽ có thêm lợi nhuận, và sẽ sử dụng cho mục đích và nghĩa vụ khác, tạo nguồn thu cho ngân sách chẳng hạn. Nhìn chung, bên cạnh những rủi ro thì ảnh hưởng M&A sẽ mang lại ý nghĩa tích cực nhiều hơn cho các doanh nghiệp và góp phần vào sự phát triển của nền kinh tế Việt Nam. .

5. Theo Anh, giao dịch M&A chịu sự điều chỉnh của Luật Doanh nghiệp ở những khía cạnh nào và sự đổi mới trong các quy định của Luật Doanh nghiệp 2020 so với Luật Doanh nghiệp 2014 về mặt tổng thể có tác động tích cực hay tiêu cực đến giao dịch M&A ạ?

Luật Doanh nghiệp 2020 có khá nhiều điểm thay đổi, và không chỉ có Luật Doanh nghiệp mà còn có Luật Đầu tư 2020, Luật Cạnh tranh 2018 thay đổi song song với đó sẽ ảnh hưởng rất lớn đến hoạt động M&A ở Việt Nam. Trong đó, Luật Doanh nghiệp 2020 điều chỉnh hầu hết các vấn đề cốt yếu đối với sự tồn tại của một doanh nghiệp, chẳng hạn như các cơ cấu tổ chức của công ty; các quyền ra quyết định của các cổ đông hoặc các thành viên trong công ty; quyền của các cổ đông so với người quản lý doanh nghiệp như Tổng Giám đốc, hay người được giao quyền điều hành công ty sẽ được bảo vệ khi xảy ra những vi phạm ảnh hưởng đến quyền và lợi ích của họ,... Về những điểm mới của Luật Doanh nghiệp 2020 liên quan đến M&A, chúng ta sẽ xem xét một số trường hợp tiêu biểu như sau:

Thứ nhất, về quyền của công đồng phổ thông, Luật Doanh nghiệp 2020 điều chỉnh giảm tỉ lệ cổ đông hoặc nhóm cổ đông sở hữu từ 10% xuống còn 5% và không cần bắt buộc sở hữu trong vòng liên tục 06 tháng thì sẽ được thực hiện các quyền được quy định tại Điều 115(2). So với Luật Doanh nghiệp 2014 thì đây là điểm sửa đổi tương đối phù hợp với thông lệ quốc tế, thu hút các nhà đầu tư vào thị trường Việt Nam và đồng thời giúp họ kiểm soát tốt hơn các khoản đầu tư của mình.

Thứ hai, để bảo vệ tốt hơn quyền và lợi ích hợp pháp của các cổ đông, đặc biệt là nhà đầu tư nước ngoài, Luật Doanh nghiệp 2020 còn sửa đổi, bổ sung các quy định như: làm rõ, nhấn mạnh địa vị pháp lý và vai trò của một số vị trí như là ban kiểm toán và thư ký công ty tại Điều 136(1)(b); quy định quyền khởi kiện đối với thành viên Hội đồng quản trị, Giám đốc, Tổng Giám đốc tại Điều 166; quy định gia tăng trách nhiệm người quản lý công ty tại Điều 165; ...

Thứ ba, Luật Doanh nghiệp 2020 còn mở thêm các cơ hội đầu tư cho nhà đầu tư và quyền của các cổ đông. Chẳng hạn, Điều 114(6) quy định thêm một công cụ đầu tư khá mới là chứng chỉ lưu ký³ không có quyền biểu quyết, đây là tiềm năng cho hoạt động M&A đối với những trường hợp nhà đầu tư nước ngoài hết cơ hội nắm vốn trong doanh nghiệp nhưng vẫn có thể đầu tư thông qua các giao dịch này. Ngoài ra, Điều 148(6) quy định Nghị quyết của Đại hội đồng cổ đông nếu ảnh hưởng đến quyền của của Cổ đông ưu đãi cổ tức thì cần có sự tán thành của họ mới được thông qua đã giúp các cổ đông ưu đãi dù không thuộc nhóm cổ đông có quyền biểu quyết nhưng vẫn có thể thực hiện được quyền biểu quyết trong một số trường hợp nhằm bảo vệ mình.

Trong bối cảnh Việt Nam đang là thị trường thu hút các nhà đầu tư, đặc biệt là thông qua hình thức đầu tư trực tiếp (FDI) thì việc điều chỉnh các quy định pháp luật để phù hợp với thông lệ quốc tế là điều rất quan trọng. Theo quan điểm của Anh thì sự điều chỉnh trong Luật Doanh Nghiệp 2020 đã có sự tiếp thu và phù hợp với các quy định của thông lệ quốc tế. Xét về mặt tổng thể thì Luật Doanh Nghiệp 2020 sẽ mang lại mặt tích cực và hy vọng việc áp dụng các quy định này trên thực tiễn sẽ tạo những bước tiến tốt hơn trong hoạt động M&A tại Việt Nam.

6. Luật Doanh nghiệp 2020, Điều 125(1) đã quy định về việc chào bán cổ phần riêng lẻ rằng các công ty không phải là công ty đại chúng sẽ không còn cần phải đăng ký với cơ quan đăng ký kinh doanh khi bán cổ phần mới theo phương thức phát hành riêng lẻ như Luật Doanh nghiệp 2014, Điều 123(1). Vậy theo Anh, quy định mới sẽ có tác động như thế nào đến giao dịch M&A được thực hiện phương thức mua bán cổ phần được phát hành riêng lẻ này ạ?

Theo quy định này thì công ty không phải là công ty đại chúng sẽ không còn cần phải đăng ký với cơ quan đăng ký kinh doanh khi bán cổ phần mới theo phương thức phát hành riêng lẻ đã làm giảm đi các thủ tục hành chính. Thủ tục hành chính ở Việt Nam được xem như là việc can thiệp của cơ quan Nhà nước vào quá trình thực hiện hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp nhằm nắm được tình hình hoạt động, tránh những rủi ro khó lường trước. Khi bỏ đi các thủ tục hành chính sẽ tạo nhiều thuận lợi hơn cho cả hai bên trong việc rút ngắn thời gian, đẩy nhanh quá trình thực hiện giao dịch của các bên. Vì vậy, anh nghĩ việc đưa ra quy định hạn chế được thủ tục này sẽ mang lại những ảnh hưởng tích cực đối với các giao dịch M&A giữa các bên.

7. So với Luật Doanh nghiệp 2014 thì Luật Doanh nghiệp 2020 có bổ sung quy định về điều kiện chấp thuận hợp đồng, giao dịch giữa công ty với người có liên quan tại Điều 167(3)(b) rằng một hợp đồng bán tài sản có giá trị lớn hơn 10% tổng giá trị tài sản của doanh nghiệp ghi trong báo cáo tài chính gần nhất giữa công ty và cổ đông sở hữu từ 51% tổng số cổ phần có quyền biểu quyết trở lên hoặc người có liên quan của cổ đông đó sẽ phải được đại hội đồng cổ đông chấp thuận. Vậy theo anh thì điểm mới này sẽ có tác động như thế nào đến giao dịch M&A ạ?

Theo quan điểm của Anh, việc bổ sung thêm quy định liên quan đến giao dịch của nhóm cổ đông liên kết hoặc nhóm cổ đông sở hữu lớn (có khả năng chi phối công ty) có tác động tích cực đến các giao dịch M&A diễn ra trong nội bộ công ty. Điều này dù làm xuất hiện thêm các thủ tục nhưng sẽ giúp công ty kiểm soát tốt hơn các hoạt động của công ty, tránh được những rủi ro như việc lạm quyền, ngầm thâm tóm công ty trong quá trình thực hiện giao dịch và bảo vệ được lợi ích của các cổ đông còn lại cũng như các bên liên quan khác.

8. Luật Doanh nghiệp 2020 tại Điều 201(2)(c) đã nhấn mạnh rằng công ty nhận sáp nhập đương nhiên kế thừa toàn bộ quyền, nghĩa vụ, và lợi ích hợp pháp của công ty bị sáp nhập theo hợp đồng sáp nhập. Vậy theo Anh thì điểm mới này sẽ có tác động như thế nào đến quyền và nghĩa vụ của công ty sáp nhập ạ?

Thực tế quy định này không được gọi là mới vì trước kia để có đề cập ở Luật Doanh nghiệp 2014 nhưng chưa thực sự rõ ràng và đã được Luật Doanh nghiệp 2020 khẳng định lại một lần nữa, tạo ra cơ chế pháp lý rõ ràng hơn về sự kế thừa toàn bộ quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp của công ty bị sáp nhập theo hợp đồng sáp nhập. Việc thực hiện hoạt động sáp nhập nếu xét trên phương diện lý thuyết thì dễ nhưng thực ra trên thực tiễn lại không hề đơn giản bởi cần nhiều thời gian để hoàn thành các thủ tục cần thiết. Đặc biệt, khi thực hiện hoạt động đối với các công ty có nhiều tài sản thì rất phức tạp và mất rất nhiều thời gian để thực hiện xong một giao dịch. Vì vậy, theo Anh thì quy định này giống như một bước đệm để tạo động lực thúc đẩy hoạt động đầu tư thông qua hoạt động M&A và pháp luật cũng cần có thêm các quy định cụ thể để đảm bảo tính thuận lợi, an toàn và hiệu quả khi các bên thực hiện giao dịch.

Thay mặt CLB Nghiên cứu & Tư vấn pháp luật (LRAC), chúng em xin chân thành cảm ơn Anh đã dành thời gian cho bài phỏng vấn. Kính chúc Anh sức khỏe và luôn thành công trong công việc và cuộc sống.

³ Chứng chỉ lưu ký: là loại chứng khoán được giao dịch tại sở giao dịch chứng khoán trong nước, bằng đồng nội tệ và đại diện cho cổ phiếu của các công ty nước ngoài.

