

CHƯƠNG 5 HÒA GIẢI THƯƠNG MẠI

TỔNG QUAN

Hòa giải thương mại đã được sử dụng như một phương thức giải quyết tranh chấp thương mại trong đó ít nhất một bên có hoạt động thương mại hoặc tranh chấp giữa các bên phát sinh từ hoạt động thương mại,¹ với sự hỗ trợ của hòa giải viên thương mại đóng vai trò trung gian.²

Định nghĩa hòa giải thương mại theo pháp luật Việt Nam tương ứng với định nghĩa của Luật Mẫu Ủy ban Liên Hiệp Quốc về Luật Thương mại Quốc tế (UNCITRAL) về Hòa giải Thương mại Quốc tế và các Thỏa thuận Hòa giải Quốc tế 2018, theo đó hòa giải được định nghĩa là một quá trình, dù là hòa giải, trung gian hoặc hình thức tương tự, theo đó các bên yêu cầu một bên thứ ba (hòa giải viên) giúp họ đạt được một giải pháp hòa giải tranh chấp phát sinh từ hoặc liên quan đến một quan hệ hợp đồng hoặc quan hệ pháp lý khác. Hòa giải viên không có thẩm quyền áp đặt giải pháp đối với tranh chấp giữa các bên liên quan.³

Ngoài trọng tài thương mại và thủ tục tố tụng tại tòa án, hòa giải thương mại là một trong những phương thức giải quyết tranh chấp. Tại Việt Nam, định nghĩa hòa giải cũng tồn tại trong trọng tài thương mại và quá trình tố tụng tại tòa án. Do đó, chương này giới thiệu về hòa giải thương mại và cần phân biệt hòa giải thương mại theo Nghị định 22/2017/NĐ-CP của Chính phủ ngày 24 tháng 2 năm 2017 về hòa giải thương mại (Nghị định 22) với các mô hình hòa giải khác theo quy định của pháp luật Việt Nam và trong thực tiễn.

Mô tả vấn đề

Cơ quan Chính phủ liên quan: Bộ Tư pháp (BTP), Tòa án Việt Nam

Phân biệt hòa giải thương mại với các hoạt động hòa giải khác trong các phương thức giải quyết tranh chấp thương mại khác.

Khái niệm hòa giải thương mại được quy định tại Nghị định 22. Đây là hòa giải theo quy định pháp luật trong đó một bên thứ ba độc lập, khách quan được các bên tranh chấp lựa chọn để hỗ trợ trong quá trình hòa giải với hy vọng đạt được thỏa thuận chung giữa các bên. Vui lòng tìm thêm thông tin chi tiết trong phần về lợi ích/quan ngại tiềm tàng đối với Việt Nam bên dưới.

Mặt khác, cái gọi là “Hòa giải” trong các thủ tục tố tụng trọng tài thương mại tuân thủ Luật Trọng tài thương mại 2010⁴ hoặc “Hòa giải” trong thủ tục hòa giải dân sự quy định trong Bộ luật Tố tụng dân sự 2015⁵ không phải là hình thức hòa giải thương mại mà chỉ là một phần của thủ tục trọng tài hoặc quá trình tố tụng tại tòa án.

Hòa giải trong quá trình tố tụng tại tòa án là một quy trình bắt buộc, được chủ động thực hiện bởi cơ quan tiến hành tố tụng theo trình tự và thủ tục của Bộ luật Tố tụng Dân sự, trừ các vụ án dân sự không được hòa giải hoặc không thể hòa giải được.⁶ Trong khi đó, phương thức hòa giải trong các thủ tục trọng tài thương mại và hòa giải thương mại được các bên tranh chấp chủ động thực hiện theo thỏa thuận của các bên.⁷ Ngoài ra, phạm vi hòa giải tại tòa án rộng hơn so với hòa giải thương mại hay trọng tài thương mại, tức là trong tất cả các lĩnh vực được điều chỉnh bởi Bộ luật Tố tụng Dân sự và Luật Tố tụng Hành chính. Kết quả hòa giải thành của các hoạt động hòa giải theo thủ tục tố tụng tại tòa án được ghi nhận trong quyết định công nhận sự thỏa thuận của các bên do tòa

¹ Điều 2, Nghị định 22.

² Điều 3.1, Nghị định 22.

³ Điều 1.3, Phần 1, Phụ lục II, Luật Mẫu UNCITRAL về Hòa giải Thương mại Quốc tế và Thỏa thuận Hòa giải Quốc tế, 2018 (sửa đổi Luật mẫu UNCITRAL về Hòa giải Thương mại Quốc tế, 2002).

⁴ Luật Trọng tài thương mại 54/2010/QH12 ngày 17 tháng 6 năm 2010 của Quốc hội.

⁵ Bộ luật Tố tụng dân sự 92/2015/QH13 ngày 25 tháng 11 năm 2015 của Quốc hội.

⁶ Điều 10, Bộ luật Tố tụng dân sự.

⁷ Điều 9, Luật Trọng tài thương mại 2010 và Điều 6 Nghị định 22.

án ban hành; quyết định này có hiệu lực ngay sau khi được ban hành và không thể kháng cáo hoặc kháng nghị theo thủ tục xét xử phúc thẩm.

Trong hoạt động tố tụng trọng tài thương mại, khi các bên đạt được thỏa thuận giải quyết tranh chấp, Hội đồng trọng tài sẽ lập biên bản hòa giải thành được ký bởi các bên. Hội đồng trọng tài ra quyết định công nhận sự thỏa thuận của các bên. Quyết định này là chung thẩm và có giá trị như một phán quyết trọng tài.⁸

Trong hòa giải thương mại, khi các bên đạt được kết quả hòa giải thành, hòa giải viên sẽ lập văn bản về kết quả hòa giải thành để các bên ký kết. Văn bản về kết quả hòa giải thành của các bên sau đó phải được trình để tòa án công nhận theo quy định của Bộ luật Tố tụng Dân sự.⁹ Đối với hòa giải tại Trung tâm hòa giải, đối thoại tại tòa án, văn bản về kết quả hòa giải thành được tòa án công nhận và sẽ được thực thi bởi các cơ quan thi hành án dân sự theo luật về thi hành án.

Điều quan trọng cần lưu ý là hoạt động hòa giải tại Trung tâm hòa giải, đối thoại tại tòa án đã được thiết lập và thực hiện như một dự án thí điểm từ tháng 3 năm 2018 đến tháng 8 năm 2018 tại Hải Phòng và sau đó áp dụng cho 15 tỉnh khác từ tháng 1 năm 2019 đến tháng 10 năm 2019. Hầu hết các “hòa giải viên” trong mô hình này sẽ tiến hành hòa giải như một phần của các thủ tục tại tòa án, theo đó các hòa giải viên sẽ đọc các tài liệu của vụ việc và kiểm tra trong quá trình “hòa giải”. Dự thảo Luật Hòa giải, Đối thoại tại Tòa án đã được công bố kể từ ngày 1 tháng 10 năm 2018 để lấy ý kiến công chúng. Loại hình hòa giải này nhằm mục đích hỗ trợ các bên tranh chấp tìm ra giải pháp khả dĩ trong khi một bên hoặc các bên gửi đơn kiện lên tòa án có thẩm quyền để giải quyết tranh chấp. Ngoài ra, mô hình này còn góp phần xử lý kịp thời và chính xác các tranh chấp, khiếu nại và giảm nhẹ công việc cho tòa án Việt Nam. Dự thảo luật đã được giới thiệu trước Quốc hội vào tháng 11 năm 2018 để lấy ý kiến. Do vậy, các chi tiết của luật sẽ được cập nhật trong ấn bản sắp tới.

Tóm lại, trái với các hoạt động hòa giải theo thủ tục tố tụng tại tòa án và thủ tục trọng tài thương mại trong đó kết quả hòa giải thành sẽ được thi hành theo luật về thi hành án dân sự theo bản án/quyết định của tòa án/phán quyết trọng tài thương mại; các thỏa thuận hòa giải trong hòa giải thương mại và hòa giải bên cạnh tòa án cần phải được tòa án công nhận theo thủ tục tố tụng được quy định tại Bộ luật Tố tụng Dân sự trước khi thi hành.

Lợi ích/quan ngại tiềm tàng đối với Việt Nam

Hòa giải thương mại trên thực tiễn trong những năm gần đây

Nhìn chung, việc áp dụng phương thức hòa giải thương mại giúp các tổ chức và cá nhân kinh doanh thương mại giải quyết tranh chấp một cách nhanh chóng và hiệu quả nhờ sự linh hoạt trong việc tìm giải pháp cho tranh chấp dựa trên lợi ích của các bên thay vì chỉ dựa trên quyền lợi pháp lý, tiết kiệm chi phí cho thủ tục pháp lý và duy trì quan hệ hợp tác giữa các bên. Thủ tục giải quyết tranh chấp bằng hòa giải thương mại đơn giản và linh hoạt, và các bên tranh chấp có quyền lựa chọn trình tự, thủ tục, thời gian, địa điểm và năng lực chuyên môn của hòa giải viên tham gia hòa giải.¹⁰ Ngoài ra, một ưu điểm của phương pháp này là thông tin về tranh chấp và bí mật kinh doanh của các bên được bảo mật, điều này cực kỳ quan trọng trong bối cảnh của nền kinh tế hiện nay khi bí mật kinh doanh là yếu tố chính trong sự tồn vong của một doanh nghiệp.¹¹

Hòa giải thương mại đã được kỳ vọng là sẽ trở thành một xu hướng giải quyết tranh chấp trong tương lai gần tại Việt Nam, tạo cơ hội cho các bên tránh phải thực hiện các thủ tục pháp lý phức tạp, giúp duy trì sự hợp tác lâu dài giữa các bên và giúp các bên nhanh chóng tìm được tiếng nói chung và đạt được thỏa thuận với cách tiếp cận “đôi bên cùng có lợi”, tránh tốn kém thời gian và tiền bạc cho thủ tục giải quyết nặng tính hình thức hơn tại tòa án hoặc trọng tài thương mại.

Theo tinh thần của Nghị quyết 49-NQ/TW do Bộ Chính trị ban hành về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020, nhiệm vụ khuyến khích giải quyết một số tranh chấp thông qua đàm phán, hòa giải và trọng tài đã được đề xuất.

8 Điều 58, Luật Trọng tài thương mại 2010.

9 Điều 16, Nghị định 22.

10 Điều 12.1, Điều 14.1, Điều 14.2 và Điều 14.3 Nghị định 22.

11 Điều 4.2, Điều 9.2.(c) Nghị định 22.

Đây là một thông điệp rất mạnh mẽ của Chính phủ trong việc khuyến khích các cơ chế giải quyết tranh chấp ngoài tòa án nhằm nâng cao chỉ số năng lực cạnh tranh quốc gia của Việt Nam. Có thể nói rằng việc ban hành Nghị định 22 đã tạo ra một hành lang pháp lý rõ ràng hơn cho các bên trong việc áp dụng một phương thức giải quyết tranh chấp thay thế. Tuy nhiên, việc sử dụng phương thức hòa giải thương mại phụ thuộc vào nhận thức và niềm tin của cộng đồng doanh nghiệp và sự hỗ trợ của giới chuyên môn. Rõ ràng, phương thức giải quyết tranh chấp bằng hòa giải thương mại vẫn còn mới mẻ và chưa được áp dụng rộng rãi tại Việt Nam.

Theo luật pháp Việt Nam, một tổ chức hòa giải thương mại có thể là một Trung tâm hòa giải thương mại được thành lập và hoạt động theo Nghị định 22 hoặc một Trung tâm trọng tài được thành lập và hoạt động theo pháp luật về trọng tài thương mại thực hiện hoạt động hòa giải thương mại theo Nghị định 22. Ngoài ra, luật pháp Việt Nam cho phép tổ chức hòa giải thương mại nước ngoài được thành lập và hoạt động tại Việt Nam dưới hình thức chi nhánh hoặc văn phòng đại diện của một tổ chức hòa giải thương mại nước ngoài tại Việt Nam.

Tại Việt Nam, hòa giải thương mại vụ việc và hòa giải viên thương mại vụ việc cũng được Nghị định 22 công nhận. Ngay sau khi Nghị định 22 có hiệu lực, nhiều chuyên gia trong nhiều lĩnh vực đã đăng ký làm hòa giải viên thương mại vụ việc tại các Sở Tư pháp, đặc biệt là tại Hà Nội và TP HCM. Đồng thời, nhiều trung tâm hòa giải thương mại cũng đã được thành lập.¹² Tính đến tháng 8 năm 2019, tại Việt Nam có 07 trung tâm hòa giải thương mại được Bộ Tư pháp cấp phép với đội ngũ hòa giải viên được chứng nhận trong nước và quốc tế là những người có thể góp phần giải quyết tranh chấp trong hợp đồng thương mại quốc tế. Bên cạnh đó, hiện nay, Việt Nam có một số trung tâm trọng tài cung cấp dịch vụ hòa giải thương mại, mặc dù số lượng tranh chấp mà các trung tâm này đã giải quyết vẫn còn khiêm tốn nhưng giá trị của các tranh chấp này là khá lớn.¹³ Chẳng hạn, một trong những trung tâm hòa giải thương mại chuyên nghiệp đầu tiên, được thành lập vào tháng 7 năm 2018, là Trung tâm Hòa giải Việt Nam (VMC), thuộc Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam (VIAC) với 51 hòa giải viên đã đăng ký, bao gồm 13 người có hộ chiếu nước ngoài và 38 người Việt Nam. VMC hiện đã giải quyết 4 trong số 5 vụ việc được đưa đến trung tâm với tổng giá trị tranh chấp lên đến 935 tỷ Đồng (tương đương 40,6 triệu Đô-la Mỹ).¹⁴

Hòa giải theo Hiệp định Thương mại Tự do giữa Liên minh châu Âu và Việt Nam

Vào ngày 30 tháng 6 năm 2019, Hội đồng châu Âu (EC) và Việt Nam đã ký kết Hiệp định thương mại tự do giữa Liên minh châu Âu và Việt Nam (EVFTA) và Hiệp định Bảo hộ Đầu tư (EVIPA), và vào ngày 12 tháng 12, Nghị viện châu Âu đã bỏ phiếu phê chuẩn EVFTA và EVIPA. Đây là Hiệp định thương mại và đầu tư lớn nhất mà Việt Nam ký kết với 28 nền kinh tế ở châu Âu,¹⁵ đánh dấu bước phát triển lâu dài trong mối quan hệ hợp tác kinh tế giữa Việt Nam và các nước thuộc Liên minh châu Âu (EU). EVFTA và EVIPA quy định về giải quyết tranh chấp thương mại bằng hòa giải giữa hai bên là Liên minh châu Âu và Việt Nam. Điều này cho thấy cơ chế hòa giải có vai trò ngày càng quan trọng trong giải quyết tranh chấp nhằm giải quyết xung đột giữa các bên và giúp duy trì quan hệ hợp tác kinh tế lâu dài giữa các bên. EVFTA khuyến khích các bên chọn một trong những hình thức giải quyết tranh chấp thân thiện nhất như đàm phán, hòa giải hoặc tham vấn. Các nội dung về tham vấn và đàm phán của EVIPA được quy định rất chi tiết và cụ thể, và mở rộng quy định về nhà đầu tư và các bên.

Trong EVFTA và EVIPA, việc tham vấn không phải là yêu cầu bắt buộc trước khi bắt đầu thủ tục hòa giải. Tuy nhiên, Bên tham gia tranh chấp nên tận dụng các điều khoản hợp tác hoặc tham vấn liên quan khác trong EVFTA và EVIPA trước khi bắt đầu thủ tục hòa giải.

Hòa giải viên không được làm trọng tài viên hoặc tham luận viên trong các thủ tục giải quyết tranh chấp theo EVFTA, EVIPA hoặc theo Hiệp định WTO liên quan đến cùng một vấn đề mà họ là hòa giải viên. Họ sẽ đưa ra quyết

12 “Hòa giải thương mại, nhất cử lưỡng tiện”, *Thời báo Kinh tế Sài Gòn*, ngày 26 tháng 6 năm 2019. Xem tại: <<https://www.thesaigontimes.vn/290264/Hoa-giai-thuong-mai-nhat-cu-luong-tien.html>> truy cập lần cuối ngày 08 tháng 12 năm 2019.

13 “Trung tâm hòa giải thương mại đầu tiên được thành lập tại Việt Nam trong bối cảnh giao dịch thương mại ngày càng tăng”, *Báo Hanoi Times*, ngày 15 tháng 7 năm 2019. Xem tại: <<http://hanoitimes.vn/first-commercial-mediation-center-launched-in-vietnam-amid-rising-trade-deals-46388.html>> truy cập lần cuối ngày 8 tháng 12 năm 2019.

14 “Trung tâm hòa giải (VMC) đã xử lý 5 vụ tranh chấp thương mại, với giá trị gần 935 tỷ đồng”, *Đầu tư Chứng khoán*, ngày 25 tháng 5 năm 2019. Xem tại: <<https://tinnhanhchungkhoan.vn/phap-luat/trung-tam-hoa-giai-vmc-da-xu-ly-5-vu-tranh-chap-thuong-mai-voi-gia-tri-gan-935-ty-dong-266972.html>> truy cập lần cuối ngày 08 tháng 12 năm 2019.

15 27 nền kinh tế tính từ ngày 31 tháng 12 năm 2020.

định về biện pháp giải quyết tranh chấp phù hợp và rõ ràng nhất, đồng thời cân nhắc về tác động thương mại. Cụ thể, hòa giải viên có thể tổ chức cuộc gặp mặt giữa các bên tranh chấp, lắng nghe ý kiến chung và riêng của các bên, và đồng thời tham khảo ý kiến và hỗ trợ từ các chuyên gia và bên liên quan, hoặc các hỗ trợ khác mà các bên yêu cầu. Trước khi tham vấn ý kiến của hoặc nhận hỗ trợ từ các chuyên gia, hòa giải viên phải lắng nghe ý kiến của các bên.

Hòa giải viên có thể tư vấn và đề nghị áp dụng biện pháp giải quyết và hai bên có thể chấp thuận hoặc từ chối biện pháp này, hoặc đề xuất áp dụng một biện pháp khác. Hòa giải viên sẽ không tư vấn hoặc đưa ra ý kiến về tính nhất quán của biện pháp. Tuy nhiên, biện pháp có thể được thông qua theo quyết định của Ủy ban Thương mại và các biện pháp được hai bên thống nhất sẽ được công bố công khai và phiên bản được tiết lộ cho công chúng không được chứa bất kỳ thông tin nào mà các Bên chỉ định là bí mật.

Trong tương lai, biện pháp này cũng có thể dẫn đến sự ra đời của một văn kiện về việc thực thi các thỏa thuận hòa giải thương mại quốc tế. Kết quả này có thể có ảnh hưởng tương tự như Công ước New York năm 1958 về việc Công nhận và Thi hành Phán quyết của Trọng tài Nước ngoài.¹⁶ Thông qua EVFTA và EVIPA, sẽ có một khung pháp lý hợp lý để các nhà lập pháp Việt Nam phát triển hòa giải thương mại và hòa giải đầu tư.

Công ước Singapore về Hòa giải

Vào tháng 11 năm 2019, 51 quốc gia bao gồm Trung Quốc, Ấn Độ, Singapore, Hàn Quốc và Hoa Kỳ đã ký Công ước Liên Hợp Quốc (LHQ) về các thỏa thuận giải quyết quốc tế thông qua hòa giải,¹⁷ hay còn được gọi là “Công ước Singapore về Hòa giải”. Công ước này yêu cầu các thỏa thuận hòa giải được thi hành bởi tòa án của tất cả các quốc gia thành viên. Công ước Singapore về Hòa giải không áp dụng cho các thỏa thuận hòa giải: (i) đã được tòa án công nhận hoặc đạt được trong quá trình tố tụng tại tòa án; (ii) đang được thi hành như một bản án của tòa án tại quốc gia có tòa án đó; hoặc (iii) đã được ghi nhận và có thể được thi hành như một phán quyết trọng tài.

Việt Nam không phải là một trong những bên ký kết Công ước Singapore về Hòa giải. Sự tham gia của Việt Nam vào Công ước Singapore về Hòa giải sẽ củng cố tầm vóc của Việt Nam trong cộng đồng quốc tế. Việc tham gia Công ước sau đó sẽ trở thành lựa chọn khả thi cho việc hòa giải các vụ việc tranh chấp xuyên biên giới.

Những tiến triển gần đây tại Việt Nam cho thấy chương trình đào tạo hòa giải và công nhận quốc tế đang được hỗ trợ. Năm 2018, với nguồn vốn từ Tập đoàn Tài chính Quốc tế (IFC) thuộc Ngân hàng Thế giới (WBG), nhiều hòa giải viên thương mại đã được đào tạo và chứng nhận theo tiêu chuẩn quốc tế. Thông qua chương trình này, có gần 100 chuyên gia trong nhiều lĩnh vực đã được đào tạo kiến thức và kỹ năng chuyên nghiệp đáp ứng nhu cầu phát triển của ngành dịch vụ hòa giải.¹⁸

Phần lớn các hợp đồng thương mại thiếu các điều khoản hòa giải sẽ tự động có hiệu lực nếu xảy ra tranh chấp. Nên đào tạo các luật sư tương lai soạn thảo các điều khoản đó trong hợp đồng thương mại quốc tế. Ngoài ra, các chương trình phát triển chuyên môn trong soạn thảo hợp đồng cần được đẩy mạnh thông qua Liên đoàn Luật sư Việt Nam và các hiệp hội liên quan đến luật. Phòng Thương mại Quốc tế (ICC) đã ban hành Ghi chú Hướng dẫn Hòa giải để các bên sử dụng, cho dù họ có phải là thành viên của ICC hay không.

Khuyến nghị

Chúng tôi khuyến nghị các chính sách đã được xây dựng nên được phát triển cho từng bên liên quan nhằm khởi xướng các biện pháp cụ thể để phát triển hòa giải và thực hiện các biện pháp nhằm tăng cường nhận thức về hòa giải, đặc biệt là hòa giải theo Nghị định 22. Ngoài ra, Nghị định 22, các quy định luật trước đây và thực tiễn cần được thống nhất để tạo một khung pháp lý nhất quán, đơn giản và cung cấp một giải pháp khả thi cho các luật gia, cộng đồng doanh nghiệp và giới học giả.

¹⁶ Công ước về Công nhận và Thi hành Phán quyết của Trọng tài Nước ngoài của Ủy ban Liên Hiệp Quốc về Luật Thương mại Quốc tế (New York, 1958).

¹⁷ Công ước Liên Hợp Quốc (LHQ) về các thỏa thuận giải quyết quốc tế thông qua hòa giải (New York, 2018).

¹⁸ Như mục 10.

Đồng thời, chúng tôi cũng khuyến nghị nâng cao nhận thức về EVFTA, EVIPA và việc thực hiện hòa giải để Việt Nam tuân thủ cam kết tại các hiệp định quốc tế. Các hợp đồng thương mại cũng cần bao gồm các điều khoản về hòa giải nhằm tránh việc mang tranh chấp ra trước tòa án. Việc tăng cường nâng cao năng lực và đào tạo cho các luật gia về hòa giải cũng nên được thực hiện để Việt Nam có thể đáp ứng nhu cầu về hòa giải trong tương lai.

LỜI CẢM ƠN

Tiểu ban Pháp luật thuộc EuroCham, đặc biệt đối với chương này:

Tuấn Nguyễn, Thành viên của Tiểu ban Pháp luật, Luật sư Điều hành ANT Lawyers;

Thanh Dương, Thành viên của Tiểu ban Pháp luật, Luật sư Điều hành Công ty Luật DIMAC.