CÔNG TY LUẬT TNHH APOLAT LEGAL

Người tổng hợp: Lê Phương Thảo,

Sinh viên lớp K20501C, Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG Tp.HCM

1. Tổng quan về Công Ty Luật TNHH Apolat Legal

Công ty Luật TNHH Apolat Legal được thành lập vào năm 2014. Đồng sáng lập Công ty là những luật sư có nhiều năm kinh nghiệm trong các lĩnh vực tư vấn pháp lý, từng giữ các vị trí quan trọng trong các công ty, tổ chức và là thành viên trong các Hiệp hội, Đoàn Luật sư uy tín. Hiện nay, Luật sư Đinh Quang Long¹ giữ cương vị là Luật sư điều hành. Với những kinh nghiệm, sự am hiểu sâu rộng trong lĩnh vực pháp luật, chỉ trong vòng ba năm kể từ khi chính thức đi vào hoạt động, Công ty luật TNHH Apolat Legal đã được The Legal 500² chính thức liệt kê vào danh sách các công ty luật chuyên nghiệp tại Việt Nam.³ Sự tận tâm, gắn bó sâu sắc với khách hàng đã giúp cho công ty đưa ra các phương án pháp lý mang tính thực tiễn, sáng tạo và hiệu quả cao. Apolat Legal ngày càng khẳng định được vị thế của mình trong lòng các khách hàng trong và ngoài nước.

Đội ngũ luật sư của công ty là những luật sư, luật gia có năng lực cao, có sự am hiểu sâu rộng về kiến thức chuyên môn và văn hóa Việt Nam, cùng với kinh nghiệm nhiều năm trong việc đánh giá rủi ro pháp lý, công ty đảm bảo mang lại cho khách hàng các dịch vụ tư vấn pháp lý toàn diện và đầy đủ nhất. Với tầm nhìn lớn và sự đa dạng trong chuyên môn và lĩnh vực hoạt động, Apolat Legal hướng tới mục tiêu là đối tác pháp lý hàng đầu của các doanh nghiệp tầm trung với các cam kết về sự chính trực, thấu hiểu và không ngừng đổi mới. Đây cũng là bước đệm cho tương lai dẫn đầu thị trường pháp lý tại Việt Nam.



2. Lĩnh vực hoạt động

Công ty hiện cung cấp các dịch vụ tư vấn trong nhiều lĩnh vực pháp luật và hoạt động kinh doanh khác nhau liên quan đến sáp nhập đầu tư, giải quyết tranh chấp, sở hữu trí tuệ, thương mại trong và ngoài nước, lao động, bất động sản, IPO & Huy động vốn, dịch vụ tư vấn M&A, tư vấn nhượng quyền thương mại (Franchise), thu hồi nợ, dịch thuật pháp lý và xác nhận bản dịch,... Apolat Legal đã tư vấn cho nhiều khách hàng là những cá nhân, doanh nghiệp, tổ chức, giúp họ đạt được những thỏa thuận, giao dịch định hình trên một loạt các ngành công nghiệp trong lĩnh vực năng lượng, thương mại điện tử, công nghệ và sản xuất, bán lẻ và hàng tiêu dùng, cơ sở hạ tầng và giao thông,... Các khách hàng nổi bật có thể kể đến: Asus (Đài Loan); LG; Gemadept Vietnam, một công ty con của CJ Logistics (Hàn Quốc); CapitaLand; Mimosa Technology Co., Ltd (Singapore); Viet Trade Alliance; Central Group (Thái Lan); AEON (Nhật Bản); Vinacapital; Borden Company Limited (Singapore); The Body Shop;...⁴

¹ Luật sư Đinh Quang Long có hơn 10 năm tư vấn pháp luật đầu tư, mua bán sáp nhập doanh nghiệp, tái cấu trúc doanh nghiệp, tư vấn lao động cho nhiều khách hàng lớn trong và ngoài nước như LG Electronics, Opticon, Vietbako,...

² The Legal 500 là một trong những tổ chức uy tín toàn cầu có chức năng đánh giá và xếp hạng các công ty luật tại các quốc gia thành viên. Dựa vào các chỉ số đánh giá và xếp hạng của The Legal 500, khách hàng quốc tế sẽ có cơ sở uy tín để quyết định và lựa chọn tổ chức cung cấp dịch vụ pháp lý phù hợp nhất.

³ 'Apolat Legal trên danh sách các công ty luật chuyên nghiệp tại Việt Nam bởi The Legal 500' (Apolat Legal, 16/03/2020), <<https://apolatlegal.com/vi/tin-tuc-va-cap-nhat-phap-ly/tin-tuc-apolat-legal-tren-danh-sach-cac-cong-ty-luat-chuyen-nghiep-tai-viet-nam-boi-the-legal-500.html>> truy cập ngày 15/11/2020.

⁴ 'Giới thiệu Apolat Legal - công ty luật trụ sở tại TP.HCM' (VCOSA, 09/12/2020), <<https://vcosa.vn/vi/topic/gioi-thieu-apolat-legal-cong-ty-luat-tru-so-tai-tp-hcm>> truy cập ngày 09/12/2020

3. Cơ hội làm việc

Tại Apolat Legal, chương trình tuyển dụng là một trong những hoạt động thường niên có ảnh hưởng đến hiệu suất, sự phát triển và chiến lược của công ty. Là một trong những hãng luật tư vấn kinh doanh nổi bật tại Việt Nam, Apolat Legal mang lại nhiều cơ hội cho nhân viên được làm việc với các chuyên gia tư vấn pháp lý giỏi có chuyên môn và dày dặn kinh nghiệm, cùng với môi trường làm việc thân thiện, đa dạng và năng động. Hiện nay công ty đang tìm kiếm các ứng viên tiềm năng để bổ sung nhân sự cho các vị trí và công việc khác nhau. Các thông tin tuyển dụng chi tiết của Apolat Legal sẽ được đăng tải trên mục “Tuyển dụng” của website chính thức: apolatlegal.com/vi/tuyen-dung và fanpage <https://www.facebook.com/apolatlegal/>.

4. Thông tin liên hệ

4.1. Trụ sở chính

Địa chỉ: Tầng 5, Tòa nhà IMM, 99-101, Đường Nguyễn Đình Chiểu, Phường 6, Quận 3, Thành phố Hồ Chí Minh, Việt Nam.

Điện thoại: +84 28 38998683

Đường dây nóng: +84 991 357 447

Email: info@apolatlegal.com

4.2. Địa chỉ đăng kí

Tầng 6, số 56 Đường Nguyễn Đình Chiểu, Phường Đa Kao, Quận 1, Thành phố Hồ Chí Minh, Việt Nam.

4.3. Văn phòng Singapore

Địa chỉ: 160 Robinson Road, #26-10, SBF Center, Singapore 068914

Điện thoại: +84 932 014 986 (Mr. Mạnh)

Email: manh.pham@apolatlegal.com

Mọi thông tin chi tiết khác, xin vui lòng tìm hiểu qua Website chính thức của Apolat Legal: apolatlegal.com/vi/.

ALSA INTERNATIONAL MOOT COURT COMPETITION (AIMCC)

Người tổng hợp: Lê Phương Thảo,

Sinh viên lớp K20501C, Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG Tp.HCM

1. Giới thiệu chung

1.1. AIMCC là gì?

AIMCC (ALSA International Moot Court Competition) là cuộc thi Phiên tòa giả định về tranh chấp đầu tư nước ngoài được Tổ chức Sinh viên Luật Châu Á (ALSA) tổ chức hằng năm, đối tượng hướng tới là các bạn sinh viên đến từ khắp nơi trên thế giới. Thí sinh tham gia sẽ gửi Bản biện hộ của họ cho Nguyên đơn và Bị đơn về một vụ kiện giả định. Các đội được chọn sẽ trình bày nội dung với tư cách là Nguyên đơn và Bị đơn trước Hội đồng Trọng tài ở Vòng Tranh biện.

1.2. Đơn vị tổ chức - ALSA (Asian Law Student Association)

1.2.1. Tổ chức Sinh viên Luật Châu Á (ASLA)

ALSA là tổ chức phi chính trị, phi lợi nhuận, mang đến sự đa dạng về văn hóa và nâng cao tính chuyên nghiệp trong công việc, tạo ra những cơ hội mới để mở rộng và tăng cường các mối quan hệ giữa các sinh viên luật Châu Á. Được thành lập vào những năm 1980, ALSA đã, đang và không ngừng phát triển thành tổ chức hàng đầu, nơi những sinh viên luật có thể trở thành những cá nhân xuất sắc, những nhà lãnh đạo trong tương lai. Mục tiêu chính của ALSA là giúp các sinh viên luật chia sẻ ý tưởng, văn hóa và kiến thức pháp lý xuyên quốc gia thông qua việc tổ chức các sự kiện như hội thảo, diễn đàn, buổi tọa đàm,... Hiện nay, các thành viên thuộc tổ chức đến từ 16 quốc gia và vùng lãnh thổ trên khắp Châu Á, trong đó bao gồm Việt Nam.

1.2.2. ALSA Vietnam

Vào ngày 31/01/2012, ALSA Vietnam được chính thức công nhận là quan sát viên của tổ chức ALSA. Vào tháng 8 năm 2012, ALSA Vietnam được công nhận là thành viên chính thức của ALSA tại diễn đàn ALSA ở Bangkok, Thái Lan. Hiện nay ALSA Vietnam có hai khu vực (Local Chapter) tại Thành phố Hồ Chí Minh và Hà Nội. Đặc biệt, năm 2020 ALSA Vietnam lần đầu được đăng cai tổ chức ALSA International Moot Court Competition (AIMCC) tại Thành phố Hồ Chí Minh. Với tình hình dịch bệnh Covid-19 tiếp tục

diễn biến nghiêm trọng và phức tạp, AIMCC 2020 đã bị hủy. Do vậy, dự kiến sang năm 2021, ALSA Vietnam vẫn sẽ tiếp tục đảm đương vai trò là ban tổ chức cuộc thi.

2. Mục tiêu

Các thí sinh tham gia cuộc thi sẽ có cơ hội phát triển các kỹ năng phân tích và kỹ năng trong nghiên cứu, bình luận pháp lý, đề ra những chính sách mới, đồng thời được mở rộng kiến thức và tiếp xúc với các vấn đề pháp lý của luật pháp quốc tế trong môi trường mô phỏng Tòa án Quốc tế hoặc Hội đồng Trọng tài Quốc tế. Cuộc thi còn kết nối các sinh viên luật từ khắp nơi trên thế giới, tạo ra một môi trường năng động, sáng tạo, giúp người tham gia có cơ hội được học tập, trau dồi, giao lưu học thuật, trao đổi về các vấn đề pháp lý hiện đại. Những trải nghiệm có được từ AIMCC sẽ là kinh nghiệm đáng giá, tạo nền tảng cho quá trình hành nghề trong lĩnh vực pháp lý sau này.