CHƯƠNG 6 HIỆP ĐỊNH THƯƠNG MẠI TỰ DO VÀ HIỆP ĐỊNH BẢO HỘ ĐẦU TƯ GIỮA LIÊN MINH CHÂU ÂU VÀ VIỆT NAM

TỔNG QUAN

Vào ngày 2 tháng 12 năm 2015, sau gần 3 năm và 14 vòng đàm phán, Chủ tịch Donald Tusk, Chủ tịch Jean-Claude Juncker và Thủ tướng Nguyễn Tấn Dũng đã ký tuyên bố chính thức về việc kết thúc đàm phán Hiệp định Thương mại Tự do giữa Liên minh châu Âu và Việt Nam (EVFTA). EVFTA là một hiệp định thương mại tự do thế hệ mới giữa Việt Nam và Liên minh châu Âu. Vào ngày 26 tháng 6 năm 2018, EVFTA được chia thành hai thỏa thuận riêng biệt: Hiệp định Thương mại Tự do giữa Liên minh châu Âu và Việt Nam (EVFTA) và Hiệp định Bảo hộ đầu tư (EVIPA). Vào tháng 8 năm 2018, Liên minh châu Âu và Việt Nam đã hoàn thành việc rà soát pháp lý đối với EVFTA và EVIPA. EVFTA cần được Ủy ban châu Âu và Nghị viện châu Âu phê chuẩn trong khi EVIPA phải được phê chuẩn thêm bởi Quốc hội của mỗi quốc gia thành viên Liên minh châu Âu.

Vào ngày 30 tháng 6 năm 2019, Cao ủy Thương mại, bà Cecilia Malmstrom, cùng với Bộ trưởng phụ trách kinh doanh, thương mại và doanh nghiệp của Rumania, ông Stefan-Radu Oprea, đã đại diện cho Liên minh châu Âu ký kết EVFTA và EVIPA tại Hà Nội với sự chứng kiến của Thủ tướng Nguyễn Xuân Phúc và các lãnh đạo chính phủ. Thủ tướng bày tỏ niềm tin rằng Nghị viện châu Âu, quốc hội của các quốc gia thành viên Liên minh châu Âu và Quốc hội Việt Nam sẽ sớm phê chuẩn EVFTA và EVIPA. Cả hai hiệp định Thương mại và Đầu tư đều được phê chuẩn bởi Nghị viện châu Âu vào ngày 12 tháng 2. Quốc hội Việt Nam đã phê chuẩn EVFTA vào phiên họp tháng 6 và như vậy, EVFTA có thể có hiệu lực vào nửa cuối năm 2020. Đối với EVIPA, hiệp định này sẽ mất nhiều thời gian trước khi đi vào hiệu lực hơn vì phụ thuộc vào việc phê chuẩn bởi Quốc hội của mỗi quốc gia thành viên Liên minh châu Âu.

EVFTA và EVIPA đều được kỳ vọng là sẽ mang đến những thuận lợi và lợi ích tốt nhất từ trước đến nay cho các doanh nghiệp, người lao động và người tiêu dùng ở cả Liên minh châu Âu và Việt Nam. Tổng sản phẩm quốc nội (GDP) của Việt Nam ước tính tăng 10-15% và kim ngạch xuất khẩu ước tính tăng 30-40% trong 10 năm tới. Trong khi đó, mức lương thực tế của lao động lành nghề có thể tăng đến 12% và mức lương thực tế của lao động nói chung có thể tăng 13%.¹ Một khi EVFTA đi vào hiệu lực, các cải cách thể chế và chính sách của Chính phủ bắt đầu có hiệu lực, hoạt động kinh doanh thương mại tại Việt Nam sẽ tăng trưởng đột phá. Tuy nhiên, vẫn còn nhiều vấn đề cần được giải quyết. Trong chương này, Tiểu ban Pháp luật của EuroCham sẽ trình bày những vấn đề liên quan đến từng ngành nghề và đưa ra các khuyến nghị cụ thể để giải quyết những mối quan ngại này.

MÔI TRƯỜNG PHÁP LÝ

1. Tiếp cận thị trường đối với hàng hóa và dịch vụ

Hiệp định Thương mại Tự do giữa Liên minh châu Âu và Việt Nam (EVFTA) là hiệp định thương mại và đầu tư toàn diện và tham vọng nhất mà Liên minh châu Âu (EU) từng ký kết với một nước đang phát triển tại châu Á. Đây là hiệp định thứ hai trong khu vực Hiệp hội các Quốc gia Đông Nam Á (ASEAN) sau Singapore và sẽ tăng cường các mối quan hệ song phương giữa Việt Nam và EU. Việt Nam sẽ có thể tiếp cận một thị trường tiềm năng với dân số hơn khoảng 446 triệu người và Tổng Sản phẩm Quốc nội (GDP) đạt 13.918 tỷ Đô-la Mỹ (chiếm 22% GDP toàn cầu).² Đồng thời, các nhà xuất khẩu và đầu tư từ Liên minh châu Âu cũng có thêm cơ hội tiếp cận đến một trong những quốc gia có tốc độ phát triển nhanh nhất và lớn nhất trong khu vực. Theo báo cáo được công bố vào đầu năm 2017 bao gồm 134 thành phố trên toàn thế giới,³ Hà Nội và Thành phố Hồ Chí Minh nằm trong nhóm 10 thành

¹ Dự án Hỗ trợ Chính sách Thương mại và Đầu tư của châu Âu (MUTRAP), Báo cáo về Tác động Dài hạn của EVFTA, 2014.

² "Dân số Liên minh châu Âu lên đến 512 triệu người tại ngày 1 tháng 1 năm 2017", EuroStat, ngày 10 tháng 7 năm 2017. Xem tại: <<http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/8102195/3-10072017-AP-EN.pdf/a61ce1ca-1efd-41df-86a2-bb495daabdbd>> truy cập lần cuối ngày 8 tháng 12 năm 2019.

³ "Chỉ số Tăng trưởng Thành phố JLL", Jones Lang LaSalle. Xem tại: <<http://www.jll.com/cities-research/City-Momentum>> truy cập lần cuối ngày 8 tháng 12 năm 2019.

phổ năng động nhất vì cả hai thành phố này đều có mức chi phí thấp, tốc độ mở rộng thị trường tiêu dùng nhanh, tăng trưởng dân số mạnh mẽ và quá trình chuyển đổi theo hướng khuyến khích thu hút đáng kể nguồn đầu tư trực tiếp nước ngoài (FDI). Theo Ngân hàng Thế giới (World Bank – WB), Việt Nam có một trong những nền kinh tế phát triển nhanh nhất thế giới—tăng trưởng GDP 7,1% vào năm 2018 và 6,7% giữa năm 2019.⁴ Để so sánh, tốc độ tăng trưởng GDP của Việt Nam nhanh gấp đôi so với Hoa Kỳ.

Ngoài ra, tầng lớp trung lưu tại Việt Nam có mức tăng trưởng nhanh nhất trong khu vực. Dự đoán tầng lớp này tăng gần như gấp đôi về quy mô trong giai đoạn từ năm 2014 đến năm 2020 (từ 12 triệu đến 33 triệu người).⁵ Số lượng người siêu giàu của Việt Nam⁶ cũng tăng nhanh hơn bất cứ quốc gia nào khác, và chắc chắn rằng con số này sẽ tiếp tục gia tăng trong 10 năm tới.

Tiếp cận thị trường hàng hóa

Hiệp định EVFTA sẽ xóa bỏ trên 99% các các dòng thuế đối với hàng hóa nhập khẩu từ Việt Nam vào Liên minh châu Âu. Số thuế nhỏ còn lại được tự do hoá một phần thông qua các hạn ngạch miễn thuế. Vì Việt Nam là một nước đang phát triển, 65% giá trị hàng xuất khẩu của Liên minh châu Âu vào Việt Nam sẽ được tự do hóa, chiếm khoảng một nửa tổng số dòng thuế tại thời điểm có hiệu lực. Những dòng thuế còn lại sẽ được bãi bỏ trong vòng mười năm tới. Đây là việc xóa bỏ thuế quan nhanh chưa từng có đối với một quốc gia như Việt Nam. Điều này cũng chứng minh mục tiêu hội nhập và mối quan hệ thương mại sâu rộng hơn nữa giữa Việt Nam và Liên minh châu Âu.

Về phần mình, Liên minh châu Âu đồng ý xóa bỏ 84% dòng thuế đánh và 71% giá trị thương mại của hàng nhập khẩu từ Việt Nam ngay khi FTA có hiệu lực. Trong vòng 7 năm kể từ ngày EVFTA có hiệu lực, hơn 99% dòng thuế sẽ được xóa bỏ cho Việt Nam, lớn hơn so với mức giảm 95% dòng thuế mà các quốc gia thành viên dự kiến của TPP trước đây đưa ra cho hàng nhập khẩu từ Việt Nam. Trong khu vực ASEAN, Việt Nam là quốc gia hàng đầu trong lĩnh vực xuất khẩu hàng hóa sang châu Âu. Tuy nhiên, thị phần của các sản phẩm Việt Nam tại Liên minh châu Âu vẫn còn khiêm tốn. Nhờ có EVFTA, các ngành được hưởng lợi nhiều nhất là các ngành xuất khẩu chính vốn từng phải chịu mức thuế cao từ châu Âu như dệt may, giày dép, nông sản, v.v. Liên minh châu Âu cũng là một điểm tựa tốt để Việt Nam vươn đến các thị trường khác.

Việt Nam sẽ nhận được nhiều lợi ích từ EVFTA so với các hiệp định thương mại tự do khác bởi vì Việt Nam và châu Âu được xem là hai thị trường bổ sung hỗ trợ nhau, trong đó Việt Nam xuất khẩu hàng hoá mà Liên minh châu Âu không thể hoặc không tự sản xuất được (ví dụ như thủy sản, trái cây nhiệt đới, v.v.) trong khi hàng hóa nhập khẩu từ Liên minh châu Âu cũng là những mặt hàng Việt Nam không thể sản xuất trong nước, bao gồm máy móc, máy bay và được phẩm chất lượng cao.

Khi hàng hóa từ Liên minh châu Âu có khả năng tiếp cận thị trường tốt hơn, doanh nghiệp Việt Nam có thể cung cấp nguyên liệu, công nghệ và thiết bị của Liên minh châu Âu với chất lượng/giá tốt hơn, từ đó cải thiện chất lượng sản phẩm và giảm bớt gánh nặng của Việt Nam do phụ thuộc quá nhiều vào các đối tác thương mại chính khác.

EVFTA được coi là khuôn mẫu để Liên minh châu Âu ký kết thêm các các hiệp định thương mại tự do với các quốc gia khác trong khu vực ASEAN, nhằm đạt mục đích ký kết một hiệp định thương mại tự do liên vùng khi có đủ số lượng các hiệp định thương mại tự do cần thiết với các nước thành viên ASEAN.⁷ Quá trình này có thể mất đến 10-15 năm. Vì vậy, Việt Nam nên tận dụng thời điểm vàng này một cách hiệu quả nhất để trở thành trung tâm đầu tư trong khu vực trước khi các nước khác trong khu vực ký kết các hiệp định thương mại tự do với Liên minh châu Âu.

Tiếp cận thị trường đối với các nhà cung cấp dịch vụ của Liên minh Châu Âu

Mặc dù các cam kết WTO được sử dụng làm nền tảng cho việc cung cấp dịch vụ, Việt Nam không chỉ mở thêm (phần) ngành dành cho các nhà cung cấp dịch vụ của Liên minh châu Âu mà còn cam kết sâu hơn trong khuôn khổ WTO, tạo cơ hội tốt nhất cho Liên minh châu Âu tiếp cận thị trường Việt Nam. Các (phần) ngành không thuộc

4 *Ngân hàng Thế giới*. Xem tại: <<https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.KD.ZG?locations=VN>> truy cập lần cuối ngày 8 tháng 12 năm 2019.

5 “Việt Nam và Myanmar: Biên giới Tăng trưởng Mới của Đông Nam Á”, *The Boston Consulting Group*. Xem tại: <<https://www.bcg.com/publications/2013/globalization-vietnam-myanmar-southeast-asia-new-growth-frontiers.aspx>> truy cập lần cuối ngày 8 tháng 12 năm 2019.

6 Người siêu giàu (Ultra-High Net-Worth Individual) là là các cá nhân có khối lượng tài sản từ 30 triệu đô la trở lên. Xem thêm thông tin tại “Bảo cáo siêu giàu thế giới 2019”, *Wealth-X*. Xem tại: <<https://www.wealthx.com/report/world-ultra-wealth-report-2019>> truy cập lần cuối ngày 8 tháng 12 năm 2019.

7 Các cuộc đàm phán và thỏa thuận với Liên minh châu Âu. Xem tại: <<http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/negotiations-and-agreements/>> truy cập lần cuối ngày 8 tháng 12 năm 2019.

khuôn khổ WTO nhưng lại nằm trong nội dung mà Việt Nam cam kết thực hiện bao gồm: dịch vụ Nghiên cứu và phát triển (R&D) liên ngành, dịch vụ điều dưỡng, nhân sự vật lý trị liệu và cận y tế, dịch vụ đóng gói, dịch vụ hội chợ thương mại và triển lãm và dịch vụ vệ sinh công trình.

Khi các dịch vụ này đạt tiêu chuẩn quốc tế, Việt Nam có cơ hội xuất khẩu dịch vụ chất lượng cao, qua đó không chỉ tăng giá trị xuất khẩu mà còn tăng hiệu quả xuất khẩu, do đó giúp cải thiện cán cân thương mại.

Mua sắm Chính phủ

Việt Nam là một trong những quốc gia trên thế giới có tỷ lệ đầu tư công cao nhất trên tổng GDP (39% hàng năm kể từ năm 1995). Tuy nhiên, Việt Nam đã không cam kết tham gia hoạt động mua sắm Chính phủ theo Hiệp định Mua sắm Chính phủ (GPA) của WTO. Quả thực, đây là lần đầu tiên Việt Nam cam kết thực hiện điều này trong EVFTA.

Các cam kết FTA về Mua sắm Chính phủ chủ yếu giải quyết yêu cầu đối xử công bằng giữa các nhà thầu châu Âu hoặc nhà thầu trong nước có vốn đầu tư từ Liên minh châu Âu và nhà thầu Việt Nam khi một Chính phủ mua sắm hàng hóa hoặc yêu cầu dịch vụ vượt quá ngưỡng quy định. Việt Nam cam kết tuân thủ các nguyên tắc chung về đối xử quốc gia và không phân biệt đối xử cũng như sẽ công bố kịp thời thông tin về đấu thầu và thông tin sau đấu thầu trên trang Báo Đấu Thầu và thông tin về hệ thống đấu thầu trên trang web muasamcong.mpi.gov.vn và công báo chính thức kịp thời. Điều này cho phép các nhà thầu có đủ thời gian chuẩn bị và nộp hồ sơ dự thầu, duy trì tính bảo mật của hồ sơ dự thầu.⁸ FTA cũng yêu cầu các Bên tham gia đánh giá hồ sơ dự thầu dựa trên các quy tắc công bằng và khách quan, đánh giá và xét trúng thầu dựa trên các tiêu chí được ghi trong thông báo và các văn bản thầu cũng như tạo ra một cơ chế khiếu nại và giải quyết tranh chấp hiệu quả.⁹ Các quy tắc này đòi hỏi các bên phải đảm bảo các quy trình đấu thầu phù hợp với các cam kết và bảo vệ quyền lợi của chính mình, theo đó hỗ trợ Việt Nam giải quyết các thách thức liên quan đến việc thắng thầu bởi các nhà cung cấp dịch vụ chào giá thầu thấp nhưng lại không đủ năng lực cung cấp dịch vụ.

Mua sắm Chính phủ đối với hàng hóa hay dịch vụ hoặc bất kỳ kết hợp hàng hóa dịch vụ nào thỏa mãn các tiêu chí bên dưới đều nằm trong phạm vi các quy tắc về Mua sắm Chính phủ của FTA:

Bảng 1: Quy tắc về Mua sắm Chính phủ trong EVFTA

Tiêu chí	FTA
Giá trị tiền tệ xác định mua sắm Chính phủ tại cấp trung ương có thuộc phạm vi của một hiệp định	130.000 Quyền Rút vốn Đặc biệt (SDR) (191.000 đô-la Mỹ) sau 15 năm kể từ ngày hiệp định có hiệu lực Ngưỡng chuyển tiếp ban đầu: 1,5 triệu SDR (2,23 triệu đô-la Mỹ)
Mua sắm dịch vụ xây dựng bởi các đơn vị Chính phủ cấp trung ương	Ngưỡng ban đầu: 40 triệu SDR (58,77 triệu đô-la Mỹ) Sau 15 năm, 5 triệu SDR (7,35 triệu đô-la Mỹ)
Các đơn vị được bảo đảm	22 cơ quan Chính phủ cấp Trung ương 42 đơn vị khác (bao gồm 2 doanh nghiệp nhà nước liên quan đến dịch vụ tiện ích, 2 trường đại học, 2 cơ sở nghiên cứu và 34 bệnh viện công thuộc phạm vi quản lý của Bộ Y tế) Các thành phố trực thuộc Trung ương: bao gồm Hà Nội và Hồ Chí Minh
Loại bỏ ưu đãi dành cho các Doanh nghiệp vừa và nhỏ (DNVVN)	Loại bỏ với phạm vi rộng
Áp dụng khấu trừ thuế	Dựa trên giá trị hợp đồng

⁸ Văn kiện EVFTA cập nhật tháng 9 năm 2018, Chương 9 về Mua sắm Chính phủ. Xem tại: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157364.pdf> truy cập lần cuối ngày 10 tháng 1 năm 2020.

⁹ Vui lòng tham khảo các quy tắc và nguyên tắc liên quan.

Cơ chế Giải quyết Tranh chấp Đầu tư

Cơ chế Giải quyết Tranh chấp giữa Nhà đầu tư và Chính phủ (ISDS) hiện bao gồm trong EVIPA. Trong các tranh chấp liên quan đến đầu tư (ví dụ, việc tước quyền sở hữu mà không bồi thường, phân biệt đối xử về đầu tư), một nhà đầu tư được quyền đưa tranh chấp ra Tòa án Đầu tư để giải quyết. Để đảm bảo sự công bằng và tính độc lập của việc giải quyết xung đột, một Tòa án sẽ bao gồm 9 thành viên: 3 công dân được chỉ định từ Liên minh Châu Âu, 3 từ Việt Nam cùng với 3 từ các nước thứ ba. Các vụ kiện sẽ được xét xử bởi một Tòa án gồm 3 thành viên do Chủ tọa Tòa án lựa chọn một cách ngẫu nhiên và không thể đoán trước. Điều này cũng là để đảm bảo sự nhất quán của các phán quyết trong các trường hợp tương tự nhau, qua đó làm cho việc giải quyết tranh chấp trở nên rõ ràng hơn. EVIPA cũng cho phép thành lập Tòa án bao gồm một thành viên duy nhất trong trường hợp nguyên đơn là một doanh nghiệp nhỏ hoặc vừa hoặc mức bồi thường cho các khiếu nại đòi bồi thường thiệt hại là tương đối thấp. Đây là một cách tiếp cận linh hoạt trong bối cảnh Việt Nam vẫn là một nước đang phát triển.

Trường hợp không đồng ý với quyết định của Tòa án, một trong hai bên tranh chấp có quyền khiếu nại lên Tòa phúc thẩm. Mặc dù không giống với thủ tục trọng tài thông thường, cách làm này lại khá giống với cơ chế giải quyết tranh chấp 2 cấp trong WTO (Ban hội thẩm và Cơ quan phúc thẩm). Chúng tôi tin rằng cơ chế này có thể tiết kiệm thời gian và chi phí cho toàn bộ quá trình tố tụng.

Quyết định cuối cùng của Tòa án Đầu tư là chung thẩm và có hiệu lực thi hành ngay, tòa án địa phương không có thẩm quyền chất vấn về hiệu lực, ngoại trừ trong thời kỳ chuyển tiếp năm năm kể từ khi EVIPA có hiệu lực đối với Việt Nam (vui lòng tham khảo thêm các đánh giá trong Chương của Tiểu ban Pháp luật).

Kết luận

Một khi được thực thi, EVFTA sẽ giúp tăng trưởng bền vững, mang lại các lợi ích cho đôi bên trong một số lĩnh vực và là một công cụ hiệu quả để cân bằng mối quan hệ thương mại giữa châu Âu và Việt Nam. Việt Nam đang nỗ lực hết sức để đáp ứng các tiêu chuẩn cao được đặt ra trong hiệp định và tăng cường các cơ hội cho các doanh nghiệp nước ngoài để chuẩn bị cho việc hoàn tất hiệp định. Đây là thời điểm các nhà đầu tư nước ngoài cần khởi động các kế hoạch kinh doanh và nắm bắt những cơ hội cụ thể đang đến gần.

LỜI CẢM ƠN

Tiến sỹ Oliver Massmann, Thành viên Tiểu ban Pháp luật thuộc EuroCham & Giám đốc Điều hành Công ty Luật TNHH Duane Morris Việt Nam

CHƯƠNG 7 TÒA ÁN VÀ TRỌNG TÀI

TỔNG QUAN

Các thành viên của chúng tôi mong muốn có một hệ thống tư pháp hiệu quả và minh bạch khi tiến hành hoạt động kinh doanh với các đối tác Việt Nam và khi đầu tư vào Việt Nam. Chúng tôi mong muốn đảm bảo rằng các cam kết kinh doanh sẽ được thực hiện theo thỏa thuận và có sẵn phương thức giải quyết phù hợp khi xảy ra bất kỳ vi phạm hoặc tranh chấp nào.

Tuy nhiên, các thành viên của chúng tôi thường xuyên báo cáo những trở ngại nghiêm trọng trong việc cố gắng đảm bảo quyền lợi của mình tại Việt Nam. Trong chương về tòa án và trọng tài này, chúng tôi muốn tập trung vào một số vấn đề liên quan đến các chủ đề sau: tòa án Việt Nam, trọng tài ở Việt Nam, việc công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài tại Việt Nam.

I. TÒA ÁN VIỆT NAM

Cơ quan Chính phủ liên quan: Bộ Tư pháp (BTP), Tòa án Nhân dân Tối cao (TANDTC), Viện Kiểm sát Nhân dân Tối cao (VKSNDTC), Quốc hội (Ủy ban Kinh tế, Ủy ban Pháp luật, Ủy ban Tư pháp), Bộ Công Thương (BCT), Cục Quản lý Cạnh tranh (Cục QLCT)

Mô tả vấn đề

Theo Báo cáo Thường niên Năng lực Cạnh tranh Toàn cầu của Diễn đàn Kinh tế Thế giới,¹ Việt Nam liên tục xếp hạng thấp (với những tiến bộ ở mức hạn chế) ở hai tiêu chí là tính độc lập của hệ thống tư pháp và tính hiệu quả của khung pháp lý trong công tác giải quyết tranh chấp. Ấn bản năm 2019 của báo cáo so sánh này xếp Việt Nam ở vị trí 89 trên 141 quốc gia được xếp hạng trong hạng mục “thể chế”, hạng mục này bao gồm một số lĩnh vực như: quyền tài sản (sở hữu trí tuệ), tính độc lập của hệ thống tư pháp, gánh nặng về quy định của Chính phủ, tính hiệu quả của khung pháp lý trong công tác giải quyết tranh chấp và trong việc phản biện các quy định và định hướng tương lai của Chính phủ.²

Một trong những lý do cho những đánh giá trên về hệ thống tư pháp của Việt Nam là cần phải cải thiện đáng kể về tính minh bạch. Gần đây, tòa án Việt Nam mới bắt đầu công bố các phán quyết³ và còn nhiều phán quyết vẫn chưa được công bố. Vì lý do đó, không có hệ thống tiền lệ xét xử và án lệ phong phú, sẵn có và đáng tin cậy để có thể hướng dẫn và bảo đảm khả năng có thể đoán trước về kết quả của từng vụ tranh chấp.