3. Thời gian và địa điểm

Cuộc thi AIMCC thường niên được tổ chức vào giữa tháng 8 hoặc tháng 9 hằng năm, địa điểm tổ chức và đối tác sẽ được định theo từng năm.

AIMCC 2018: 24-27/8/2018 tại Yangon, Myanmar;

AIMCC 2019: 13-16/9/2019 tại Bangkok, Thái Lan;

AIMCC 2020: 17-22/9/2020 tại Thành phố Hồ Chí Minh, Việt Nam (đã bị hủy do dịch bệnh COVID-19);

AIMCC 2021 dự kiến tổ chức tại Thành phố Hồ Chí Minh, Việt Nam.

4. Thông tin liên hệ

4.1. AIMCC

Website: <http://aicmcc.alsainternational.org/>

Email: alsaimcc2019@gmail.com

4.2. ALSA Việt Nam

Website: <http://alsainternational.org>

Email: alsa.vietnam@gmail.com

“SPOTLIGHT” - TỘI ÁC NHÂN DANH CHÚA ĐƯỢC DUNG DƯỠNG BỞI CÁI BÓNG CÂM LẶNG CỦA BOSTON

Nguyễn Hoàng Quốc Huy (K20502C),
Sinh viên Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG Tp.HCM

Tội ác riêng do một cá nhân gây nên có thể sẽ dễ dàng bị lật tẩy và lên án bởi các nhà hành pháp thông qua những sơ hở mà kẻ phạm tội mắc phải, nhưng liệu những tội ác đó có còn dễ bị vạch trần nếu hành vi phạm tội được “vận hành” bởi cả một hệ thống? Đây chính là hướng đi mà những tên linh mục vô nhân đạo, mang danh “Chúa” đã dùng để che đậy cho tội ác của mình. Góc khuất tăm tối này của xã hội ở Boston - một thành phố lớn của Hoa Kỳ, đã được thắp sáng bởi một nhóm phóng viên nhiệt huyết, tài giỏi - Spotlight, từ tòa soạn Boston Globe, mang lại hy vọng cho những nạn nhân đáng thương, vô tội. Bộ phim “Spotlight” đã tái hiện một cách chân thật hành trình vạch trần tội ác của các linh mục ở Boston. Không chỉ mang đến giá trị nhân văn cho người xem, “Spotlight” còn đem đến cho khán giả nói chung và sinh viên luật nói riêng một góc nhìn lý thú, đầy mới mẻ về pháp luật cũng như tư duy pháp lý chuẩn xác hơn khi nhìn nhận sự việc.

“Spotlight” bắt đầu với câu chuyện cũ có thật của một vị mục sư bị tố cáo đã từng lạm dụng trẻ em tại các trường học kéo dài từ năm 1961 đến năm 1985. Mọi chuyện dần vượt ra ngoài tầm kiểm soát khi không phải một, mà là hàng chục giáo chức tại Boston đều liên quan đến sự việc này. Và câu nói của Baron - một vị tổng biên tập mới điềm đạm của tòa soạn Boston Globe, đã mở ra một con đường mới để nhóm phóng viên Spotlight tiếp tục điều tra câu chuyện, tìm ra con đường giành lại công lý cho các nạn nhân: “Nếu chỉ tập trung vào một kẻ, thì chẳng giải quyết được gì. Chúng ta đang đối đầu với cả một hệ thống, một hệ thống tinh vi, và thậm chí còn được người dân ủng hộ nữa”. Nhóm phóng viên điều tra kỳ cựu trong tòa soạn đã triển khai đề tài, biên tập viên Baron đã cùng với bộ năm nhà báo gồm Robby Robinson (Michael Keaton), Michael Rezendes (Mark Ruffalo), Sacha Pfeiffer (Rachel McAdams), Ben Bradlee Jr. (John Slattery) và Matt Carroll (Brian d'Arcy James) vào cuộc. Các phóng viên liên lạc với từng nạn nhân, luật sư tố tụng, các nhân chứng quen biết để dần tiếp cận sự thật gây chấn động. Bộ phim bắt đầu khiến ta phải ngỡ ngàng, sợ hãi khi số lượng linh mục có liên quan đến vụ án này lại lên đến con số 87 người. Tưởng chừng họ là

đức tin, là nơi để người dân gửi gắm niềm tin, hy vọng, cuối cùng chính họ lại là những người đi gieo rắc nỗi đau cho những đứa trẻ vô tội, không có tiếng nói và không hề có khả năng kháng cự. Theo thời gian, con số của những nạn nhân bị thiệt hại ấy ngày một tăng lên khiến cho áp lực phải tìm ra sự thật ngày càng lớn. Sau hàng chục năm vụ án chìm trong bóng tối, nhóm phóng viên đã dần tìm ra những manh mối đầu tiên cho đến mấu chốt cuối cùng của vụ án. Kết cục cụ thể của những tên linh mục độc ác tuy không được đưa vào phim, nhưng chắc hẳn chúng ta đều có thể dự đoán được nó một cách dễ dàng.

Hành trình tìm lại ánh sáng cho vụ việc sau hàng chục năm chìm trong bóng tối của nhóm phóng viên đã được “Spotlight” tái hiện một cách trọn vẹn. Hành trình ấy lại càng trở nên khó khăn, thử thách hơn khi sự việc được bao che bởi quyền lực, thủ đoạn của những người được xem là có trách nhiệm trong Giáo hội và thậm chí các nhân viên nhà nước cũng thông đồng che đậy vụ việc này. Nhờ vào ý chí muốn giải thoát những đứa trẻ vô tội khỏi nỗi đau vô hình suốt 3 thập kỷ, nên từng hành động, suy nghĩ của họ đều rất dứt khoát, logic: luôn táo bạo trong từng suy nghĩ ở mỗi kế hoạch, quyết đoán nhưng không kém phần cẩn trọng trong hành động. Từ đó, những dấu vết mờ mịt trong vụ án đầy gian truân dần được tìm ra. Sáu nhà báo Mỹ trong phim đều là những người có phẩm chất đáng quý. Họ giàu sáng kiến và tinh tường phát hiện vấn đề, mạnh mẽ khi làm việc độc lập cũng như linh hoạt khi làm việc nhóm, luôn tin vào giá trị mà bản thân theo đuổi, kiên trì với mục tiêu. Ta sẽ dễ dàng ấn tượng với hình ảnh anh chàng Mike Rezendes tuy đang trong cơn khốn khó và khủng hoảng kinh tế gia đình nhưng vẫn quyết tâm đi tìm sự thật. Phân cảnh anh trở nên giận dữ với đồng nghiệp khi mọi chuyện không đi đúng hướng: “Chúng ta phải vạch trần những kẻ đó chứ!” đã gây ấn tượng mạnh mẽ trong lòng đại đa số khán giả.

Không giống với các tác phẩm điện ảnh nổi tiếng khác, “Spotlight” với một mạch phim chậm, từ từ dẫn dắt tâm hồn người xem đến với một thế giới rất thật bằng nội dung, thông điệp của riêng nó. Bộ phim đã

gần như khẳng định rằng mọi thứ trong cuộc sống chẳng có gì là hoàn toàn tươi đẹp và đáng tin cậy tuyệt đối, từ đó ta cũng tiếp thu được một quan điểm mang tính thực tế, toàn diện hơn. Ta thấu hiểu tâm lý của những nạn nhân đáng thương khi đã phải chịu đựng một cuộc đời chua xót, bị hành hạ về tinh thần lẫn thể xác bởi những thế lực có quyền hành trong xã hội. Mỗi một thước phim đầy tính cổ điển của “Spotlight” diễn ra đều đưa ta đến gần hơn với thế giới đầy phức tạp, chông gai nhưng cũng đầy nhân ái khi bộ phim chứa đựng nhiều tâm hồn quả cảm của công lý. Các câu thoại của nhóm phóng viên đều chứa đựng một triết lý sâu sắc, một lối tư duy nhạy bén khiến người xem phải ngả mũ thán phục. Đó chính là ngọn đuốc vô hình nhưng rất sáng của bộ phim dẫn đến lối ra cho các nạn nhân trên đoạn đường tăm tối kéo dài hàng chục năm. Từ hình ảnh, nội dung cho đến các nhân vật - tất cả đều được trau chuốt kỹ lưỡng để rồi dung hòa, bổ trợ cho nhau giúp bộ phim trở thành một tuyệt tác ý nghĩa cho hầu hết khán giả.

Phim đã khẳng định vị trí của mình khi giành được 6 đề cử giải Oscar, được xưng tên với hạng mục “Phim truyện xuất sắc nhất” và “Kịch bản gốc xuất sắc nhất” tại lễ trao giải Oscar lần thứ 88. Đồng thời phim nhận được nhiều giải thưởng từ hiệp hội các nhà phê bình và được vinh danh là một trong những bộ phim hay nhất của năm 2015 bởi nhiều ấn phẩm khác nhau. Đó là những minh chứng thuyết phục cho sự thành công của tuyệt tác “Spotlight”.

TRANH CHẤP KẾT QUẢ ĐÁNH GIÁ HỒ SƠ DỰ THẦU

Văn Thị Thảo Vy (K18502),
Trần Thị Mỹ Linh (K19502) & Võ Giản Quế Phương (K195021C),
Sinh viên Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG Tp.HCM

**Bản án số: 07/2018/KDTM-PT “Về việc: Tranh chấp đấu thầu dịch vụ” của Tòa án nhân dân tỉnh
Bà Rịa - Vũng Tàu¹**

A. THÔNG TIN VỤ ÁN

1. Các bên trong vụ án

Nguyên đơn: Tổng Công ty xây dựng Đ (sau đây gọi tắt là “Công ty Đ”)

- Người đại diện theo pháp luật: Ông Ngô Văn T – Chủ tịch Hội đồng quản trị

- Người đại diện hợp pháp: Ông Nguyễn Trọng L – là người đại diện theo ủy quyền

Bị đơn: Công ty TNHH Cảng Quốc Tế T (sau đây gọi tắt là “Công ty T”)

- Người đại diện theo pháp luật: Ông Katsuyuki K1 – Tổng Giám đốc

- Người đại diện hợp pháp: Ông Nguyễn Minh K2 - là người đại diện theo ủy quyền

Người kháng cáo: Bị đơn là Công ty T

Người làm chứng:

- Công ty Cổ phần Dịch vụ và Vận tải Biển V (sau đây gọi tắt là “Công ty V”) – thành viên Hội đồng thành viên của Công ty T;

- Ông Phan Thành C (sau đây gọi tắt là “Ông C”) – Phó Giám đốc Công ty T và là thành viên của Tổ chuyên gia phụ trách đánh giá hồ sơ dự thầu do Công ty T bổ nhiệm.

2. Dữ kiện xoay quanh vấn đề pháp lý²

Ngày 17-10-2017, Công ty Đ nộp hồ sơ dự thầu (“HSDT”) để tham gia đấu thầu do Công ty T làm bên mời thầu đối với 02 gói thầu PK1A-1 và PK1B-1 (sau đây gọi chung là “02 gói thầu”) theo phương thức một

giai đoạn hai túi hồ sơ, bao gồm hồ sơ đề xuất kỹ thuật và hồ sơ đề xuất tài chính.

Tuy nhiên, căn cứ vào nội dung Công văn số 113 và 114 do Công ty T ban hành vào ngày 28-10-2017 và lời trình bày của Công ty T, HSDT của Công ty Đ đã bị loại với lý do không đáp ứng được yêu cầu về đề xuất kỹ thuật, cụ thể như sau:

Thứ nhất, Công ty Đ đã bị khởi kiện bởi nhiều nhà thầu phụ do không thực hiện việc thanh toán đầy đủ và đúng hạn;

Thứ hai, căn cứ theo thông tin công khai trên các phương tiện thông tin đại chúng, nhiều cán bộ lãnh đạo của Công ty Đ hiện đang bị khởi tố, điều tra và xét xử về các hành vi đưa, nhận hối lộ, thông thầu;

Thứ ba, Công ty Đ đã nhiều lần bị nhắc nhở về chậm hoàn thành tiến độ thi công cũng như thiếu năng lực và kỷ luật với nhiều gói thầu mình phụ trách, không đáp ứng tiêu chí không có hợp đồng không hoàn thành trong thời gian HSMT yêu cầu;

Thứ tư, Báo cáo tài chính năm 2016 của Công ty Đ còn nhiều điểm nghi vấn, không rõ ràng;

Thứ năm, Công ty Đ có biểu hiện thực hiện hành vi thông thầu bằng cách thông đồng với các cá nhân, tổ chức có liên quan nhằm thu thập kết quả lựa chọn nhà thầu. Theo đó, Công ty Đ đã trực tiếp phản hồi với Công ty T về nội dung đánh giá HSDT tại Báo cáo 22, Báo cáo 23 và Báo cáo đánh giá hồ sơ đề xuất kỹ thuật của 02 gói thầu (“Báo cáo kỹ thuật”)³ của Công ty T, trong khi Công ty T chưa công bố nội dung Báo cáo 22 và Báo cáo 23 đến Công ty Đ. Điều này chứng tỏ Công ty Đ đã tiếp nhận các báo cáo trên từ chủ thể khác mà cụ thể là Công ty V và ông C. Được biết, ông

¹ Xem bản án tại: Trang Thông tin điện tử công bố bản án, quyết định của Tòa án, <<https://congbobanan.toaan.gov.vn/2ta146307t1cvn/chi-tiet-ban-an>> truy cập ngày 20/10/2020

² Nhóm tác giả chỉ trích lược những tình tiết, sự kiện chính yếu và cần thiết cho việc bình luận án. Để biết thêm thông tin cụ thể, quý độc giả có thể tìm đọc bản án tại chú thích số 1

³ Nội dung bản án không cung cấp tên gọi của Báo cáo 22 và Báo cáo 23 cũng như những nội dung bên trong. Tuy nhiên, có thể nhận thấy, 03 bản báo cáo này là cơ sở đánh giá HSDT của Công ty Đ và kết quả dự thầu đối với 02 gói thầu

C với tư cách là thành viên Tổ chuyên gia đã cung cấp các Báo cáo nêu trên cho Công ty V. Sau đó, Công ty V trích lý do Công ty Đ bị đánh giá không đáp ứng về kỹ thuật đối với 02 gói thầu trong các Báo cáo và gửi đến Công ty Đ.

Về phía Công ty Đ, xét thấy quyền lợi của mình bị xâm phạm, công ty đã yêu cầu Tòa án buộc Công ty T phải: (i) công nhận Công ty Đ là nhà thầu đáp ứng yêu cầu về mặt kỹ thuật 02 gói thầu; (ii) tiếp tục mở túi hồ sơ tài chính của Công ty Đ và xem xét kết quả đấu thầu theo quy định của Luật Đấu thầu.

Về phía Công ty T, Công ty không chấp nhận yêu cầu khởi kiện của Công ty Đ, đồng thời khẳng định việc Công ty T loại HSDT của Công ty Đ là có căn cứ, khách quan.

3. Câu hỏi pháp lý

(i) Công ty T có thực hiện đúng thủ tục đấu thầu và nguyên tắc, trình tự đánh giá hồ sơ dự thầu không?

(ii) Công ty Đ có thực hiện hành vi thông thầu không?

(iii) Công ty T có nghĩa vụ tiếp tục mở túi hồ sơ đề xuất về tài chính của Công ty Đ không? Nếu không, Công ty T phải thực hiện trách nhiệm như thế nào để phù hợp với quy định pháp luật về đấu thầu?

4. Cơ sở pháp lý

- Điều 39, Điều 89, Điều 92(1) Luật Đấu thầu 2013⁴ (sau đây gọi tắt là “LĐT”);

- Điều 12(2), Điều 15, Điều 26 Nghị định số 63/2014/NĐ-CP quy định chi tiết một số điều của Luật Đấu thầu về lựa chọn nhà thầu (sau đây gọi tắt là “Nghị định 63/2014/NĐ-CP”).

5. Nhận định của Tòa án

Về phương thức lựa chọn nhà thầu của Công ty T, hình thức hợp lệ của hồ sơ đề xuất về kỹ thuật của đơn vị tham dự thầu là Công ty Đ thì các đương sự đều thống nhất và không tranh chấp nên không xem xét.

Về việc Công ty T cho rằng Công ty Đ không phải là nhà thầu đáp ứng yêu cầu về mặt kỹ thuật gói thầu PK1A-1 và PK1B-1: Công ty T đã phát hành công khai HSMT cho hai gói thầu nêu trên, trong HSMT đã đề ra các tiêu chuẩn để chấm HSDT rất cụ thể. Theo quy định của pháp luật⁵, Công ty T không được căn cứ vào các tiêu chuẩn nằm ngoài HSMT để chấm đối với

HSDT. Từ đó, Hội đồng xét xử sẽ xem xét một số nội dung cụ thể sau:

(i) Bị đơn chấm và đánh giá hồ sơ đề xuất về kỹ thuật của Nguyên đơn chính thức không đạt hai tiêu chí về năng lực tài chính và kinh nghiệm, Hội đồng xét xử thấy rằng: Đối với tiêu chí về lịch sử không hoàn thành hợp đồng thì Nguyên đơn là nhà thầu không có hợp đồng không hoàn thành trong thời gian HSMT yêu cầu; Đối với tiêu chí về kết quả hoạt động tài chính thì Nguyên đơn là nhà thầu đáp ứng tiêu chí về kết quả hoạt động tài chính theo yêu cầu của HSMT.

(ii) Một số lý do Bị đơn đưa ra để khẳng định việc loại HSDT của Nguyên đơn là đúng quy định, Hội đồng xét xử thấy rằng: những ý kiến là không phù hợp nên không có cơ sở chấp nhận kháng cáo của Bị đơn.

Về yêu cầu của Công ty Đ về việc buộc Công ty T phải tiếp tục mở túi hồ sơ đề xuất về tài chính của Công ty Đ đối với 02 gói thầu, HĐXX thấy rằng: Nếu nay mới mở túi hồ sơ đề xuất về tài chính của Nguyên đơn là không đúng quy trình, thủ tục của pháp luật đấu thầu, liên quan tới tính bảo mật của hồ sơ. Do vậy, HĐXX phúc thẩm sửa lại phần quyết định này của Bản án sơ thẩm.

Những vấn đề khác giữ nguyên như Bản án sơ thẩm.

6. Quyết định của Tòa án

HĐXX chấp nhận một phần yêu cầu kháng cáo của Công ty T, sửa một phần Bản án kinh doanh thương mại sơ thẩm, như sau:

Chấp nhận yêu cầu khởi kiện của Công ty Đ đối với Công ty T: Công nhận Công ty Đ là nhà thầu đáp ứng yêu cầu về mặt kỹ thuật đối với 02 gói thầu PK1A-1 và PK1B-1; Công ty T có trách nhiệm thực hiện quy trình đấu thầu theo đúng quy định của pháp luật về đấu thầu.

B. BÌNH LUẬN BẢN ÁN

1. Công ty T (Bị đơn) có thực hiện đúng thủ tục đấu thầu và nguyên tắc đánh giá HSDT không?

Trong phần nhận định của Tòa án phúc thẩm, HĐXX không xem xét đến tính hợp pháp của phương thức đấu thầu mà Bị đơn đã áp dụng, cũng như hình thức hợp lệ của hồ sơ đề xuất kỹ thuật của Nguyên đơn vì hai bên đương sự đều thống nhất với nhau nội dung này. Tuy nhiên, dựa vào những dữ kiện trong

⁴ Được sửa đổi, bổ sung năm 2017 bởi:

(1) Luật số 03/2016/QH14 ngày 22 tháng 11 năm 2016 của Quốc hội sửa đổi, bổ sung Điều 6 và Phụ lục 4 về Danh mục ngành, nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện của Luật Đầu tư, có hiệu lực kể từ ngày 01 tháng 01 năm 2017;

(2) Luật Hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa số 04/2017/QH14 ngày 12 tháng 6 năm 2017 của Quốc hội, có hiệu lực kể từ ngày 01 tháng 01 năm 2018

⁵ Nguyên tắc chấm thầu phải căn cứ vào tiêu chuẩn đánh giá hồ sơ dự thầu và các yêu cầu khác có trong hồ sơ mời thầu. Xem thêm tại LĐT 2013, Điều 39; Nghị định 63/2014/NĐ-CP, Điều 12 (2), Điều 15

bản án có thể nhận thấy phía Bị đơn đáp ứng được một số quy định của pháp luật về đấu thầu.