Các thành viên của chúng tôi cũng gặp phải vấn đề này trong việc tuân thủ Luật Cạnh tranh khi làm việc với Cục Quản lý Cạnh tranh (Cục QLCT) và Hội đồng Cạnh tranh (HĐCT), vì các quyết định của hai cơ quan này thường không được công bố. Các thành viên của chúng tôi cho biết Luật Cạnh tranh mới ban hành và có hiệu lực vào ngày 1 tháng 7 năm 2019 quy định việc thành lập một cơ quan hành chính mới (Ủy ban Cạnh tranh Quốc gia), mà các quyết định chính về cạnh tranh của cơ quan hành chính này sẽ được công bố công khai.

Ngoài ra, phạm vi cung cấp dịch vụ pháp lý mà các công ty luật nước ngoài được phép thực hiện vẫn chưa được quy định rõ ràng, đặc biệt kể từ thời điểm ban hành Nghị định 123/2013/NĐ-CP⁴ và Nghị định 137/2018/NĐ-CP⁵, và Luật Luật sư vẫn không cho phép luật sư Việt Nam đủ tiêu chuẩn hành nghề nhưng đang làm việc cho một công ty luật nước ngoài được đại diện cho khách hàng trước tòa án Việt Nam.⁶

1 “Báo cáo Năng lực Cạnh Tranh toàn cầu 2018”, *Diễn đàn Kinh tế Thế giới*. Xem tại: <<http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2018/>> truy cập lần cuối vào ngày 8 tháng 12 năm 2019.

2 “Báo cáo Năng lực Cạnh Tranh toàn cầu 2019”, *Diễn đàn Kinh tế Thế giới*. Xem tại: <<https://www.weforum.org/reports/how-to-end-a-decade-of-lost-productivity-growth/>> truy cập lần cuối vào ngày 8 tháng 12 năm 2019.

3 Tòa án Nhân dân Tối cao đã công bố 2 website: <https://congboaban.toaan.gov.vn/> và <https://anle.toaan.gov.vn/webcenter/portal/anle/home>.

4 Nghị định 123/2013/NĐ-CP ngày 14 tháng 10 năm 2014 của Chính phủ hướng dẫn thi hành Luật Luật sư 65/2006/QH11 ngày 29 tháng 6 năm 2006 của Quốc hội.

5 Nghị định 137/2018/NĐ-CP ngày 8 tháng 10 năm 2018 của Chính phủ sửa đổi, bổ sung Nghị định 123/2013/NĐ-CP.

6 Luật Luật sư 65/2006/QH11 ngày 29 tháng 6 năm 2006 của Quốc hội.

Cuối cùng, các thành viên của chúng tôi cũng báo cáo các vấn đề liên quan đến chương trình thí điểm về hòa giải tại tòa án đã được đưa ra vào tháng 11 năm 2018 bởi Tòa án Nhân dân Tối cao tại 16 tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương.⁷ Chương trình thí điểm này quy định mọi tranh chấp trước hết phải được chuyển đến một trung tâm hòa giải tại tòa án để cố gắng hòa giải, chỉ khi nỗ lực hòa giải không thành công thì tòa án mới được phép thụ lý vụ việc.⁸ Mặc dù chương trình thí điểm mới này về hòa giải tại tòa án có thể đạt được mục tiêu là giải quyết tranh chấp bằng hòa giải thiện chí, các thành viên của chúng tôi báo cáo sự thiếu minh bạch trong quá trình thực hiện; ví dụ, các bên không biết về khung thời gian và các quyền và nghĩa vụ của mình. Ngoài ra, thủ tục hòa giải sơ bộ này vẫn còn chống chọi với hòa giải bắt buộc tại tòa đối với một số tranh chấp (chẳng hạn như tranh chấp lao động cá nhân) dẫn đến các thủ tục tư pháp kéo dài không cần thiết.

Lợi ích/quan ngại tiềm tàng đối với Việt Nam

Khi lên kế hoạch đầu tư ở nước ngoài, một trong những yếu tố quan trọng mà nhà đầu tư nước ngoài quan tâm là hệ thống tư pháp có hiệu quả và minh bạch hay không. Vì lý do đó, chúng tôi tin rằng việc tiếp tục cải cách hệ thống tư pháp tại Việt Nam sẽ nâng cao lòng tin của nhà đầu tư và thúc đẩy tăng trưởng kinh tế Việt Nam.

Khuyến nghị

- Các thành viên của EuroCham rất quan tâm tới quá trình công bố các phán quyết hiện nay của tòa án Việt Nam, bao gồm việc công nhận án lệ như một trong những nguồn luật theo Bộ luật Dân sự⁹ trên hai trang web được quản lý bởi Tòa án Nhân dân Tối cao.¹⁰ Chúng tôi khuyến nghị công bố ngay phán quyết của tòa án ở tất cả các cấp;
- Các thành viên EuroCham rất quan tâm theo dõi việc thực thi Luật Cạnh tranh liên quan đến yêu cầu công khai các quyết định chính của Hội đồng Cạnh tranh Quốc gia. Chúng tôi khuyến nghị cần có ngay các nghị định hướng dẫn liên quan;
- Luật Luật sư cần được sửa đổi để cho phép luật sư Việt Nam đủ tiêu chuẩn được đại diện cho khách hàng trước tòa án Việt Nam, kể cả khi luật sư đó đang làm việc cho một công ty luật nước ngoài. Điều này đã được các thành viên của EuroCham khuyến nghị nhiều lần trong các ấn bản Sách Trắng trước đây; và
- Luật Hòa giải, đối thoại tại tòa án phải cần soạn thảo nhằm giảm thiểu thời gian giải quyết tranh chấp, đưa ra các cơ chế thích hợp để xử lý các khoản phí tòa án và tránh sự chống chọi giữa các thủ tục hòa giải tại các trung tâm hòa giải và tại các tòa án.

II. TRỌNG TÀI Ở VIỆT NAM

Cơ quan Chính phủ liên quan: Bộ Tư pháp (BTP), Tòa án Nhân dân Tối cao (TANDTC), Viện Kiểm sát Nhân dân Tối cao (VKSNDTC), Quốc hội (Ủy ban Kinh tế)

Mô tả vấn đề

Số liệu thống kê do Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam (VIAC) công bố trong Báo cáo Thường niên 2019 cho thấy 274 vụ việc mới đã được đưa ra và được giải quyết bởi VIAC trong năm 2019 với tổng giá trị tranh chấp khoảng 6,7 nghìn tỷ (khoảng 289 triệu Đô-la Mỹ) và giá trị tranh chấp cao nhất trong một vụ là gần 128,8 triệu Đô-la Mỹ.¹¹

Điều đáng tiếc là, lý do lựa chọn giải quyết tranh chấp tại VIAC có thể phần nhiều là do những bất cập của các cơ chế giải quyết tranh chấp khác tại Việt Nam như giải quyết tranh chấp tại tòa án (xem Mục I trên đây) hoặc bởi trọng tài quốc tế, chứ không phải là do hiệu quả phân xử của VIAC.

⁷ Kế hoạch 301/KH-TANDTC ngày 1 tháng 10 năm 2018 của Tòa án Nhân dân Tối cao.

⁸ Tòa án Nhân dân Tối cao cũng lấy ý kiến công chúng về Dự thảo Luật Hòa giải và Đối thoại tại tòa án, dự kiến sẽ được thông qua tại Kỳ họp thứ 9 – Quốc hội Khóa XIV: Dự thảo luật hòa giải, đối thoại tại tòa án đang trong quá trình lấy ý kiến. Xem tại: <http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=1708&TabIndex=0> truy cập lần cuối vào ngày 8 tháng 12 năm 2019.

⁹ Điều 6, Bộ luật Dân sự 91/2015/QH13 ngày 24 tháng 11 năm 2015 của Quốc hội.

¹⁰ Theo Nghị quyết 03/2017/NQ-HĐTP của Hội đồng Tư pháp của Tòa án Nhân dân Tối cao về việc công bố bản án và quyết định, ban hành ngày 16 tháng 3 năm 2017.

¹¹ “Báo cáo thường niên 2019”, *Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam*, 2019. Xem tại: <<http://www.viac.vn/en/annual-report.html>> truy cập lần cuối ngày 21 tháng 2 năm 2020.

Quan ngại chính là sự can thiệp của tòa án Việt Nam không chỉ trước khi phán quyết cuối cùng được đưa ra (dẫn đến việc hội đồng trọng tài VIAC không có thẩm quyền xét xử và phải chấm dứt thủ tục tố tụng trọng tài) mà còn thông qua việc bác phán quyết cuối cùng mà hội đồng trọng tài VIAC đưa ra. Ví dụ như, các thành viên của chúng tôi báo cáo một số trường hợp hội đồng trọng tài VIAC đã đưa ra phán quyết cuối cùng, sau đó tòa án xem xét lại tình tiết của vụ việc và cuối cùng bác phán quyết trọng tài bằng cách kết luận rằng phán quyết của trọng tài trái với “những nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam”.

Chúng tôi cũng được biết có một số trường hợp bị đơn trong quá trình tham gia tố tụng tại VIAC đưa ra những phản đối không có căn cứ về thẩm quyền của hội đồng trọng tài VIAC. Khi hội đồng trọng tài ban hành quyết định khẳng định thẩm quyền xét xử đối với vụ việc, bị đơn đã khiếu kiện thành công ra tòa án Việt Nam để bác quyết định này. Bởi vì quyết định của tòa án Việt Nam trong trường hợp này có tính chung thẩm và ràng buộc, và vì không thể kháng cáo quyết định này của tòa án, nên quyết định này dẫn đến việc chấm dứt thủ tục tố tụng trọng tài tại VIAC.

Ngoài ra, việc không cho phép kháng cáo quyết định hủy phán quyết trọng tài tiếp tục là một rào cản lớn đối với những nhà đầu tư nước ngoài muốn giải quyết tranh chấp của mình tại Việt Nam một cách công bằng và minh bạch.

Lợi ích/quan ngại tiềm tàng đối với Việt Nam

Để xây dựng một môi trường thuận lợi cho đầu tư, cần có một khung pháp lý hiệu quả và đáng tin cậy cho thủ tục trọng tài.

Khuyến nghị

- Chúng tôi khuyến nghị Tòa án Nhân dân Tối cao và Chánh án Tòa án Nhân dân Tối cao ban hành nhiều hướng dẫn cụ thể hơn cho các tòa án cấp dưới để thống nhất hạn chế việc can thiệp của tòa án vào hoạt động tố tụng trọng tài; và
- Việc áp dụng quyền kháng cáo quyết định của tòa án sơ thẩm về thẩm quyền của hội đồng trọng tài hoặc hiệu lực của phán quyết trọng tài có thể góp phần làm cho cơ chế giải quyết tranh chấp bằng trọng tài tại Việt Nam trở nên minh bạch và độc lập hơn, và vì vậy trở nên phổ biến hơn tại Việt Nam dựa trên chính những ưu điểm của cơ chế này.

III. CÔNG NHẬN VÀ CHO THI HÀNH PHÁN QUYẾT CỦA TRỌNG TÀI NƯỚC NGOÀI

Cơ quan Chính phủ liên quan: Bộ Tư Pháp (BTP), Tòa án Nhân dân Tối cao (TANDTC), Viện Kiểm sát Nhân dân Tối cao (VKSNDTC), Quốc hội (Ủy ban Kinh tế)

Mô tả vấn đề

Các nhà đầu tư nước ngoài tại Việt Nam thường chọn giải quyết tranh chấp bằng trọng tài quốc tế nếu các hợp đồng có giá trị lớn. Tuy thủ tục trọng tài quốc tế thường tốn kém và mất nhiều thời gian, phán quyết của trọng tài quốc tế thường được thi hành ở hầu hết các quốc gia trên thế giới theo Công ước New York năm 1958 về Công nhận và Thi hành Phán quyết của Trọng tài Nước ngoài¹² (NYC) mà Việt Nam là thành viên trong Công ước này.

Tuy nhiên, các thành viên của chúng tôi nhận thấy rằng, trên thực tế, để được các tòa án Việt Nam công nhận và cho thi hành các phán quyết của trọng tài nước ngoài tại Việt Nam là rất khó khăn.

Một trong những khó khăn gặp phải là đảo ngược nghĩa vụ chứng minh. Theo quy định của NYC, nếu bên phải thi hành phán quyết có bất kỳ phản đối nào với việc thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài thì bên phải thi hành phán quyết phải cung cấp chứng cứ để chứng minh cho yêu cầu của mình. Tuy nhiên, trên thực tế, các tòa án Việt Nam lại đảo ngược nghĩa vụ chứng minh này và buộc bên được thi hành phán quyết phải chứng minh rằng mọi sự phản đối của bên phải thi hành là không có căn cứ hoặc không phù hợp. Cách làm này khuyến khích bên phải thi hành phán quyết đưa ra càng nhiều phản đối, đôi khi vô căn cứ, và buộc bên được thi hành phán quyết phải chứng minh để bác bỏ. Điều này gây khó khăn về mặt thời gian và tài chính cho bên được thi hành

¹² Công ước về Công nhận và Thi hành Phán quyết của Trọng tài Nước ngoài năm 1958 của Ủy ban Liên Hiệp Quốc về Luật Thương mại Quốc tế.

phán quyết và cản trở bên được thi hành phán quyết thực hiện các quyền hợp pháp của mình. Vào ngày 27 tháng 11 năm 2015, Quốc hội đã thông qua Luật 92/2015/QH13 ban hành Bộ luật Tố tụng Dân sự mới¹³ (Bộ luật Tố tụng Dân sự). Bộ luật có một quy định cụ thể về nghĩa vụ chứng minh, nêu rõ bên phải thi hành phán quyết phải có nghĩa vụ chứng minh. Các thành viên của chúng tôi hoan nghênh chuyển biến tích cực này và sẽ tiếp tục theo dõi sát sao việc áp dụng Bộ luật Tố tụng Dân sự của tòa án Việt Nam.

Một khó khăn khác là việc tòa án Việt Nam bác đơn xin công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài quốc tế vì các lý do trái với với NYC. Trên thực tế, trong nhiều trường hợp, tòa án Việt Nam đã quyết định rằng bên nước ngoài trong thỏa thuận trọng tài không có đủ năng lực ký kết hợp đồng do sai lầm khi dẫn chiếu pháp luật Việt Nam thay vì dẫn chiếu pháp luật của quốc gia của bên nước ngoài đó. Căn cứ này được các tòa án sử dụng mặc dù luật pháp Việt Nam quy định rõ ràng rằng tòa án chỉ có thể xác định một trong các bên tham gia thỏa thuận trọng tài không có năng lực ký thỏa thuận bằng cách tham chiếu đến luật áp dụng cho bên đó—không phải bằng cách tham chiếu luật pháp Việt Nam. Trong các trường hợp khác, tòa án Việt Nam xác định rằng thông báo đã không được gửi đến cho bị đơn một cách phù hợp do tòa án đã dẫn chiếu pháp luật Việt Nam mà việc dẫn chiếu như vậy là sai lầm, thay vì phải dẫn chiếu đến các quy tắc trọng tài áp dụng cho vụ việc và pháp luật áp dụng của thỏa thuận trọng tài.

Các thành viên của chúng tôi rất quan tâm đến việc Tòa án Nhân dân Tối cao đang thu thập ý kiến về dự thảo Nghị quyết của Hội đồng Tư pháp hướng dẫn một số quy định của Bộ luật Tố tụng Dân sự về xử lý đơn yêu cầu công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài tại Việt Nam. Các thành viên của chúng tôi đang theo sát quá trình soạn thảo và đưa ra ý kiến cho dự thảo Nghị quyết nhằm đảm bảo phù hợp với thông lệ quốc tế về vấn đề này.

Lợi ích/quan ngại tiềm tàng đối với Việt Nam

Đại đa số các nước tham gia NYC đều áp dụng đúng các quy định của NYC trong thực tế và công nhận và cho thi hành các phán quyết của trọng tài nước ngoài một cách phù hợp trong phạm vi lãnh thổ của mình. Việc gia nhập và thực hiện NYC được công nhận rộng rãi là một yếu tố chính cho quá trình hội nhập của nền kinh tế quốc gia vào thương mại quốc tế.

Khuyến nghị

- Các văn bản hướng dẫn thực hiện Bộ luật Tố tụng Dân sự cần quy định về việc áp dụng chặt chẽ các quy định của NYC, bao gồm xác định rõ nghĩa vụ chứng minh thuộc về bên phải thực hiện phán quyết trọng tài nếu bên phải thi hành phản đối việc thực thi phán quyết đó; bên được thi hành phán quyết chỉ có nghĩa vụ cung cấp cho tòa án các tài liệu chứng minh gồm phán quyết hợp lệ và thỏa thuận trọng tài hợp lệ, cho đơn yêu cầu công nhận và cho thi hành phán quyết; tòa án Việt Nam chỉ có thể bác đơn yêu cầu công nhận và cho thi hành phán quyết khi có cơ sở phù hợp với NYC và Bộ luật Tố tụng Dân sự; và tòa án Việt Nam không được xem xét lại tình tiết vụ việc;
- Áp dụng cơ chế tự động chuyển sang Tòa án Nhân dân Phúc thẩm đối với những vụ việc mà Tòa Sơ thẩm đã bác đơn yêu cầu công nhận và cho thi hành nhằm khuyến khích việc công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài nước ngoài tại Việt Nam; và
- Tòa án Nhân dân Tối cao cần tổ chức thêm các khóa đào tạo, hội thảo dành cho thẩm phán ở Tòa án Nhân dân cấp tỉnh và Tòa án Nhân dân Phúc thẩm để đảm bảo các thẩm phán được đào tạo đầy đủ về nghiệp vụ giải quyết đơn yêu cầu công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài nước ngoài phù hợp với luật pháp Việt Nam và NYC.

Chúng tôi hy vọng Chính phủ Việt Nam và các cơ quan hữu quan sẽ quan tâm, xem xét những quan tâm và khuyến nghị của Tiểu ban Pháp luật ở chương này. Đồng thời, chúng tôi cam kết tiếp tục hỗ trợ về chuyên môn và sẵn sàng hợp tác với Chính phủ nhằm đưa ra giải pháp cho các vấn đề cần khắc phục và góp phần cải thiện hệ thống tư pháp Việt Nam.

LỜI CẢM ƠN

Tiểu ban Pháp luật thuộc EuroCham và đặc biệt đối với chương này:
Bernadette Fahy, Luật sư Thành viên tại Công ty Luật TNHH Audier & Cộng sự
Antoine Logeay, Luật sư tại Công ty Luật TNHH Audier & Cộng sự

¹³ Bộ luật tố tụng dân sự 92/2015/QH13 ngày 25 tháng 11 năm 2015 của Quốc hội.

CHƯƠNG 8 MUA BÁN VÀ SÁP NHẬP DOANH NGHIỆP

TỔNG QUAN

Thị trường mua bán và sáp nhập doanh nghiệp (M&A) của Việt Nam đang khởi sắc và phát triển mạnh mẽ. Các giao dịch M&A được nhiều nhà đầu tư xem là cách hiệu quả nhất để xâm nhập thị trường và mở rộng hoạt động kinh doanh tại Việt Nam. Số lượng và giá trị các giao dịch M&A hoàn tất tại Việt Nam đang trên đà tăng bền vững trong những năm trở lại đây. Dự kiến M&A sẽ còn tiếp tục tăng trưởng hơn nữa trong năm 2020 (đặc biệt trong bối cảnh Hiệp định Thương mại Tự do giữa Liên minh Châu Âu và Việt Nam (EVFTA) đã được phê chuẩn).

Theo Bộ Kế hoạch và Đầu tư (BK&ĐT):

- Trong năm 2018, tổng giá trị giao dịch M&A tại Việt Nam đạt khoảng 10,1 tỷ Đô-la Mỹ, tăng 60% so với cùng kỳ năm 2017; và
- Trong năm 2019, tổng giá trị giao dịch M&A tại Việt Nam đạt khoảng 15,6 tỷ Đô-la Mỹ, tăng 54% so với cùng kỳ năm 2018).

Hai ngành có hoạt động M&A mạnh nhất trong năm 2018 và 2019 là sản xuất hàng tiêu dùng và bất động sản.¹ Các ngành chủ chốt khác bao gồm tài chính tiêu dùng, bán lẻ, thủy sản, logistics và giáo dục. Các nhà đầu tư từ Hàn Quốc, Nhật Bản và Singapore đóng vai trò rất quan trọng trong thị trường M&A tại Việt Nam trong năm 2018 và 2019 với khối lượng các giao dịch được hoàn tất ấn tượng.² Ước tính những con số này sẽ còn tăng trưởng mạnh mẽ hơn trong năm 2020 vì đó là thời điểm nhiều nhà đầu tư nước ngoài tìm cách vào thị trường Việt Nam để có thể tận dụng được toàn bộ những lợi ích mà các hiệp định thương mại tự do sắp có hiệu lực mang lại trong những năm tới, bao gồm cả EVFTA.

Luật Đầu tư 2014³ (LĐT) và Luật Doanh nghiệp 2014⁴ (LDN) là dấu mốc quan trọng đánh dấu sự phát triển của khung pháp lý dành cho hoạt động M&A tại Việt Nam. Văn bản hướng dẫn thi hành những luật mới này cũng đã góp phần vào việc đơn giản hóa và đồng bộ các thủ tục hành chính và pháp lý có liên quan tại Việt Nam. Tuy nhiên, nhiều vấn đề quan trọng trong khuôn khổ LĐT và LDN cùng văn bản hướng dẫn thi hành các văn bản luật này vẫn chưa được giải quyết và cần được các cơ quan Nhà nước làm rõ. Để giải quyết những vấn đề còn tồn đọng này, Bộ KH&ĐT đã công bố để lấy ý kiến công khai nhiều dự thảo liên tiếp của Luật sửa đổi một số điều của LĐT và LDN dự kiến được trình lên Quốc hội thông qua vào năm 2020.⁵

Dưới đây là tóm tắt tổng quan về một số rào cản pháp lý chính đối với hoạt động M&A hiệu quả tại Việt Nam, được trình bày dưới dạng các khuyến nghị của chúng tôi tới Chính phủ nhằm giải quyết những vấn đề này. Chúng tôi hoan nghênh các cơ hội được làm việc cùng với các cơ quan hữu quan để tạo điều kiện cho thị trường M&A phát triển và hoạt động hiệu quả hơn nữa.

Sau đây là tóm lược những rào cản chính và khuyến nghị để khắc phục:

- Tiếp tục giảm số lượng ngành nghề kinh doanh “có điều kiện” và xác định rõ ràng hơn những ngành nghề cấu thành và không cấu thành ngành nghề kinh doanh “có điều kiện” để phù hợp với mục đích của các văn bản pháp luật có bao gồm khái niệm này;
- Bãi bỏ “kiểm tra nhu cầu kinh tế” đối với việc các nhà phân phối bán lẻ có vốn đầu tư nước ngoài thành lập các cửa hàng bán lẻ mới (lưu ý rằng EVFTA quy định “kiểm tra nhu cầu kinh tế” sẽ không còn được áp dụng cho các nhà đầu tư nước ngoài từ các quốc gia thành viên Liên minh châu Âu năm năm sau khi EVFTA có hiệu lực);

¹ “Diễn đàn mua bán, sáp nhập Việt Nam 2019: Quyết định đột phá”, Báo Đầu tư trực thuộc Bộ Kế hoạch và Đầu tư Việt Nam, ngày 23 tháng 7 năm 2019. Xem tại < <https://www.vir.com.vn/ma-vietnam-forum-2019-going-for-breakthrough-69447.html> > truy cập lần cuối ngày 8 tháng 12 năm 2019.

² Như trên.