Mức độ tuân thủ việc thực hiện thủ tục đấu thầu và nguyên tắc đánh giá HSDT của Công ty T

Thứ nhất, HSMT của Bị đơn trình bày một cách cụ thể các nội dung liên quan đến cuộc đấu thầu. Trong đó, hồ sơ xác định rõ phương thức tham gia đấu thầu là phương thức một giai đoạn hai túi hồ sơ,⁶ thông báo mời thầu, đề cập đến các yêu cầu liên quan tới dịch vụ đấu thầu,... Dựa vào những yếu tố trên, HSDT của Nguyên đơn được đánh giá là hợp lệ. Mặt khác, HSMT chỉ được phát hành để lựa chọn nhà thầu khi có đủ các điều kiện tại Điều 7(1) LĐT, qua đó nhận thấy Bị đơn đủ điều kiện để phát hành HSMT.

Thứ hai, Bị đơn tiếp nhận và mở HSDT đúng quy định pháp luật về phương thức đấu thầu một giai đoạn hai túi hồ sơ. Theo đó, Điều 29 LĐT quy định việc tiếp nhận hai túi hồ sơ về kỹ thuật và tài chính phải diễn ra cùng một thời điểm. Sau đó, hồ sơ đề xuất kỹ thuật phải được mở trước hồ sơ đề xuất tài chính. Dựa trên dữ kiện của bản án, Bị đơn đã tiếp nhận toàn bộ HSDT của Nguyên đơn đối với 02 gói thầu vào cùng một thời điểm (8h10' ngày 17-10-2017). Về trình tự mở hồ sơ, Bị đơn đảm bảo thực hiện đúng trình tự. Theo đó, Bị đơn đã mở túi hồ sơ đề xuất kỹ thuật của cả 02 gói thầu lần lượt vào lúc 9h05' và 14h05' cùng ngày dưới sự chứng kiến của thành viên Nguyên đơn; đồng thời niêm phong 02 túi hồ sơ tài chính.

Thứ ba, Bị đơn đảm bảo đúng trình tự đánh giá HSDT. Theo Điều 18 Nghị định 63/2014/NĐ-CP, quy trình đánh giá hồ sơ dự thầu phải tiến hành lần lượt 03 bước: (i) đánh giá tính hợp lệ của HSDT; (ii) đánh giá năng lực, kinh nghiệm; (iii) đánh giá về kỹ thuật và tài chính. Trong đó, mỗi bước đánh giá sau dựa trên cơ sở đáp ứng điều kiện của các bước đánh giá trước.⁷ Đối chiếu với quá trình Bị đơn đánh giá hồ sơ đề xuất kỹ thuật của Nguyên đơn cho thấy Bị đơn đã tuân thủ trình tự này, thể hiện qua việc Tổ chuyên gia phía Bị đơn đánh giá tính hợp lệ của HSDT trước khi đi vào đánh giá chi tiết về năng lực, kinh nghiệm của nhà thầu.⁸

⁶ Phương thức đấu thầu một giai đoạn hai túi hồ sơ: phương thức đấu thầu trong đó bên dự thầu phải lập 02 bộ hồ sơ riêng biệt cho cùng một gói thầu, bao gồm: hồ sơ đề xuất kỹ thuật và hồ sơ đề xuất tài chính. Xem thêm tại LĐT 2013, Điều 29

⁷ Xem thêm tại Nghị định 63/2014/NĐ-CP Điều 18

⁸ Nhận định của Tòa án về nội dung vụ án [1]

⁹ LĐT 2013 Điều 39, Nghị định 63/2014/NĐ-CP Điều 12(2) và Điều 15

¹⁰ "Hợp đồng bị chủ đầu tư kết luận thầu không hoàn thành mà nhà thầu không phản đối và hợp đồng bị chủ đầu tư kết luận nhà thầu không hoàn thành, không được nhà thầu chấp thuận nhưng đã được trọng tài hoặc Tòa án kết luận theo hướng bất lợi cho nhà thầu. Các hợp đồng không hoàn thành không bao gồm các hợp đồng mà quyết định của chủ đầu tư đã bị bác bỏ bằng cơ chế giải quyết tranh chấp. Hợp đồng không hoàn thành phải dựa trên tất cả các thông tin về tranh chấp của hợp đồng tương ứng và khi mà nhà thầu đã hết tất cả các cơ hội có thể khiếu nại".

Những vi phạm của Công ty T về nguyên tắc chấm thầu

Tuy nhiên, trong quá trình đánh giá chi tiết HSDT, Bị đơn có biểu hiện vi phạm nguyên tắc chấm thầu. Theo quy định thì việc chấm thầu phải căn cứ vào tiêu chuẩn đánh giá HSDT và các yêu cầu khác có trong HSMT.⁹ Thế nhưng, Bị đơn đã không tuân thủ nguyên tắc này, ngược lại đưa ra những tiêu chí nằm ngoài HSMT để đánh giá HSDT của Nguyên đơn.

Đầu tiên, Bị đơn cho rằng Nguyên đơn vi phạm tiêu chí về lịch sử hợp đồng không hoàn thành. Theo tiêu chí này, từ ngày 01-01-2014 đến thời điểm đóng thầu, nhà thầu phải không có hợp đồng không hoàn thành, ngược lại sẽ bị loại khỏi danh sách tham gia dự thầu. Căn cứ Bị đơn đưa ra là việc Nguyên đơn bị xếp loại "chưa đáp ứng yêu cầu" theo Quyết định số 1483/QĐ-BGTVT của Bộ Giao thông Vận tải và bị cảnh cáo tiến độ tại Công văn số 1503/BQLDAH-QDA của Ban Quản lý dự án hàng hải. Tuy nhiên, đối chiếu với cách xác định hợp đồng không hoàn thành trong HSMT¹⁰, cho thấy hợp đồng không hoàn thành không bao gồm hai văn bản mà Bị đơn đã dùng làm căn cứ loại HSDT của Nguyên đơn. Do vậy, có thể kết luận Nguyên đơn không có hợp đồng không hoàn thành trong thời gian HSMT yêu cầu.

Tiếp theo, Bị đơn căn cứ vào các thông tin báo chí không tốt để đánh giá HSDT của Nguyên đơn. Theo đó, Bị đơn cung cấp cho cơ quan xét xử các bài báo có nội dung về tình hình sử dụng vốn và các lãnh đạo chủ chốt của Nguyên đơn có liên quan tới hành vi tham nhũng, hối lộ. Hành vi này đã bị HĐXX bác bỏ vì không nằm trong tiêu chí mà HSMT yêu cầu. Đồng thời, Bị đơn trước đó đã chấm dứt cho Nguyên đơn về tiêu chí này, vì vậy, việc nêu ngược lại nội dung này là không thỏa đáng.

Ngoài ra, trong quá trình xem xét Báo cáo tài chính của Nguyên đơn, Bị đơn tự mình lý giải, suy luận kết quả của Báo cáo tài chính khi phát sinh nghi ngờ. Điều 27(2) Nghị định 63/2014/NĐ-CP quy định về nguyên tắc làm rõ hồ sơ dự thầu đối với phương thức đấu thầu một giai đoạn hai túi hồ sơ dẫn chiếu đến Điều 16 của Nghị định này, theo đó nếu trong quá trình đánh giá HSDT, Tổ chuyên gia chấm thầu nhận thấy thiếu tài liệu thì cần yêu cầu nhà thầu bổ sung tài liệu

nhằm chứng minh tư cách hợp lệ, năng lực và kinh nghiệm của nhà thầu với điều kiện không làm thay đổi nội dung cơ bản của HSDT đã nộp, không thay đổi giá dự thầu.¹¹ Vì thế, việc Bị đơn không liên hệ với Nguyên đơn để làm rõ những điểm khúc mắc mà tự xem xét, đánh giá là không đáp ứng trình tự luật định.

Mặt khác, để giải trình cho việc dựa vào những tiêu chí không có trong HSMT để đánh giá HSDT, Bị đơn còn chỉ ra trong HSMT có quy định về các “sai khác”, “đặt điều kiện”, “bỏ sót nội dung”. Trong đó, “sai khác” là việc HSDT chứa những điểm khác biệt so với yêu cầu trong HSMT, “đặt điều kiện” là việc HSDT đặt ra các điều kiện mang tính hạn chế hoặc không chấp nhận hoàn toàn các yêu cầu trong HSMT, và “bỏ sót nội dung” là việc HSDT không cung cấp một phần hoặc toàn bộ thông tin hay tài liệu nêu trong HSMT. Như vậy, quy định này yêu cầu các nhà thầu khi lập HSDT không được vi phạm về mặt nội dung so với HSMT.¹² Tuy nhiên, Bị đơn lại hiểu rằng Bị đơn có quyền căn cứ vào bất kỳ nội dung nào trong HSDT được cho là không phù hợp hoặc bị bỏ sót để đánh giá HSDT của nhà thầu. Lập luận này của Bị đơn là không phù hợp, bởi các quy định này là dành cho nhà thầu chứ không phải bên mời thầu, và việc đánh giá vẫn phải bám sát vào HSMT mà không phải dựa vào tiêu chí bất kỳ. Như vậy, việc Bị đơn viện dẫn quy định này để lý giải cho việc đánh giá HSDT thông qua các căn cứ bên ngoài HSMT là không phù hợp với quy định pháp luật về tiêu chí đánh giá HSDT.