³ Luật Đầu tư 67/2014/QH13 ngày 26 tháng 11 năm 2014 của Quốc hội.

⁴ Luật Doanh nghiệp 68/2014/QH13 ngày 26 tháng 11 năm 2014 của Quốc hội.

⁵ “Linklaters Insights: Vietnam year in review 2019 and year to come 2020”, Allens. Xem tại: https://www.allens.com.au/insights-news/insights/2019/12/linklaters-insights-vietnam-year-in-review-2019-and-year-to-come-2020/#proposed_amendments > truy cập lần cuối ngày 8 tháng 12 năm 2019.

- Bổ quy định yêu cầu nhà đầu tư nước ngoài phải xin “Chấp thuận giao dịch M&A” trước khi thực hiện bất kỳ giao dịch M&A với doanh nghiệp tư nhân;
- Giảm mức độ quyết định của các cơ quan cấp phép liên quan đến việc rà soát và xem xét lại các điều khoản thương mại của các giao dịch M&A;
- Nâng cao tính rõ ràng và thống nhất của các thủ tục áp dụng cho các giao dịch M&A;
- Giảm mức độ kiểm soát của Nhà nước trên tổng thể đối với luồng ngoại tệ vào và ra khỏi Việt Nam, bao gồm việc loại bỏ rõ ràng mọi yêu cầu sử dụng tài khoản vốn đầu tư trực tiếp và tài khoản vốn đầu tư gián tiếp liên quan đến các giao dịch M&A;
- Đảm bảo xử lý nhanh gọn và suôn sẻ các thủ tục miễn thuế cần thiết để thực hiện các giao dịch M&A và chuyển khoản phí chuyển nhượng;
- Giảm mức độ kiểm soát tổng thể của Nhà nước đối với các luồng ngoại tệ vào và ra khỏi Việt Nam, bao gồm việc xóa bỏ rõ ràng bất kỳ yêu cầu sử dụng tài khoản vốn đầu tư trực tiếp và tài khoản vốn đầu tư gián tiếp trong nước liên quan đến các giao dịch M&A;
- Đảm bảo xử lý nhanh gọn và suôn sẻ các thủ tục miễn thuế cần thiết để thực thi giao dịch M&A và chuyển khoản phí chuyển nhượng; và
- Xem xét lại ngưỡng kiểm tra thông báo kiểm soát sáp nhập theo quy định của Luật Cạnh tranh và các văn bản thi hành, nhằm giảm thiểu số lượng các giao dịch M&A phải thông báo cho Ủy Ban Cạnh Tranh Quốc Gia (UBCTQG).

I. TIẾP CẬN THỊ TRƯỜNG VÀ QUY TRÌNH CẤP PHÉP

Cơ quan Chính phủ liên quan: Bộ Kế hoạch và Đầu tư (Bộ KH&ĐT)

Mô tả vấn đề

Các ngành nghề kinh doanh có điều kiện và các giới hạn khác đối với tiếp cận thị trường

Tiếp cận thị trường vẫn chịu các giới hạn nặng nề (ví dụ như còn hơn 200 ngành kinh doanh “có điều kiện”, giới hạn rộng về tỷ lệ sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài, kiểm tra nhu cầu kinh tế đối với việc mở các cửa hàng bán lẻ, v.v.). Các quy tắc quản lý việc các nhà đầu tư nước ngoài mua bán cổ quyền trong các pháp nhân trong nước đã được tự do hóa đáng kể trong những năm gần đây nhưng vẫn cần mở rộng hơn nữa để thúc đẩy thị trường M&A tại Việt Nam phát triển và trở nên phong phú hơn.

Chúng tôi hoan nghênh việc tổ chức rất nhiều hoạt động đối thoại giữa các cơ quan Nhà nước hữu quan (như Bộ KH&ĐT và các Ủy ban Nhân dân cấp tỉnh) với cộng đồng doanh nghiệp trong thời gian qua nhằm thu thập góp ý của người dân về các dự thảo sửa đổi LĐT và LDN. Chúng tôi cũng trân trọng những nỗ lực của Chính phủ trong việc cố gắng giảm hơn nữa một số quy định hạn chế cũng như việc phân biệt đối xử giữa các nhà đầu tư Việt Nam và các nhà đầu tư nước ngoài.

Chúng tôi đánh giá cao việc ban hành Luật 03/2016/QH14 do Quốc hội thông qua ngày 22 tháng 11 năm 2016 sửa đổi và bổ sung Điều 6 và Điều 4 liên quan đến danh sách các ngành nghề kinh doanh có điều kiện theo Luật Đầu tư, theo đó số lượng ngành kinh doanh “có điều kiện” đã được giảm từ 267 xuống còn 243, và được đề xuất giảm tiếp còn 236 ngành nghề kinh doanh có điều kiện trong dự thảo của Luật sửa đổi một số điều của LĐT sẽ được trình lên Quốc hội thông qua trong năm 2020.⁶

⁶ Dự thảo lần thứ tư Luật sửa đổi Luật Đầu tư. Xem tại: <http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=1777&LanID=1833&TabIndex=1> truy cập lần cuối ngày 29 tháng 5 năm 2020.

Chúng tôi cũng hoan nghênh việc Bộ Công Thương đã ban hành Quyết định 3720⁷ cùng phương án cắt giảm, đơn giản hóa điều kiện đầu tư kinh doanh trong giai đoạn 2019-2020. Cụ thể, trong 8 lĩnh vực, Quyết định này để xuất loại bỏ tổng cộng 111 điều kiện đầu tư kinh doanh, đơn giản hóa 60 điều kiện đầu tư kinh doanh và chuyển hậu kiểm 31 điều kiện đầu tư kinh doanh, do đó chỉ còn 178 điều kiện trực thuộc quyền quản lý của Bộ Công Thương. Quyết định này của Bộ Công Thương tiếp tục giảm đáng kể số lượng điều kiện đầu tư sau khi đã loại bỏ 675 điều kiện đầu tư kinh doanh theo Quyết định 3610A/QĐ-BCT⁸ quy định kế hoạch cắt giảm và đơn giản hóa điều kiện kinh doanh cho giai đoạn 2017-2018. Nhiều quan sát viên cho rằng Quyết định này của Bộ Công Thương sẽ cải thiện đáng kể môi trường kinh doanh và đầu tư trên khắp Việt Nam.

Chúng tôi hiểu rằng BKH&ĐT đang tiếp tục làm việc với các Ủy ban của Quốc hội, Bộ ngành, các cơ quan hữu quan và cộng đồng doanh nghiệp để rà soát và đề xuất với Chính phủ và Quốc hội xem xét loại bỏ các điều kiện kinh doanh dựa trên các tiêu chí dưới đây:

- Ngành nghề kinh doanh không trực tiếp liên quan hoặc không thể chứng minh có mối liên hệ liên quan đến an ninh, an toàn quốc gia, trật tự và an toàn xã hội, đạo đức xã hội, và sức khỏe cộng đồng;
- Ngành nghề liên quan đã được quản lý bởi các quy định và quy chuẩn kỹ thuật;
- Chất lượng đầu ra của ngành nghề được lựa chọn, rà soát và quyết định bởi thị trường và khách hàng, và không cần phải được quản lý bởi các điều kiện về kinh doanh, đầu tư; và
- Ngành nghề liên quan có thể được kiểm soát thông qua đấu thầu và chỉ đạo nhà nước nếu doanh nghiệp cung cấp các sản phẩm và dịch vụ công.

Tuy nhiên, chúng tôi cho rằng Việt Nam cần tiếp tục giảm thiểu số lượng các ngành nghề “có điều kiện” và áp dụng các biện pháp kiểm soát chặt chẽ đối với việc hình thành bất kỳ ngành “có điều kiện” mới nào khác. Việc này sẽ hỗ trợ cải thiện những lợi ích kinh tế và giúp Việt Nam trở thành điểm đến hấp dẫn cho nhà đầu tư nước ngoài. Ngoài ra, chúng tôi thấy rằng việc “Kiểm tra Nhu cầu Kinh tế” tạo ra nhiều khó khăn và không công bằng cho những thành viên thị trường có vốn đầu tư nước ngoài trong lĩnh vực phân phối bán lẻ và việc bãi bỏ quy định này sẽ mang lại lợi ích lớn trong việc củng cố mong muốn của Việt Nam để trở thành một điểm đến cho đầu tư nước ngoài. Chúng tôi công nhận và hoan nghênh các điều khoản của EVFTA quy định về việc chấm dứt áp dụng “Kiểm tra Nhu cầu Kinh tế” đối với các nhà đầu tư nước ngoài từ các quốc gia thành viên Liên minh châu Âu năm năm sau khi EVFTA có hiệu lực.

Chấp thuận giao dịch M&A

Có một số nội dung cụ thể cần xem xét liên quan đến các thương vụ M&A với các doanh nghiệp tư nhân. Đối với những thương vụ này, trong nhiều trường hợp, người mua hoặc nhà đầu tư cần phải xin Sở Kế hoạch và Đầu tư có thẩm quyền (Sở KH&ĐT) “chấp thuận giao dịch M&A” và đây cũng là điều kiện tiên quyết trong bất kỳ giao dịch M&A có người mua hoặc nhà đầu tư nước ngoài. Đây là quy định ít thấy vì thực tế các quốc gia trên thế giới chỉ quy định các giao dịch M&A phải được đăng ký, thay vì xin chấp thuận trước, với các cơ quan chức năng hữu quan.

Một lần nữa, thủ tục phát sinh này khiến các cơ quan chức năng có thể tùy ý quyết định đối với các giao dịch M&A của các doanh nghiệp tư nhân, dẫn đến quy trình M&A ẩn chứa nhiều bất trắc, rủi ro và ít hấp dẫn hơn trong mắt các nhà đầu tư. Ngoài ra, nhiều Sở KH&ĐT áp dụng quy định “chấp thuận giao dịch M&A” một cách không nhất quán khiến việc thực thi quy trình này không được thống nhất, khó lường và gây bối rối cho nhiều nhà đầu tư nước ngoài.

Đồng thời chúng tôi ghi nhận dự thảo hiện nay Luật sửa đổi một số điều của LĐT và LDN quy định các nguyên tắc rõ hơn về yêu cầu cho các nhà đầu tư nước ngoài xin “chấp thuận giao dịch M&A”. Trên thực tế là trước khi chịu trách nhiệm “chấp thuận giao dịch M&A”, các Sở KH&ĐT địa phương thường hội ý với một số Bộ ngành liên quan ở cấp trung ương về giao dịch M&A cụ thể. Việc hội ý này dẫn đến việc “chấp thuận giao dịch M&A” trong nhiều trường hợp sẽ mất nhiều thời gian (nhiều tuần hoặc thậm chí nhiều tháng) và trở nên không chắc chắn (đặc biệt

7 Quyết định 3720/QĐ-BCT ngày 11 tháng 10 năm 2018 của Bộ Công Thương ban hành phương án cắt giảm, đơn giản hóa điều kiện đầu tư kinh doanh thuộc lĩnh vực quản lý nhà nước của Bộ Công Thương trong giai đoạn 2019-2020.

8 Quyết định 3610A/QĐ-BCT ngày 20 tháng 9 năm 2017 của Bộ Công Thương ban hành phương án cắt giảm và đơn giản hóa các điều kiện đầu tư kinh Doanh thuộc lĩnh vực quản lý nhà nước của Bộ Công Thương trong giai đoạn 2017-2018.

trong trường hợp khi các giao dịch M&A của các nhà đầu tư nước ngoài phần lớn đòi hỏi cần xử lý nhanh chóng và chần chẫn).

Lợi ích/quan ngại tiềm tàng đối với Việt Nam

Các quốc gia khác trong khu vực có lợi thế tương tự như Việt Nam như lực lượng lao động đã qua đào tạo trẻ đang cạnh tranh thu hút đầu tư. Do vậy, điều quan trọng là Việt Nam phải duy trì được sức hấp dẫn của mình bằng cách đưa ra một quy trình cấp phép minh bạch, đơn giản và hiệu quả. Việc này sẽ giúp thúc đẩy thị trường M&A phát triển, từ đó thu hút vốn đầu tư vào trong nước và giúp giảm thiểu bớt gánh nặng về thủ tục hành chính cho cả doanh nghiệp và cơ quan cấp phép.

Khuyến nghị

Chúng tôi xin đưa ra những khuyến nghị cụ thể sau:

- Tiếp tục giảm số lượng ngành nghề đầu tư kinh doanh “có điều kiện”;
- Bãi bỏ toàn bộ “Kiểm tra Nhu cầu Kinh tế” đối với tất cả các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài bất kể nơi đăng ký kinh doanh của các nhà đầu tư của các doanh nghiệp này; và
- Bỏ quy định nhà đầu tư nước ngoài phải xin “Chấp thuận giao dịch M&A” trước khi tiến hành các giao dịch M&A với các doanh nghiệp tư nhân.

II. THANH TOÁN GIÁ MUA TRONG CÁC GIAO DỊCH MUA BÁN & SÁP NHẬP DOANH NGHIỆP

Cơ quan Chính phủ liên quan: Bộ Tài chính (BTC), Bộ Kế hoạch và Đầu tư (Bộ KH&ĐT), và Ngân hàng Nhà Nước Việt Nam (NHNN)

Mô tả vấn đề

Các vấn đề về giấy tờ

Theo Nghị định 78/2015/NĐ-CP⁹, trong nhiều trường hợp, các bên tham gia giao dịch M&A phải cung cấp cho cơ quan cấp phép địa phương “giấy tờ chứng minh đã hoàn tất việc chuyển nhượng” mới có thể được cấp GCNĐKDN và/hoặc GCNĐKĐT sửa đổi (tùy trường hợp áp dụng) và hoàn tất giao dịch. Tuy nhiên, luật không quy định cụ thể giấy tờ nào là “giấy tờ chứng minh đã hoàn tất việc chuyển nhượng”. Do đó, trong khi một số cơ quan cấp phép địa phương chấp nhận văn bản có chữ ký của các bên tự chứng minh đã hoàn tất việc chuyển nhượng, các cơ quan cấp phép khác lại diễn giải quy định này theo cách khác và yêu cầu bắt buộc phải có văn bản chính thức của ngân hàng xác nhận rằng giá mua đã được thanh toán và chuyển nhượng thành công. Cách hiểu thứ hai gây ra nhiều bất tiện đối với các thương vụ M&A phức tạp vì thông thường trong các thương vụ này, các bên tham gia muốn có cơ chế thỏa thuận đặc biệt về thanh toán (ví dụ như khi áp dụng phương án trả chậm, tiền giữ lại nghiệm thu và/hoặc ký quỹ).

Các vấn đề về thanh toán

Theo các quy định hiện hành, giá mua phải trả trong giao dịch M&A liên quan đến nhà đầu tư nước ngoài trong nhiều trường hợp bắt buộc phải được chuyển qua một tài khoản ngân hàng nội địa cụ thể, tùy từng trường hợp, phải là một tài khoản vốn đầu tư “trực tiếp” (DICA) hoặc tài khoản vốn đầu tư “gián tiếp” (IICA). Mặc dù trong năm 2019, Ngân hàng Nhà nước Việt Nam (NHNN) đã ban hành một Thông tư mới nhằm nỗ lực làm rõ các quy tắc liên quan đến việc sử dụng DICA hoặc IICA trong các giao dịch M&A, các quy tắc đó vẫn chưa đủ rõ ràng và các ngân hàng tiếp tục áp dụng cách giải thích mâu thuẫn đối với các yêu cầu DICA hoặc IICA hiện hành. Ngoài ra, với quy định người mua không cư trú được phép thanh toán trực tiếp cho người bán không cư trú và bằng ngoại tệ

⁹ Nghị định 78/2015/NĐ-CP ngày 14 tháng 9 năm 2015 của Chính phủ về đăng ký doanh nghiệp.

ở ngoài Việt Nam, Thông tư này của NHNN dường như mâu thuẫn với Luật Đầu tư (và bất kỳ người mua nào thực hiện thanh toán bằng ngoại tệ trực tiếp và ở bên ngoài Việt Nam như vậy vẫn chịu rủi ro khi chuyển ngoại tệ về nước phát sinh từ các ngân hàng áp dụng các yêu cầu nghiêm ngặt về việc chứng minh rằng họ đã thực hiện đúng và hợp lệ khi đầu tư vốn vào Việt Nam).

Những điều này và các quy định kiểm soát ngoại hối khác làm cho quá trình chuyển giá mua trở nên rườm rà, tốn thời gian và không chắc chắn, điều này thường dẫn đến sự chậm trễ đáng kể trong thời gian thực hiện giao dịch. Các quy định và hướng dẫn gần đây của NHNN (quy định trong Thông tư 06/2019/TT-NHNN), tuy hữu ích nhưng chúng tôi cho rằng vẫn không giải quyết được cốt lõi của vấn đề.

Theo quan điểm của chúng tôi, việc phân biệt giữa các giao dịch “đầu tư trực tiếp” và “đầu tư gián tiếp” và các tài khoản ngân hàng là không cần thiết, dễ gây nhầm lẫn và cần được bãi bỏ, và cần định hướng việc chuyển giá mua thông qua bất kỳ loại hình tài khoản ngân hàng nội địa hợp pháp nào. Đặc biệt, người mua nước ngoài nên được tự do trả tiền giao dịch M&A cho người bán nước ngoài ở bên ngoài Việt Nam (có thể cần phải sửa đổi Luật Đầu tư về vấn đề này) và nên quy định rõ ràng và chính xác về những bằng chứng cần có và cần cung cấp để chứng minh trong tương lai rằng họ đã thực hiện đúng và hợp lệ việc đầu tư vốn vào Việt Nam.

Như vậy, để củng cố mong muốn trở thành điểm đến thu hút đầu tư nước ngoài, nếu mức độ kiểm soát tổng thể của Nhà nước đối với việc chuyển của ngoại tệ vào và ra khỏi Việt Nam được giảm đáng kể thì đây sẽ là một thuận lợi rất lớn cho Việt Nam. Mức độ giám sát đối với tất cả các luồng ngoại tệ vào và ra khỏi Việt Nam khiến ngành ngân hàng Việt Nam gặp khó khăn, thiếu hiệu quả, nặng nề và không được ưu tiên lựa chọn bởi các nhà đầu tư nước ngoài.

Các vấn đề về khai báo thuế

Ngoài ra, các thủ tục miễn thuế cần thiết để thực hiện các giao dịch M&A và chuyển tiền mua trong nhiều trường hợp rất chậm và thường làm trì trệ việc hoàn tất các giao dịch M&A.

Ví dụ: liên quan đến các giao dịch M&A, luật hiện hành yêu cầu “Hồ sơ khai thuế phải được nộp trong vòng 10 ngày kể từ ngày cơ quan có thẩm quyền “phê duyệt” việc chuyển nhượng vốn, hoặc ngày các bên thỏa thuận chuyển nhượng vốn tại hợp đồng chuyển nhượng vốn (đối với trường hợp việc chuyển nhượng vốn không cần phải được chấp thuận).”¹⁰ Tuy nhiên, luật không xác định rõ ràng điều gì cấu thành “chấp thuận” có liên quan trong một giao dịch M&A tư nhân (không liên quan đến việc mua lại các doanh nghiệp Nhà nước) và trên thực tế, cơ quan thuế thường áp dụng quan điểm rằng việc kê khai và thanh toán thuế lãi vốn có liên quan phải được thực hiện trong vòng 10 ngày kể từ ngày ký hợp đồng chuyển nhượng có liên quan.

Cách giải thích này đặc biệt bất tiện đối với các giao dịch M&A phức tạp khi mà trên thực tế, việc hoàn thành giao dịch M&A chỉ có thể diễn ra vài tuần sau khi việc Ký kết hợp đồng chuyển nhượng (tức là hoàn việc thành thường chỉ diễn ra vào một thời điểm sau đó khi đáp ứng tất cả các điều kiện tiên quyết theo thỏa thuận của các bên). Do đó, trên thực tế, người bán trong giao dịch M&A sẽ không nhận được giá mua (và do đó không nhận được bất kỳ thu nhập nào phải chịu thuế lãi vốn) cho đến thời điểm hoàn thành khi người mua thực hiện việc thanh toán. Vì lý do này, việc yêu cầu các bên liên quan khai báo và nộp thuế trong vòng 10 ngày kể từ ngày ký hợp đồng chuyển nhượng liên quan là không khả thi.

Ngoài ra, những rủi ro và sự thiếu chắc chắn liên quan đến thuế chuyển nhượng vốn “gián tiếp” (đôi khi được cơ quan thuế Việt Nam áp dụng đối với việc chuyển nhượng cổ phần trong các công ty nước ngoài nơi mà lợi nhuận từ chuyển nhượng vốn của người bán được coi là thu nhập chủ yếu từ Việt Nam) là những điều mà nhà đầu tư nước ngoài muốn đầu tư vào Việt Nam và triển khai cơ cấu giảm thuế hợp pháp không mong muốn. Việc các cơ quan thuế coi việc đánh thuế vào lợi nhuận từ chuyển nhượng vốn của những người bán cổ phần trong các công ty nằm trong các khu vực tài phán nước ngoài là phạm vi quyền hạn của mình là không thông dụng trên thế giới. Trong khuyến nghị lần này của chúng tôi, việc chỉ áp dụng thuế đối với việc chuyển nhượng cổ phần hoặc vốn điều lệ trong phạm vi Việt Nam sẽ giúp nâng cao hình ảnh của Việt Nam như là điểm đến thu hút đầu tư nước ngoài.

¹⁰ Điều 12.8(b) Thông tư 156/2013/TT-BTC ngày 6 tháng 11 năm 2013 của Bộ Tài chính hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Quản lý thuế; Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Quản lý thuế và Nghị định 83/2013/NĐ-CP của Chính phủ.

Lợi ích/quan ngại tiềm tàng đối với Việt Nam

Việc ban hành một khung pháp lý rõ ràng và minh bạch là điều kiện thiết yếu đối với hoạt động hoạch định và triển khai các giao dịch M&A. Tình trạng các cơ quan cấp phép được quyền tự quyết quá mức trong việc yêu cầu sửa đổi các khía cạnh thương mại của giao dịch M&A là yếu tố chính gây ra tình trạng thiếu chắc chắn và bất tiện trong thủ tục liên quan đến các thương vụ M&A tại Việt Nam.

Khuyến nghị

Chúng tôi khuyến nghị tới Chính phủ như sau:

- Giảm mức độ tự ý quyết định của các cơ quan cấp phép địa phương trong việc rà soát và điều chỉnh các điều khoản thương mại của các giao dịch M&A (đặc biệt liên quan đến các lĩnh vực kinh doanh không được quy định cụ thể trong các cam kết của Việt Nam sau khi gia nhập WTO);
- Tăng tính rõ ràng và thống nhất của các thủ tục áp dụng cho các giao dịch M&A;
- Xóa bỏ phân biệt giữa các giao dịch “đầu tư trực tiếp” và “đầu tư gián tiếp” và các tài khoản ngân hàng nội địa dành cho các mục đích đặc biệt tương ứng;
- Tự do hóa luật kiểm soát ngoại hối của Việt Nam để tạo điều kiện cho việc chuyển ngoại tệ ra vào Việt Nam dễ dàng và hiệu quả hơn, bao gồm trong bối cảnh giao dịch M&A;
- Sửa đổi thời hạn nộp tờ khai thuế cũng như nộp thuế đối với các giao dịch M&A thành “10 ngày kể từ ngày hoàn tất việc đăng ký chuyển nhượng vốn với cơ quan cấp phép theo luật liên quan”; và
- Đảm bảo xử lý nhanh gọn và suôn sẻ các thủ tục miễn thuế cần thiết để thực hiện các giao dịch M&A và việc chuyển nhượng giá mua.

III. NHỮNG HẠN CHẾ LIÊN QUAN ĐẾN CHỐNG ĐỘC QUYỀN

Cơ quan Chính phủ liên quan: Bộ Kế hoạch và Đầu tư (Bộ KH&ĐT), Bộ Công Thương (BCT)

Mô tả vấn đề

Khi lên kế hoạch thực hiện giao dịch M&A, các bên tham gia cần xem xét áp dụng các quy định của pháp luật cạnh tranh Việt Nam.

Cụ thể, theo pháp luật cạnh tranh của Việt Nam, một giao dịch M&A có thể cần sự phê duyệt của cơ quan chức năng hoặc có thể không được phép tiến hành nếu giao dịch này tạo ra một mức độ “tập trung kinh tế” nhất định. Luật Cạnh tranh mới¹¹ (Luật Cạnh tranh Mới), sẽ có hiệu lực vào ngày 1 tháng 7 năm 2019 và sẽ thay thế Luật Cạnh tranh 2004 đã có hiệu lực gần 14 năm qua.

Luật Cạnh tranh Mới hiện đã thay thế và làm rõ các giới hạn cũ về “thị phần hết hợp” được áp dụng theo luật trước đây, và áp dụng cách tiếp cận nghiêm ngặt và tổng quát hơn (nhưng cũng mơ hồ hơn), cấm các giao dịch sáp nhập “gây ra hoặc có thể gây ra tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường Việt Nam”. Các quyết định kiểm soát hoạt động sáp nhập sẽ được đưa ra bởi UBCTQG thuộc BCT, có tính đến một số tiêu chí như:

- Tổng tài sản trên thị trường Việt Nam của doanh nghiệp tham gia “tập trung kinh tế”;
- Tổng doanh thu trên thị trường Việt Nam của doanh nghiệp tham gia “tập trung kinh tế”;
- Giá trị giao dịch của “tập trung kinh tế”; hoặc
- Thị phần kết hợp trên thị trường liên quan của các doanh nghiệp tham gia vào “tập trung kinh tế”.

¹¹ Luật 23/2018/QH14 ngày 12 tháng 6 năm 2018 của Quốc hội về cạnh tranh.

Ngày 24 tháng 3 năm 2020, Chính phủ ban hành Nghị định 35/2020/NĐ-CP, quy định chi tiết một số điều của Luật Cạnh tranh (Nghị định 35). Nghị định 35 đã tăng cường đáng kể mức độ rõ ràng mà các bên tham gia giao dịch ‘tập trung kinh tế’ được hưởng trong việc xác định liệu giao dịch được đề xuất của họ có yêu cầu thông báo cho UBCTQG hay không (quan trọng nhất là bằng cách đưa ra một danh sách cụ thể các tiêu chí ngưỡng, mà nếu được đáp ứng các tiêu chí đó sẽ phát sinh nghĩa vụ thông báo).

Mặc dù quy định của Nghị định 35 giúp nâng cao mức độ rõ ràng của một số khái niệm quan trọng, UBCTQG vẫn duy trì sức mạnh đáng kể để giải thích và áp dụng trên cơ sở tùy ý, khái niệm của “...tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể...”. Quyền quyết định tùy ý này của UBCTQG có thể sẽ dẫn đến sự không chắc chắn giữa các bên giao dịch M&A và sự chậm trễ trong việc đưa ra các quyết định của UBCTQG.

Ngoài ra, chúng tôi lưu ý rằng việc thẩm định được nêu tại Nghị định 35 về ngưỡng thông báo liên quan đến các giao dịch ‘tập trung kinh tế’ có phạm vi rất rộng, có nghĩa là nhiều giao dịch M&A có thể yêu cầu thông báo cho UBCTQG (trái ngược với số lượng thông báo cần thiết theo Luật Cạnh tranh trước đây và các quy định hướng dẫn).

Lợi ích/quan ngại tiềm tàng đối với Việt Nam

Quy trình thông báo kiểm soát sáp nhập là một quy trình rườm rà, mất thời gian và làm chậm đáng kể tiến độ thực hiện giao dịch. Sự gia tăng không thể tránh khỏi của số lượng hồ sơ thông báo theo quy định hiện hành có thể dẫn tới việc tăng số giao dịch bị trì trệ, gây ảnh hưởng bất lợi cho thị trường M&A về trung tới dài hạn.

Khuyến nghị

Vấn đề trọng yếu hiện nay là văn bản hướng dẫn thi hành Luật Cạnh tranh Mới phải đưa ra những hướng dẫn rõ ràng và chính xác hơn về cách xác định “Tập trung Kinh tế” có xảy ra hay không, cách tính toán “thị phần” (để phân tích “thị phần kết hợp”) và xác định rõ thế nào là “thị trường liên quan”. Tất cả các khái niệm này phải được phân tích trên cơ sở Luật Cạnh tranh Mới. Ngoài ra, quy trình xử lý hồ sơ của UBCTQG cần được giảm thiểu tối đa để tránh tình trạng trì hoãn không cần thiết khiến các giao dịch M&A bị chậm tiến độ.

Chúng tôi xin được đưa ra những khuyến nghị cụ thể hơn như sau:

- Xem xét lại việc thẩm định được quy định tại Nghị định 35, nhằm cải thiện và đơn giản hóa ngưỡng yêu cầu thông báo bởi các bên giao dịch và hạn chế số lượng các giao dịch M&A thuộc trường hợp phải thông báo tới UBCTQG; và
- Đảm bảo UBCTQG có trách nhiệm tuân thủ nghiêm ngặt thời hạn xử lý hồ sơ thông báo như được quy định trong Luật Cạnh tranh Mới và Nghị định 35.

LỜI CẢM ƠN

Tiểu ban Pháp luật thuộc EuroCham và đặc biệt đối với chương này:
Justin Gisz, Luật sư Thành Viên Công ty Luật Frasers.
Hồ Thụy Ngọc Trâm, Cộng sự Cấp cao Công ty Luật Frasers.

CHƯƠNG 9 ĐỐI TÁC CÔNG-TƯ

TỔNG QUAN

Hệ thống cơ sở hạ tầng hiện đại và hiệu quả đóng vai trò then chốt để tiếp tục tăng trưởng kinh tế và giảm thiểu chi phí kinh doanh cho toàn bộ các nhà đầu tư tại Việt Nam. Tốc độ tăng trưởng kinh tế cùng quá trình đô thị hóa nhanh chóng đã khiến nhu cầu sử dụng đường sá, điện, sân bay, cảng biển, hệ thống xử lý rác và nước thải, bệnh viện và các cơ sở hạ tầng công cộng khác phục vụ mục đích sản xuất và cung ứng hàng hóa, dịch vụ tăng cao. Tuy nhiên, trong khi nhu cầu phát triển cơ sở hạ tầng của Việt Nam ước tính vào khoảng 605 tỷ Đô-la Mỹ trong giai đoạn đến năm 2040 và theo xu thế hiện tại, ước tính lượng vốn đầu tư cho cơ sở hạ tầng còn thiếu (từ tư nhân và ngân sách Nhà nước) là khoảng 102 tỷ Đô-la Mỹ cho giai đoạn này.¹

Mặc dù đã có đầu tư đáng kể vào các dự án cơ sở hạ tầng tại Việt Nam trong 20 năm qua, phần lớn vốn được tài trợ bởi Hỗ trợ Phát triển Chính thức (ODA), ngân sách Nhà nước và các bảo lãnh của Nhà nước đối với nợ nước ngoài do Bộ Tài chính (BTC) đưa ra. Điều này được ghi nhận là không bền vững từ trung hạn đến dài hạn, đặc biệt khi Việt Nam đạt được vị thế thu nhập trung bình kéo theo việc cắt giảm hỗ trợ ODA sau đó. Ngoài ra, Chính phủ Việt Nam dường như có dự định cắt giảm các khoản vay nước ngoài theo bảo lãnh của Bộ Tài chính, việc này thất bại hơn nữa lượng tín dụng có sẵn cho hạ tầng tài chính.

Mặc dù các ngân hàng trong nước của Việt Nam cấp vốn ngày càng nhiều cho cơ sở hạ tầng và trong những năm gần đây các nhà phát triển bất động sản có xu hướng đa dạng hóa các loại cơ sở hạ tầng, thanh khoản tại thị trường nội địa không đủ để đáp ứng các yêu cầu tài chính lớn trong lĩnh vực này. Do đó, phần thiếu hụt cho các yêu cầu này cần phải được huy động từ các nguồn bên ngoài, là những nguồn sẵn sàng đưa ra các điều khoản hấp dẫn và mong muốn tham gia vào thị trường Việt Nam. Tuy nhiên, các nguồn vốn này đòi hỏi phải có các giải pháp được cơ cấu về mặt phân bổ rủi ro, chẳng hạn như các nguồn vốn có thể có được từ các khoản đầu tư tư nhân dưới hình thức Đối tác Công-Tư (PPP), và tính ổn định về chính sách của Chính phủ.

Trong 10 năm qua, Chính phủ Việt Nam đã liên tục tiến hành quá trình cải cách pháp lý nhằm tăng cường đầu tư tư nhân và nước ngoài vào Việt Nam. Gần đây nhất, Chính phủ đã ban hành Nghị định 63/2018/NĐ-CP về đầu tư theo hình thức Đối tác Công-Tư (Nghị định 63, hoặc Nghị định PPP) có hiệu lực vào ngày 19 tháng 6 năm 2018 là quy định chủ đạo hiện hành có hiệu lực đối với các dự án PPP tại Việt Nam và thay thế Nghị định 15/2015/NĐ-CP.² Nghị định 63 cùng tồn tại với Nghị định 30/2015/NĐ-CP³ quy định việc lựa chọn nhà đầu tư căn cứ vào Luật Đấu thầu,⁴ và hiện được thay thế kể từ ngày 20 tháng 4 năm 2020 bởi Nghị định 25/2020/NĐ-CP ban hành gần đây vào ngày 28 tháng 02 năm 2020.⁵

Vào tháng 11 năm 2017, Cục Mua sắm Công thuộc Bộ Kế hoạch và Đầu tư (Bộ KH&ĐT) công bố đề xuất Luật Đầu tư theo phương thức Đối tác Công và Tư (Luật PPP được đề xuất) thay thế Nghị định PPP hiện hành và các quy định liên quan khác. Dự thảo Luật PPP được đề xuất đã được gửi cho các bên liên quan xem xét⁶ và trình lên Quốc hội để phê duyệt trong kỳ họp Quốc hội lần thứ 9 diễn ra vào tháng 5 và 6 năm 2020.⁷ Sự tiếp tục thiếu chắc chắn về tính lâu dài của khung pháp lý đối với các hình thức đối tác công tư - cũng như những kẻ hổng pháp lý đã được xác định (sẽ được thảo luận sau)—đã dẫn tới việc không có nhiều tiến triển trong việc thúc đẩy các dự án cụ thể với sự tham gia của nhà đầu tư nước ngoài. Việc Bộ Giao thông Vận tải (Bộ GTVT) hủy bỏ đấu thầu quốc tế đối với Đường cao tốc Bắc-Nam dù đã được lên kế hoạch cũng đã làm dấy lên những nghi ngại trong cộng đồng quốc tế về ý định huy động vốn quốc tế thông qua việc thực hiện các hợp đồng PPP của Chính phủ.

1 Dự báo đầu tư cho Việt Nam, được xuất bản bởi Trung tâm Hạ tầng toàn cầu (GIH). Xem tại <<https://outlook.gihub.org/countries/Vietnam>> truy cập ngày 8 tháng 12 năm 2019.

2 Nghị định 15/2015/NĐ-CP ngày 14 tháng 2 năm 2015 của Chính phủ về đầu tư theo hình thức Đối tác công tư (Nghị định 15).

3 Nghị định 30/2015/NĐ-CP ngày 17 tháng 03 năm 2015 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Đấu thầu về lựa chọn nhà đầu tư (Nghị định 30).

4 Luật Đấu thầu số 43/2013/QH13 ngày 26 tháng 11 năm 2013.

5 Nghị định 25/2020/NĐ-CP ngày 28 tháng 02 năm 2020 của Chính Phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Đấu thầu (Nghị định 25).

6 Dự thảo gần nhất vào tháng 05/2020 và được thảo luận chi tiết hơn tại Mục III dưới đây.

7 “Ủy ban Thường vụ Quốc hội thảo luận về dự thảo luật PPP”, *Vietnam Law & Legal Forum*, ngày 19 tháng 9 năm 2019. Xem tại: <<http://vietnamlawmagazine.vn/na-standing-committee-discusses-draft-ppp-law-16846.html>> truy cập lần cuối ngày 8 tháng 12 năm 2019.

Trong 20 năm qua, ngoài một số thành công nhất định trong việc triển khai những dự án nhiệt điện quy mô lớn thành công với vốn đầu tư nước ngoài theo hình thức Xây dựng-Vận hành-Chuyển giao (BOT),⁸ việc đầu tư tư nhân thành công trong lĩnh vực cơ sở hạ tầng công cộng là cá biệt hơn là một quy luật chung, đặc biệt trong trường hợp đầu tư tư nhân theo hình thức PPP. Một số ít trường hợp đầu tư BOT hoặc PPP được triển khai theo các hợp đồng và thỏa thuận dự án tương đối cơ bản với Nhà nước trong khi mặc dù được chấp nhận đối với thị trường trong nước, các hợp đồng này là chưa đủ xét về mặt phân bổ rủi ro và thiếu hành lang pháp lý để bảo vệ nhằm tạo cơ sở đầu tư và cấp vốn xuyên biên giới ở quy mô lớn.

Cho đến nay, do những khó khăn với cơ chế PPP hiện hành, các nhà đầu tư và đặc biệt là các nhà đầu tư tư nhân nước ngoài trong nhiều trường hợp chỉ (i) dựa vào việc lập một dự án đầu tư theo Luật Đầu tư hoặc (ii) thực hiện các dự án Xây dựng-Chuyển giao (BT) mà trong đó việc thi công cơ sở hạ tầng công, chủ yếu là đường cao tốc được thanh toán bởi Nhà nước bằng việc cấp cho nhà đầu tư quyền được thực hiện một dự án tư nhân, thường để phát triển đô thị hoặc phát triển bất động sản.⁹

Mặc dù Nghị định PPP, Nghị định 30 và nghị định thay thế là Nghị định 25 và các quy định thi hành là những tiến triển quan trọng về mặt luật pháp và hy vọng rằng dự thảo hiện nay cho Luật PPP được đề xuất sẽ tiếp tục những tiến triển này như được trình bày tại Phần III-điều này không có nghĩa là khi Luật mới về PPP và Nghị định hướng dẫn có hiệu lực sẽ tự động tạo chuyển biến thành công cho một loạt các dự án cơ sở hạ tầng đầu tư tư nhân. Trong chương này, chúng tôi sẽ thảo luận các khuyến nghị để xúc tiến chương trình thực hiện PPP tại Việt Nam mà nhìn chung có thể phân loại như sau:

- Lập danh mục các dự án khả thi;
- Cải thiện năng lực và điều phối giữa các cơ quan Chính phủ liên quan; và
- Tổ chức hợp lý và khi cần thiết tiến tới triển khai thực tế các quy định chi tiết về một khung pháp lý toàn diện cho các dự án PPP tại Việt Nam.

I. LẬP DANH MỤC CÁC DỰ ÁN KHẢ THI

Cơ quan Chính phủ liên quan: Bộ Kế hoạch và Đầu tư (Bộ KH&ĐT), Cơ quan Nhà nước được ủy quyền, và các cơ quan hữu quan khác

Mô tả vấn đề

Như đã được nhấn mạnh ở phần trước,¹⁰ thành công của khuôn khổ pháp lý PPP phụ thuộc chủ yếu vào khả năng Chính phủ triển khai và xúc tiến các dự án khả thi. Tuy nhiên, tiến triển trong khía cạnh này vẫn còn hạn chế.

Làm rõ các dự án ưu tiên cho việc xây dựng danh mục dự án PPP

Quyết định 631/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ ngày 29 tháng 4 năm 2014 (Quyết định 631) liệt kê 127 dự án quốc gia tìm kiếm đầu tư nước ngoài bao gồm khoảng 35 dự án cần phát triển theo cơ chế PPP chưa được sửa đổi trong gần năm năm để bổ sung một danh sách cập nhật các dự án PPP dựa trên tiêu chí đầu tư mới được xây dựng. Trong khi một số dự án hoặc loại hình dự án quan trọng đã có trong các quy hoạch tổng thể ngành như là Quy hoạch Tổng thể Phát triển Điện được ban hành vào tháng 3 năm 2016,¹¹ và một số tỉnh thành đã tuyên bố ý định công bố danh sách các dự án kêu gọi đầu tư theo hình thức PPP, một danh sách toàn diện các dự án quốc

8 Ví dụ như dự án Nhà máy nhiệt điện Móng Dương 2 đã đạt đến giai đoạn hoàn tất các thỏa thuận tài chính vào năm 2011, dự án Nhà máy nhiệt điện Nghi Sơn 2 bắt đầu xây dựng vào năm 2018, hoặc gần đây là các dự án Văn Phong 1 đã hoàn tất các thỏa thuận tài chính vào năm 2019 và Vũng Áng 2 dự kiến sẽ hoàn tất các thỏa thuận tài chính vào năm 2020.

9 Các ví dụ: (i) dự án xây dựng Đường Phạm Văn Đồng tại Thành phố Hồ Chí Minh kết nối sân bay Tân Sơn Nhất với các khu công nghiệp tại Bình Dương và Đồng Nai, theo đó Chính phủ ký một thỏa thuận với nhà đầu tư (GS Engineering & Construction) trong đó nhà đầu tư cấp vốn và phát triển cơ sở hạ tầng để đổi lấy các quyền phát triển và quyền sử dụng đất của các lô đất tại Quận 2, 9 và 10 để phát triển bất động sản hoặc (ii) dự án nhà đầu tư (Gamuda International) thi xây dựng nhà máy xử lý nước thải Yên Sở tại Hà Nội để đổi lấy lô đất nhằm mục đích phát triển bất động sản tại thành phố.

10 Sách Trắng, *EuroCham*, 2018. Chương 9: Đối tác Công Tư.

11 Quyết định 428/QĐ-TTg ngày 18 tháng 3 năm 2016 của Thủ tướng Chính phủ phê duyệt quy hoạch tổng thể về phát triển điện quốc gia trong giai đoạn 2011 đến 2010 với tầm nhìn đến năm 2030. Một kế hoạch thay thế hiện đang được xây dựng: xem Quyết định 1264/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ phê duyệt việc lập Quy hoạch tổng thể phát triển điện quốc gia cho giai đoạn 2021-2030 với tầm nhìn đến năm 2045; dự kiến kế hoạch thay thế này sẽ được trình cho Thủ tướng Chính phủ phê duyệt vào cuối năm 2020.

gia và khu vực tìm kiếm đầu tư nước ngoài và bao gồm các chi tiết như là hình thức dự án được đề xuất, số tiền và hình thức góp vốn của Nhà nước và bất kỳ ưu đãi khác sẵn có đối với các nhà đầu tư khác sẽ làm rõ các ưu tiên của Chính phủ. Mặc dù Bộ KH&ĐT, thông qua Cục Quản lý Đầu thầu, cũng như Bộ Tài chính và một số cơ quan chính quyền địa phương như Sở Kế hoạch và Đầu tư Thành phố Hồ Chí Minh đã công bố trực tuyến một số thông tin về dự án tiềm năng,¹² thông tin này không phải lúc nào cũng đầy đủ và các nguồn thông tin khác nhau cũng tiềm ẩn xung đột về nội dung giữa các nguồn này với nhau và với các nguồn hợp pháp như Quyết định 631 và các quy hoạch tổng thể liên quan, có thể gây nhầm lẫn cho nhà đầu tư tiềm năng.

Để thu hút cấp vốn qua biên giới, cần có những hướng dẫn rõ ràng và thiết thực từ một nguồn tập trung, duy nhất về những dự án nào sẽ được ưu tiên như “dự án đi đầu” trong những ngành nào và sự hỗ trợ hiện có từ Chính phủ (như là bảo đảm các luồng thu nhập và ưu đãi). Điều này có thể đòi hỏi cách tiếp cận theo ngành bao gồm các quy định chuyên ngành cụ thể.

Các đề xuất dự án của nhà đầu tư

Pháp luật về đấu thầu của Việt Nam cho phép các dự án do nhà đầu tư đề xuất nhưng cho đến nay chưa có dự án nào như vậy được báo cáo công khai là đã được chấp nhận và phần lớn các khía cạnh pháp lý của quy trình vẫn chưa được chứng minh. Trong khi chờ xây dựng danh mục các dự án sẽ được đấu thầu, việc làm rõ các quy tắc áp dụng cho các dự án do nhà đầu tư đề xuất có thể là một công cụ hữu ích để đưa các dự án “cất cánh” và giúp phát triển năng lực của tổ chức PPP.

Hiện tại, các đề xuất dự án của nhà đầu tư phải được sự chấp thuận của cơ quan nhà nước có thẩm quyền liên quan, theo đó bên đề xuất dự án phải thực hiện nghiên cứu khả thi. Dự án phải được đấu thầu dựa trên nghiên cứu khả thi do bên đề xuất dự án chuẩn bị, bên này sẽ được hưởng ưu đãi đấu thầu, bao gồm tăng giá do các nhà thầu khác đề xuất thêm 5% khi được đánh giá so với bên đề xuất dự án. Trước đây, điều này không đủ để khuyến khích các nhà đầu tư đề xuất dự án do vẫn có rủi ro là nhà đầu tư xây dựng và đề xuất một dự án do nhà đầu tư đề xuất có thể không được chọn làm nhà đầu tư cuối cùng.

Ngoài ra, các dự án do nhà đầu tư đề xuất không được hưởng lợi từ Nguồn vốn phát triển dự án (được mô tả chi tiết hơn ở dưới đây) và chỉ được hưởng vốn đầu tư của Nhà nước nếu vốn Nhà nước đó được tài trợ bởi ODA hoặc các khoản vay ưu đãi của các nhà tài trợ nước ngoài. Điều này cũng là một yếu tố làm nản lòng các nhà đầu tư đề xuất dự án tiềm năng. Có vẻ như các dự án được liệt kê trong Quyết định 631 dường như không đủ điều kiện để được đề xuất trên cơ sở tự nguyện mặc dù các quy định không hoàn toàn rõ ràng.

Trong khi việc loại bỏ dần hình thức chỉ định thầu trực tiếp được hoan nghênh, việc ban hành các tiêu chí khách quan để lựa chọn nhà thầu là rất hữu ích nếu các tiêu chí này có thể khởi động một dự án thí điểm đầu tiên với các nhà đầu tư vào nợ và vốn chủ sở hữu nước ngoài giàu kinh nghiệm trong thời gian chờ xây dựng các quy định phù hợp hơn về PPP và đấu thầu và tăng cường xây dựng năng lực (xem Phần II dưới đây).

Chuyển đổi các dự án có vốn Nhà nước thành hình thức PPP

Chúng tôi cũng nhận thấy cần làm rõ cơ chế chuyển đổi các dự án vốn Nhà nước sang hình thức PPP, nếu các dự án vốn Nhà nước đang trong khu vực bỏ hoang hiện tại nhằm thu hút, huy động vốn đầu tư bên ngoài để Nhà nước thực hiện đầu tư mới. Mặc dù quy trình chuyển đổi đã được quy định chung trong Nghị định 63 và Thông tư 88/2018/TT-BTC,¹³ các quy định này vẫn còn mới và chưa được kiểm chứng. Cụ thể là, việc áp dụng Nghị định 63 gắn liền với yêu cầu “các dự án hiện đang được đầu tư bằng các nguồn vốn từ vốn Nhà nước”. Tuy nhiên phạm vi của yêu cầu này chưa rõ ràng do định nghĩa nêu trên chưa liệt kê cụ thể các dự án chưa được triển khai thi công. Do vậy cần làm rõ cho các nhà đầu tư xem liệu các dự án có vốn Nhà nước này có đủ tính nhận diện và đáp ứng điều kiện đầu tư theo cơ chế này hay không. Ngoài ra chúng tôi cũng mong muốn thấy cơ chế tiềm năng này được triển khai trên thực tế tại một hoặc nhiều dự án thử nghiệm.

¹² Xem thông tin tương ứng trên các trang <<http://muasamcong.mpi.gov.vn>> và <<http://ppp.mt.gov.vn/pppunit/trangchu>> và <<https://ppp.tphcm.gov.vn/en/du-an-dang-keu-goi-dau-tu.html>> truy cập lần cuối vào từng trang ngày 8 tháng 12 năm 2019.

¹³ Thông tư 88/2018/TT-BTC ngày 28 tháng 9 năm 2018 của Bộ Tài chính quy định một số nội dung về quản lý tài chính đối với dự án đầu tư theo hình thức đối tác công tư và chi phí lựa chọn nhà đầu tư.

Nguồn vốn phát triển dự án (PDF)

Nguồn vốn phát triển dự án (PDF), một nguồn vốn do Ngân hàng Phát triển Châu Á và Cơ quan Phát triển Pháp tài trợ nhằm hỗ trợ các cơ quan nhà nước được ủy quyền trong việc chuẩn bị và đánh giá các dự án PPP tiềm năng đã được thiết lập để góp phần giải quyết những vấn đề này. Mục đích là để PDF sẽ được quản lý bởi Bộ KH&ĐT kết hợp với Bộ Tài chính. Các nhà đầu tư được chọn trong một dự án PPP sẽ được yêu cầu hoàn trả chi phí chuẩn bị dự án cho Nhà nước, và Nhà nước sẽ hoàn trả chi phí này cho PDF. Tuy nhiên, cho đến nay không có hướng dẫn chi tiết nào về việc quản lý và tính hợp lệ của PDF. Ngoài ra, dự thảo hiện nay của Luật PPP được đề xuất không dẫn chiếu đến PDF. Các điều kiện để được hỗ trợ từ PDF vì vậy vẫn chưa được phát triển và vẫn chưa rõ liệu PDF sẽ được triển khai tại địa phương hoặc toàn quốc trong tương lai gần hay không và cách thức triển khai như thế nào.

Lợi ích/quan ngại tiềm tàng đối với Việt Nam

Việc xác định và công bố các dự án cụ thể trên thị trường (dù là dự án mới hay trong khu vực bỏ hoang) tiếp tục là ưu tiên cao nhất để bắt đầu thực thi chương trình PPP của Việt Nam. Điều quan trọng là cần thử nghiệm dựa trên các quy định hiện hành bằng cách triển khai các dự án PPP, đổi lại sẽ dần dần tăng cường năng lực của các cơ quan chính quyền liên quan và cải thiện niềm tin của các nhà đầu tư. Những kẻ hổng pháp lý cũng có thể được xác định rõ và được khắc phục bằng những quy định luật pháp khác nếu cần thiết.

Khuyến nghị

- Chúng tôi tiếp tục khuyến nghị cập nhật Quyết định 631 và bổ sung danh mục mới bao gồm các dự án trọng điểm quốc gia, đặc biệt là trong các lĩnh vực khả thi ở các quốc gia khác. Đây là các dự án với các mô hình phổ biến và được tìm kiếm nhiều bởi các nhà đầu tư nước ngoài như là: vận tải, được ưu tiên khi có tính khả thi về mặt kinh tế để quy hoạch triển khai dưới hình thức PPP;
- Làm rõ quy trình đấu thầu đối với các dự án do nhà đầu tư đề xuất và quy trình chuyển đổi các dự án vốn Nhà nước sang hình thức PPP và bố trí các dự án được chọn theo một quy trình đấu thầu cạnh tranh, minh bạch theo Nghị định 30 và nghị định thay thế là Nghị định 25, và xem xét cho phép các dự án được phát triển bởi các nhà tài trợ toàn cầu hàng đầu trên cơ sở chỉ định thầu để thí điểm trong các lĩnh vực có mức độ ưu tiên cao để xây dựng được hệ thống lưu trữ quản lý hồ sơ chuẩn mực và cơ chế phân bổ rủi ro để đảm bảo lợi nhuận trên thị trường quốc tế;
- Triển khai Quỹ PDF và áp dụng quy trình đánh giá nghiêm ngặt (với sự hỗ trợ của các tư vấn kỹ thuật và tài chính quốc tế) các dự án tiềm năng thông qua các quy trình chọn lựa thống nhất với các tiêu chuẩn quốc tế; và
- Đưa ra các khuyến khích và biện pháp hấp dẫn để các ngành nỗ lực thu hút đầu tư PPP.

II. NÂNG CAO NĂNG LỰC VÀ PHỐI HỢP GIỮA CÁC CƠ QUAN CHÍNH PHỦ

Cơ quan Chính phủ liên quan: Bộ Kế hoạch và Đầu tư (Bộ KH&ĐT), Cơ quan Nhà nước được ủy quyền, và các cơ quan hữu quan khác.

Mô tả vấn đề

Những yếu tố thường được các nhà đầu tư và tài trợ dự án tiềm năng trên thế giới quan tâm là khó khăn chính đối với hoạt động triển khai dự án, bao gồm các dự án PPP tại Việt Nam là tình trạng thiếu năng lực, thiếu sự điều phối và cách tiếp cận thiếu nhất quán giữa các cơ quan Chính phủ.

Khoảng cách trong phương pháp tiếp cận giữa các cơ quan Chính phủ và các bên đối tác nước ngoài

Vấn đề này còn nghiêm trọng hơn khi hiện tại mặc dù các hình thức BOT, BT và Xây dựng – Chuyển giao – Vận hành (BTO) đã tồn tại gần 20 năm nhưng khung pháp lý để thực hiện các dự án PPP trong các lĩnh vực không phải là lĩnh vực năng lượng truyền thống vẫn chưa được phát triển hoàn thiện. Bản thân Nghị định PPP không giải quyết triệt để một số vấn đề then chốt về phân bổ rủi ro và các vấn đề thương mại dẫn đến việc không chắc chắn của các cơ quan thực hiện và do đó gây chậm tiến độ ký kết hợp đồng dự án và tiến độ triển khai thực tế của dự án. Một số trong các vấn đề này vẫn chưa được giải quyết trong dự thảo hiện nay của Luật PPP được đề xuất, vui

lòng xem thêm ở Phần III dưới đây.

Hơn nữa, số lượng tiền lệ về các dự án do tư nhân đầu tư được tài trợ vốn và đã hoàn thành còn rất hạn chế. Do đó, các cơ quan chính phủ thường không có đầy đủ các hướng dẫn pháp lý và thực tế để có thể quản lý việc triển khai dự án một cách trơn tru, đặc biệt là ngoài lĩnh vực điện truyền thống.

Thiếu sự phối hợp giữa các cơ quan hữu quan

Cuối cùng, việc thiếu sự phối hợp giữa các cơ quan hữu quan cũng khiến các nhà đầu tư lúng túng. Cơ cấu thể chế và vai trò của các cơ quan Chính phủ khác nhau trong khung pháp lý của PPP được quy định trong Nghị định PPP và dự thảo hiện nay của Luật PPP được đề xuất. Nghị định PPP đã đưa ra một chương trình được lập kế hoạch giám sát tập trung để quản lý các dự án PPP, tập trung vào Ban Chỉ đạo liên Bộ về Đầu tư theo hình thức PPP¹⁴ dưới sự lãnh đạo của Phó Thủ tướng Trịnh Đình Dũng, đóng vai trò điều phối viên giữa các Bộ và Ủy ban nhân dân tỉnh tham gia vào các dự án PPP. Bộ trưởng Bộ KH&ĐT là Phó trưởng Ban Chỉ đạo và Bộ KH&ĐT cũng là nơi đặt văn phòng thường trực của Ban Chỉ đạo. Tuy nhiên, nội dung hiện tại của Luật PPP được đề xuất đã bỏ đi phần dẫn chiếu đến Ban Chỉ đạo, và đưa ra các quy định về thành lập các “Hội đồng thẩm định” trung ương để đánh giá các dự án PPP với các thành phần khác nhau phụ thuộc vào quy mô và mức độ phê duyệt của dự án.¹⁵ Không rõ liệu Hội đồng thẩm định có cùng tồn tại với Ban chỉ đạo hay không. Trong khi các nỗ lực cải thiện sự phối kết hợp giữa các cơ quan chính phủ được chào đón, một điều quan trọng là cần quy định và phân chia rõ ràng trách nhiệm của các cơ quan này, bởi vì bất kỳ sự chồng chéo hay không chắc chắn nào cũng có thể phản tác dụng.

Trên thực tế, các nhà đầu tư nước ngoài nhận thấy thực tiễn của các cơ quan Chính phủ trung ương và địa phương không thống nhất và các cơ quan địa phương khác nhau có thể có quan điểm khác nhau về các vấn đề chính liên quan đến khả năng đầu tư của một dự án. Chính quyền địa phương, đặc biệt ở những tỉnh vùng sâu vùng xa, vẫn đứng ngoài lề trong quá trình cải cách.

Lợi ích/quan ngại tiềm tàng đối với Việt Nam

Theo chúng tôi, bên cạnh tính kinh tế và thương mại của từng dự án PPP, năng lực thể chế và thực tiễn cũng như vấn đề về phối hợp giữa các bộ ngành sẽ là nhân tố quan trọng duy nhất làm giảm tính cạnh tranh của các dự án PPP tại Việt Nam. Điều này sẽ tiếp tục khiến các dự án thực hiện tại Việt Nam có tiến độ chậm hơn và chi phí cao hơn so với khi triển khai dự án ở các quốc gia khác, bao gồm các nước ASEAN, và có thể làm nhà đầu tư mất kiên nhẫn, không còn hứng thú với chương trình PPP của Việt Nam. Trong bối cảnh dự án PPP được triển khai hiệu quả ở các thị trường khác trong khu vực Đông Nam Á (cụ thể là Thái Lan hiện nay), nếu Việt Nam không giải quyết vấn đề này thì việc xây dựng một danh mục dự án cạnh tranh và khả thi sẽ càng khó khăn hơn, đặc biệt là khi sự quan tâm vào các phạm vi pháp lý khác vốn từng ít hoạt động trong những năm gần đây đang khôi phục, dự kiến là trong tương lai gần. Tuy nhiên, chúng tôi cũng hiểu rằng các tổ chức nghiên cứu phát triển tại Việt Nam đang nỗ lực đưa ra giải pháp cho một số vấn đề trên và điều này là rất đáng hoan nghênh.

Khuyến nghị

- Tiếp tục thường xuyên tổ chức các buổi hội thảo và xây dựng năng lực có chất lượng cho các cơ quan chính phủ liên quan, đặc biệt là cán bộ cấp tỉnh. Chính phủ cần tổ chức các hội thảo nâng cao năng lực tập trung vào các quy định pháp luật mới tại thời điểm thích hợp để đảm bảo các quy định mới này được thi hành nhất quán bởi các cơ quan Nhà nước;
- Tiếp tục xây dựng các quy định thi hành cũng như hướng dẫn dự án nhằm hỗ trợ các cơ quan nhà nước được ủy quyền trong việc thực hiện dự án;
- Xây dựng (với sự hỗ trợ của các tư vấn quốc tế có kinh nghiệm trong các thị trường khác) các bộ hồ sơ thầu đã được phê duyệt, bao gồm hợp đồng dự án có các mô hình phân bổ rủi ro được quốc tế công nhận làm cơ sở đầu thầu để giảm thiểu nguy cơ chậm triển khai dự án;

¹⁴ Ban chỉ đạo được thành lập theo Quyết định 1642/QĐ-TTg ngày 29 tháng 10 năm 2012 của Thủ tướng Chính phủ và các hoạt động của Ban chỉ đạo chủ yếu được điều chỉnh theo Quyết định 2048/QĐ-TTg ngày 27 tháng 10 năm 2016 của Thủ tướng Chính phủ (thay thế Quyết định 1624); tuy nhiên, việc đưa nội dung này vào Nghị định PPP đã đưa Ban chỉ đạo vào khung pháp lý rộng hơn của cơ chế PPP của Việt Nam.

¹⁵ Điều này bao gồm một “Hội đồng thẩm định Nhà nước” và một “Hội đồng thẩm định liên ngành” cho các dự án mà việc phê duyệt chính sách đầu tư nằm trong thẩm quyền tương ứng của Quốc hội và Thủ tướng. Các hội đồng thẩm định nội bộ cũng được thành lập trong các cơ quan hoặc tổ chức chính phủ liên quan trong đó việc phê duyệt chính sách đầu tư của một dự án được thực hiện ở cấp thấp hơn.

- Xây dựng các dự án khả thi phù hợp với thông lệ quốc tế tốt nhất để giới thiệu các kinh nghiệm thực tiễn tới các cơ quan Nhà nước có thẩm quyền; và
- Thiết lập một quy trình triển khai thực hiện có sự tham gia của tất cả các Bộ và cơ quan chủ chốt để xây dựng thực hành thống nhất về phát triển dự án, tận dụng nguồn nhân lực các chuyên gia có kinh nghiệm về các vấn đề về khả năng vay vốn ngân hàng và khả năng được cấp vốn trong ngành điện lực.

III. HỢP LÝ HÓA CÁC QUY ĐỊNH THỰC HIỆN CHI TIẾT

Cơ quan Chính phủ liên quan: Bộ Kế hoạch và Đầu tư (Bộ KH&ĐT), Cơ quan Nhà nước được ủy quyền, và các cơ quan hữu quan khác.

Mô tả vấn đề

Các nỗ lực gần đây của Chính phủ trong việc hợp lý hóa khuôn khổ PPP đã nâng cao được tính nhất quán và cải thiện được các điều kiện đầu tư.

Mặc dù có những cải thiện, sự chồng chéo và khoảng cách trong các quy định hiện hành vẫn là một trở ngại lớn đối với việc phát triển các dự án PPP—lý tưởng nhất là nên được khắc phục trong Luật PPP được đề xuất. Tuy nhiên, dựa trên dự thảo tháng 05 năm 2020, có vẻ như một số vấn đề chính vẫn chưa được giải quyết sau khi Luật này được ban hành và có thể tiếp tục gây trở ngại cho quá trình cấp vốn và xây dựng các dự án hạ tầng quan trọng ở Việt Nam.

Các nhà đầu tư nước ngoài trong các dự án PPP cần tuân thủ rất nhiều quy định, bao gồm Luật Ngân sách Nhà nước,¹⁶ Luật Đầu tư công,¹⁷ Luật Doanh nghiệp,¹⁸ Luật Đất đai,¹⁹ Luật Xây dựng²⁰ và Luật Đấu thầu cùng với các Nghị định và Thông tư hướng dẫn, và sự dẫn chiếu chồng chéo giữa những luật này có khả năng gây ra sự thiếu nhất quán. Mặc dù Bộ KH&ĐT đã chính thức xác nhận rằng Luật PPP được đề xuất sẽ loại bỏ các dẫn chiếu không liên quan và không cần thiết đối với Luật Đầu tư Công, có vẻ như nội dung hiện tại vẫn không thực hiện điều này một cách triệt để. Lý tưởng nhất là Luật Đầu tư công (và các luật liên quan như Luật Ngân sách Nhà nước) chỉ nên được áp dụng trong trường hợp thực sự cần thiết để đánh giá phần vốn góp của Nhà nước cho một dự án cụ thể, ví dụ như ở giai đoạn phê duyệt về nguyên tắc, hoặc Luật PPP được đề xuất nên quy định một khuôn khổ toàn diện và độc lập để quản lý các dự án PPP để tránh xung đột tiềm ẩn với các cơ chế đầu tư khác.

Dự thảo dường như cũng chứa các sửa đổi đối với Luật Đấu thầu để xóa bỏ một số dẫn chiếu nhất định tới quy chế PPP. Do Nghị định 25 mới được ban hành vào tháng 2 năm nay dẫn chiếu tới “luật về đấu tư theo hình thức PPP” cũng như tới Luật Đấu thầu, dường như các thành phần của Luật Đấu thầu vẫn còn liên quan tới việc lựa chọn nhà đầu tư PPP, nhưng văn bản hiện vẫn phải được rà soát trong hoàn cảnh này, do Luật PPP được đề xuất cũng chứa đựng các quy định hiện hành. Như đã đề cập trước đó, điều lý tưởng là gộp tất cả các quy trình và tiêu chí lựa chọn nhà đầu tư áp dụng trong trường hợp PPP vào một chỗ.

Ngoài ra, các điều khoản hiện hành theo Nghị định PPP và nội dung hiện tại của Luật PPP được đề xuất vẫn không khắc phục được các vấn đề chính của nước chủ nhà được xác định trong quá trình xây dựng và cấp vốn cho các dự án hạ tầng tại Việt Nam, và có những kẻ hở cần được khắc phục. Chúng tôi liệt kê một số ví dụ dưới đây.

Đảm bảo về đất và tài sản gắn liền với đất

Quy định hiện hành vẫn còn mơ hồ về quyền được thế chấp các quyền sử dụng đất trong trường hợp nhà đầu tư được miễn thuế sử dụng đất hoặc tiền thuê đất (một trong các ưu đãi đối với các nhà đầu tư vào các dự án PPP). Theo Luật Đất đai và các quy định hướng dẫn thì quyền sử dụng đất chỉ được thế chấp nếu tiền thuê hoặc phí sử dụng đã được nhà đầu tư thanh toán đầy đủ (và nội dung này không bị điều chỉnh bởi Nghị định PPP). Điều này

16 Luật Ngân sách Nhà nước 83/2015/QH13 ngày 15 tháng 6 năm 2015 của Quốc hội.

17 Luật Đầu tư công 49/2014/QH13 ngày 13 tháng 06 năm 2019 của Quốc hội.

18 Luật Doanh nghiệp 68/2014/QH13 ngày 26 tháng 11 năm 2014 của Quốc hội.

19 Luật Đất đai 45/2013/QH13 ngày 29 tháng 11 năm 2013 của Quốc hội.

20 Luật Xây dựng 50/2014/QH13 ngày 18 tháng 6 năm 2014 của Quốc hội.

có nghĩa là một nhà đầu tư được miễn phí sử dụng đất hoặc tiền thuê đất không có quyền thế chấp đất đã được miễn thuế đó. Tuy nhiên, việc không được thế chấp đất dự án làm suy giảm các ưu đãi sử dụng đất như được quy định trong Nghị định PPP và làm hạn chế khả năng tài chính của các dự án PPP, từ đó làm cho khuôn khổ PPP trở nên kém hiệu quả. Do vậy, sự thiếu nhất quán giữa Nghị định PPP và Luật Đất đai vẫn là một trở ngại lớn cho các bên cấp vốn vay cho các nhà đầu tư dự án PPP. Đối với Luật PPP được đề xuất, nội dung hiện tại chỉ đơn giản là quy định đất dự án có thể được sử dụng làm tài sản đảm bảo theo “pháp luật về đất đai và dân sự” của Việt Nam – điều này không vượt quá phạm vi của các quy định hiện hành.²¹

Ngoại hối

Vấn đề về ngoại hối cũng sẽ tiếp tục tác động đến tính hấp dẫn của các dự án PPP tại Việt Nam đối với các nhà đầu tư phụ thuộc vào nguồn vốn vay nước ngoài. Chính phủ Việt Nam bảo đảm bảo lãnh tỷ giá ngoại hối là một vấn đề quan trọng đối với các nhà đầu tư cần nguồn vốn từ nước ngoài và các bên cung cấp vốn vay cho nhà đầu tư. Về các dự án nhiệt điện BOT, Công văn 1604/ TTg-KTN ngày 12 tháng 9 năm 2011 của Thủ tướng Chính phủ (vẫn còn hiệu lực) đưa ra những đảm bảo về môi trường đầu tư nói chung và đặc biệt là sự bảo đảm của Chính phủ liên quan đến việc định giá điện bằng Đô-la Mỹ, ngay cả khi phải trả bằng đồng Việt Nam. Điều quan trọng là văn bản này cũng có điều khoản quy định rằng Chính phủ sẽ đảm bảo chuyển đổi thành Đô-la Mỹ 30% doanh thu của dự án từ tiền đồng Việt Nam sau khi trừ chi phí tính bằng đồng Việt Nam. Các điều khoản tương tự để đảm bảo tối đa 30% doanh thu bằng đồng Việt Nam cho các dự án PPP mà việc phê duyệt chủ trương đầu tư thuộc thẩm quyền của Quốc hội hoặc Thủ tướng Chính phủ hiện được quy định trong văn bản hiện hành của Luật PPP được đề xuất, đem lại sự chắc chắn về mặt pháp lý, mặc dù việc ngưỡng bảo đảm 30% doanh thu này có đủ hay không thì vẫn cần được kiểm tra bên ngoài lĩnh vực điện năng truyền thống.

Quỹ Bù đắp Tài chính (VGF), đảm bảo doanh thu tối thiểu và chia sẻ rủi ro

Một lĩnh vực quan trọng khác ảnh hưởng đến sự phát triển trong tương lai của các dự án PPP là việc thiếu các hướng dẫn và thực hành liên quan đến Quỹ Bù đắp Tài chính (VGF). Các tài liệu tham khảo ban đầu về tính khả thi của VGF theo Nghị định 15 và Nghị định 63 liên quan đến các dự án thí điểm được đề xuất đã đánh dấu một bước tiến đáng khích lệ đối với những người nước ngoài tham gia vào thị trường PPP. Nếu không có hướng dẫn chi tiết về việc định lượng vốn đầu tư nhà nước trong một dự án PPP nhất định thì không thể thực hiện dự án với các điều khoản của VGF.

Tương tự như trên, việc không có bất kỳ khuôn khổ nào để tăng cường sự hỗ trợ của Nhà nước dưới hình thức bảo đảm doanh thu tối thiểu để có thể đảm bảo khả năng tài chính của các dự án kinh tế không khả thi trong dài hạn là một trở ngại lớn về mặt cấu trúc và cộng đồng quốc tế hy vọng vấn đề sẽ được giải quyết trong quá trình xây dựng pháp luật sắp tới.

Dự thảo hiện tại của Luật PPP được đề xuất dường như dự tính khả năng có được VGF ở cấp cao với các điều khoản khá chung chung, quy định rằng vốn Nhà nước có thể được sử dụng để “cung cấp hỗ trợ” cho một dự án trong giai đoạn xây dựng, mặc dù một số chi tiết đã được cung cấp và Chính phủ sẽ “cung cấp hướng dẫn” kịp thời.²²

Dự thảo cũng đưa ra một cơ chế chia sẻ rủi ro, theo đó Chính phủ sẽ chịu 50% phần thâm hụt giữa doanh thu thực tế và doanh thu cam kết cho dự án trong một số tình huống nhất định, và sẽ có thể cũng được hưởng lợi 50% phần thặng dư giữa doanh thu thực tế và doanh thu cam kết. Mặc dù các cơ chế chia sẻ rủi ro thường được hoan nghênh như một hình thức hỗ trợ khả thi để tăng cường khả năng tài chính của các dự án có thể yêu cầu điều này, dự thảo hiện tại vẫn còn nhiều quan ngại vì các lý do sau:

- Không rõ liệu cơ chế này được áp dụng một cách không bắt buộc cho một dự án cụ thể hay được áp dụng cho tất cả các dự án (khi các điều kiện cụ thể được đáp ứng), và việc soạn thảo cần được làm rõ về khía cạnh này.
- Việc chia sẻ phần giảm doanh thu phụ thuộc vào một số điều kiện không được áp dụng trong trường hợp doanh thu của một sự án vượt quá dự toán—ví dụ, Chính phủ sẽ chỉ chia sẻ phần giảm doanh thu cho các dự án được thực hiện dưới các hình thức BOT, BOT hay BOO do Nhà Nước đề xuất trong đó phần giảm doanh thu là do “thay đổi về quy hoạch, chính sách pháp luật có liên quan”—dường như hạn chế rủi ro chia sẻ phần giảm doanh thu quan trọng. Tuy nhiên, các dự án do nhà đầu tư đề xuất cũng như các dự án hưởng lợi từ VGF

21 Điều 82.4 của dự thảo Luật PPP được đề xuất tháng 5 năm 2020.

22 Xem Điều 71 và 72 của dự thảo Luật PPP được đề xuất tháng 5 năm 2020.

có vẻ như không đủ điều kiện để được chia sẻ phần giảm doanh thu (mà không phải là chia sẻ phần tăng doanh thu).

- Hơn nữa, khi các điều kiện về chia sẻ doanh thu được đáp ứng, dự thảo cho thấy rằng điều khoản của hợp đồng PPP sẽ được điều chỉnh tương ứng và không rõ các thay đổi theo đó đối với tổng doanh thu trong dòng đời của dự án sẽ ảnh hưởng tới các điều khoản chia sẻ doanh thu được quy định tại dự thảo như thế nào.
- Về các chi tiết của cơ chế chia sẻ, doanh thu cam kết của dự án sẽ được xác định dựa trên “phương án tài chính” của nó,²³ nhưng không rõ ràng ở giai đoạn nào kế hoạch tài chính sẽ được chốt cho các mục đích này, và liệu có được phép sửa đổi hay hiệu chỉnh ở từng thời điểm hay không. Dự thảo cũng bao gồm đề xuất phương án chia sẻ lỗ lãi thay cho phương án chia sẻ doanh thu—tuy nhiên, đây là phương án khác biệt so với thông lệ quốc tế và hiện vẫn chưa rõ liệu phương án này có ưu điểm vượt trội nào hơn so với mô hình chỉ sẻ doanh thu thông thường.

Do vậy, các ưu đãi trong đề xuất có vẻ không phù hợp, và có thể không hấp dẫn đối với các nhà đầu tư vì Chính phủ có vẻ như là sẽ có lợi nhiều hơn là gặp bất lợi.

Lý tưởng nhất là Luật PPP được đề xuất cần tránh quy định quá mức ở giai đoạn phát triển còn khá sớm này của thực tiễn triển khai dự án PPP tại Việt Nam và sẽ đưa ra một loạt các biện pháp hỗ trợ tài chính và tăng cường tín dụng, bao gồm VGF, đảm bảo doanh thu tối thiểu và các điều khoản chia sẻ rủi ro, để tối đa hóa tính linh hoạt trong phạm vi rộng của các dự án có thể được thực hiện dưới hình thức PPP và để cho phép nhà đầu tư lựa chọn được sự phù hợp dựa trên nhu cầu của một dự án nhất định.

Luật điều chỉnh

Luật PPP được đề xuất cũng yêu cầu các hợp đồng PPP được điều chỉnh bởi luật pháp Việt Nam.²⁴ Điều này khác với quy chế hiện tại theo đó các hợp đồng PPP có thể được điều chỉnh bởi luật pháp nước ngoài trong một số tình huống nhất định theo quy định của Bộ luật Dân sự, nhìn chung, khi hợp đồng có “yếu tố nước ngoài”, bao gồm trong trường hợp một trong các bên là một thực thể nước ngoài. Việc áp dụng các hệ thống luật pháp mang tính quốc tế, trung lập và được xây dựng tốt (thường là luật Anh) đối với các hợp đồng dự án BOT đã và tiếp tục là một vấn đề vô cùng quan trọng về khả năng vay vốn trong việc huy động mức vốn cần thiết cho các dự án PPP quy mô lớn. Trong khi các quy định trong dự thảo cho thấy rằng “những vấn đề pháp luật Việt Nam không có quy định” có thể được quy định tại hợp đồng PPP miễn là các quy định đó không trái với “các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam”, quy định này còn khá mơ hồ và không đủ để làm cho các nhà đầu tư quốc tế và các bên cho vay cảm thấy yên tâm. Cộng đồng các nhà đầu tư mong muốn quy định này được sửa đổi trong luật mới được ban hành, do điều này rõ ràng làm cản trở việc xúc tác các nguồn vốn cần thiết trong hoàn cảnh quy mô và số tiền cần đến. Điều này trái với bối cảnh của lĩnh vực năng lượng tái tạo khi mà các dự án tương đối nhỏ và cùng vấn đề sẽ phát sinh liên quan tới việc huy động vốn cho việc phát triển dự án điện gió và điện mặt trời với quy mô và tham vọng lớn hơn.

Thời hạn hoàn tất các thỏa thuận tài chính

Dự thảo hiện nay của Luật PPP được đề xuất đưa ra yêu cầu đối với các nhà tài trợ và công ty dự án để đạt được việc hoàn tất các thỏa thuận tài chính trong vòng 18 tháng kể từ khi ký kết một thỏa thuận dự án cho các dự án do Quốc hội hoặc Chính phủ phê duyệt, hoặc 12 tháng kể từ khi ký một thỏa thuận dự án cho các dự án khác.²⁵ Dự thảo quy định rằng hợp đồng PPP sẽ không có hiệu lực cho đến khi việc cấp vốn được bảo đảm, tuy nhiên, các hậu quả của việc không đáp ứng các thời hạn bắt buộc về hiệu lực của hợp đồng PPP (ví dụ như hợp đồng có trở nên vô hiệu, có thể bị làm mất hiệu lực hay không thể thi hành trừ khi được thỏa thuận khác đi) là không rõ ràng. Tuy nhiên dự thảo cũng không quy định về việc xây dựng các biểu mẫu hợp đồng PPP chuẩn mực,²⁶ và có thể là vấn đề này sẽ được làm rõ ở bước đó.

Dựa trên kinh nghiệm của các bên cho vay nước ngoài với các dự án quy mô lớn tại Việt Nam, các mốc thời gian này sẽ được coi là cực kỳ tham vọng và có thể là một cản trở đối với đầu tư trong bối cảnh thiếu sự chắc chắn. Trong khi việc có được một quyết tâm nhanh chóng để đạt được việc hoàn tất các thỏa thuận tài chính rõ ràng

23 Cụ thể, doanh thu cam kết cho các mục đích này không được vượt quá một con số phần trăm doanh thu cụ thể dự kiến theo phương án tài chính.

24 Điều 58 của dự thảo Luật PPP được đề xuất tháng 5 năm 2020.

25 Điều 78 của dự thảo Luật PPP được đề xuất tháng 5 năm 2020.

26 Điều 47.2 của dự thảo Luật PPP được đề xuất tháng 5 năm 2020.

là rất đáng mong đợi, khuyến nghị của chúng tôi là điều này cần được thúc đẩy thông qua việc tạo lập một môi trường tạo thuận lợi được xây dựng chắc chắn và suôn sẻ cho việc hoàn tất các dự án PPP, hơn là thông qua các yêu cầu luật định cứng nhắc không cần thiết.

Lợi ích/quan ngại tiềm tàng đối với Việt Nam

Việc ban hành một khung pháp lý cân bằng và thiết thực để quy định về các vấn đề có tầm quan trọng lớn lao như như tính khả thi tài chính của các dự án cơ sở hạ tầng cần được hỗ trợ thông qua phần công của Nhà nước trong cơ chế “đối tác công-tư” cũng là điều quan trọng trong công tác thực thi pháp luật. Các vấn đề tồn đọng làm hạn chế tính hấp dẫn của các dự án PPP đối với các nhà đầu tư nước ngoài, bao gồm sự thiếu rõ ràng của các quy định hiện hành và mâu thuẫn với các quy định khác làm giới hạn ưu đãi của các nhà đầu tư dự án PPP và các khoảng cách quan trọng về mặt cơ cấu liên quan đến sự hỗ trợ của Nhà nước. Luật PPP được đề xuất cần giải quyết triệt để những vấn đề này. Chính phủ cũng cần xem xét nhằm đảm bảo tránh làm phát sinh thêm các điều kiện hoặc hạn chế ảnh hưởng đến sự quan tâm của nhà đầu tư nước ngoài, ví dụ như khả năng áp dụng luật pháp Việt Nam đối với các hợp đồng dự án chủ chốt, cơ chế chia sẻ doanh thu không cân bằng và các thời hạn có tính tham vọng quá mức để đạt được hoàn tất các thỏa thuận tài chính. Các quy định đã được thống nhất và thử nghiệm phù hợp với tiêu chuẩn quốc tế sẽ tạo một khuôn khổ nhất định để chuyển đổi lợi ích của nhà đầu tư nước ngoài trong các dự án PPP sang một luồng đầu tư ổn định trong những năm tới, điều mà có thể gặp phải thách thức về mặt kinh tế lớn hơn là trong những năm vừa qua.

Khuyến nghị

- Tận dụng đà phát triển quy định luật pháp đang sau Luật PPP được đề xuất để làm rõ và hoàn tất các quy định hiện hành theo tiêu chuẩn quốc tế nhằm gia tăng sự hấp dẫn của các dự án PPP Việt Nam đối với các nhà đầu tư nước ngoài, cụ thể là bằng cách đưa ra một khuôn khổ rõ ràng và cố kết cho các dự án PPP để hưởng lợi từ VGF, đảm bảo doanh thu tối thiểu và các biện pháp chia sẻ rủi ro;
- Tiếp tục làm tinh gọn các chính sách và hướng dẫn liên quan đến các dự án PPP, bao gồm thực hiện các quy định sẽ được ban hành sau khi ban hành Luật PPP được đề xuất để thu hút các nhà đầu tư nước ngoài tìm kiếm cơ hội đầu tư vào cơ sở hạ tầng ở Việt Nam, tập trung vào các yếu tố chủ yếu như là mức độ khả dụng và giải ngân của VGF và các biện pháp hỗ trợ tín dụng; và
- Thử nghiệm những quy định này trên các dự án thực tế để các nhà đầu tư thấy tự tin với cách diễn giải các quy định trong quá trình phát triển một dự án PPP.

LỜI CẢM ƠN

Tiểu ban Pháp luật thuộc EuroCham và đặc biệt đối với chương này:
 Samantha Campbell, Luật sư thành viên, Hogan Lovells Việt Nam và Singapore
 Huỳnh Long, Cộng sự cấp cao, Hogan Lovells Việt Nam
 George Williams, Cộng sự cấp cao, Hogan Lovells Việt Nam
 Nguyễn Mai Phương, Cộng sự, Hogan Lovells Việt Nam

CHƯƠNG 10 BẤT ĐỘNG SẢN

TỔNG QUAN

Nhờ vào việc ban hành các chính sách khuyến khích đầu tư và tăng cường sự tham gia của các nhà đầu tư mới, thị trường bất động sản Việt Nam đã trở nên sôi động hơn trong bốn năm qua. Việt Nam có điều kiện thuận lợi để cải thiện cơ sở hạ tầng và tăng khả năng cạnh tranh kinh tế với các hiệp định thương mại tự do như Hiệp định Thương mại Tự do giữa Liên minh châu Âu và Việt Nam (EVFTA) và Hiệp định Bảo hộ Đầu tư giữa Liên minh châu Âu và Việt Nam (EVIPA) mới được phê chuẩn bởi Nghị viện châu Âu vào ngày 12 tháng 2 năm 2020, và bởi Quốc hội Việt Nam vào ngày 8 tháng 6 năm 2020. Thêm vào đó, một số luật quan trọng đã được ban hành gần đây như Luật Xây dựng 2014,¹ Luật Nhà ở 2014² và Luật Kinh doanh Bất động sản 2014³ đã thúc đẩy sự phát triển của thị trường bất động sản. Tuy nhiên, nếu việc cải cách và minh bạch hóa các thủ tục hành chính không được thực hiện đầy đủ, dòng vốn có khả năng sẽ chuyển sang các nước láng giềng. Chúng tôi cho rằng còn nhiều hạn chế trong hệ thống pháp luật làm cản trở hoạt động và sự phát triển bền vững của thị trường bất động sản cần được xem xét và chúng tôi muốn chia sẻ quan điểm với Chính phủ để tối đa hóa các điều kiện thuận lợi mà Việt Nam đang có.

Thứ nhất, cần thiết lập một khung pháp lý đối với các loại hình bất động sản mới trong dự án bất động sản như “căn hộ khách sạn”, “nhà ở khách sạn” và “văn phòng khách sạn” đang ngày càng thu hút nhiều vốn đầu tư hơn. Hiện nay, cách diễn giải về các loại bất động sản này giữa người mua nhà, chủ đầu tư dự án bất động sản và cơ quan quản lý còn tồn tại nhiều mâu thuẫn. Vì lý do đó, việc thiết lập khung pháp lý để quản lý một cách có hệ thống các loại bất động sản mới này là cần thiết để kịp thời giải quyết tất cả các vấn đề pháp lý liên quan, phát triển thị trường bất động sản và thu hút vốn đầu tư nước ngoài.

Thứ hai, bảo vệ người mua nhà trong các dự án nhà ở mà chủ đầu tư dự án bất động sản mất khả năng thanh toán hoặc phá sản là việc tối quan trọng bởi vì khi điều này xảy ra, người mua nhà, cũng là người phải gánh chịu hậu quả cuối cùng, sẽ phải đối mặt với nhiều rủi ro pháp lý.

Bên cạnh đó, có sự chậm trễ trong việc cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất (GCNQSDĐ) cho người nước ngoài của các cơ quan hữu quan vì hiện tại không có danh mục dự án nhà ở thương mại theo đó quyền sở hữu nhà ở nước ngoài bị cấm (Danh sách Dự án bị Cấm Sở hữu Nước ngoài), việc này ảnh hưởng nghiêm trọng đến quyền lợi của người mua nước ngoài và kéo theo một số rủi ro pháp lý. Ngoài ra, Luật Nhà ở quy định các cơ quan quản lý xây dựng (Sở Xây dựng, SXD) phải thiết lập một hệ thống thông tin nhà ở toàn diện⁴ để thuận tiện cho người dân, bao gồm danh sách các dự án nhà ở đủ tiêu chuẩn để bán cho người mua nhà. Tuy nhiên, trên thực tế, hệ thống này vẫn chưa được triển khai sau 5 năm Luật Nhà ở có hiệu lực. Điều này đã dẫn đến việc người mua nhà không có đủ thông tin và có thể góp phần gây ra các vụ lừa đảo khách hàng của một số chủ đầu tư dự án bất động sản.

Mặc dù đã có những cải thiện trong hệ thống pháp lý và cải cách hành chính so với luật pháp trước đây, vẫn còn nhiều điểm thiếu sót trong các quy định về dự án bất động sản. Do đó, chúng tôi muốn nhấn mạnh một số thiếu sót về pháp lý và đưa ra các khuyến nghị của các thành viên EuroCham. Chúng tôi hoan nghênh các cơ hội được hợp tác với các cơ quan lập pháp để tạo điều kiện cho sự tăng trưởng và hoạt động hiệu quả của thị trường bất động sản.

¹ Luật Xây dựng 50/2014/QH13 ngày 18 tháng 6 năm 2014 của Quốc hội.

² Luật Nhà ở 65/2014/QH13 ngày 25 tháng 11 năm 2014 của Quốc hội.

³ Luật Kinh doanh Bất động sản 66/2014/QH13 ngày 25 tháng 11 năm 2014 của Quốc hội.

⁴ Luật Nhà ở 2014, Chương X.

I. “CĂN HỘ KHÁCH SẠN”, “NHÀ Ở KHÁCH SẠN” VÀ “VĂN PHÒNG KHÁCH SẠN” VÀ THỦ TỤC PHÊ DUYỆT ĐẦU TƯ

Cơ quan Chính phủ liên quan: Bộ Xây dựng (BXD), Bộ Kế hoạch và Đầu tư (Bộ KH&ĐT)

Mô tả vấn đề

Hiện nay, các loại bất động sản lai mới trong các dự án bất động sản bao gồm “căn hộ khách sạn”, “nhà ở khách sạn” và “văn phòng kết hợp lưu trú” đã xuất hiện trong thị trường bất động sản. Tuy nhiên, khuôn khổ pháp lý của Việt Nam còn thiếu quy định về dự án bất động sản thuộc các loại này. “Căn hộ khách sạn”, “nhà ở khách sạn” và “văn phòng khách sạn” rất phổ biến trên thị trường bất động sản do đáp ứng được nhu cầu của khách hàng. “Căn hộ khách sạn” (kết hợp của hai từ “căn hộ” và “khách sạn”) là thuật ngữ được hiểu như một loại căn hộ trong khách sạn. Chủ sở hữu “căn hộ khách sạn” có quyền tạm thời ở, bán hoặc cho thuê. “Căn hộ khách sạn” có chức năng sử dụng chính là khách sạn (lưu trú ngắn ngày và không tạo thành một đơn vị nhà ở) nên thường được đặt gần bãi biển hoặc trong khu du lịch. “Nhà ở khách sạn” (kết hợp của hai từ “nhà ở” và “khách sạn”) là một thuật ngữ được hiểu như là một loại nhà ở sang trọng phục vụ lưu trú dài hạn. “Nhà ở khách sạn” kế thừa tất cả các dịch vụ và tiện nghi đạt tiêu chuẩn khách sạn năm sao, đảm bảo môi trường sống thoải mái cho chủ sở hữu và người thuê. “Nhà ở khách sạn” được đặt tại các thành phố lớn và thường được xây dựng dưới dạng các biệt thự liền kề. “Văn phòng khách sạn” (kết hợp của hai từ “văn phòng” và “khách sạn”) là một thuật ngữ được hiểu như một loại văn phòng có chức năng để ở.

Như vậy, “căn hộ khách sạn”, “nhà ở khách sạn” và “văn phòng khách sạn” là loại căn hộ kết hợp nhiều chức năng khác nhau trong một môi trường sống. Theo Điều 3.4 của Nghị định 43/2014/NĐ-CP,⁵ trường hợp đất đai có nhà chung cư có mục đích hỗn hợp được xây dựng trước ngày 1 tháng 7 năm 2014 với một phần diện tích sàn được sử dụng làm văn phòng, cơ sở thương mại, dịch vụ, mục đích sử dụng chính được xác định là đất ở. Tuy nhiên, “căn hộ khách sạn”, “nhà ở khách sạn”, “văn phòng khách sạn” kết hợp nhiều chức năng khác nhau trong một diện tích căn hộ mà không có phần diện tích tách riêng trong căn hộ chung cư theo quy định của pháp luật.⁶

Theo Điều 5.1 của Luật Đầu tư, nhà đầu tư được quyền thực hiện hoạt động đầu tư kinh doanh trong các ngành, nghề mà pháp luật không cấm. Các loại bất động sản lai mới trong các dự án bất động sản như “căn hộ khách sạn”, “nhà ở khách sạn” và “văn phòng khách sạn” lại không được điều chỉnh bởi pháp luật. Điều này gây nhầm lẫn cho cơ quan có thẩm quyền trong quá trình quản lý đầu tư xây dựng và sử dụng các loại bất động sản này. Vì lý do đó, các nhà đầu tư dự án bất động sản mới có các loại hình bất động sản lai này phải đối mặt với nhiều rủi ro pháp lý, đặc biệt là trong việc cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất.

Căn cứ theo Luật Nhà ở, việc phê duyệt dự án xây dựng nhà ở bắt buộc phải thông qua các thủ tục sau (i) quyết định chủ trương đầu tư theo Luật Đầu tư, hoặc (ii) chấp thuận chủ trương đầu tư nếu các dự án xây dựng nhà ở không thuộc diện quyết định chủ trương đầu tư theo quy định của Luật đầu tư.⁷ Tuy nhiên, căn cứ Điều 20 của Nghị định 11/2013/NĐ-CP,⁸ chủ đầu tư dự án khu đô thị phải lập hồ sơ chấp thuận đầu tư trình cơ quan có thẩm quyền để nhận quyết định chấp thuận đầu tư. Những quy định trên đã dẫn đến nhiều cách diễn giải khác nhau về việc liệu chủ đầu tư dự án khu đô thị có cần nộp hồ sơ và nhận tất cả các loại giấy tờ như trên hay không. Việc này khiến thủ tục hành chính trong việc phê duyệt các dự án xây dựng khu đô thị có thể trở nên chồng chéo và kéo dài. Điều này sẽ ảnh hưởng xấu đến môi trường đầu tư và kinh doanh tại Việt Nam.⁹

Ngoài ra, theo Điều 126 của Luật Đất đai, người mua nhà ở gắn liền với quyền sử dụng đất được sử dụng đất ổn

⁵ Nghị định 43/2014/NĐ-CP ngày 15 tháng 5 năm 2014 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều của Luật Đất đai.

⁶ Mới đây, Bộ Tài nguyên và Môi trường đã ban hành Công văn số 703/BTNMT-TCLĐĐĐ ngày 14 tháng 02 năm 2020 để hướng dẫn về vấn đề này (CV 703). Việc kinh doanh dịch vụ lưu trú tại các căn hộ khách sạn, biệt thự du lịch thuộc loại hình kinh doanh dịch vụ du lịch và thuộc nhóm ngành dịch vụ lưu trú, ăn uống quy định tại Danh mục Hệ thống ngành kinh tế Việt Nam ban hành kèm theo Quyết định số 27/2018/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ ngày 6 tháng 7 năm 2018. Vì vậy, việc sử dụng đất để kinh doanh căn hộ khách sạn, biệt thự du lịch sẽ được xác định theo chế độ sử dụng đất thương mại, dịch vụ theo quy định tại Điều 153 Luật Đất đai.

⁷ Điều 170.2 Luật Đầu tư.

⁸ Nghị định 11/2013/NĐ-CP ngày 14 tháng 01 năm 2013 của Chính phủ về quản lý đầu tư phát triển đô thị.

⁹ Để khắc phục vấn đề này, Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Đầu tư đã có nội dung quy định việc gộp ba loại thủ tục kể trên thành một thủ tục thống nhất: Chấp thuận chủ trương đầu tư. Dự thảo này hiện nay đang được Quốc Hội xem xét. Xem tại: < http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=1777&LanID=1810&TabIndex=1 > truy cập lần cuối ngày 28 tháng 4 năm 2020.

định lâu dài, trong khi đó thời hạn giao đất cho dự án căn hộ sử dụng cho các hoạt động thương mại và dịch vụ không được quá 50 năm. Như vậy, có sự khác biệt trong việc sử dụng đất, sử dụng nhà ở và sử dụng căn hộ thương mại và dịch vụ. Do đó, nếu “căn hộ khách sạn”, “nhà ở khách sạn” và “văn phòng khách sạn” thuộc phạm vi điều chỉnh của luật này, nên có thời hạn sử dụng đất lâu dài và ổn định hay không quá 50 năm.¹⁰

Xét các đặc điểm “khách sạn” của “căn hộ khách sạn”, “nhà ở khách sạn” và “văn phòng khách sạn”, những loại bất động sản này đôi khi đc gọi là cơ sở lưu trú du lịch theo các quy định về du lịch. Cụ thể, Điều 48 của Luật Du lịch 2017 quy định tám loại cơ sở lưu trú, trong đó “căn hộ khách sạn” được gọi là căn hộ du lịch.¹¹ Tuy nhiên, định nghĩa này vẫn không rõ ràng do quy định này không giải thích về “văn phòng khách sạn” và “nhà ở khách sạn”.

Sở Xây dựng, Sở Tài nguyên và Môi trường, Hiệp hội Bất động sản Thành phố Hồ Chí Minh và Ủy ban Nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh đã báo cáo với Bộ Xây dựng (BXD) và Thủ tướng Chính phủ về yêu cầu phải có các quy định về “văn phòng khách sạn”. Theo Cục Quản lý Nhà và Thị trường Bất động sản, Bộ Xây dựng, vào cuối năm 2018/đầu năm 2019 sẽ có một số nội dung làm rõ về các loại tài sản bất động sản này.¹²

Tuy nhiên, tại thời điểm soạn thảo chương này, BXD vẫn chưa đưa ra các nội dung làm rõ được chờ đợi từ lâu¹³. Trong thực tế, không có giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và các tài sản khác gắn liền với đất đã được cấp cho các chủ sở hữu “văn phòng khách sạn”, và hiện đang chờ hướng dẫn cụ thể của BXD về vấn đề này. Các thành viên EuroCham tin rằng việc thiết lập một khung pháp lý cho các loại tài sản lai mới này có vai trò quan trọng không chỉ đối với sự phát triển và đáp ứng nhu cầu của thị trường bất động sản mà còn thu hút nhà đầu tư và bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của họ theo luật pháp Việt Nam.

Lợi ích/quan ngại tiềm tàng đối với Việt Nam

Việc thiếu các quy định pháp luật điều chỉnh các bất động sản như trên trong thời gian dài có thể có tác động tiêu cực đến quyết định đầu tư của các nhà đầu tư dự án nhà ở, “Văn phòng khách sạn”, “nhà ở khách sạn” và “căn hộ khách sạn” có thể thu hút nhiều dự án đầu tư hơn và do đó, việc bảo vệ quyền và lợi ích của nhà đầu tư là cần thiết.

Đối với người Việt Nam, nhiều dự án đầu tư bất động sản được thực hiện sẽ giúp tăng doanh thu, việc làm và lợi ích kinh tế cho thị trường bất động sản và từ đó góp phần vào an sinh xã hội bền vững của Việt Nam trong dài hạn.

Khuyến nghị

- Chúng tôi xin Khuyến nghị ban hành quy định pháp luật với tiêu chuẩn và hướng dẫn cụ thể về “căn hộ khách sạn”, “nhà ở khách sạn” và “văn phòng khách sạn”; quy định rõ thời hạn sử dụng đất; sửa đổi quy định pháp luật về phân loại và cơ chế sử dụng đất cho căn hộ có mục đích hỗn hợp; và cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất cho “căn hộ khách sạn”, “nhà ở khách sạn” và “văn phòng khách sạn”.

10 Mới đây, dự thảo Luật sửa đổi bổ sung Luật Đất đai do Bộ Tài nguyên Môi trường trình Chính phủ đã được ban hành để “giải cứu” “căn hộ khách sạn”, “nhà ở khách sạn” và “văn phòng khách sạn”. Dự thảo Luật đã đưa ra hai giải pháp liên quan đến thời hạn sử dụng đất:

(i) Nếu “căn hộ khách sạn”, “nhà ở khách sạn” và “văn phòng khách sạn” có chức năng nhà ở thì sẽ được xác định là đất ở, với thời hạn sử dụng đất của dự án là 50-70 năm theo quy định của Luật Đất đai. Chủ sở hữu được phép sử dụng đất ổn định và lâu dài.

(ii) Xác định là đất sử dụng cho thương mại và dịch vụ với thời hạn sử dụng đất của dự án là 50-70 năm theo quy định của Luật Đất đai. Chủ sở hữu được phép sử dụng đất trong suốt thời hạn của dự án.

“Đề xuất sửa Luật để giải cứu condotel, officetel”, *VnExpress*, ngày 27 tháng 12 năm 2018. Xem tại: <<https://vnexpress.net/kinh-doanh/de-xuat-sua-luat-de-giai-cuu-condotel-officetel-3688373.html>> truy cập lần cuối ngày 8 tháng 12 năm 2019.

Ngoài ra, theo CV 703, chế độ sử dụng đất đối với loại hình căn hộ khách sạn, biệt thự du lịch được xác định theo chế độ sử dụng đất đối với loại đất thương mại, dịch vụ. Theo đó, thời hạn sử dụng đất được quyết định trên cơ sở dự án đầu tư nhưng không quá 50 năm, hoặc không quá 70 năm đối với dự án có vốn đầu tư lớn nhưng thu hồi vốn chậm, dự án đầu tư vào địa bàn có điều kiện kinh tế - xã hội khó khăn, v.v. Tuy nhiên, CV 703 không đưa ra hướng dẫn rõ ràng đối với loại hình văn phòng khách sạn và nhà ở khách sạn.

11 Theo ông Nguyễn Mạnh Khởi, Cục phó Cục Quản lý Nhà và Thị trường Bất động sản, Bộ Xây dựng, “Condotel chắc chắn có sổ đỏ, nhưng phải chờ”, *Ninh Việt*, ngày 15 tháng 5 năm 2019. Xem tại: <<https://bds.tinnhanhchungkhoan.vn/bds-phap-luat/condotel-chac-chan-co-so-do-nhung-phai-cho-211901.html>> truy cập lần cuối ngày 8 tháng 12 năm 2019.

12 Theo ông Nguyễn Mạnh Khởi, Cục phó Cục Quản lý Nhà và Thị trường Bất động sản, Bộ Xây dựng, “Cuối 2018 sẽ có một số văn bản pháp lý cho condotel”, *Café*, ngày 15 tháng 8 năm 2018. Xem tại: <<http://cafe.vn/cuoi-2018-se-co-mot-so-van-ban-phap-ly-cho-condotel-20180805181042815.chn>> truy cập lần cuối ngày 8 tháng 12 năm 2019.

13 Gần đây đã có ba văn bản được ban hành về vấn đề này: Thông tư 21/2019/TT-BXD ngày 31 tháng 12 năm 2019 của Bộ Xây dựng ban hành quy chuẩn kỹ thuật quốc gia về chung cư; Công văn số 703/BTNMT-TCQLDD ngày 14 tháng 02 năm 2020 của Bộ Tài Nguyên và Môi trường và Quyết định 3720/QĐ-BVHTTDL ngày 28 tháng 10 năm 2019 của Bộ Văn hóa, Thể thao và Du lịch. Tuy nhiên các văn bản này vẫn chưa cung cấp một hành lang pháp lý toàn diện về các loại hình bất động sản lai như căn hộ khách sạn, văn phòng khách sạn tại Việt Nam. Đặc biệt là việc Công văn 703/BTNMT-TCQLDD và Quyết định số 3720/QĐ-BVHTTDL không được quy định là các trong các văn bản quy phạm pháp luật theo quy định pháp luật Việt Nam.

- Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Đầu tư gần đây được thông qua, tạo điều kiện cho việc tinh giản thủ tục đầu tư theo hướng thống nhất một loại thủ tục: “Chấp thuận chủ trương đầu tư”.

II. BẢO VỆ NGƯỜI MUA NHÀ CỦA DỰ ÁN NHÀ Ở TRONG TRƯỜNG HỢP CHỦ ĐẦU TƯ DỰ ÁN BẤT ĐỘNG SẢN MẤT KHẢ NĂNG THANH TOÁN HOẶC PHÁ SẢN

Cơ quan Chính phủ liên quan: Bộ Xây dựng (BXD), Bộ Kế hoạch và Đầu tư (Bộ KH&ĐT), Ngân hàng Nhà nước Việt Nam (NHNN)

Mô tả vấn đề

Vào ngày 24 tháng 2 năm 2017, Tòa án Nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh đã ban hành Quyết định về việc mở thủ tục phá sản đối với Công ty Cổ phần Bất động sản Xây lắp Dầu khí Việt Nam (PVC Land), chủ đầu tư dự án bất động sản PetroVietnam Landmark.¹⁴ Nếu PVC Land bị Tòa án Nhân dân TP HCM tuyên bố phá sản, quyền lợi hợp lý của người mua nhà dự án sẽ bị ảnh hưởng nghiêm trọng.

Vào ngày 13 tháng 3 năm 2017, PVC Land đã nộp toàn bộ số tiền 2,327 tỷ Đồng bao gồm cả tiền lãi cho việc chậm thực hiện dự án lên Chi Cục Thi hành án Dân sự Quận 2 Thành phố Hồ Chí Minh. Tòa án Nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh đã hủy bỏ quyết định mở thủ tục phá sản đối với PVC Land theo yêu cầu của Viện Kiểm sát Nhân dân cấp cao.

Trên thực tế, khi mua căn hộ trong dự án bất động sản, người mua phải trả tối thiểu 90% đến 95% giá giao dịch của căn hộ trước khi dự án hoàn thiện và sau đó mới được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất cho căn hộ. Trong nhiều trường hợp, chủ đầu tư dự án bất động sản thường kéo dài thời gian cấp quyền sở hữu căn hộ hoặc trì hoãn việc thi công do sự thiếu hụt về tài chính, và người mua có khả năng không nhận được căn hộ một cách hợp pháp và phải chịu thiệt hại tài chính. Các dự án này được xem là tài sản hình thành trong tương lai theo Điều 108.2 của Bộ Luật Dân sự. Vì lý do đó, theo Điều 4.4¹⁵ của Luật Phá sản, nếu chủ đầu tư dự án bất động sản bị tuyên bố vỡ nợ hoặc phá sản, người mua nhà dự án được xem là chủ nợ không có bảo đảm bởi vì người mua nhà dự án đã thanh toán cho căn hộ mà họ sẽ sở hữu trong tương lai, đồng thời căn hộ đó lại là tài sản mà chủ đầu tư dự án bất động sản sử dụng để đảm bảo cấp vốn cho dự án.

Theo Điều 54¹⁶ của Luật Phá sản, người mua nhà dự án là người cuối cùng được phân chia lại tài sản. Trong trường hợp này, nếu giá trị tài sản không đủ để trả nợ, mỗi đối tượng trong cùng trình tự phân chia lại tài sản sẽ được thanh toán theo tỷ lệ phần trăm tương ứng với khoản nợ. Trường hợp tài sản của chủ đầu tư dự án bất động sản không đủ để trả nợ, các chủ sở hữu căn hộ dự án sẽ được trả tiền theo tỷ lệ phần trăm tương ứng với số tiền mà người mua đó đã thanh toán cho căn hộ dự án. Những người mua nhà dự án này sẽ không có bất kỳ cơ hội nào để sở hữu căn hộ đã được họ thanh toán.

Điều 56.1 của Luật Kinh doanh Bất động sản yêu cầu chủ đầu tư dự án bất động sản phải đáp ứng điều kiện về bảo lãnh ngân hàng trước khi mở bán căn hộ. Nếu chủ đầu tư dự án bất động sản không thể bàn giao nhà chung cư đúng kế hoạch được cam kết cho người mua nhà dự án, ngân hàng thương mại¹⁷ đã ký hợp đồng bảo lãnh ngân

14 “Hành trình khởi kiện PVC Land phá sản kỳ II: Cục thi hành án TPHCM liệu có sai?”, *Báo điện tử Doanh nghiệp*, ngày 12 tháng 7 năm 2017. Xem tại <<http://enternews.vn/hanh-trinh-khoi-kien-pvc-land-pha-san-ky-ii-cuc-thi-hanh-an-tp-hcm-lieu-co-sai-113788.html>> truy cập lần cuối ngày 8 tháng 12 năm 2019.

15 Điều 4.4 của Luật Phá sản 2014: “Chủ nợ không có bảo đảm là cá nhân, cơ quan, tổ chức có quyền yêu cầu doanh nghiệp, hợp tác xã phải thực hiện nghĩa vụ thanh toán khoản nợ không được bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã hoặc của người thứ ba”.

16 Điều 54.1 của Luật Phá sản 2014: “Trường hợp thẩm phán ra quyết định tuyên bố phá sản thì tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã được phân chia theo thứ tự sau:

- a) Chi phí phá sản;
- b) Khoản nợ lương, trợ cấp thôi việc, bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế đối với người lao động, quyền lợi khác theo hợp đồng lao động và thỏa ước lao động tập thể đã ký kết;
- c) Khoản nợ phát sinh sau khi mở thủ tục phá sản nhằm mục đích phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã;
- d) Nghĩa vụ tài chính đối với Nhà nước; khoản nợ không có bảo đảm phải trả cho chủ nợ trong danh sách chủ nợ; khoản nợ có bảo đảm chưa được thanh toán do giá trị tài sản bảo đảm không đủ thanh toán nợ”.

17 Ngân hàng thương mại phải đáp ứng các điều kiện quy định tại Điều 1.3 Thông tư 13/2017/TT-NHNN ngày 29 tháng 9 năm 2017 của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam sửa đổi, bổ sung một số điều của Thông tư 07/2015/TT-NHNN ngày 25 tháng 6 năm 2015 trước khi ký kết hợp đồng bảo lãnh đối với các chủ đầu tư dự án bất động sản.

hàng với chủ đầu tư dự án sẽ thực hiện nghĩa vụ tài chính thay mặt chủ đầu tư dự án bằng cách hoàn trả khoản thanh toán đã nhận từ khách hàng theo hợp đồng bán nhà trong tương lai. Đây là một giải pháp có thể bảo vệ lợi ích của người mua nhà dự án. Tuy nhiên, Luật Kinh doanh Bất động sản không quy định rõ việc chủ đầu tư bất động sản không được mở bán căn hộ hình thành trong tương lai nếu không đáp ứng điều kiện bảo lãnh ngân hàng. Việc ký hợp đồng bảo lãnh ngân hàng này có thể làm tăng 2% hoặc 3% chi phí căn hộ hình thành trong tương lai, do đó, làm giảm tính cạnh tranh của các dự án này trên thị trường bất động sản.¹⁸ Vì vậy, nhiều chủ đầu tư dự án bất động sản từ chối ký hợp đồng bảo lãnh ngân hàng với các ngân hàng thương mại. Nếu các chủ đầu tư dự án bất động sản mất khả năng thanh toán hoặc phá sản và không có hợp đồng bảo lãnh ngân hàng, người mua nhà dự án sẽ mất số tiền đã thanh toán và không có khả năng sở hữu căn hộ dự án như mong muốn.

Bên cạnh đó, Thông tư 13/2017/TT-NHNN cũng quy định rằng, trong trường hợp các dự án phát triển bất động sản được ngân hàng bảo lãnh, các ngân hàng thương mại phải có trách nhiệm phát hành các cam kết bảo lãnh dưới hình thức “thư bảo lãnh” cho từng bên mua.¹⁹ Mặc dù, pháp luật yêu cầu các thư bảo lãnh này phải đảm bảo đủ các nội dung như: các quy định pháp luật áp dụng, nghĩa vụ bảo lãnh, số tiền bảo lãnh, v.v.²⁰ Trong trường hợp các dự án không có bảo lãnh ngân hàng hoặc các văn bản được phát hành cho người mua với tên gọi “bảo lãnh ngân hàng”, thì một vấn đề đặt ra là liệu các văn bản này có được xem là các thư bảo lãnh hợp pháp và có hiệu lực hay không. Vì vậy, việc thiếu một mẫu tiêu chuẩn cho các thư bảo lãnh ngân hàng có thể dẫn đến tình trạng, người mua các căn hộ hình thành trong tương lai nhiều khả năng không được bảo vệ quyền lợi của mình một cách đầy đủ, trong trường hợp chủ đầu tư dự án không thể thực hiện được các nghĩa vụ đã cam kết với họ.

Lợi ích/quan ngại tiềm tàng đối với Việt Nam

Theo Điều 4.1 của Luật Phá sản, sau ba tháng không thanh toán, chủ nợ sẽ có quyền yêu cầu phá sản. Quy định này còn máy móc, dễ biến tranh chấp về nợ thành yêu cầu phá sản. Nếu tạo ra tiền lệ cho phép chủ đầu tư dự án bất động sản được tuyên bố phá sản, nhiều chủ đầu tư sẽ làm như vậy và việc này sẽ ảnh hưởng nghiêm trọng tới nhiều án căn hộ và quyền lợi của các chủ sở hữu.

Điều 56.1 của Luật Kinh doanh Bất động sản yêu cầu chủ đầu tư dự án bất động sản ký hợp đồng bảo lãnh ngân hàng trước khi mở bán căn hộ cho người mua nhà dự án. Đây có thể là giải pháp tốt để bảo vệ người mua nhà dự án nếu chủ đầu tư dự án bất động sản có hợp đồng bảo lãnh ngân hàng cho dự án mất khả năng thanh toán hoặc phá sản.

Khuyến nghị

Chúng tôi khuyến nghị cần có sự kiểm tra, giám sát chặt chẽ hơn đối với các trường hợp tổ chức tín dụng cung cấp bảo lãnh ngân hàng cho các chủ đầu tư phát triển dự án bất động sản. Ngoài ra, Ngân hàng Nhà nước cần ban hành một mẫu tiêu chuẩn cho các thư bảo lãnh mà các ngân hàng thương mại sẽ phát hành cho người mua nhà ở hình thành trong tương lai, điều này sẽ ngăn chặn được tình trạng người mua nhà không thể thụ hưởng được các bảo lãnh ngân hàng cũng như không được trả lại đầy đủ số tiền mà họ đã trả trước cho giá trị căn nhà.

III. CHẠM TRỄ TRONG VIỆC CẤP GIẤY CHỨNG NHẬN QUYỀN SỬ DỤNG ĐẤT (GCNQSDĐ) CHO NGƯỜI NƯỚC NGOÀI

Cơ quan Chính phủ liên quan: Bộ Xây dựng (BXD), Bộ Kế hoạch và Đầu tư (Bộ KH&ĐT), Bộ Công an (BCA), Bộ Quốc phòng (BQP), Ủy ban Nhân dân tỉnh (UBND)

Mô tả vấn đề

Điều 75.1 của Nghị định 99/2015/NĐ-CP (Nghị định 99)²¹ quy định các tổ chức nước ngoài và người nước ngoài

18 “Vi sao doanh nghiệp né bảo lãnh ngân hàng cho dự án?”, *CaféF*, ngày 22 tháng 10 năm 2017. Xem tại <<http://cafe.vn/vi-sao-doanh-nghiep-ne-bao-lanh-ngan-hang-cho-du-an-2017102220090377.chn>> truy cập lần cuối ngày 8 tháng 12 năm 2019.

19 Điều 1.3 Thông tư 13.

20 Điều 15.1 Thông tư 07/2015/TT-NHNN ngày 25 tháng 6 năm 2015 của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam quy định về bảo lãnh ngân hàng.

21 Nghị định 99/2015/NĐ-CP ngày 20 tháng 10 năm 2015 của Chính phủ hướng dẫn thi hành Luật Nhà ở 2014.

chỉ được sở hữu nhà ở (bao gồm căn hộ và nhà ở riêng lẻ) trong các dự án xây dựng nhà ở thương mại, ngoại trừ những khu vực cần bảo đảm quốc phòng, an ninh theo quy định của pháp luật Việt Nam. Ngoài ra, theo Điều 75.2 của Nghị định 99, BQP và BCA có trách nhiệm xác định cụ thể các khu vực cần bảo đảm an ninh, quốc phòng tại từng tỉnh và có văn bản thông báo cho UBND cấp tỉnh để làm căn cứ chỉ đạo Sở Xây dựng (SXD) tỉnh xác định cụ thể danh mục dự án đầu tư xây dựng nhà ở thương mại trên địa bàn không cho phép tổ chức, cá nhân nước ngoài được quyền sở hữu nhà ở. BXD, BQP và BCA đã gửi công văn tới Ủy ban Nhân dân các tỉnh và thành phố trực thuộc trung ương để xác định các khu vực cần bảo đảm an ninh quốc phòng và danh mục các dự án mà cơ quan có thẩm quyền không cho phép các cá nhân và cá nhân nước ngoài sở hữu nhà ở.²²

Tuy nhiên, cho đến tháng 12 năm 2019, Danh mục Dự án Cấm Sở hữu Nước ngoài vẫn chưa được ban hành từ phía SXD tỉnh. Một số SXD ở địa phương như SXD Hà Nội và SXD Đà Nẵng đã cố gắng ban hành danh mục dự án đủ điều kiện sở hữu nước ngoài để thu hút thêm đầu tư nước ngoài vào thị trường bất động sản tại địa phương. Tuy nhiên, Thành phố Hồ Chí Minh vẫn chưa ban hành danh sách này. Do đó, Văn phòng Đăng ký Đất đai (VPĐKĐĐ) Thành phố Hồ Chí Minh đã ngừng cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà và các tài sản khác gắn liền với đất đối với người nước ngoài đã ký hợp đồng mua bán nhà sau ngày 10 tháng 12 năm 2015.²³

Lợi ích/quan ngại tiềm tàng đối với Việt Nam

Sự chậm trễ kéo dài của các cơ quan hữu quan trong việc cấp GCNQSDĐ cho người nước ngoài đã ảnh hưởng đáng kể đến quyền sở hữu nhà ở của người nước ngoài bởi vì người mua nhà ở không có GCNQSDĐ có thể phải gánh chịu hậu quả nếu phát sinh tranh chấp giữa họ và người bán có GCNQSDĐ.

Thêm vào đó, sự chậm trễ trong việc cấp GCNQSDĐ cho người nước ngoài cũng có thể khiến các nhà đầu tư nước ngoài quan tâm đến việc mua nhà ở Việt Nam ngần ngại đầu tư thêm vào thị trường bất động sản. Điều này gây ra một số rủi ro cho các nhà đầu tư nước ngoài là những người cần có GCNQSDĐ để bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của họ. Sau khi đầu tư tiền vào thị trường bất động sản bằng cách mua nhà, nếu không được cấp GCNQSDĐ, các nhà đầu tư nước ngoài sẽ không có bất kỳ bằng chứng nào chứng minh quyền sở hữu nhà của mình. Do đó, họ cũng sẽ không có quyền bán nhà cho người mua khác. Điều này dẫn đến việc hoàn trả hoặc không sử dụng vốn đầu tư và bất kỳ lợi nhuận nào thu được của nhà đầu tư nước ngoài nếu bị hủy bỏ hoặc trì hoãn.

Ngoài ra, nếu không có Danh mục Dự án Cấm Sở hữu Nước ngoài, các cơ quan có thẩm quyền có thể bị nhầm lẫn trong việc cấp hoặc trì hoãn việc cấp GCNQSDĐ cho người nước ngoài. Danh mục này cần được ban hành theo hướng dẫn của Ủy ban Nhân dân tỉnh vì đây là bước cuối cùng để các cơ quan có thẩm quyền cấp GCNQSDĐ cho người nước ngoài.

Khuyến nghị:

- Tiểu ban Pháp luật khuyến nghị việc ban hành Danh mục Dự án Cấm Sở hữu Nước ngoài để cho phép cấp GCNQSDĐ cho người nước ngoài đã mua nhà ở tại Việt Nam.
- Ban hành Danh mục Dự án Cấm Sở hữu Nước ngoài ngoài theo hướng dẫn của Ủy ban Nhân dân tỉnh.

LỜI CẢM ƠN

Tiểu ban Pháp luật thuộc EuroCham và đặc biệt đối với chương này:

Kent Wong, Phó Chủ tịch Tiểu ban Pháp luật và Luật sư Điều hành tại Công ty luật VCI

Trần Thái Bình, Thành viên Tiểu ban Pháp luật và Luật sư Điều hành tại Công ty luật LNT & Partners

Nguyễn Mạnh Cường, Thành viên Tiểu ban Pháp luật và Luật sư Điều hành tại Công ty Luật TNHH TGT & Partners

²² Văn bản số 10328/BQP-TM ngày 19 tháng 10 năm 2016 của Bộ Quốc phòng và Văn bản số 786/BCA-TCAN ngày 19 tháng 4 năm 2017 của Bộ Công an.

²³ “Thành phố Hồ Chí Minh đốc thúc cấp giấy chủ quyền cho người nước ngoài mua nhà”, *Vietnamnet*, ngày 26 tháng 7 năm 2017. Xem tại: <<http://vietnamnet.vn/vn/bat-dong-san/thi-truong/tp-hcm-doc-thuc-cap-giay-chu-quyen-cho-nguoi-nuoc-ngoai-mua-nha-386368.html>> truy cập lần cuối ngày 8 tháng 12 năm 2019.