Từ những phân tích trên đây, có thể thấy Bị đơn đã bảo đảm thực hiện đúng thủ tục đấu thầu, tuy nhiên có những sai sót nhất định trong quá trình đánh giá chi tiết HSDT của Nguyên đơn. Trong các quy định pháp luật về đấu thầu, nguyên tắc chấm thầu phải căn cứ vào tiêu chí trong HSMT là một nguyên tắc căn bản. Tuy nhiên, Bị đơn đã vi phạm nguyên tắc này khi đánh giá HSDT của Nguyên đơn làm ảnh hưởng tới quyền lợi của họ. Thêm nữa, việc Bị đơn viện dẫn quy định về “sai khác”, “đặt điều kiện”, “bỏ sót nội dung” để biện minh cho hành vi của mình cho thấy Bị đơn hiểu sai nội dung của quy định cả về đối tượng áp dụng lẫn căn cứ đánh giá. Hành vi này có thể bắt nguồn từ việc Bị đơn chưa thật sự hiểu rõ nội dung

HSMT do chính mình soạn ra cũng như các tiêu chí để xem xét, đánh giá HSDT, nhưng cũng có thể đây là một hành động có chủ đích của Bị đơn, do đó không loại trừ khả năng Bị đơn không chỉ sai sót trong quá trình đánh giá HSDT mà đã thực hiện một trong những hành vi bị cấm tại Điều 89 LĐT. Hậu quả pháp lý từ việc thực hiện hai hành vi này là khác nhau, tuy nhiên, nhận định của Tòa án chỉ dừng lại ở việc Bị đơn đã có sai sót trong tiêu chí đánh giá HSDT mà chưa làm rõ những nội dung này.

2. Công ty Đ có thực hiện hành vi thông thầu không?

Như đã trình bày ở trên, một trong những lý do Bị đơn loại HSDT của Nguyên đơn là vì cho rằng Nguyên đơn có dấu hiệu thực hiện hành vi thông thầu khi thông đồng với ông C và Công ty V trong việc tiết lộ thông tin về một số báo cáo liên quan đến quá trình lựa chọn nhà thầu (Báo cáo 22, Báo cáo 23 và Báo cáo kỹ thuật). Tuy nhiên, theo nhóm tác giả nhận thấy, lý do Bị đơn nêu ra là hoàn toàn vô lý và thiếu căn cứ bởi các lý do sau đây:

(i) Quá trình thông tin giữa ông C, Công ty V và Công ty Đ (Nguyên đơn) không phải là hành vi tiết lộ thông tin quy định tại Điều 89(7) LĐT

Trong vụ việc này, Bị đơn cho rằng Công ty V và ông C đã thực hiện hành vi tiết lộ kết quả lựa chọn nhà thầu, nhà đầu tư trước khi được công khai mà theo quy định tại Điều 89(7) LĐT là hành vi bị cấm trong hoạt động đấu thầu.

Trước lập luận này từ phía Bị đơn, cả Công ty V và ông C đều khẳng định: sau khi công bố danh sách nhà thầu đáp ứng về kỹ thuật thì ông C mới báo lại cho Công ty V; việc Công ty V trích lý do Công ty Đ bị đánh giá không đáp ứng về kỹ thuật đối với hai gói thầu và gửi công văn cho Công ty T để xem xét, đánh giá toàn diện là nhằm đảm bảo tính minh bạch, khách quan nên không phải hành vi thông thầu hay vi phạm pháp luật về đấu thầu.

Theo nhận định của Tòa án, trên thực tế, ông C không cung cấp lý do loại Công ty Đ ở giai đoạn chấm hồ sơ đề xuất kỹ thuật mà chỉ báo cáo cho Công ty

¹¹ Điều 16. Làm rõ hồ sơ dự thầu

‘1. Sau khi mở thầu, nhà thầu có trách nhiệm làm rõ hồ sơ dự thầu theo yêu cầu của bên mời thầu. Trường hợp hồ sơ dự thầu của nhà thầu thiếu tài liệu chứng minh tư cách hợp lệ, năng lực và kinh nghiệm thì bên mời thầu yêu cầu nhà thầu làm rõ, bổ sung tài liệu để chứng minh tư cách hợp lệ, năng lực và kinh nghiệm. Đối với các nội dung đề xuất về kỹ thuật, tài chính nêu trong hồ sơ dự thầu của nhà thầu, việc làm rõ phải bảo đảm nguyên tắc không làm thay đổi nội dung cơ bản của hồ sơ dự thầu đã nộp, không thay đổi giá dự thầu.

2. Trường hợp sau khi đóng thầu, nếu nhà thầu phát hiện hồ sơ dự thầu thiếu các tài liệu chứng minh tư cách hợp lệ, năng lực và kinh nghiệm thì nhà thầu được phép gửi tài liệu đến bên mời thầu để làm rõ về tư cách hợp lệ, năng lực và kinh nghiệm của mình. Bên mời thầu có trách nhiệm tiếp nhận những tài liệu làm rõ của nhà thầu để xem xét, đánh giá; các tài liệu bổ sung, làm rõ về tư cách hợp lệ, năng lực và kinh nghiệm được coi như một phần của hồ sơ dự thầu.

3. Việc làm rõ hồ sơ dự thầu chỉ được thực hiện giữa bên mời thầu và nhà thầu có hồ sơ dự thầu cần phải làm rõ và phải bảo đảm nguyên tắc không làm thay đổi bản chất của nhà thầu tham dự thầu. Nội dung làm rõ hồ sơ dự thầu phải thể hiện bằng văn bản và được bên mời thầu bảo quản như một phần của hồ sơ dự thầu.’

¹² Thông tư 14/2016/TT-BKHĐT quy định chi tiết lập hồ sơ mời thầu dịch vụ phi tư vấn, Mục 27.2

V - công ty chủ quản của mình. Hành vi này của ông C được xét là phù hợp và việc cung cấp thông tin được thực hiện sau khi Bị đơn đã công khai thông báo đến tất cả các nhà thầu “*Bản danh sách kết quả lựa chọn nhà thầu đáp ứng yêu cầu về kỹ thuật, được tiếp tục vào vòng mở thầu hồ sơ đề xuất tài chính*”. Vậy nên khi Tổ chuyên gia loại Công ty Đ thì chưa xảy ra hành vi tiết lộ thông tin làm ảnh hưởng đến kết quả lựa chọn nhà thầu. Xét về việc Nguyên đơn gửi công văn yêu cầu Bị đơn thông báo rõ lý do HSDT của mình không đáp ứng đủ yêu cầu về mặt kỹ thuật là đúng luật. Bởi lẽ Điều 31 Nghị định 63/2014/NĐ-CP về công khai kết quả lựa chọn nhà thầu đối với phương thức đấu thầu một giai đoạn hai túi hồ sơ dẫn chiếu đến Điều 20 của Nghị định này quy định nội dung thông báo kết quả lựa chọn nhà thầu có bao gồm “*danh sách nhà thầu không được lựa chọn và tóm tắt về lý do không được lựa chọn của từng nhà thầu*”¹³. Ngoài ra, trong HSMT của Bị đơn cũng cho phép nhà thầu được kiến nghị đến chủ đầu tư về các vấn đề trong quá trình lựa chọn nhà thầu khi thấy quyền và lợi ích hợp pháp của mình bị xâm phạm.

Từ những lập luận trên, có thể thấy quá trình thông tin giữa Công ty V, ông C và Nguyên đơn là hợp pháp và không vi phạm điều cấm trong hoạt động đấu thầu quy định tại Điều 89(7) LĐT.

(ii) Không có dấu hiệu nào cho thấy Công ty Đ (Nguyên đơn) thực hiện hành vi thông thầu theo quy định tại Điều 89(3) LĐT

Cụ thể:

“*Thông thầu, bao gồm các hành vi sau đây:*

a) *Thỏa thuận về việc rút khỏi việc dự thầu hoặc rút đơn dự thầu được nộp trước đó để một hoặc các bên tham gia thỏa thuận thắng thầu;*

b) *Thỏa thuận để một hoặc nhiều bên chuẩn bị hồ sơ dự thầu cho các bên tham dự thầu để một bên thắng thầu;*

c) *Thỏa thuận về việc từ chối cung cấp hàng hóa, không ký hợp đồng thầu phụ hoặc các hình thức gây khó khăn khác cho các bên không tham gia thỏa thuận.”*

Trong vụ việc này, có thể thấy, các biểu hiện mà Bị đơn trình bày không có các dấu hiệu liên quan đến việc thông đồng, cấu kết, dàn xếp với nhau của các bên tham gia đấu thầu nhằm để một bên thắng thầu, làm mất đi tính cạnh tranh công bằng, minh bạch của đấu thầu; cũng không có biểu hiện của các hành vi được quy định tại Điều 89(3) LĐT nêu trên.

Vì thế, ý kiến của Bị đơn về việc có biểu hiện của sự thông thầu là không có cơ sở. Ngoài ra, việc Bị đơn không phản hồi lý do cho Nguyên đơn, đồng thời viện dẫn lý do loại HSDT của Nguyên đơn do có hành vi thông thầu có thể xem là biểu hiện của việc vi phạm nguyên tắc công khai, minh bạch theo quy định của pháp luật về đấu thầu.

3. Công ty T có nghĩa vụ tiếp tục mở túi hồ sơ đề xuất về tài chính của Công ty Đ không? Nếu không, Công ty T phải thực hiện trách nhiệm như thế nào để phù hợp với quy định pháp luật về đấu thầu?

3.1. Công ty T có nghĩa vụ tiếp tục mở túi hồ sơ đề xuất về tài chính của Công ty Đ không?

Việc Nguyên đơn yêu cầu Bị đơn tiếp tục mở túi hồ sơ đề xuất về tài chính là không phù hợp với nguyên tắc và trình tự đấu thầu vì những lý do sau đây.

Thứ nhất, yêu cầu này không phù hợp với quy định về tính bảo mật của hồ sơ dự thầu, được xem là một trong những nguyên tắc cơ bản của thủ tục đấu thầu. Theo đó, trách nhiệm của bên mời thầu là “*bảo mật các tài liệu liên quan trong quá trình lựa chọn nhà thầu*”¹⁴, “*tiếp nhận và quản lý các hồ sơ dự thầu đã nộp theo chế độ quản lý hồ sơ mật cho đến khi công khai kết quả lựa chọn nhà thầu, trong mọi trường hợp không được tiết lộ thông tin trong hồ sơ dự thầu của nhà thầu này cho nhà thầu khác, trừ các thông tin công khai khi mở thầu...*”¹⁵ Đồng thời, theo Điều 26(4)(đ) Nghị định 63/2014/NĐ-CP về Thủ tục mở túi hồ sơ dự thầu, “*hồ sơ đề xuất về tài chính của tất cả các nhà thầu phải được bên mời thầu niêm phong trong một túi riêng biệt và được đại diện của bên mời thầu, nhà thầu tham dự lễ mở thầu ký niêm phong*”. Trong trường hợp này, để được tiếp tục tham gia vào quá trình đấu thầu, hồ sơ đề xuất về tài chính của Công ty Đ phải còn được niêm phong. Tuy nhiên, tại thời điểm giải quyết tranh chấp, hồ sơ đề xuất về tài chính của Công ty Đ đã không còn được niêm phong với đầy đủ chữ ký của tất cả các nhà thầu. Do vậy, yêu cầu được tiếp tục tham gia vào quá trình đấu thầu, buộc Công ty T mở túi hồ sơ đề xuất về tài chính của Công ty Đ là không phù hợp với quy định về nguyên tắc bảo mật hồ sơ dự thầu trong thủ tục đấu thầu.

Thứ hai, việc Công ty T tiếp tục mở hồ sơ đề xuất về tài chính của Công ty Đ là không phù hợp với quy định về trình tự mở hồ sơ đề xuất về tài chính đối với phương thức đấu thầu một giai đoạn hai túi hồ sơ. Sau khi kiểm tra niêm phong túi đựng các hồ sơ đề xuất về tài chính, bên mời thầu tiến hành mở hồ sơ theo trình tự quy định tại Điều 29(2)(c) Nghị định

¹³ Nghị định 63/2014/NĐ-CP, Điều 20(6)(b)

¹⁴ LĐT 2013, Điều 75(1)(g)

¹⁵ Nghị định 63/2014/NĐ-CP, Điều 14(3)(b)

63/2014/NĐ-CP: “Việc mở hồ sơ đề xuất về tài chính được thực hiện đối với từng hồ sơ đề xuất về tài chính theo thứ tự chữ cái tên của nhà thầu có tên trong danh sách nhà thầu đáp ứng yêu cầu về kỹ thuật (...)”. Trong khi đó, hồ sơ đề xuất về tài chính của các nhà thầu khác là Công ty 5 và Công ty TV đã được mở từ ngày 30/10/2017 (ngay sau khi Công ty Đ nhận được thông báo không có tên trong danh sách các nhà thầu đáp ứng yêu cầu về mặt kỹ thuật đối với 02 gói thầu). Do đó, đến thời điểm sau khi tranh chấp được giải quyết, bên mời thầu mới tiến hành mở túi hồ sơ đề xuất về tài chính của Nguyên đơn sẽ không đáp ứng trình tự theo luật định.

Từ những căn cứ trên đây, có thể kết luận Nguyên đơn sẽ không được tiếp tục tham gia vào quá trình đấu thầu đối với 02 gói thầu PK1A-1 và PK1B-1, cũng như Bị đơn sẽ không có nghĩa vụ mở túi hồ sơ đề xuất về tài chính của Nguyên đơn. Do đó, Quyết định của Tòa án phúc thẩm về việc sửa bản án sơ thẩm trong trường hợp này là phù hợp với quy định của pháp luật về đấu thầu.

3.2. Công ty T phải thực hiện trách nhiệm như thế nào để phù hợp với quy định pháp luật về đấu thầu khi không được tiếp tục mở túi hồ sơ đề xuất về tài chính của Công ty Đ?

Theo quyết định của Tòa án, Hội đồng xét xử yêu cầu Công ty T thực hiện quy trình đấu thầu theo đúng quy định của pháp luật về đấu thầu mà không nêu cụ thể trách nhiệm của Công ty T trong trường hợp này. Pháp luật hiện hành quy định các hình thức xử lý đối với hành vi vi phạm về đấu thầu có thể áp dụng bao gồm đình chỉ cuộc thầu hoặc không công nhận kết quả lựa chọn nhà thầu. Theo đó, Công ty T đã đánh giá hồ sơ dự thầu dựa trên các yếu tố không liên quan mà không căn cứ vào tiêu chuẩn đánh giá HSDT và các yêu cầu khác trong HSMT, hành vi của Công ty T được xem là một hành vi vi phạm pháp luật về đấu thầu. Bởi lẽ, Điều 73(4) LĐT quy định về trách nhiệm của người có thẩm quyền, trong đó bao gồm đình chỉ cuộc thầu, không công nhận kết quả lựa chọn nhà thầu “*khi phát hiện có hành vi vi phạm về đấu thầu hoặc quy định khác của pháp luật có liên quan.*” Quy định này cũng được hướng dẫn cụ thể tại Điều 123(2)(a)¹⁶ Nghị định

63/2014/NĐ-CP. Tuy nhiên, biện pháp đình chỉ cuộc thầu chỉ được áp dụng để khắc phục ngay vi phạm đã xảy ra và được thực hiện đến trước khi phê duyệt kết quả lựa chọn nhà thầu. Đối với biện pháp không công nhận kết quả lựa chọn nhà thầu, biện pháp này được thực hiện từ ngày phê duyệt kết quả lựa chọn nhà thầu đến trước khi ký kết hợp đồng, trong trường hợp cần thiết có thể áp dụng sau khi ký kết hợp đồng.¹⁷ Mặc dù HĐXX đã công nhận Công ty Đ là nhà thầu đáp ứng yêu cầu về mặt kỹ thuật nhưng trên thực tế vào thời điểm bản án có hiệu lực (09/08/2018), dự án đầu tư xây dựng cảng T đã hoàn thành và đi vào hoạt động.¹⁸ Nói cách khác, tại thời điểm bản án có hiệu lực, các biện pháp đình chỉ cuộc thầu hay không công nhận kết quả lựa chọn nhà thầu đã không còn phù hợp. Và do đó, Công ty Đ “*đã khởi kiện thành công, nhưng việc thi hành án dường như không còn nhiều ý nghĩa*”¹⁹. Trong vụ án này, mặc dù Tòa án đã giải quyết được hai yêu cầu của Nguyên đơn, nhưng quyết định của Tòa án lại khó có thể thi hành và không có nhiều ý nghĩa với Nguyên đơn trên thực tế, bởi lẽ mặc dù hồ sơ đề xuất về tài chính của Công ty Đ đạt yêu cầu nhưng Công ty Đ không được tiếp tục tham gia vào quá trình đấu thầu, bỏ lỡ cơ hội kinh doanh do thời gian giải quyết vụ án kéo dài. Vì vậy, xuất phát từ đặc trưng của lĩnh vực đấu thầu, việc tiến hành các thủ tục tố tụng, giải quyết tranh chấp trong thời gian dài có thể sẽ không bảo vệ tối đa quyền và lợi ích hợp pháp của các doanh nghiệp tham gia dự thầu. Do đó, các bên tham gia dự thầu cần linh hoạt trong việc yêu cầu Tòa án áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời, tạm dừng việc đóng thầu và các hoạt động có liên quan đến việc đấu thầu²⁰ theo quy định pháp luật tố tụng dân sự, giảm thiểu tình trạng dù được Tòa án chấp nhận yêu cầu khởi kiện nhưng các quyết định này lại không có ý nghĩa trên thực tế như trường hợp của Nguyên đơn.

C. KẾT LUẬN

Đấu thầu là một trong những phương thức kinh doanh hiệu quả và được sử dụng phổ biến trong nền kinh tế thị trường. Tổ chức đấu thầu giúp bên mời thầu lựa chọn được nhân tố phù hợp cho dự án của mình nhằm tối đa hóa lợi ích. Mặt khác, việc chiến thắng một cuộc thầu mở ra cơ hội lớn cho nhà thầu nâng cao uy

¹⁶ Điều 123. Hủy, đình chỉ, không công nhận kết quả lựa chọn nhà thầu

(...) 2. Đình chỉ cuộc thầu, không công nhận kết quả lựa chọn nhà thầu, tuyên bố vô hiệu đối với các quyết định của chủ đầu tư, bên mời thầu, cụ thể như sau:

a) Đình chỉ cuộc thầu, không công nhận kết quả lựa chọn nhà thầu được áp dụng khi có bằng chứng cho thấy tổ chức, cá nhân tham gia hoạt động đấu thầu có hành vi vi phạm pháp luật về đấu thầu hoặc các quy định khác của pháp luật có liên quan dẫn đến không bảo đảm mục tiêu của công tác đấu thầu là cạnh tranh, công bằng, minh bạch và hiệu quả kinh tế hoặc làm sai lệch kết quả lựa chọn nhà thầu; (...)

¹⁷ Nghị định 63/2014/NĐ-CP, Điều 123(2)(c). Xem thêm Nguyễn Quang Duệ, Đào Thị Thu Trang, Nghiệp vụ Đấu thầu (NXB Thông tin và truyền thông) 223

¹⁸ Bùi Trang, Đỗ Mến, “Làm sao phòng ngừa rủi ro với tranh chấp chưa có luật?” <<https://tinnhanhchungkhoan.vn/lam-sao-phong-ngua-rui-ro-voi-tranh-chap-chua-co-luat-post216926.html>> truy cập ngày 22/11/2020

¹⁹ Bùi Trang, Đỗ Mến, “Làm sao phòng ngừa rủi ro với tranh chấp chưa có luật?” <<https://tinnhanhchungkhoan.vn/lam-sao-phong-ngua-rui-ro-voi-tranh-chap-chua-co-luat-post216926.html>> truy cập ngày 22/11/2020

²⁰ Bộ luật Tố tụng dân sự, Điều 30

tín trên thương trường.²¹

Do đó, để đảm bảo sự công bằng, minh bạch, quy trình đấu thầu phải tuân thủ những nguyên tắc nhất định. Một trong những nguyên tắc căn bản đó là việc chấm thầu phải căn cứ vào những tiêu chuẩn có trong HSMT. Bên cạnh đó, pháp luật còn quy định những hành vi bị cấm trong hoạt động đấu thầu, trong số đó bao gồm hành vi thông thầu. Trường hợp vi phạm sẽ được xử lý theo quy định của pháp luật về đấu thầu thông qua các hình thức như đình chỉ cuộc thầu, không công nhận kết quả cuộc thầu. Tuy nhiên, các hình thức xử lý trên chỉ được áp dụng trong điều kiện nhất định, nếu các bên không hiểu rõ quy định pháp luật sẽ khó có thể áp dụng để bảo vệ lợi ích của mình. Tương tự với trường hợp của Nguyên đơn trong vụ án này, dù đã thắng kiện nhưng không thể yêu cầu Bị đơn hủy thầu, đình chỉ cuộc thầu hay không công nhận kết quả cuộc thầu vì không đáp ứng được điều kiện áp dụng của các biện pháp này. Vì vậy, các bên trước khi tham gia đấu thầu cần phải tìm hiểu kỹ các quy định pháp luật về đấu thầu, cũng như xây dựng một chiến lược chặt chẽ để có cơ hội thắng thầu cao và kịp thời bảo vệ được lợi ích chính đáng của mình ngay khi phát hiện dấu hiệu bị xâm phạm.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

Văn bản pháp luật

1. Bộ luật Tố tụng dân sự 2015
2. Luật Đấu thầu 2013
3. Nghị định 63/2014/NĐ-CP Quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Đấu thầu về lựa chọn nhà thầu
4. Thông tư 14/2016/TT-BKHĐT Quy định chi tiết lập hồ sơ mời thầu dịch vụ phi tư vấn

Nguồn điện tử

1. Nguyễn Quang Duệ, Đào Thị Thu Trang, Nghiệp vụ Đấu thầu (NXB Thông tin và truyền thông)
2. Bùi Trang, Đỗ Mến, 'Làm sao phòng ngừa rủi ro với tranh chấp chưa có luật?' <<https://tinnhanhchungkhoan.vn/lam-sao-phong-ngua-rui-ro-voi-tra-nh-chap-chua-co-luat-post216926.html>>
3. 'Vai trò của đấu thầu đối với hiệu quả chi tiêu công', *Tạp chí tài chính* <<http://tapchitaichinh.vn/nguyen-cuu-trao-doi/vai-tro-cua-dau-thau-doi-voi-hieu-qua-chi-tieu-cong-92005.html>>

²¹ 'Vai trò của đấu thầu đối với hiệu quả chi tiêu công', *Tạp chí tài chính* <<http://tapchitaichinh.vn/nguyen-cuu-trao-doi/vai-tro-cua-dau-thau-doi-voi-hieu-qua-chi-tieu-cong-92005.html>> truy cập ngày 22/11/2020



LEGALESE QUIZ

Use the clues given to guess the right word



PERSONAL DATA

related to an individual

collected and sold by data brokers

protected by law

customised personalized



DATA BREACHES

data held by a third party

firms notify consumers

minimize the chance of this happening

theft of personal information



EX ANTE

limit harmful externality

Latin for "before the event"

"investment in security protections"

"reducing the probability of a breach"



EX POST

after harm has occurred

Latin for "after the fact"

raise costs of harmful activity

compensate injured parties



LIABILITY

legal obligation

must be established or proven

civil law and criminal law

contracts, torts, taxes,...



INFORMATION DISCLOSURE

data breach disclosure laws

security breach notification laws

public notification

work in indirect ways



~ PRACTICE MAKES PERFECT ~



HOẠT ĐỘNG NGHIÊN CỨU KHOA HỌC SINH VIÊN TRƯỜNG ĐẠI HỌC KINH TẾ - LUẬT, ĐHQG TP.HCM



A. VAI TRÒ CỦA NGHIÊN CỨU KHOA HỌC

• Đối với trường:

- Nâng cao chất lượng đội ngũ cán bộ, giảng viên bằng cách:

+ Hướng dẫn sinh viên thực hiện đề tài NCKH;

+ Hợp tác NCKH với các đơn vị, tổ chức trong và ngoài nước.

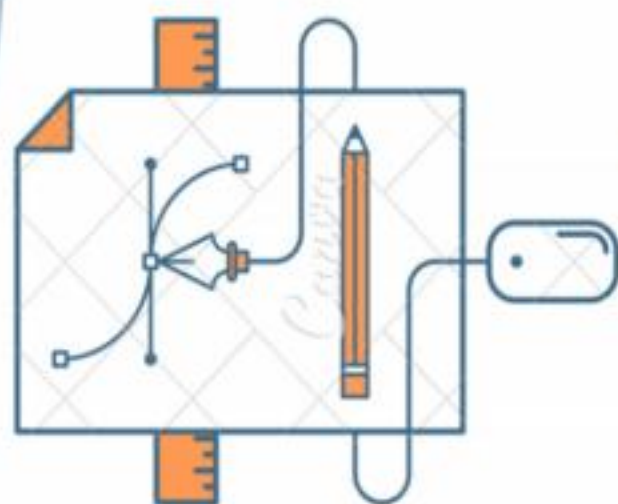
=> Nhanh chóng trở thành Trung tâm nghiên cứu khoa học và tư vấn chính sách hàng đầu Việt Nam lĩnh vực kinh tế, luật và quản lý.

• Đối với sinh viên:

- Cơ hội vận dụng kiến thức đã học vào giải quyết những vấn đề thực tiễn;

- Cơ hội tiếp cận với nhiều đề tài thú vị với quy mô từ nhỏ tới lớn, mở rộng vốn kiến thức;

- Góp phần phát huy tính năng động, sáng tạo; khả năng tư duy độc lập, tự học hỏi, tinh thần hợp tác của sinh viên.



C. SƠ LƯỢC QUY TRÌNH THỰC HIỆN NCKH Ở SINH VIÊN

I. Đăng ký thực hiện và xét duyệt đề tài

- Sinh viên đăng ký đề tài NCKH tại Khoa;
- Sinh viên viết đề cương nghiên cứu gửi cho Khoa xét duyệt;
- Khoa gửi đề tài đăng ký NCKH được xét duyệt về Phòng QLKH;
- Phòng QLKH trình BGH phê duyệt danh mục đề tài đăng ký và phân công cán bộ, giảng viên hướng dẫn.

II. Thực hiện đề tài

- Chủ nhiệm, sinh viên và người hướng dẫn triển khai thực hiện đề tài.

III. Tổ chức hội đồng nghiệm thu cấp Khoa

- Sinh viên nộp đề tài cho Khoa;
- Khoa tổ chức hội đồng xét chọn đề tài gửi dự thi cấp Trường.





HOẠT ĐỘNG NGHIÊN CỨU KHOA HỌC SINH VIÊN TRƯỜNG ĐẠI HỌC KINH TẾ - LUẬT, ĐHQG TP.HCM



D. HOẠT ĐỘNG HỖ TRỢ SINH VIÊN NGHIÊN CỨU KHOA HỌC

- Đưa bộ môn Phương pháp NCKH vào chương trình đào tạo;
- Tổ chức khóa học chuyên đề "Phương pháp nghiên cứu khoa học dành cho sinh viên" hằng năm;
- Tổ chức, thông tin đến sinh viên các cuộc thi về NCKH như:
 - + Giải thưởng nhà khoa học trẻ UEL;
 - + Giải thưởng công trình nghiên cứu khoa học xuất sắc cho sinh viên, học viên cao học và nghiên cứu sinh ở ĐHQG-HCM;
 - + Giải thưởng Sinh viên nghiên cứu khoa học – Euréka;
 - + Giải thưởng sinh viên nghiên cứu khoa học cấp Bộ,...
- Phân công cán bộ, giảng viên hỗ trợ trực tiếp hoạt động NCKH của sinh viên.

E. THÀNH TÍCH ĐẠT ĐƯỢC

1. Bài báo khoa học

300 bài báo của Trường được công bố trên các tạp chí uy tín như:

- | | |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none">- Tạp chí Phát triển & Kinh tế;- Tạp chí Nghiên cứu kinh tế;- Tạp chí Khoa học pháp lý,... | <ul style="list-style-type: none">- Transition studies review;- Journal of Macromarketing;- Management Research Review; |
|--|---|

2. Giải thưởng NCKH sinh viên các cấp

Năm 2019:

- Giải thưởng sinh viên nghiên cứu khoa học **cấp Bộ**:
 - + 01 giải Nhất;
 - + 01 giải Nhì;
 - + 03 giải Ba.
- Giải thưởng sinh viên nghiên cứu khoa học –**Eureka**:
 - + 28 đề tài tham gia;
 - + 2 đề tài vào vòng Chung kết và đạt giải Khuyến khích.

Năm 2020:

- Giải thưởng sinh viên nghiên cứu khoa học **cấp Bộ**:
 - + 07 đề tài đạt giải thưởng "Nhà khoa học trẻ UEL" và được đề xuất tham gia giải thưởng sinh viên NCKH cấp Bộ.
- Giải thưởng sinh viên nghiên cứu khoa học –**Eureka**:
 - + 25 đề tài tham gia;
 - + 2 đề tài vào vòng Chung kết;
 - + 01 giải Ba;
 - + 01 giải Khuyến khích.



Nguồn tham khảo:

Phòng quản lý khoa học, trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG TP.HCM

LRAC

LEGAL RESEARCH & ADVISORY CLUB

Câu lạc bộ Nghiên cứu & Tư vấn Pháp luật (LRAC) là câu lạc bộ học thuật trực thuộc Đoàn TNCS Hồ Chí Minh khoa Luật Kinh tế, trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh.

Mục tiêu:

LRAC nỗ lực xây dựng một môi trường hoạt động với ba không gian nền tảng: Nghiên cứu - Thực hành - Phản biện thông qua các hoạt động chủ đạo phù hợp với năng lực sinh viên.

Sứ mệnh:

Tạo động lực thúc đẩy sinh viên phát triển các kĩ năng cần thiết cho việc nghiên cứu và tư vấn pháp luật thông qua việc kiến tạo một môi trường thực hành hiệu quả và chuyên nghiệp, mà ở đó sinh viên không chỉ là đối tượng thụ hưởng mà còn là chủ thể duy trì và phát triển những động lực mạnh mẽ đó.

Liên hệ:

Website: <http://lracuel.org/>

Fanpage: <http://facebook.com/fplracuel>

Email: lracuel@gmail.com

Mã QR giúp bạn truy cập các số Chuyên san đã phát hành:

