

THỂ CHẾ PHÁP LUẬT KINH TẾ
MỘT SỐ QUỐC GIA TRÊN THẾ GIỚI
(*Sách chuyên khảo*)

CHỦ BIÊN:

- **TS. Nguyễn Văn Giàu**, Ủy viên Ủy ban thường vụ Quốc hội, Chủ nhiệm Ủy ban Kinh tế của Quốc hội;
- **ThS. Nguyễn Văn Phúc**, Phó Chủ nhiệm Ủy ban Kinh tế của Quốc hội;
- **TS. Nguyễn Đình Cung**, Viện trưởng Viện Nghiên cứu Quản lý Kinh tế Trung ương.

BIÊN TẬP:

- **Nguyễn Văn Phúc**,
- **Nguyễn Minh Sơn**,
- **Dương Thùy Dung**.

THAM GIA BIÊN SOẠN:

- **PGS.TS. Nguyễn Như Phát**, Viện Nhà nước và Pháp luật, Viện Hàn lâm Khoa học Xã hội Việt Nam;
- **PGS.TS. Dương Đăng Huệ**, Trung tâm Thông tin, Tư vấn Pháp luật, Câu lạc bộ Pháp chế Doanh nghiệp, Bộ Tư pháp;
- **PGS.TS. Lê Thị Thu Thủy**, Đại học Quốc gia Hà Nội;
- **TS. Nguyễn Văn Cương**, Viện Khoa học Pháp lý, Bộ Tư pháp;
- **TS. Vũ Thị Lan Anh**, Đại học Luật Hà Nội;
- **TS. Nguyễn Bá Bình**, Khoa Pháp luật Thương mại Quốc tế, Đại học Luật Hà Nội;
- **TS. Hoàng Minh Hiếu**, Vụ Thông tin, Văn phòng Quốc hội;
- **NCS. Đỗ Minh Tuấn**, Công ty Luật Châu Á (AsiaLaw);
- **ThS. Nguyễn Thị Dung**, Viện Nhà nước và Pháp luật, Viện Hàn lâm Khoa học Xã hội Việt Nam;
- **ThS. Quảng Thùy Trang**, Trường Kinh tế, Đại học Sydney, Úc.

MỤC LỤC

LỜI NÓI ĐẦU.....	10
CHƯƠNG I: TỔNG QUAN VỀ THỂ CHẾ PHÁP LUẬT KINH TẾ....	13
I. QUAN NIỆM VỀ THỂ CHẾ PHÁP LUẬT KINH TẾ.....	13
II. CÁC YẾU TỐ TÁC ĐỘNG ĐẾN THỂ CHẾ PHÁP LUẬT KINH TẾ CỦA CÁC QUỐC GIA	16
2.1. Các lý thuyết về mối quan hệ giữa phát triển kinh tế và pháp luật... 16	
2.2. Các nghiên cứu thực chứng về mối liên hệ giữa thể chế pháp luật và mức độ phát triển kinh tế	20
III. PHÁP LUẬT VỀ QUẢN LÝ KINH TẾ.....	23
IV. PHÁP LUẬT VỀ CÁC CHỦ THỂ KINH DOANH	27
V. PHÁP LUẬT ĐIỀU CHỈNH CÁC HOẠT ĐỘNG KINH DOANH... 28	
CHƯƠNG II: THỂ CHẾ PHÁP LUẬT KINH TẾ HỢP CHỦNG QUỐC HOA KỲ	32
I. TỔNG QUAN.....	32
1.1. Khái quát chung về hệ thống pháp luật Hoa Kỳ	32
1.2. Khái quát chung về nền kinh tế Hoa Kỳ.....	35
1.3. Vai trò của pháp luật đối với phát triển kinh tế.....	36
II. PHÁP LUẬT VỀ CHÍNH SÁCH ĐẦU TƯ, SẢN XUẤT, KINH DOANH.....	38
2.1. Chính sách ưu đãi thuế	38
2.2. Chính sách hỗ trợ tài chính.....	41
2.3. Các chính sách hỗ trợ khác.....	44
III. PHÁP LUẬT VỀ PHÁT TRIỂN CÁC LOẠI THỊ TRƯỜNG	45
3.1. Pháp luật về thị trường hàng hóa.....	45
3.1.1. Nghĩa vụ bảo đảm sản phẩm.....	45
3.1.2. Trách nhiệm sản phẩm	46
3.2. Pháp luật về thị trường tài chính.....	48
3.2.1. Pháp luật về ngăn ngừa và kiểm soát rủi ro hệ thống.....	48
3.2.2. Pháp luật về giao dịch bảo đảm – công cụ hiệu quả bảo vệ chủ nợ trong các quan hệ nghĩa vụ	56
3.3. Pháp luật về thị trường bất động sản	58

3.3.1. Thuê bất động sản.....	59
3.3.2. Mua bán bất động sản	62
3.3.3. Thế chấp bất động sản.....	64
3.4. Thị trường khoa học – công nghệ	67
IV. PHÁP LUẬT VỀ SỞ HỮU	71
4.1. Khái quát chung về quyền sở hữu.....	71
4.2. Bất động sản.....	73
V. PHÁP LUẬT VỀ CÁC THÀNH PHẦN KINH TẾ, CÁC LOẠI HÌNH DOANH NGHIỆP, CÁC TỔ CHỨC KINH TẾ KHÁC.....	75
5.1. Các loại hình tổ chức kinh doanh.....	75
5.1.1. Cá nhân kinh doanh (sole proprietorship).....	75
5.1.2. Hợp danh.....	76
5.1.4. Công ty cổ phần.....	83
5.2. Pháp luật về tài chính doanh nghiệp của Hoa Kỳ.....	88
5.2.1. Cấu trúc vốn	88
5.2.2. Thủ tục phát hành chứng khoán công ty:.....	92
5.2.3. Phân chia cổ tức.....	96
5.3. Pháp luật về quản trị doanh nghiệp của Hoa Kỳ.....	96
5.3.1. Cổ đông.....	97
5.3.2. Hội đồng quản trị.....	98
5.3.3. Người điều hành công ty.....	100
5.3.4. Nghĩa vụ của người quản lý công ty.....	101
5.3.5. Vấn đề kiểm soát thông tin tài chính	104
5.4. Pháp luật về tổ chức lại, giải thể và chấm dứt hoạt động của công ty.....	105
5.4.1. Tổ chức lại doanh nghiệp.....	105
5.4.2. Giải thể và chấm dứt hoạt động của công ty.....	109
5.4.3. Pháp luật về phá sản	110
VI. PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG.....	112
6.1. Bản chất quan hệ hợp đồng.....	113
6.2. Xác lập hợp đồng.....	115
6.2.1. Đề nghị giao kết hợp đồng.....	115
6.2.2. Chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng.....	117
6.3. Hình thức của hợp đồng.....	117
6.4. Các trường hợp ảnh hưởng đến hiệu lực của hợp đồng.....	118

6.5. Quyền của người thứ ba	120
6.5. Chế tài hợp đồng.....	121
6.5.1. Chế tài vật chất.....	121
6.5.2. Chế tài công bình.....	123
VII. PHÁP LUẬT VỀ QUẢN LÝ, ĐIỀU TIẾT KINH TẾ	125
7.1. Pháp luật về cạnh tranh lành mạnh và chống độc quyền	128
7.1.1. Cơ chế bảo đảm sự cạnh tranh lành mạnh trên thị trường.....	128
7.2. Quy chế pháp lý bảo vệ sức khỏe và an toàn cho người tiêu dùng..	131
7.3. Pháp luật bảo vệ người tiêu dùng trong các hợp đồng vay tiêu dùng.....	131
7.3.1. Quy định thông tin trung thực về cho vay.....	132
7.3.2. Quyền được đối xử bình đẳng của người vay.....	132
7.3.3. Quy định về quyền của người tiêu dùng trong hợp đồng vay	132
7.3.4. Quyền hủy bỏ hợp đồng tín dụng tiêu dùng (cooling-off).....	134
7.3.5. Công bố thông tin về người vay	134
7.3.6. Quy chế pháp lý về thu hồi nợ từ người tiêu dùng.....	134
7.4. Hệ thống các cơ quan quản lý hệ thống tài chính.....	136
VIII. PHÁP LUẬT VỀ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP	138
8.1. Giải quyết tranh chấp bằng Tòa án.....	138
8.2. Giải quyết tranh chấp ngoài Tòa án	143
8.2.1. Thương lượng	143
8.2.2. Hòa giải	143
8.2.3. Trọng tài	144
IX. ĐÁNH GIÁ CHUNG	144

CHƯƠNG III: THỂ CHẾ PHÁP LUẬT KINH TẾ

CỘNG HÒA LIÊN BANG ĐỨC..... 148

I. TỔNG QUAN..... 148

II. PHÁP LUẬT VỀ CHÍNH SÁCH ĐẦU TƯ, SẢN XUẤT,

KINH DOANH..... 150

2.1. Các quy định về thanh toán quốc tế..... 150

2.2. Các quy định về nhập khẩu 151 |

2.3. Các quy định về hiện diện thương mại 151 |

2.3.1. Công ty 151 |

2.3.2. Chi nhánh của công ty nước ngoài tại Đức..... 151

2.3.3. Văn phòng đại diện của công ty nước ngoài tại Đức	152
2.4. Các quy định về ưu đãi, khuyến khích đầu tư.....	153
2.4.1. Hỗ trợ về địa điểm, khu vực đầu tư	153
2.4.2. Hỗ trợ cho các dự án nghiên cứu và phát triển (R&D projects).....	154
2.4.3. Hỗ trợ về nhân sự	154
2.4.4. Hỗ trợ tín dụng của Nhà nước	155
2.4.5. Bảo lãnh của Nhà nước	155
III. PHÁP LUẬT VỀ PHÁT TRIỂN CÁC LOẠI THỊ TRƯỜNG	155
3.1. Pháp luật về thị trường hàng hóa.....	155
3.1.1. Pháp luật về dịch vụ logistics	155
3.1.2. Pháp luật về thương mại	156
3.2. Pháp luật về thị trường tài chính; thị trường dịch vụ ngoài tài chính	157
3.2.1. Về hoạt động ngân hàng	158
3.2.2. Thị trường chứng khoán	159
3.3. Pháp luật về thị trường bất động sản	160
3.4. Pháp luật về thị trường khoa học – công nghệ.....	163
3.5. Pháp luật về thị trường lao động.....	165
IV. PHÁP LUẬT VỀ SỞ HỮU	168
V. PHÁP LUẬT VỀ CÁC THÀNH PHẦN KINH TẾ, CÁC LOẠI HÌNH DOANH NGHIỆP, CÁC TỔ CHỨC KINH TẾ KHÁC	169
5.1. Pháp luật về công ty.....	170
5.1.1. Công ty trách nhiệm hữu hạn.....	170
5.1.2. Công ty cổ phần.....	171
5.1.3. Công ty hợp danh	172
5.2. Pháp luật về mua bán, sáp nhập, giải thể, phá sản.....	175
5.2.1. Các quy định về mua bán, sáp nhập.....	175
5.2.2. Các quy định về giải thể	176
5.2.3. Các quy định về phá sản	177
VI. PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG.....	179
VII. PHÁP LUẬT VỀ CÁC CƠ QUAN QUẢN LÝ, ĐIỀU TIẾT KINH TẾ.....	181
7.1. Cơ quan chống độc quyền	181
7.1.1. Pháp luật về cạnh tranh và chống độc quyền.....	181
7.1.2. Cục Chống độc quyền Liên bang (Cục Các-ten).....	183

7.2. Cơ quan Giám sát Ngân hàng Liên bang.....	183
7.4. Văn phòng Tên thương mại và Sáng chế Đức	186
VIII. PHÁP LUẬT VỀ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP.....	187
8.1. Tổ tụng Tòa án.....	187
8.1.1. Về phân định thẩm quyền giữa các cấp Tòa án	188
8.1.2. Về trình tự.....	188
8.2. Tổ tụng Trọng tài và hòa giải.....	189
IX. ĐÁNH GIÁ CHUNG	190
CHƯƠNG IV: THỂ CHẾ PHÁP LUẬT KINH TẾ ÚC.....	191
I. TỔNG QUAN	191
1.1. Vài nét về nước Úc và truyền thống pháp luật Úc.....	191
1.1.1. <i>Úc – một đảo quốc, một Châu lục, một đất nước thịnh vượng, đa dạng văn hóa và sắc tộc</i>	<i>191</i>
1.1.2. <i>Truyền thống pháp luật</i>	<i>191</i>
1.2. Mô hình tổ chức nhà nước Úc.....	192
1.2.1. <i>Hiến pháp năm 1901 – Luật khai quốc và hiến định cách thức tổ chức nhà nước theo học thuyết tam quyền phân lập</i>	<i>192</i>
1.2.2. <i>Cơ quan lập pháp</i>	<i>193</i>
1.2.3. <i>Cơ quan hành pháp.....</i>	<i>194</i>
1.2.4. <i>Hệ thống Tòa án</i>	<i>194</i>
1.3. Khái quát về hệ thống pháp luật kinh tế Úc.....	195
1.3.1. <i>Mô hình kinh tế và sự hình thành hệ thống pháp luật kinh tế Úc</i>	<i>195</i>
1.3.2. <i>Vai trò của pháp luật đối với phát triển kinh tế.....</i>	<i>195</i>
1.3.3. <i>Số lượng văn bản quy phạm pháp luật về pháp luật kinh tế.....</i>	<i>196</i>
II. PHÁP LUẬT VỀ CHÍNH SÁCH ĐẦU TƯ, SẢN XUẤT, KINH DOANH.....	196
2.1. Môi trường kinh doanh.....	196
2.2. Đầu tư nước ngoài	197
III. PHÁP LUẬT VỀ PHÁT TRIỂN CÁC LOẠI THỊ TRƯỜNG	198
3.1. Pháp luật về thị trường hàng hóa.....	198
3.1.1. <i>Pháp luật về xuất xứ hàng hóa.....</i>	<i>198</i>
3.2. Pháp luật về thị trường tài chính.....	201
3.2.1. <i>Vai trò của pháp luật đối với thị trường tài chính</i>	<i>201</i>

3.2.2. <i>Pháp luật về quản lý thị trường tài chính ở Úc</i>	202
3.3.2. <i>Pháp luật về đầu tư nước ngoài vào thị trường bất động sản Úc</i>	206
3.3.3. <i>Những đề xuất thay đổi đang được Chính phủ Úc cân nhắc</i>	207
3.4. <i>Pháp luật về thị trường khoa học - công nghệ</i>	208
3.4.1. <i>Luật quyền tác giả</i>	208
3.4.2. <i>Luật về kiểu dáng công nghiệp</i>	209
3.4.3. <i>Luật nhãn hiệu</i>	209
3.4.4. <i>Luật sáng chế</i>	209
3.4.5. <i>Hợp tác quốc tế về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ</i>	210
3.5. <i>Pháp luật về thị trường lao động</i>	211
IV. <i>PHÁP LUẬT VỀ SỞ HỮU</i>	212
4.1. <i>Quyền sở hữu đối với các loại tài sản</i>	212
4.1.1. <i>Tài sản cá nhân</i>	213
4.1.2. <i>Bất động sản</i>	213
V. <i>PHÁP LUẬT VỀ CÁC THÀNH PHẦN KINH TẾ, CÁC LOẠI HÌNH DOANH NGHIỆP, CÁC TỔ CHỨC KINH TẾ KHÁC</i>	214
5.1. <i>Các loại hình doanh nghiệp</i>	214
5.1.1. <i>Cơ sở kinh doanh một chế</i>	214
5.1.2. <i>Hợp danh</i>	215
5.1.3. <i>Công ty</i>	216
5.2. <i>Mua bán, sáp nhập doanh nghiệp</i>	217
5.3. <i>Phá sản doanh nghiệp</i>	218
VI. <i>PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG</i>	219
6.1. <i>Khái quát về pháp luật hợp đồng của Úc</i>	219
6.2. <i>Tự do hợp đồng</i>	219
6.3. <i>Hình thức hợp đồng</i>	220
VII. <i>PHÁP LUẬT VỀ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP</i>	220
7.1. <i>Tòa án</i>	221
7.2. <i>Trọng tài</i>	221
7.3. <i>Các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế khác</i>	222
7.3.1. <i>Thương lượng</i>	222
7.3.2. <i>Trung gian hòa giải</i>	223
7.3.3. <i>Mời chuyên gia độc lập thẩm định tranh chấp</i>	223

CHƯƠNG V: PHÁP LUẬT KINH TẾ HÀN QUỐC.....	224
I. TỔNG QUAN	224
II. PHÁP LUẬT VỀ CHÍNH SÁCH ĐẦU TƯ, SẢN XUẤT, KINH DOANH.....	231
2.1. Các luật về thuế.....	231
2.1.1. Thuế thu nhập cá nhân.....	232
2.1.2. Thuế thu nhập doanh nghiệp.....	233
2.1.3. Thuế giá trị gia tăng (VAT).....	233
2.1.4 Các biện pháp tránh đánh thuế hai lần	233
2.2. Pháp luật về thương mại điện tử.....	233
III. PHÁP LUẬT VỀ PHÁT TRIỂN CÁC LOẠI THỊ TRƯỜNG	234
3.1. Pháp luật về thị trường hàng hóa.....	234
3.1.1. Pháp luật về thương mại	234
3.1.2. Các luật về đấu thầu.....	235
3.2. Pháp luật về thị trường tài chính, tín dụng	235
3.3. Pháp luật về thị trường bất động sản	237
3.4. Pháp luật về thị trường khoa học - công nghệ	238
3.5. Pháp luật về thị trường lao động.....	240
IV. PHÁP LUẬT VỀ CÁC THÀNH PHẦN KINH TẾ, CÁC LOẠI HÌNH DOANH NGHIỆP, CÁC TỔ CHỨC KINH TẾ KHÁC	242
V. PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG.....	244
VI. PHÁP LUẬT VỀ QUẢN LÝ, ĐIỀU TIẾT KINH TẾ.....	247
VII. PHÁP LUẬT VỀ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP	249

CHƯƠNG VI: THỂ CHẾ PHÁP LUẬT KINH TẾ MALAYSIA

I. TỔNG QUAN	251
1.1. Tổng quan về bối cảnh lịch sử và bộ máy chính trị.....	251
1.2. Tổng quan về mô hình kinh tế và hệ thống pháp luật.....	252
II. PHÁP LUẬT VỀ CHÍNH SÁCH ĐẦU TƯ, SẢN XUẤT, KINH DOANH.....	254
2.1. Chính sách mở cửa thị trường.....	254
2.2. Chính sách thuế.....	256
2.2.1. Thuế thu nhập.....	256
2.2.2. Thuế đối với hàng hóa và dịch vụ	259
2.2.3. Các loại thuế và phí khác	261

2.2.4. <i>Quản lý thuế</i>	261
2.2.5. <i>Chuyên gia</i>	261
2.2.6. <i>Ưu đãi thuế</i>	262
III. PHÁP LUẬT VỀ PHÁT TRIỂN CÁC LOẠI THỊ TRƯỜNG	264
3.1. Pháp luật về thị trường chứng khoán, thị trường ngoại hối.....	264
3.1.1. <i>Thị trường chứng khoán</i>	264
3.1.2. <i>Thị trường ngoại hối</i>	265
3.2. Pháp luật về thị trường đất đai và bất động sản.....	266
3.3. Pháp luật về thị trường lao động.....	266
3.3.1. <i>Khung pháp lý</i>	266
3.3.2. <i>Công đoàn</i>	267
3.3.3. <i>An sinh xã hội</i>	268
IV. PHÁP LUẬT VỀ CÁC THÀNH PHẦN KINH TẾ, CÁC LOẠI HÌNH DOANH NGHIỆP, CÁC TỔ CHỨC KINH TẾ KHÁC	269
4.1. Các loại hình doanh nghiệp và tổ chức kinh tế.....	269
4.1.1. <i>Công ty</i>	269
4.1.2. <i>Công ty trách nhiệm hữu hạn hợp danh</i>	269
4.1.3. <i>Công ty hợp danh hoặc một chủ sở hữu</i>	270
4.1.4. <i>Liên doanh</i>	270
4.2. Thành lập, tổ chức và hoạt động của tổ chức kinh tế đặc thù	271
4.2.1. <i>Thành lập, tổ chức và hoạt động của tổ chức tín dụng</i>	271
4.2.2. <i>Thành lập và hoạt động của Trung tâm Giao dịch Chứng khoán</i>	274
4.3. Các yêu cầu luật định về chế độ sổ sách, chứng từ, kế toán đối với công ty thành lập tại Malaysia	275
4.3.1. <i>Chế độ kế toán và lưu trữ</i>	275
4.3.2. <i>Báo cáo tài chính</i>	275
4.3.3. <i>Các báo cáo cơ bản</i>	275
4.4. Thâu tóm và sáp nhập	275
V. PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG.....	277
5.1. Giao kết hợp đồng.....	277
5.2. Điều khoản hợp đồng.....	277
5.3. Hợp đồng vô hiệu	278
5.4. Các chế tài do vi phạm hợp đồng.....	278
VI. PHÁP LUẬT VỀ CÁC CƠ QUAN QUẢN LÝ,	

ĐIỀU TIẾT KINH TẾ.....	278
6.1. Ngân hàng Trung ương Malaysia (Ngân hàng Negara Malaysia) ...	278
6.2. Ủy ban Chứng khoán	279
6.3. Ủy ban Doanh nghiệp Malaysia	279
6.4. Ban Thu nhập Nội địa Malaysia	280
6.5. Ủy ban Thông tin và Truyền thông Malaysia.....	280
6.6. Hội đồng Sở hữu trí tuệ Malaysia (MyIPO).....	280
6.7. Hội đồng cạnh tranh.....	281
VII. PHÁP LUẬT VỀ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP	281
7.1. Giải quyết tranh chấp tại Tòa án.....	281
7.2. Giải quyết tranh chấp bằng các biện pháp ngoài Tòa án.....	282
VIII. ĐÁNH GIÁ CHUNG	283

**CHƯƠNG VII: THỂ CHẾ PHÁP LUẬT KINH TẾ CỘNG HÒA
LIÊN BANG NGA** 285

I. TỔNG QUAN 285

1.1. Thực trạng pháp luật của Cộng hòa Liên bang Nga trước năm 1991285

II. PHÁP LUẬT VỀ SỞ HỮU 293

**III. PHÁP LUẬT VỀ CÁC THÀNH PHẦN KINH TẾ, CÁC LOẠI
HÌNH DOANH NGHIỆP, CÁC TỔ CHỨC KINH TẾ KHÁC** 294

 3.1. Pháp luật về phá sản

 3.1.1. Nguồn của pháp luật về phá sản

 3.2.1. Đặc điểm của pháp luật phá sản của Cộng hòa
 Liên bang Nga.....

IV. PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG..... 297

V. PHÁP LUẬT VỀ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP 299

 5.1. Tòa án Hiến pháp Cộng hòa Liên bang Nga.....

 5.2. Tòa án tư pháp (Tòa án thẩm quyền chung).....

 5.3. Tòa án trọng tài.....

 5.4. Tòa án hòa giải.....

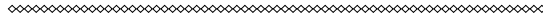
 5.5. Các Trung tâm Trọng tài thương mại.....

CHƯƠNG VIII: KẾT LUẬN..... 302

**I. KHÁI LƯỢC QUÁ TRÌNH HOÀN THIÊN THỂ CHẾ
PHÁP LUẬT KINH TẾ VIỆT NAM (1986 – NAY)** 302

II. MỘT SỐ ĐỀ XUẤT, KIẾN NGHỊ VỀ YÊU CẦU CẢI CÁCH THỂ CHẾ KINH TẾ VIỆT NAM TỪ NGHIÊN CỨU THỂ CHẾ PHÁP LUẬT KINH TẾ MỘT SỐ QUỐC GIA.....	304
2.2.1. <i>Pháp luật về khuyến khích, hỗ trợ đầu tư, sản xuất, kinh doanh.....</i>	305
2.2.2. <i>Pháp luật về chế độ sở hữu</i>	306
2.2.3. <i>Pháp luật về các thành phần kinh tế, các loại hình doanh nghiệp</i>	306
2.2.4. <i>Pháp luật về hợp đồng.....</i>	308
2.2.5. <i>Pháp luật về quản lý, điều tiết nền kinh tế.....</i>	309
2.2.6. <i>Về phát triển các loại thị trường</i>	310
 PHỤ LỤC	 312

LỜI NÓI ĐẦU



Từ năm 1986 đất nước ta bắt đầu tiến hành công cuộc đổi mới theo Nghị quyết Đại hội lần thứ VI của Đảng, thể chế pháp luật, trong đó có pháp luật kinh tế từng bước được hoàn thiện nhằm đáp ứng yêu cầu phát triển kinh tế của đất nước. Tổng quan về quá trình xây dựng, hoàn thiện thể chế pháp luật kinh tế trong 30 năm qua có thể chia thành 3 giai đoạn. Giai đoạn thứ nhất từ năm 1986-2000 với Hiến pháp năm 1992, bản Hiến pháp của thời kỳ đầu Đổi mới; giai đoạn thứ hai từ năm 2001-2013, bắt đầu bằng việc sửa đổi, bổ sung một số điều của Hiến pháp năm 1992 vào năm 2001 và giai đoạn thứ ba từ khi bản Hiến pháp năm 2013 được ban hành đến nay.

Giai đoạn mới mở đầu khi Quốc hội sửa đổi Hiến pháp năm 1992 để phù hợp với thời kỳ phát triển mới. Đây là sự kiện chính trị trọng đại của đất nước, thu hút sự quan tâm sâu sắc và hưởng ứng nhiệt tình của đông đảo đồng bào, chiến sĩ cả nước, đồng bào ta ở nước ngoài và thực sự trở thành đợt sinh hoạt chính trị - pháp lý sâu rộng trong cả hệ thống chính trị. Ngay từ đầu nhiệm kỳ Quốc hội khóa XIII, Ủy ban dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992 đã được thành lập. Sau hơn 2 năm chuẩn bị, với quá trình làm việc công phu, nghiêm túc, khoa học và thật sự dân chủ, Quốc hội đã xem xét, quyết định thông qua Hiến pháp nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, có hiệu lực từ ngày 01/01/2014. Song hành với quá trình soạn thảo Hiến pháp và trên cơ sở Hiến pháp mới, Quốc hội đã và đang tiến hành sửa đổi, bổ sung và ban hành mới các văn bản pháp luật phù hợp với bối cảnh và tình hình mới

cũng như lộ trình hội nhập quốc tế của nước ta; trong đó, tập trung vào các luật về tổ chức bộ máy nhà nước, quyền con người, quyền công dân, cải cách thể chế kinh tế, cải cách tư pháp. Trong lĩnh vực kinh tế, Quốc hội đã ban hành các luật như: Luật đất đai năm 2013, Luật đấu thầu năm 2013, Luật đầu tư công năm 2014, Luật phá sản năm 2014, Luật doanh nghiệp năm 2014, Luật đầu tư năm 2014, Luật quản lý, sử dụng vốn nhà nước đầu tư vào sản xuất, kinh doanh năm 2014... Những văn bản pháp luật này được kỳ vọng sẽ tạo ra một nền tảng vững chắc cho quá trình cải cách thể chế kinh tế trong lâu dài và có tác động lớn đến quá trình tái cơ cấu nền kinh tế gắn với đổi mới mô hình tăng trưởng đã được thực hiện ba năm qua.

Để tiếp tục hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường, việc nghiên cứu thể chế pháp luật kinh tế các nước trên thế giới là cần thiết và bổ ích. Tuy nhiên, không có câu trả lời tuyệt đối về lựa chọn pháp luật theo hình mẫu quốc gia nào. Trong bối cảnh toàn cầu hóa, hệ thống pháp luật các nước ngày càng tiệm cận với nhau hơn; bản thân pháp luật cũng có tính kế thừa, tính đặc thù xã hội và văn hóa. Do vậy, việc nghiên cứu các quy phạm pháp luật các quốc gia khác chỉ mang tính chất tham khảo, học hỏi kinh nghiệm để từ đó đưa ra lựa chọn chính sách phù hợp cho Việt Nam. Xuất phát từ nhu cầu như vậy, Thường trực Ủy ban Kinh tế đã huy động đội ngũ chuyên gia luật học am hiểu sâu và có nhiều kinh nghiệm để thực hiện nghiên cứu thể chế pháp luật kinh tế của một số quốc gia trên thế giới trong suốt hai năm (2014-2015) và phát hành cuốn sách “Thể chế pháp luật kinh tế một số quốc gia trên thế giới”. Sáu quốc gia đã được lựa chọn nghiên cứu là: Hoa Kỳ, Úc (đại diện của hệ thống thông luật Anglo-Xácxông), Đức (đại diện của hệ thống dân luật Châu Âu lục địa), Hàn Quốc (quốc gia phát triển thành công của khu vực Châu Á), Malaysia (quốc gia phát triển ấn tượng khu vực Đông Nam Á) và Cộng hòa Liên bang Nga

(quốc gia chuyển đổi). Đối với thể chế pháp luật kinh tế của mỗi quốc gia, các tác giả đã tìm hiểu và lựa chọn phân tích một số văn bản luật cơ bản, chính yếu trong các lĩnh vực pháp luật kinh tế cốt yếu, bao gồm:

Những luật điều chỉnh hành vi của các chủ thể trên thị trường từ khi gia nhập thị trường, hoạt động trên thị trường tới khi rút lui khỏi thị trường. Nghiên cứu đã xem xét và đánh giá đặc trưng của các luật chủ yếu, trong một số trường hợp là các án lệ tiêu biểu điều chỉnh và tác động đến hành vi của các chủ thể trong thị trường tại các quốc gia trên, qua đó tác động đến sự phát triển một cách lành mạnh của thị trường.

Những thiết chế quản lý và điều tiết thị trường: Trong các trường hợp được lựa chọn nghiên cứu, các thiết chế được hình thành và cơ bản được hoàn thiện để quản lý và điều tiết thị trường nhằm bảo đảm cạnh tranh bình đẳng, bảo vệ lợi ích chính đáng của các bên. Nghiên cứu đã xem xét vai trò và vị trí của các thiết chế như cơ quan quản lý cạnh tranh, Ngân hàng trung ương, Ủy ban Chứng khoán, cơ quan thống kê, cơ quan bảo hiểm tiền gửi... đặc biệt là tính độc lập cũng như sự phối hợp giữa các thiết chế trong quản lý và điều tiết thị trường.

Cuốn sách cũng đưa ra một số đề xuất, khuyến nghị cho việc sửa đổi, bổ sung và ban hành mới các luật nhằm góp phần đa dạng hóa pháp luật kinh tế và hoàn thiện hệ thống thể chế kinh tế thị trường tại Việt Nam trong thời gian tới.

Với những phân tích mang tính giới thiệu, định hướng về thể chế pháp luật kinh tế của các quốc gia được lựa chọn nghiên cứu, cuốn sách nhằm giúp các đại biểu Quốc hội có thêm nguồn thông tin trong quá trình thực hiện nhiệm vụ đại biểu Quốc hội. Cuốn sách này cũng sẽ được gửi đến các cơ quan nghiên cứu hoạch định chủ trương, chính sách và pháp luật để tham khảo; đồng thời, gợi mở hướng tìm hiểu, phân tích cho những nghiên cứu tiếp theo.

Thường trực Ủy ban Kinh tế chân thành cảm ơn sự tài trợ của Dự án “Hỗ trợ tái cơ cấu kinh tế, nâng cao năng lực cạnh tranh Việt Nam” và Bộ Ngoại giao và Thương mại Ôxtrâyliia trong việc biên soạn và xuất bản cuốn sách này.

Do hạn chế về thời gian, nguồn lực và do số lượng các văn bản pháp luật nghiên cứu là khá lớn nên công tác biên soạn không tránh khỏi những hạn chế và thiếu sót. Rất mong nhận được những ý kiến góp ý chân tình của quý Đại biểu, quý Cơ quan để có thể biên soạn và xuất bản những ấn phẩm tốt hơn trong thời gian tới.

THƯỜNG TRỰC ỦY BAN KINH TẾ

Chương I

TỔNG QUAN VỀ THỂ CHẾ PHÁP LUẬT KINH TẾ

I. QUAN NIỆM VỀ THỂ CHẾ PHÁP LUẬT KINH TẾ

“Thể chế” là một trong những đối tượng nghiên cứu chính của các ngành khoa học xã hội, bao gồm cả triết học, chính trị học, kinh tế học, nhân chủng học và xã hội học; từ đó, đã hình thành nên các trường phái lý thuyết khác nhau về thể chế. Thuật ngữ “thể chế” được sử dụng từ nhiều thập kỷ nhưng các nhà nghiên cứu vẫn chưa có khái niệm thống nhất về “thể chế”. Có cách định nghĩa về thể chế bao gồm các luật lệ, cơ chế thực thi và các tổ chức¹; thể chế là tập hợp các quy tắc chính thức và không chính thức điều chỉnh hành vi, ứng xử của con người²; các quy tắc này bao gồm các luật, quy định và hệ thống định chế thực thi các luật và quy định đó; và thể chế cũng bao gồm cả các nguyên tắc chính trị hay thể chế chính trị, là “thể chế” tạo ra các luật lệ nói trên; nó bao gồm cả các chuẩn mực văn hóa định hướng cách thức ứng xử của con người như niềm tin, đạo đức... Có định nghĩa khác về thể chế bao gồm các quy tắc và cách thức ứng xử, trong đó có các luật, còn các tổ chức là những thực thể mà ở đó các thành viên thống nhất trong hành động nhằm theo đuổi một mục đích chung³. Quy

¹Roumeen Islam (ed.), Building Institutions for Markets, World Development Report 2002, Oxford University Press, 2002.

²Ngân hàng Thế giới, Phát triển bền vững trong thế giới năng động: thay đổi thể chế, tăng trưởng và chất lượng cuộc sống, (Sách tham khảo), Nhà xuất bản Chính trị quốc gia, 2003.

³Shahid Javed Burki and Guillermo Perry, eds, Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter, Washington DC, World Bank, 1998.

Tiền tệ Quốc tế (International Monetary Fund - IMF) định nghĩa thể chế là tập hợp các quy tắc, luật lệ (chính thức, phi chính thức, khách quan, chủ quan, kinh tế, chính trị hay văn hóa...) tạo thành khuôn khổ cho quan hệ và trao đổi của con người, tạo đòn bẩy khuyến khích, định hướng cho các thành viên của xã hội⁴. Tổ chức Hợp tác Phát triển quốc tế Thụy Điển (Sida) phân biệt khái niệm “thể chế” và “tổ chức”; thể chế được định nghĩa là các quy tắc hành vi điều chỉnh các quan hệ xã hội, điều chỉnh các hành vi của các chủ thể trong mối quan hệ với các chủ thể khác, hình thành nên “luật chơi” mà ở đó, các chủ thể bao gồm các cá nhân và tổ chức, là “người chơi”⁵. Các nhà kinh tế học về thể chế (institutional economists) tại các nghiên cứu độc lập của mình cũng đã đưa ra các định nghĩa tương tự: thể chế là “hệ thống các yếu tố xã hội kết nối với nhau tạo nên quy tắc hành động chung, các yếu tố này là các yếu tố phi vật thể do con người tạo nên có tác động ngoại sinh đối với mỗi cá thể mà chúng tác động, bao gồm cả luật lệ, niềm tin, các nguyên tắc và các tổ chức”⁶; là “luật chơi”, là những áp đặt do con người đặt ra đối với các quan hệ giữa người và người, bao gồm các áp đặt chính thức (quy định, luật, điều lệ) và không chính thức (quy tắc ứng xử, quy tắc hành động bản thân tự áp dụng) và cơ chế thực thi⁷...

Trong phạm vi nghiên cứu của Tài liệu này, các tác giả tập trung phân tích thể chế pháp luật kinh tế các quốc gia được lựa chọn, mà ở đó, thể chế pháp luật kinh tế được hiểu dưới góc độ bao gồm các quy định pháp luật kinh tế.

Trong thập niên 1980, chịu sự ảnh hưởng của pháp luật từ các quốc gia thuộc hệ thống xã hội chủ nghĩa, ở Việt Nam đã hình

⁴Dẫn theo Nguyễn Đình Cung, Đổi mới tư duy và tháo bỏ nút thắt thể chế để chuyển mạnh nền kinh tế nước ta sang kinh tế thị trường đầy đủ, hiện đại, Kỷ yếu Diễn đàn Kinh tế Mùa Xuân 2015, Ủy ban Kinh tế của Quốc hội, 2015.

⁵Sida, Supporting the Development of Institutions - Formal and Informal Rules: An Evaluation Theme Basic Concepts, 2005.

⁶Aner Grief, Institutions and the Path to the Modern Economy: Lessons from Medieval Trade, New York: Cambridge, 2006.

⁷Douglass C. North, Economic Performance Through Time, American Economic Review, 1994.

thành quan niệm về ngành luật kinh tế độc lập với pháp luật dân sự và các ngành luật khác trong hệ thống pháp luật xã hội chủ nghĩa, có nguồn gốc từ mô hình kinh tế kế hoạch hóa tập trung, các quan hệ kinh tế được hình thành trên cơ sở mệnh lệnh hành chính, bảo đảm sự thống trị của khu vực kinh tế nhà nước và kinh tế tập thể, hạn chế tự do kế hoạch, thủ tiêu kinh doanh⁸.

Trong quá trình đổi mới toàn diện đất nước, quan niệm về pháp luật kinh tế như một ngành luật độc lập ở Việt Nam cũng đã dần mai một. Người ta nhận thấy rằng việc tách biệt pháp luật kinh tế khỏi pháp luật dân sự cản trở tính nhất quán, lô-gíc của hệ thống pháp luật. Thay vào đó, những quan niệm mới với cách tiếp cận rộng và linh hoạt hơn về pháp luật kinh tế đã được hình thành. Pháp luật kinh tế không còn được xem là một ngành luật độc lập mà có phạm vi rộng hơn. Trước hết, đó là những quy phạm liên quan đến sự hình thành, tồn tại và vận hành của doanh nghiệp như thành lập doanh nghiệp, gia nhập thị trường, tiến hành kinh doanh và rút khỏi thị trường. Trong khuôn khổ tư duy đó, những vấn đề chính của pháp luật kinh tế có thể bao gồm: pháp luật doanh nghiệp, pháp luật hợp đồng trong kinh doanh, pháp luật giải quyết tranh chấp trong kinh doanh, pháp luật về phá sản doanh nghiệp⁹.

Bên cạnh đó, pháp luật kinh tế còn bao gồm những vấn đề liên quan đến quản lý kinh tế công cộng (như quản lý thị trường, quản lý chất lượng, quản lý quy hoạch phát triển, chính sách hỗ trợ, chính sách giám sát, chính sách chống phá giá...), pháp luật về các lĩnh vực kinh tế (thị trường bất động sản, thị trường chứng khoán...); pháp luật về các hợp đồng chuyên biệt (mua bán hàng hóa, gia công, trung gian, tiêu thụ, vận tải và hậu cần, thuê mua, quảng cáo...); pháp luật về cạnh tranh và kiểm soát độc quyền; pháp luật về bảo vệ người tiêu dùng; pháp luật về kinh tế quốc tế,

⁸Phạm Duy Nghĩa, Chuyên khảo Luật kinh tế, NXB Đại học Quốc gia Hà Nội, 2004, tr. 27.

⁹Phạm Duy Nghĩa, Dẫn trên, tr.30.

pháp luật trọng tài và những lĩnh vực pháp luật khác¹⁰.

Quan niệm này ngày càng trở nên phổ biến hơn ở Việt Nam¹¹. Thực tiễn lập pháp của nước ta trong thời gian qua cũng cho thấy sự phát triển của pháp luật kinh tế theo hướng này. Tuy nhiên, đứng trước nhu cầu hoàn thiện hệ thống pháp luật nói chung và pháp luật kinh tế nói riêng thì việc nghiên cứu kinh nghiệm lập pháp của các quốc gia khác có ý nghĩa tham khảo hết sức quan trọng cho tiến trình phát triển của pháp luật trong nước, nhất là trong bối cảnh hoàn thiện khuôn khổ pháp lý cho nền kinh tế thị trường và hội nhập kinh tế quốc tế.

Trong nghiên cứu này, việc lựa chọn những quốc gia để nghiên cứu cũng đã thể hiện mong muốn của các tác giả nhằm có được một bức tranh đa dạng nhất về pháp luật kinh tế thuộc các hệ thống khác nhau, bao gồm Hợp chủng quốc Hoa Kỳ, Cộng hòa Liên bang Đức, Úc, Hàn Quốc, Malaysia và Cộng hòa Liên bang Nga, xét trên các yếu tố về chính thể, hệ thống pháp luật, vị trí địa lý cũng như trình độ phát triển.

Quốc gia	Vị trí địa lý	Chính thể	Hình thức Nhà nước	Hệ thống pháp luật
Hoa Kỳ	Bắc Mỹ	Cộng hòa Tổng thống	Liên bang	Anh - Mỹ (hệ thống thông luật)
Đức	Châu Âu	Cộng hòa nghị viện	Liên bang	Châu Âu lục địa (hệ thống dân luật)
Úc	Châu Đại Dương	Cộng hòa nghị viện	Liên bang	Anh - Mỹ (hệ thống thông luật)
Hàn Quốc	Đông Bắc Á	Cộng hòa hỗn hợp	Đơn nhất	Châu Âu lục địa (hệ thống dân luật)
Malaysia	Đông Nam Á	Quân chủ lập hiến	Liên bang	Anh - Mỹ (hệ thống thông luật)
Liên bang Nga	Châu Âu	Cộng hòa hỗn hợp	Liên bang	Châu Âu lục địa (hệ thống dân luật)

¹⁰Phạm Duy Nghĩa, Dẫn trên, tr.30.

¹¹Lê Minh Toàn (chủ biên), Luật kinh tế Việt Nam, NXB Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2002, tr.14.

Có thể nhận thấy quan niệm về phạm vi của pháp luật kinh tế ở các quốc gia này cũng tương đối tương đồng. Mặc dù ở hầu hết các quốc gia đều không có khái niệm chính thức về pháp luật kinh tế nhưng đều bao gồm các cấu thành cơ bản như:

- Pháp luật về đầu tư, sản xuất, kinh doanh;
- Pháp luật về phát triển các loại thị trường;
- Pháp luật về sở hữu;
- Pháp luật về các loại hình doanh nghiệp và các tổ chức kinh tế;
- Pháp luật về hợp đồng;
- Pháp luật về các cơ quan quản lý, điều tiết kinh tế;
- Pháp luật về giải quyết tranh chấp.

Điều này cho thấy quan niệm về pháp luật kinh tế của các quốc gia, bao gồm cả những quy định liên quan đến việc điều chỉnh những quan hệ kinh tế gắn liền với sản xuất - kinh doanh của các chủ thể kinh doanh và liên quan đến chức năng quản lý kinh tế của Nhà nước với tư cách là chủ thể của quyền lực công cộng. Tuy nhiên, trong từng cấu thành nhỏ này, cách thức tiếp cận của từng quốc gia có những điểm khác biệt. Chẳng hạn, pháp luật về hợp đồng của những quốc gia theo hệ thống pháp luật Châu Âu lục địa chịu ảnh hưởng bởi các triết lý về hợp đồng của pháp luật La Mã, lấy Bộ luật dân sự là bộ luật gốc và từ đây phát triển thành các chuyên ngành khác. Trong khi đó, pháp luật hợp đồng của những quốc gia theo hệ thống pháp luật Anh - Mỹ chủ yếu được hình thành từ nguồn án lệ đồ sộ từ cấp bang đến cấp Liên bang.

Chính từ sự linh hoạt và đa dạng trong cách thức tiếp cận về pháp luật kinh tế như vậy nên không có một câu trả lời thống nhất ở các quốc gia được nghiên cứu về nguồn luật để bảo đảm sự hoàn thiện thể chế pháp luật kinh tế. Chẳng hạn, xét về số lượng văn bản Nhà nước đã ban hành, số lượng văn bản quy phạm pháp

luật điều chỉnh một số lĩnh vực kinh tế do Quốc hội Hoa Kỳ ban hành từ năm 1973 cho đến nay gồm khoảng 1.793 văn bản¹², trong khi đó, tại Úc, ở cấp độ Liên bang có khoảng 800 luật và 21.000 thông tư pháp luật về kinh tế¹³.

II. CÁC YẾU TỐ TÁC ĐỘNG ĐẾN THỂ CHẾ PHÁP LUẬT KINH TẾ CỦA CÁC QUỐC GIA

2.1. Các lý thuyết về mối quan hệ giữa phát triển kinh tế và pháp luật

Mối quan hệ giữa phát triển kinh tế và pháp luật đã được rất nhiều học giả đề cập và bàn luận. Kể từ cuối thế kỷ 19, đầu thế kỷ 20 những tác phẩm của Karl Marx và Max Weber đã có những phân tích cụ thể và sâu sắc về mối quan hệ này.

Theo học thuyết mang tính khái quát cao của K.Marx, pháp luật là một trong các yếu tố của kiến trúc thượng tầng, sinh ra trên cơ sở của hạ tầng và bị quy định bởi cơ sở hạ tầng. Trong mối liên hệ giữa pháp luật và kinh tế thì các tiền đề kinh tế không chỉ là nguyên nhân trực tiếp quyết định sự ra đời của pháp luật mà còn quyết định toàn bộ nội dung, tính chất và cơ chế để điều chỉnh pháp luật. Tính chất quyết định này được thể hiện cụ thể ở các phương diện sau:

Thứ nhất: Cơ cấu kinh tế, hệ thống kinh tế quyết định cơ cấu và hệ thống pháp luật

Trong mỗi cơ cấu và hệ thống kinh tế đều có những loại quan hệ xã hội, quan hệ kinh tế đặc thù. Những mối quan hệ này có nhu cầu được điều chỉnh bằng pháp luật tương ứng. Vì vậy, pháp luật tồn tại trong khuôn khổ của cơ chế kinh tế và có nhiệm vụ điều chỉnh các quan hệ kinh tế phát sinh từ cơ cấu kinh tế và bảo đảm sự tồn tại bền vững của cơ cấu kinh tế. Chẳng hạn như,

¹²Xem Chương II.

¹³Xem Chương IV.

trong cơ chế kinh tế kế hoạch tập trung, cơ cấu pháp luật về các nội dung liên quan trực tiếp đến công dân như Luật dân sự, Luật thương mại ít được chú trọng phát triển. Nhưng trong quá trình phát triển kinh tế thị trường, đây lại là nội dung được chú trọng quan tâm.

Thứ hai: Tính chất của các quan hệ kinh tế quyết định tính chất của các quan hệ pháp luật, của mức độ và phương pháp điều chỉnh pháp luật.

Trong các cơ chế kinh tế khác nhau, các mối quan hệ kinh tế thường có tính chất và thuộc tính khác nhau. Vì vậy, bản thân các quan hệ kinh tế ở những cơ chế kinh tế khác nhau cũng cần những phương pháp điều chỉnh khác nhau. Những phương pháp đó sẽ tạo ra những tính chất của từng kiểu quan hệ pháp luật cũng khác nhau. Chẳng hạn, trong cơ chế kinh tế kế hoạch hóa tập trung, mối quan hệ hợp đồng giữa các đơn vị kinh tế được coi là hợp đồng kế hoạch. Trong cơ chế pháp luật điều chỉnh các mối quan hệ kinh tế này có một nghĩa vụ đặc biệt là nghĩa vụ ký kết hợp đồng kinh tế trong hoạt động sản xuất kinh doanh. Ngược lại, trong cơ chế kinh tế thị trường, các mối quan hệ về hợp đồng được điều chỉnh bằng phương pháp tự do, dân chủ, thỏa thuận và bình đẳng.

Thứ ba: Mỗi cơ chế kinh tế đều quyết định một hệ thống cơ quan và thủ tục pháp lý tương ứng.

Sự thay đổi của từng cơ chế kinh tế kéo theo sự thay đổi của hệ thống các cơ quan pháp luật, các thủ tục pháp lý và cả tổ chức và phương thức hoạt động của bộ máy nhà nước. Điển hình như ở nước ta, quá trình chuyển đổi nền kinh tế làm “biến mất” một số cơ quan quản lý kinh tế quan trọng trong cơ chế kinh tế cũ, như tổ chức trọng tài kinh tế nhà nước đã được thay thế bằng một loạt những cơ quan và tổ chức mới như Tòa kinh tế, Tòa lao động...

Tuy nhiên, các nhà lý luận Marx - Lenin cũng nhấn mạnh rằng dù pháp luật được sinh ra từ các điều kiện, tiền đề kinh tế

nhưng pháp luật không phản ảnh thụ động các quan hệ mà có tác động ngược trở lại đối với kinh tế.

Đặc tính cơ bản của pháp luật là mô hình hóa các quan hệ xã hội, trong đó có các mối quan hệ kinh tế. Do vậy, pháp luật là hình thức quan trọng cho sự phát triển kinh tế. Pháp luật quy định, bảo vệ, cho phép, ngăn cấm hoặc khuyến khích các quan hệ kinh tế phù hợp với mục đích kinh tế của mỗi Nhà nước trong từng giai đoạn lịch sử nhất định.

Sự tác động trở lại của pháp luật đối với kinh tế có thể diễn ra theo những hướng khác nhau:

Thứ nhất, nếu như các quy phạm pháp luật được xây dựng phù hợp với bản chất, tính chất của cơ chế kinh tế, với mục tiêu kinh tế của Nhà nước và xã hội thì pháp luật đó sẽ góp phần thúc đẩy sự phát triển của quá trình kinh tế, góp phần hoàn thiện hơn cơ chế kinh tế và hệ thống kinh tế.

Thứ hai, pháp luật không chỉ điều chỉnh những quan hệ kinh tế đã định hình, mà bằng khả năng sáng tạo của mình, pháp luật có thể đón bắt và điều chỉnh những quan hệ kinh tế sẽ xuất hiện trong hệ thống kinh tế.

Thứ ba, trường hợp pháp luật mâu thuẫn với nội dung, tính chất và quy luật của các quan hệ kinh tế sẽ gây tác động kìm hãm sự phát triển của toàn bộ nền kinh tế hoặc của một trong các yếu tố hợp thành hệ thống kinh tế, thậm chí có thể làm rối loạn các quá trình kinh tế, làm cho các hoạt động kinh tế và sự phát triển kinh tế đi ra ngoài quỹ đạo của mình¹⁴.

Phân tích cụ thể hơn về mối quan hệ giữa pháp luật và phát triển, Max Weber, nhà xã hội học nổi tiếng người Đức (1864 - 1920) đã nhấn mạnh đến vai trò của pháp luật đối với quá trình phát triển xã hội qua việc xem xét vai trò của pháp luật trong việc góp phần hình thành chủ nghĩa tư bản ở châu Âu.

¹⁴Đào Trí Úc, Nhà nước và pháp luật của chúng ta trong sự nghiệp đổi mới, (NXB Khoa học xã hội, Hà Nội, 1997.

Weber cho rằng tính khái quát cao, áp dụng chung, bắt buộc phải tuân thủ đối với mọi đối tượng áp dụng của pháp luật đã góp phần làm cho sự can thiệp của Nhà nước vào kinh tế có thể lường trước và dự đoán được. Chính nhờ tính khả đoán của pháp luật mà quan hệ kinh tế trở nên ổn định hơn, giảm các chi phí trong các hoạt động kinh tế.

Hơn thế nữa, pháp luật các quốc gia phương tây tạo ra cơ chế phù hợp với sự phát triển của kinh tế thị trường với ba yếu tố cơ bản: (1) sự ghi nhận về tự do cá nhân, (2) tự do sở hữu và (3) khuyến khích các quan hệ hợp đồng. Chính vì vậy, ở những quốc gia này, pháp luật với ba nền tảng cơ bản là sở hữu tư nhân, tự do khế ước và tự do lập hội đã là cơ sở cho sự phát triển xã hội tiên chủ nghĩa tư bản¹⁵.

Gần đây hơn, mối quan hệ giữa pháp luật và kinh tế được các nhà kinh tế học hiện đại khảo sát nhiều hơn dưới góc độ xem pháp luật như là một yếu tố chi phí giao dịch trong kinh doanh. Học thuyết này được bắt đầu phát triển từ đầu thế kỷ 20 với tên tuổi của Ronald H. Coase. Theo đó, Coase tập trung phân tích về hành vi cụ thể của người kinh doanh, trong đó xem pháp luật là một phần chi phí của giao dịch. Một khi pháp luật minh bạch, ổn định, có thể dự báo trước được và tin cậy được sẽ làm giảm rủi ro kinh doanh, giảm chi phí giao dịch từ đó giao lưu kinh tế sẽ gia tăng. Điều này có nghĩa là tùy theo thực trạng pháp luật mà nhà kinh doanh sẽ có các phản ứng khác nhau. Nếu môi trường pháp lý rõ ràng, rành mạch thì các chi phí để tìm hiểu, ra quyết định và thương thảo cũng như triển khai các giao dịch kinh doanh sẽ giảm bớt, do vậy các nhà kinh doanh sẽ tăng cường các giao dịch kinh tế. Ngược lại, trong một môi trường pháp lý không rõ ràng, các nhà kinh doanh sẽ hạn chế giao dịch hoặc tìm ra các kênh bảo

¹⁵Lan Cao, *Law and Economic Development: A New Beginning?*, Texas International Law Journal, Vol 32:545, 1997.

hộ khác với chi phí giao dịch hợp lý hơn so với các chi phí giao dịch qua kênh pháp luật chính thức¹⁶.

Tới thế kỷ 21, nhà kinh tế học Daron Acemoglu và nhà khoa học chính trị James A. Robinson đã đưa ra luận điểm về sự phát triển kinh tế phụ thuộc trước hết vào tính đầy đủ, dung hợp (inclusiveness) của các thể chế kinh tế và chính trị. Các quốc gia khác nhau về mức độ thành công kinh tế bởi sự khác nhau về thể chế, về các quy tắc ảnh hưởng đến nền kinh tế và các động cơ khuyến khích thúc đẩy người dân¹⁷.

Như vậy, các lý thuyết đều cho thấy pháp luật góp phần tạo ra hoàn cảnh và điều kiện thuận lợi cho sự phát triển kinh tế ở những góc độ khác nhau. Quan hệ giữa pháp luật với sự phát triển kinh tế không phải là một loại quan hệ có tính cách nhân quả mà là một quan hệ tương liên, thường được biểu hiện bằng những chuyển đổi trong hệ thống pháp luật và trong khu vực kinh tế. Những chuyển đổi này có lúc song song và bổ trợ lẫn nhau, có lúc độc lập nhưng liên hoàn, tạo thành một chuỗi đồng bộ.

Tuy nhiên, trong bối cảnh phát triển nhanh chóng của các điều kiện kinh tế - xã hội trong giai đoạn toàn cầu hóa, nhiều nhà nghiên cứu kinh tế vào cuối thế kỷ 20 đã đặt ra vấn đề xem xét lại vai trò của yếu tố pháp luật đối với phát triển kinh tế và đi tới kết luận rằng: pháp luật là yếu tố cần thiết nhưng không phải là yếu tố cơ bản nhất để tạo nên động lực cho sự phát triển vì hai yếu tố: (1) Bản thân luật thành văn do Nhà nước xây dựng và ban hành sẽ không bao giờ “đầy đủ” để có thể điều chỉnh hết mọi tình huống trong cuộc sống (tính “không thể đầy đủ” của pháp luật) và (2) Việc soạn thảo và thực thi pháp luật gây ra nhiều tổn hại về mặt chi phí.

¹⁶Ann Seidman et al, *Making Development Work: Legislative Reform for Institutional Transformation and Good Governance*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1999, pp. 20-70.

¹⁷Daron Acemoglu, James A. Robinson, *Why nations fail?*, Crown Business, 2012.

Khái niệm về tính “không thể đầy đủ” của pháp luật được phát triển dựa trên cách tiếp cận nghiên cứu có tính bút phá với quan điểm: các hợp đồng được thiết lập bằng văn bản không bao giờ có thể đầy đủ, tức là không bao giờ có thể kể rõ mọi tình huống có thể xảy ra cũng như dự liệu được hết các cách ứng phó. Việc soạn thảo các luật thành văn của Nhà nước cũng lâm vào hoàn cảnh tương tự: cho dù Nhà nước có tiêu tốn rất nhiều thời gian, công sức và chi phí để xây dựng các quy định thành văn thì cũng không thể nào hoàn thành được một văn bản pháp luật lường được hết mọi tình huống có thể diễn ra trong cuộc sống thuộc phạm vi điều chỉnh của Luật đó¹⁸.

Hơn thế nữa, việc xây dựng pháp luật, cũng như vận hành bộ máy thi hành luật là những hoạt động cần rất nhiều chi phí và tài nguyên. Nếu không cần quá nhiều tài nguyên cho việc soạn luật và thi hành luật thì một phần nhân lực (như luật sư, công an, thẩm phán...) hoặc vật lực (như các kinh phí cho hoạt động của những người này...) có thể được sử dụng vào việc hữu ích và cấp thiết khác của quốc gia.

Bên cạnh đó, một đặc điểm thông thường của hoạt động soạn thảo pháp luật là khi các nhà làm luật nhận thấy một điều gì tiêu cực không muốn xảy ra thì phản ứng thường là phải ra luật cấm và yêu cầu các nhà hành pháp triệt để thi hành luật ấy. Song, nếu xét trên góc độ kinh tế thì chưa hẳn đây là một giải pháp hay, bởi có khả năng là chi phí để dùng vào việc soạn thảo luật và thi hành các quy định cấm đó không tương xứng với những thiệt hại do hành động bị cấm đưa lại.

Tuy vậy, mục đích cuối cùng của các nhà kinh tế học khi đưa ra thuyết “không thể đầy đủ” của pháp luật không phải là

¹⁸Học thuyết này gắn liền với tên tuổi của Williamson O.E. với một số tác phẩm nổi tiếng như *Markets and Hierarchies: Analysis and antitrust implications* [1975], *The Economic Institutions Of Capitalism* [1985], *The Mechanism of Governace* [1996]. Xem thêm: Eric Brousseau và M'hand Fares, *Incomplete Contracts and Governace Structures*, 2000, có tại www.brousseau.info truy cập ngày 21/01/2008.

khuyến khích xã hội không cần để tâm đến việc xây dựng pháp luật thành văn bởi vì pháp luật, như đã đề cập ở trên, có những vai trò nhất định đối với sự phát triển của xã hội. Mục tiêu của lý thuyết này là nhằm xác định và khuyến khích những thể chế có khả năng bù đắp cho sự “không đầy đủ” của pháp luật như các thể chế phi chính thức, bất thành văn như tập quán, chuẩn mực đạo đức... và một trong những yếu tố được đề cập đến nhiều trong thời gian qua là sự tin cậy trong xã hội hay yếu tố niềm tin. Sự tin cậy trong xã hội có thể được phân thành hai loại: tin cậy vì quen biết nhau, có kinh nghiệm làm ăn với nhau (thường được gọi là tin cậy chiến lược) và tin cậy vì chia sẻ những giá trị văn hoá và đạo đức với nhau (thường được gọi là tin cậy đạo đức).

Một khi giữa các chủ thể kinh doanh có sự tin cậy lẫn nhau thì chi phí giao dịch giữa hai bên sẽ giảm đi vì họ không còn mất nhiều thời gian để thương lượng, tìm hiểu đối thủ kinh doanh hoặc phải thuê các công ty luật soạn thảo các hợp đồng chi tiết để tránh các trường hợp xấu có thể xảy ra. Tuy lợi ích của việc giảm chi phí này rất cụ thể và có nhiều trường hợp là không nhỏ nhưng tầm ảnh hưởng của nó tương đối hạn hẹp vì số các chủ thể kinh doanh có thể tin cậy lẫn nhau là không nhiều. Hơn nữa, trong bối cảnh toàn cầu hóa như hiện nay, mỗi chủ thể kinh doanh không thể chỉ gói gọn hoạt động kinh doanh của mình với một số lượng đối tác nhất định.

Tương tự, sự tin cậy về mặt đạo đức cũng có tác dụng phần nào làm giảm chi phí kinh doanh. Khi hai đối tác kinh doanh, dù chưa có sự tin cậy chiến lược, nhưng có cùng những giá trị văn hóa hoặc tôn giáo thì dễ tìm thấy những điểm tương đồng có thể tin cậy được để giảm các chi phí kinh doanh. Chẳng hạn, nếu cả hai đối tác có cùng một tôn giáo thì hai bên sẽ có lòng tin với nhau sẽ tuân theo cùng những điều răn trong đạo lý tôn giáo của cả hai bên.

Tâm quan trọng của sự tin cậy về đạo đức có giá trị hơn trong việc xem xét về mức độ hiệu quả trong hoạt động của Nhà nước. Trong xã hội khi sự tin cậy về đạo đức tăng lên thì sự tham gia của người dân vào hoạt động quản lý xã hội cũng tăng lên làm cho mức độ hiệu quả trong hoạt động nhà nước cũng sẽ được nâng cao. Và từ đó, đến lượt mình, sự hữu hiệu của bộ máy nhà nước sẽ làm cho nền kinh tế - xã hội phát triển thêm và ngược lại.

2.2. Các nghiên cứu thực chứng về mối liên hệ giữa thể chế pháp luật và mức độ phát triển kinh tế

Trên cơ sở các lý luận về mối liên hệ giữa thể chế pháp luật và sự phát triển kinh tế, nhiều nhà nghiên cứu kinh tế hiện đại đã dành thời gian để thực hiện các nghiên cứu thực chứng về mối liên hệ này, đặc biệt là sau Thế chiến thứ II với sự bùng nổ các hoạt động viện trợ của các quốc gia phát triển hoặc của các tổ chức quốc tế như WB hoặc IMF đối với các quốc gia bị chiến tranh tàn phá (thời gian ngay sau Thế chiến) và các quốc gia chậm phát triển (trong thời gian gần đây).

Tuy nhiên, cũng cần phải thấy rằng trên thực tế, rất khó có thể đánh giá thực chứng về sự tác động của việc hoàn thiện pháp luật với quá trình phát triển của các quốc gia vì sự phát triển của một quốc gia còn phụ thuộc vào rất nhiều yếu tố khác như các giá trị văn hóa, nguồn nhân lực, vị trí địa chiến lược... Do vậy, rất khó có thể khu biệt hóa tác động thực sự của pháp luật đối với tiến trình phát triển.

Hơn thế nữa, mức độ hoàn thiện của một hệ thống pháp luật là một khái niệm tương đối trừu tượng, khó có thể lượng hóa để trở thành một biến số cụ thể có thể sử dụng được trong việc thực hiện nghiên cứu thực chứng. Nhất là trong điều kiện hiện nay, hệ thống pháp luật thường được quan niệm theo nghĩa rộng bao gồm không chỉ hệ thống các quy phạm pháp luật mà còn cả

những thiết chế thực thi, hệ thống thông tin pháp luật, đào tạo pháp luật.

Chính vì vậy, các nghiên cứu thực chứng về mối liên hệ giữa pháp luật và mức độ phát triển chủ yếu tập trung vào một số góc độ cụ thể có thể tiến hành so sánh được của hệ thống pháp luật như: mức độ dân chủ, quyền tự do kinh doanh, mức độ độc lập của hệ thống tư pháp...¹⁹

Về mối quan hệ giữa dân chủ và phát triển kinh tế, các nhà nghiên cứu đã sử dụng các thước đo để đánh giá mức độ dân chủ ở các quốc gia và thực hiện phép so sánh giữa các quốc gia khác nhau về mức độ dân chủ và sự phát triển kinh tế. Tuy nhiên, quá trình nghiên cứu này vẫn chưa đưa ra được một kết luận rõ ràng vì những khó khăn, phức tạp trong việc xác định các thông số như thế nào là “phát triển” và thế nào là “mức độ dân chủ”. Ở những quốc gia khác nhau với những nền văn hóa khác nhau, quan điểm về dân chủ và phát triển cũng có thể có những nét khác nhau nhất định. Nhưng có một thực tế khá rõ ràng là qua khảo sát đối với những quốc gia phát triển trong thời gian gần đây thì việc đi theo lộ trình ưu tiên phát triển kinh tế trước và tiến hành dân chủ hóa sau dường như đem lại nhiều thành công hơn. Chẳng hạn như, những quốc gia mà cải cách kinh tế đi trước dân chủ gồm: Hàn Quốc, Đài Loan, Chile, Mexico có mức độ phát triển ổn định hơn hẳn so với Argentina, Brazil, Philippines và Bangladesh là những quốc gia tiến hành dân chủ hóa trước²⁰.

Có hai lý do cơ bản lý giải cho hiện tượng này: *thứ nhất*, cải tiến kinh tế bởi một chính quyền chuyên chế có “công hiệu hơn” so với một chính quyền dân chủ và *thứ hai*, dân chủ hoá được tiến hành trong một không gian kinh tế “tự do” sẽ đem đến một nền dân chủ “tốt” hơn.

¹⁹Frank B. Cross, Law and Economic Growth, có tại www.utexas.edu/law/academics/centers/clcjm/civiljustice/Cross.pdf truy cập 19/12/2007.

²⁰Trần Hữu Dũng, Dân chủ và phát triển: Lý thuyết và chứng cứ, Thời đại mới, Số 10, tháng 3/2007.

Theo hai nhà nghiên cứu Giavazzi và Tabellini, các chính sách cởi trói cho nền kinh tế của các chính quyền chuyên chế sẽ có công hiệu hơn vì họ ít phải chịu các áp lực phản đối hơn của các nhóm lợi ích khi họ bị đụng chạm như trong một xã hội dân chủ. Còn một khi một nền kinh tế đã phát triển rồi mới tiến hành dân chủ hóa thì nền dân chủ đó sẽ có nhiều lý do bền vững hơn so với trường hợp ngược lại do nền kinh tế lúc đó đã sẵn sàng cho thương mại, cạnh tranh và đã có đủ nguồn lực để phân phối cho dân chúng vốn được coi là một điều cần thiết mà mọi nền chính thể dân chủ đều cần làm. Hơn thế nữa, trong trường hợp dân chủ hóa quá sớm trong một nền kinh tế còn đóng kín thì nền kinh tế dễ bị tê liệt do các thế lực dân chủ mới đòi phân bố thu nhập và sẽ đi quá xa trong những chính sách tha mãi miễn cưỡng, có tính lãng phí. Giavazzi và Tabellini cũng đưa ra các chứng cứ cho thấy quá trình phát triển kinh tế trước khi đi đến dân chủ hóa thường được thực hiện theo những kế hoạch định trước nên dễ diễn ra trong trật tự. Ngược lại, dân chủ hóa đi trước thường là kết quả của một quá trình cách mạng đột ngột, có tính xáo trộn và do vậy dễ dẫn tới những xáo trộn về mặt kinh tế. Tuy nhiên, mức độ hiệu quả nhất, theo hai nhà nghiên cứu này, là trường hợp tiến hành cải cách để phát triển kinh tế và dân chủ một cách đồng thời²¹.

Khác với mối liên hệ giữa dân chủ và phát triển kinh tế, nhiều nghiên cứu đã cho thấy mức độ tự do của nền kinh tế có mối quan hệ rõ rệt với sự phát triển kinh tế. Tự do kinh tế thường được đo lường bởi các yếu tố như mức độ bảo đảm quyền tư hữu, sự tự do giao kết và thực hiện các giao dịch kinh tế²². Trong số đó, quyền sở hữu được xem là có vị trí rất quan trọng. Thậm chí một số nghiên cứu còn đưa ra kết luận rằng việc bảo đảm quyền tư

²¹Giavazzi và Tabellini, *Economic and Political Liberalizations* có tại www.szgerzensee.ch/fileadmin/Dateien_Anwender/Dokumente/Conferences/papers_conferences/GiavazziTabellini.pdf truy cập 21/01/2008.

²²Frank B. Cross, Dẫn trên, n. 19.

hữu tạo ra sự phát triển ở các quốc gia²³. Từ năm 1995, Tạp chí Phố Wall (Hoa Kỳ) và Quỹ Di sản Heritage đã đưa ra chỉ số tự do kinh tế thường niên (Index of Economic Freedom - IEF) dựa trên 50 biến số kinh tế độc lập để tính toán và xếp hạng cho 161 quốc gia. Những biến số này được xếp vào 10 nhóm lớn gọi là các yếu tố tự do kinh tế, bao gồm: chính sách thương mại, gánh nặng ngân sách Chính phủ, can thiệp của Chính phủ vào nền kinh tế, chính sách tiền tệ, các luồng vốn và đầu tư nước ngoài, ngân hàng và tài chính, lương và giá, quyền sở hữu tài sản, các luật lệ, hoạt động của thị trường phi chính thức. Các yếu tố này có tầm quan trọng ngang nhau đối với mức độ tự do kinh tế của mỗi quốc gia. Căn cứ vào số điểm bình quân 10 yếu tố này của mỗi quốc gia để xếp hạng và đánh giá mức độ tự do kinh tế theo các nhóm: tự do hoàn toàn, gần như tự do hoàn toàn, gần như không tự do và kiểm soát²⁴.

Trong mối liên hệ giữa phát triển kinh tế và các yếu tố của Nhà nước pháp quyền, Ngân hàng thế giới đã tiến hành một nghiên cứu điều tra trên phạm vi 73 quốc gia và đã đưa ra các chỉ số đáng tin cậy để đánh giá mức độ hoàn thiện của Nhà nước pháp quyền của các quốc gia như tính ổn định về chính trị, mức độ an ninh dành cho con người và tài sản, tính khả đoán của các phán quyết tư pháp và mức độ tham nhũng. Những nghiên cứu này cho thấy sự tin cậy của người dân đối với Nhà nước, đặc biệt là đối với hệ thống tư pháp có tầm quan trọng đặc biệt trong phát triển kinh tế. Hệ thống tư pháp với chức năng giải quyết tranh chấp giữa các bên tư nhân với nhau, giải quyết tranh chấp giữa các bên tư nhân và Nhà nước, cung cấp nền tảng để các cá nhân và tổ chức hành xử bên ngoài hệ thống chính thức và ảnh hưởng đến sự phát triển của xã hội và các chuẩn mực xã hội. Những thay

²³Torstensson, Johan, Property Rights and Economic Growth: An Empirical Study, *Kyklos*, Blackwell Publishing, vol. 47(2), 1994, tr. 231-47.

²⁴<http://www.heritage.org/index/about>.

đổi này mang lại luật pháp và trật tự, khuyến khích sự phát triển của các thị trường, tăng trưởng kinh tế và giảm đói nghèo²⁵.

Một hướng đi khác trong việc nghiên cứu thực chứng về mối quan hệ giữa pháp luật và phát triển là đánh giá tác động của những chế định pháp luật cụ thể đối với quá trình phát triển kinh tế. Đây là cách thức tiếp cận theo lý thuyết của Ronald Coase về chi phí kinh tế của pháp luật. Như đề cập ở phần trên, trước đây nhiều nghiên cứu đã cho thấy để tạo điều kiện cho kinh tế phát triển thì vai trò của Nhà nước chỉ nên dừng lại ở mức độ bảo đảm quyền sở hữu tài sản và bảo đảm việc thực thi các hợp đồng, còn sau đó không nên can thiệp vào quá trình vận hành của thị trường tự do. Tuy nhiên, theo học thuyết Coase thì sự can thiệp của Nhà nước là cần thiết nếu nó làm giảm chi phí giao dịch hơn so với khi chưa có sự can thiệp của Nhà nước. Các nghiên cứu thực chứng cũng hỗ trợ cho kết luận này đặc biệt là trong lĩnh vực pháp luật về thị trường chứng khoán hoặc ngân hàng. Qua khảo sát ở nhiều quốc gia khác nhau cho thấy ở những quốc gia có các quy định pháp luật về chứng khoán có hiệu quả, nhất là trong việc ngăn chặn các vụ mua bán nội gián và pháp luật về giám sát hoạt động của ngân hàng thì sự phát triển của thị trường chứng khoán và ngân hàng ở nước đó trở nên mạnh mẽ hơn, có tác dụng thúc đẩy sự phát triển kinh tế²⁶.

III. PHÁP LUẬT VỀ QUẢN LÝ KINH TẾ

Trong khuôn khổ của nghiên cứu này, nhiều chuyên gia cho rằng pháp luật quản lý kinh tế về bản chất là sự luật hóa các chính sách kinh tế của Nhà nước. Chính vì vậy, so với bộ phận pháp luật điều chỉnh các quan hệ kinh tế trong lĩnh vực tư, bộ

²⁵Ngân hàng Thế giới, Xây dựng thể chế hỗ trợ thị trường, Báo cáo phát triển thế giới 2002, NXB Chính trị quốc gia, tr. 154-173.

²⁶Ross Levine & Sara Zevros, Stock Markets, Banks, and Economic Growth, World Bank Policy Research Working Paper No. 1690; A1.213 Working Paper No. 297.

phận pháp luật về quản lý nhà nước đối với hoạt động kinh tế có tính động hơn do đối tượng quản lý là những chủ thể kinh doanh, các hoạt động kinh doanh luôn luôn năng động, biến động không ngừng. Vì vậy, chính sách quản lý phải luôn được điều chỉnh để phù hợp với thực tiễn, dẫn đến pháp luật phải thay đổi theo.

Khảo sát pháp luật của các quốc gia về vấn đề này cho thấy pháp luật về quản lý kinh tế thường bao gồm những quy định liên quan đến bảo vệ quyền sở hữu tài sản, phát triển thị trường, bảo đảm thị trường cạnh tranh công bằng, ưu đãi và khuyến khích đầu tư, về các cơ quan điều tiết kinh tế và giải quyết tranh chấp.

Đối với việc phát triển các loại thị trường, phần lớn pháp luật các quốc gia đều dành nhiều sự quan tâm để bảo đảm môi trường cho doanh nghiệp phát triển. Trong đó việc phát triển các loại thị trường cần thiết cho các doanh nghiệp tồn tại và vận hành là hết sức quan trọng. Những dạng thị trường cơ bản mà pháp luật của các quốc gia đề cập bao gồm:

- Thị trường hàng hóa - dịch vụ;
- Thị trường tài chính (đặc biệt là thị trường vốn);
- Thị trường đất đai, bất động sản và tài nguyên khác;
- Thị trường khoa học - công nghệ;
- Thị trường lao động.
- Các thị trường phái sinh.

Pháp luật kinh tế ở các quốc gia có những kinh nghiệm khác nhau về phát triển các loại thị trường. Chẳng hạn như ở Cộng hòa Liên bang Đức, việc phát triển thị trường hàng hóa có sự quan tâm thích đáng đến phát triển logistics. Logistics là một trong những bộ phận kinh tế lớn nhất của Đức, chỉ đứng sau ngành công nghiệp kỹ thuật cơ khí, điện tử và ngành công nghiệp ô tô. Có khoảng 2,8 triệu người lao động làm việc trong lĩnh vực này. Một đối tượng rất quan trọng mà Chính phủ Đức hướng tới và cũng là

một yếu tố quan trọng trong sự phát triển của logistics là chính sách vận tải thống nhất và toàn diện nhằm giúp cho hệ thống cơ sở hạ tầng giao thông ngày càng thông minh, hiệu quả và an toàn hơn khi sử dụng. Một hệ thống văn bản pháp luật điều chỉnh các dịch vụ logistic cũng được phát triển một cách đầy đủ và hoàn thiện gồm: Luật về không gian hoạt động, Luật đường sắt chung, Quy chế về giao thông đường sắt, Luật về vận chuyển các hàng hóa nguy hiểm, Luật về trách nhiệm và chi phí bồi thường đối với sự cố tràn dầu từ các tàu chở hàng hóa, Quy chế về thời xếp hàng và bốc dỡ hàng hóa, Luật giao thông đường bộ, Luật về quyền đăng ký vận chuyển hàng hóa...

Đối với việc phát triển thị trường tài chính, sau những đổ vỡ trong cuộc khủng hoảng tài chính năm 2007-2008, pháp luật các quốc gia đã có những cải cách trong quản lý thị trường tài chính nhằm ngăn ngừa và kiểm soát rủi ro hệ thống. Trong đó, đi đầu là Hoa Kỳ với việc ban hành Luật cải tổ phố Wall và bảo vệ người tiêu dùng Dodd-Frank năm 2010 (Luật Dodd-Frank) ra đời để cải tổ hệ thống tài chính Hoa Kỳ, qua đó thiết lập Hội đồng giám sát ổn định tài chính (Financial Stability Oversight Council - FSOC) là cơ quan liên ngành có chức năng xác định và ứng phó với rủi ro hệ thống. Luật Dodd-Frank cũng đưa ra nhiều cơ chế nhằm ngăn ngừa và kiểm soát rủi ro hệ thống. Phương thức này cũng được pháp luật nhiều quốc gia khác nghiên cứu, áp dụng²⁷.

Các quốc gia được khảo sát cũng dành sự quan tâm đặc biệt để hoàn thiện khuôn khổ pháp luật về thị trường khoa học - công nghệ. Trong bối cảnh khoa học - công nghệ phát triển nhanh, việc bảo đảm các loại tài sản trí tuệ, chuyển giao công nghệ cũng rất được chú trọng. Trong đó, kinh nghiệm của nhiều quốc gia cho thấy: để thị trường khoa học và công nghệ phát triển cần có những chính sách khuyến khích, kết nối hiệu quả giữa nghiên cứu - sản

²⁷Xem Chương II.

xuất - tiêu dùng; khuyến khích hoạt động khoa học - công nghệ, nghiên cứu phát triển thông qua các chính sách ưu đãi; bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ hiệu quả; khuyến khích nguồn lực tài chính tài trợ cho khoa học và công nghệ cả từ khu vực công và tư. Trên thị trường khoa học - công nghệ có sự tham gia của nhiều chủ thể bao gồm các trường đại học, phòng thí nghiệm Liên bang, các cơ quan quản lý nhà nước và các tổ chức kinh doanh.

Về chính sách khuyến khích và ưu đãi đầu tư, nhìn chung các quốc gia có nền kinh tế thị trường phát triển đều dựa trên việc bảo đảm hoạt động kinh doanh được tự do, không có sự phân biệt giữa công dân nước mình và các quốc gia khác. Tuy nhiên, để khuyến khích đầu tư vào những lĩnh vực và địa bàn cụ thể, pháp luật các quốc gia cũng có những chính sách đặc thù nhất định. Những chính sách này được thực hiện thông qua nhiều công cụ khác nhau và gắn với những mục đích khác nhau như ưu đãi liên quan đến kết quả đầu tư, liên quan đến các hoạt động nghiên cứu và phát triển, liên quan đến tuyển dụng lao động hoặc nhu cầu về vốn... Các công cụ ưu đãi có thể là khoản hỗ trợ, khoản vay hoặc các bảo đảm tài chính phù hợp với nhu cầu của các hoạt động kinh doanh khác nhau và vào các giai đoạn phát triển khác nhau của công ty.

Tuy nhiên, đối với những quốc gia đang trong quá trình phát triển hoặc mới bước vào giai đoạn phát triển thì để bảo vệ lợi ích quốc gia, các quốc gia này thường có những quy định pháp luật chặt chẽ nhằm chống lại hiện tượng chuyển giá. Chẳng hạn như ở Malaysia, các nghĩa vụ và các khoản bồi thường trong các giao dịch chuyển giá được xác định trên nguyên tắc sòng phẳng được thừa nhận bởi Ban Thu nhập nội địa. Nguyên tắc này cho phép cơ quan có thẩm quyền điều chỉnh giá trong các giao dịch chuyển giá giữa các bên có liên quan tại Malaysia mà theo quan điểm của cơ quan có thẩm quyền là không đáp ứng nguyên tắc sòng phẳng.

Để hạn chế việc chuyển giá, lãi suất đối với các khoản hỗ trợ tài chính giữa các bên có quan hệ liên quan tại Malaysia hoặc liên quốc gia sẽ không được coi là chi phí hợp lệ để khấu trừ²⁸. Vấn đề chuyển giá nhằm tránh hoặc trốn thuế ở Hàn Quốc được thực hiện theo quy định của một luật riêng là Luật về điều phối thuế quốc tế, theo đó các giao dịch quốc tế giữa các bên có quan hệ lợi ích với nhau phải thực hiện nguyên tắc “đối xử như những người không có quan hệ thân thích”. Nếu vi phạm, cơ quan thuế có thể điều chỉnh mức thuế phải nộp tương ứng²⁹.

Về các cơ quan điều tiết kinh tế, việc thiết lập các cơ quan điều tiết kinh tế ở các quốc gia chủ yếu hướng đến mục tiêu tạo ra những công cụ để khắc phục những khuyết tật của thị trường, bảo đảm thị trường cạnh tranh công bằng và vận hành một cách lành mạnh. Trên thực tế, các cơ quan điều tiết kinh tế thường được thành lập gắn liền với một Luật điều tiết thị trường. Chẳng hạn như ở Hoa Kỳ, các cơ quan điều tiết thị trường thường là những cơ quan độc lập được thiết lập theo luật, như: Cục Dự trữ Liên bang (FED), Ủy ban Chứng khoán (SEC), Ủy ban An toàn Sản phẩm Tiêu dùng (CPSC), Cục Bảo vệ Môi trường (EPA), Cục Hàng không Liên bang (FAA) (thuộc Bộ Giao thông), Ủy ban Truyền thông Liên bang (FCC), Ủy ban Quản lý Năng lượng Liên bang (FERC)...³⁰. Các cơ quan này thường được giao ba nhiệm vụ cơ bản: ban hành các quy chế hành chính, hướng dẫn văn bản quy phạm pháp luật do cơ quan lập pháp ban hành và thực thi pháp luật.

Nhiều quốc gia khác cũng đi theo mô hình tương tự. Chẳng hạn, ở Malaysia, các cơ quan độc lập theo luật, có vai trò điều tiết kinh tế bao gồm Ngân hàng trung ương, Ủy ban Chứng khoán, Ủy ban về doanh nghiệp, Ban Thu nhập nội địa, Ủy ban Thông tin truyền thông, Hội đồng Sở hữu trí tuệ, Hội đồng Cạnh tranh...³¹

²⁸Xem Chương VI.

²⁹Xem Chương V.

³⁰Xem Chương II.

³¹Xem Chương VI.

Về cơ chế giải quyết tranh chấp, trong lĩnh vực kinh tế, pháp luật các quốc gia có những hình thức đa dạng để giải quyết các tranh chấp phát sinh trong lĩnh vực kinh doanh, trong đó tập trung vào việc bảo đảm quyền sở hữu tài sản, bảo đảm quyền tự do giao kết hợp đồng của các chủ thể tham gia hoạt động kinh doanh. Thông thường, các phương thức giải quyết tranh chấp dân sự và thương mại gồm tố tụng Tòa án và các phương thức giải quyết tranh chấp ngoài Tòa án (Alternative Dispute Resolution - ADR) như hòa giải, Trọng tài.

Thực tiễn cho thấy, giải quyết tranh chấp bằng con đường Tòa án tốn kém về tiền bạc và thời gian. Có những vụ việc kéo dài nhiều năm mới ra được quyết định cuối cùng. Ngoài ra, quy trình tố tụng Tòa án cứng nhắc, các bên phải có mặt tại trụ sở của Tòa án để giải quyết với thời gian biểu không thuận tiện, những quy định này gây khó khăn cho các bên trong quá trình tham gia tố tụng, đặc biệt là đối với các đương sự là các chủ thể kinh doanh. Quyết định của Tòa án là công khai, vì vậy đôi khi không phù hợp với nhu cầu bảo mật của các thương nhân. Vì vậy, ngày càng nhiều các thương nhân lựa chọn các phương thức giải quyết tranh chấp ngoài Tòa án (ADR) bởi các phương thức này khắc phục được các hạn chế của phương thức giải quyết tranh chấp thông qua Tòa án. Do đó, ngày nay phần lớn các tranh chấp trong lĩnh vực kinh tế được giải quyết bằng phương thức giải quyết ngoài Tòa án.

Đối với phương thức giải quyết ngoài Tòa án, các quốc gia có nhiều hình thức đa dạng khác nhau trong lĩnh vực này. Trong đó, có những quốc gia có những phương thức khá đặc thù. Chẳng hạn, ở Úc, hình thức mời chuyên gia độc lập thẩm định tranh chấp rất được các chủ thể tham gia các hoạt động kinh tế quan tâm. Chuyên gia thẩm định thường là những người có kiến thức và kinh nghiệm hành nghề trong lĩnh vực tranh chấp giữa hai bên thưa kiện. Họ tìm cách nắm bắt thông tin cần thiết quyết

định vấn đề thông qua quá trình tìm hiểu và hỏi đáp. Hai bên thừa kiện có toàn quyền quyết định có giải quyết theo nhận định của chuyên gia hay không hoặc có thể thương lượng dựa trên phán quyết của chuyên gia để dàn xếp hòa giải³².

Với các ưu điểm về thủ tục nhanh gọn, đưa ra các giải pháp giải quyết tranh chấp hợp lý, ở các quốc gia, việc thành lập các trung tâm hòa giải cũng được quan tâm thực hiện. Chẳng hạn, Malaysia có những trung tâm hòa giải ở những lĩnh vực khác nhau như Trung tâm Hòa giải Bảo hiểm, Trung tâm Hòa giải ngân hàng, Ủy ban về tranh chấp liên quan đến người tiêu dùng, Trung tâm Hòa giải của Hội luật sư và Ủy ban về Quyền tác giả. Thực tế cho thấy cách thức giải quyết qua các trung tâm hòa giải rất có hiệu quả, được công chúng sử dụng nhiều. Đây là bài học kinh nghiệm cần được quan tâm, áp dụng ở những quốc gia đang phát triển như Việt Nam.

IV. PHÁP LUẬT VỀ CÁC CHỦ THỂ KINH DOANH

Pháp luật về các chủ thể kinh doanh là một phần rất quan trọng, thậm chí được xem là phần cơ bản nhất của pháp luật kinh tế. Một số chuyên gia còn so sánh pháp luật về các chủ thể kinh doanh trong pháp luật về kinh tế có vị trí quan trọng như đối với các quy định pháp luật về thể nhân trong pháp luật về dân sự.

Ở các quốc gia trong phạm vi được khảo sát, pháp luật quy định nhiều loại hình chủ thể kinh doanh khác nhau. Chẳng hạn như ở Đức, hệ thống doanh nghiệp của Đức tương đối phức tạp với nhiều loại hình công ty khác nhau. Sự phân loại các hình thức công ty của pháp luật Đức được thiết lập trên cơ sở sự kết hợp linh hoạt vừa có tính phân chia vừa có tính liên kết giữa hai loại chế độ chịu trách nhiệm của các thành viên là hữu hạn và vô hạn với các loại hình cơ bản như công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ

³²Xem Chương IV.

phần, công ty hợp danh. Cách thức phân loại này cũng được áp dụng ở đa số các quốc gia.

Để tạo điều kiện cho việc khởi sự kinh doanh, pháp luật các quốc gia quy định về thủ tục thành lập các doanh nghiệp tương đối thuận lợi, dễ dàng. Thông thường, các doanh nghiệp được thành lập trên cơ sở một bản thỏa thuận hợp tác kinh doanh giữa các thành viên trước sự có mặt của công chứng viên. Thời gian thành lập các doanh nghiệp thường chỉ kéo dài từ vài ngày đến khoảng 2-3 tuần. Thời gian để thành lập hoặc giải thể doanh nghiệp được xem là một trong các tiêu chí để đánh giá môi trường kinh doanh ở các quốc gia³³.

Tuy nhiên, một trong những vấn đề mà kinh nghiệm các quốc gia rất chú trọng khi quy định về các chủ thể kinh doanh là các quy định về quản trị doanh nghiệp. Theo đó, về nguyên tắc, việc quản trị doanh nghiệp được thực hiện dựa trên sự phân định rạch ròi giữa quyền sở hữu và quyền quản lý. Pháp luật các quốc gia đều ghi nhận các cổ đông là người sở hữu công ty nhưng không có quyền trực tiếp quản lý công ty. Hoạt động quản lý công ty trước hết được trao cho Hội đồng quản trị và người điều hành công ty. Cổ đông chỉ thực hiện quyền kiểm soát công ty thông qua biểu quyết để bầu hoặc miễn nhiệm thành viên Hội đồng quản trị và thông qua hoặc không thông qua những thay đổi căn bản của công ty.

Bên cạnh đó, pháp luật về quản trị doanh nghiệp của các quốc gia còn có những quy định rất cụ thể nhằm bảo đảm quyền lợi của các nhà đầu tư, đặc biệt là quyền lợi của các nhà đầu tư nhỏ. Điều này được thực hiện thông qua những quy định nhằm bảo đảm tính minh bạch trong quản trị công ty, nhất là các thông tin tài chính, kinh doanh và quá trình giám sát nội bộ đối với hoạt động quản lý; bảo đảm thực thi các quyền của tất cả các cổ đông; phát huy vai trò của các thành viên trong Hội đồng quản trị

³³Ví dụ như: Chỉ số thuận lợi kinh doanh (EBDI - Ease of Doing Business Index) được đề ra bởi WB.

thông qua các quyết định, phê chuẩn kế hoạch kinh doanh, tuyển dụng giám đốc điều hành, giám sát tính trung thực và hiệu quả của hoạt động quản lý và trong việc chấm dứt hợp đồng với giám đốc điều hành khi cần thiết.

Pháp luật về các chủ thể kinh doanh còn bao gồm các quy định nhằm bảo đảm hoạt động của chủ thể kinh doanh tuân theo những chuẩn mực nhất định. Trong đó, các yêu cầu tuân thủ hàng đầu được tập trung vào việc tuân thủ chế độ về kế toán và lưu trữ, chế độ báo cáo tài chính và công khai báo cáo tài chính, nhất là đối với công ty đại chúng.

Trong thời gian gần đây, hoạt động kinh doanh ở Việt Nam xuất hiện xu hướng mua bán và sáp nhập các doanh nghiệp. Đây cũng là lĩnh vực được pháp luật nhiều quốc gia chú trọng xây dựng các văn bản quy phạm pháp luật điều chỉnh. Chẳng hạn, ở Malaysia có Bộ luật thu tóm và sáp nhập năm 1998. Mục tiêu là bảo đảm các cổ đông nhỏ có cơ hội bình đẳng để xem xét, tiếp cận các đề xuất chuyển nhượng và cho phép các cổ đông này quyết định chuyển nhượng hay giữ lại cổ phần của mình. Bộ luật này đã được sửa đổi, bổ sung nhiều lần, trong đó sửa đổi gần đây nhất là vào năm 2010 với những thay đổi quan trọng, phản ánh nỗ lực của Ủy ban Chứng khoán trong việc tăng cường bảo vệ quyền lợi của nhà đầu tư và minh bạch hóa cũng như đưa ra các tiêu chuẩn cao hơn trong việc thực hiện các giao dịch thu tóm và sáp nhập trên thị trường Malaysia³⁴.

V. PHÁP LUẬT ĐIỀU CHỈNH CÁC HOẠT ĐỘNG KINH DOANH

Nền tảng của giao dịch kinh doanh là hợp đồng. Hầu hết các hoạt động kinh doanh như mua bán, đại lý, ủy thác, gia công, thuê quảng cáo, giao nhận kho vận suy cho cùng đều là những quan hệ hợp đồng. Chính vì vậy, pháp luật về hợp đồng ở các quốc

³⁴Xem Chương VI.

gia đều được cho là phần cơ bản nhất của pháp luật điều chỉnh các hoạt động kinh doanh.

Về cơ bản, pháp luật điều chỉnh về hợp đồng ở các quốc gia phụ thuộc vào truyền thống pháp luật của nước đó. Chẳng hạn, hệ thống pháp luật về hợp đồng của Đức chịu nhiều ảnh hưởng bởi các triết lý về hợp đồng của pháp luật La Mã. Hệ thống này lấy Bộ luật dân sự là bộ luật gốc và từ cái gốc này phát triển ra các luật chuyên ngành khác. Do đó, khi nói đến pháp luật về hợp đồng là nói về một hệ thống³⁵. Trong khi đó, pháp luật hợp đồng của Hoa Kỳ chủ yếu được điều chỉnh bởi nguồn án lệ đồ sộ từ cấp bang đến cấp Liên bang. Tuy nhiên, bên cạnh nguồn luật án lệ, ngày nay, đối với các giao dịch mua bán hàng hóa, cho thuê hàng hóa, giao dịch bảo đảm và các giao dịch liên quan khác được điều chỉnh bởi Bộ luật thương mại thống nhất (Uniform Commercial Code - UCC) và một số văn bản khác. Hợp đồng giữa các bên còn phải tuân thủ các quy định của các luật chuyên ngành, ví dụ các quy định của các luật chống độc quyền, các quy định của các luật về bảo vệ người tiêu dùng...³⁶

Tuy có sự khác biệt về nguồn luật điều chỉnh nhưng về nội dung của pháp luật về hợp đồng giữa các quốc gia có những điểm tương đồng. Trong đó, yếu tố tự do giao kết hợp đồng có vai trò quan trọng trong chế định hợp đồng. Đây là một trong những quyền cơ bản của công dân. Đương nhiên, tự do hợp đồng không phải là không có giới hạn. Chẳng hạn, pháp luật về cạnh tranh cũng đưa ra một số trường hợp giới hạn sự thỏa thuận giữa các công ty có vị trí độc quyền có nguy cơ ảnh hưởng đến môi trường kinh doanh hoặc quyền lợi của người tiêu dùng.

Về giao kết hợp đồng, pháp luật Châu Âu lục địa cho rằng hợp đồng hình thành kể từ thời điểm bên đề nghị nhận được chấp

³⁵Xem Chương III.

³⁶Xem Chương II.

nhận đề nghị với điều kiện chấp nhận đó không bị rút lại trước hoặc đúng thời điểm nhận được chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng. Đề nghị được coi là đã nhận được nếu nó được chuyển vào hộp thư của bên được đề nghị và có hiệu lực vào ngày hôm sau, theo thường lệ, bên được đề nghị kiểm tra hộp thư của mình, cho dù có thể ngày hôm đó bên được đề nghị hoàn toàn không mở hộp thư ra. Trong khi đó, theo hệ thống pháp luật Anh - Mỹ thì một hợp đồng được coi là đã được giao kết nếu đáp ứng đủ 6 yêu cầu sau: (i) Có đề nghị giao kết hợp đồng tự nguyện; (ii) Có sự chấp thuận đề nghị giao kết hợp đồng tự nguyện; (iii) Mong muốn giao kết hợp đồng; (iv) Các bên có sự cân nhắc trước khi giao kết hợp đồng; (v) Tính hợp lý; (vi) Các bên có đủ năng lực hành vi để ký kết hợp đồng.

Về hình thức hợp đồng, theo hệ thống pháp luật Châu Âu lục địa, một số hợp đồng bắt buộc ký bằng văn bản như hợp đồng tặng cho tài sản, thế chấp, cho thuê tài sản với thời hạn trên một năm, hợp đồng bảo đảm... Nếu pháp luật có quy định hình thức hợp đồng phải bằng văn bản thì phải được ký bằng tay hoặc chữ ký tắt đã được công chứng. Các hợp đồng mà pháp luật không có yêu cầu phải bằng văn bản thì có thể được giao kết bằng lời nói hoặc hành vi. Hình thức văn bản của hợp đồng có thể được thay thế bằng hình thức điện tử. Trong khi đó, pháp luật của các quốc gia theo truyền thống pháp luật Anh - Mỹ quy định hình thức hợp đồng một cách linh hoạt hơn.

Bên cạnh các quy định chung về hợp đồng, một trong những hoạt động kinh doanh quan trọng khác là các quan hệ lao động. Hợp đồng lao động được coi là một dạng đặc biệt của hợp đồng dịch vụ và phải tuân thủ nguyên tắc tôn trọng tự do thỏa thuận của người lao động và người sử dụng lao động.

Trong mối quan hệ giữa chủ sử dụng lao động và người lao động, pháp luật của các quốc gia theo đường lối kinh tế thị trường

xã hội thường có xu hướng bảo vệ quyền lợi của người lao động. Chẳng hạn như ở Cộng hòa Liên bang Đức, các quy định về thời gian lao động và tiền lương tối thiểu được quy định tương đối cụ thể, toàn diện và rất coi trọng quyền lợi của người lao động. Về thời gian làm việc, thời gian làm việc trung bình là từ 35 đến 40 giờ và không quá 8 tiếng/ngày. Thời gian làm việc có thể kéo dài tới 10 tiếng/ngày nhưng trong phạm vi 6 tháng thì thời gian làm việc trung bình của khoảng thời gian này là không quá 8 tiếng/ngày. Làm việc trong những ngày nghỉ lễ về nguyên tắc là cấm. Tuy nhiên, Luật về thời giờ làm việc có cho phép một số trường hợp ngoại lệ và phải có sự chấp thuận của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Phần lớn các trường hợp ngoại lệ như vì lý do kỹ thuật phải duy trì hoạt động sản xuất, vì lý do kinh tế để tạo việc làm hoặc các lý do xã hội như gia tăng lợi ích công. Pháp luật của Cộng hòa Liên bang Đức cũng dành nhiều quyền lợi cho lao động nữ, theo đó lao động nữ được quyền nghỉ thai sản hưởng nguyên lương. Thời gian nghỉ được tính từ 6 tuần trước ngày dự kiến sinh và kéo dài tới 8 tuần sau khi sinh con.

Trong khi đó, pháp luật của những quốc gia theo định hướng phát triển nền kinh tế thị trường tự do thì việc giao kết hợp đồng lao động được dựa trên sự thỏa thuận giữa hai bên. Nhà nước can thiệp rất ít vào mối quan hệ lao động. Thậm chí, ở Hoa Kỳ, cho đến nay chỉ có duy nhất 1 trong tổng số 50 bang có quy định cho phép lao động nữ được hưởng chế độ thai sản.

Tuy nhiên, trong thời gian gần đây, một số nước theo đuổi việc xây dựng nền kinh tế thị trường tự do cũng đã có những thay đổi nhất định nhằm hướng đến việc bảo vệ nhiều hơn cho quyền lợi của người lao động. Chẳng hạn, ở Úc, Luật công bằng lao động đã thiết lập một Ủy ban bảo vệ quyền lợi lao động duy nhất hoạt động trên toàn bộ nước Úc. Ủy ban này hoạt động với tiêu chí bảo đảm quyền lợi tối thiểu về lương bổng và điều kiện làm việc của

người lao động đồng thời là trung gian kết nối, giúp đỡ giải quyết các bất đồng giữa người lao động và người sử dụng lao động. Song hành với Ủy ban công bằng lao động là Thanh tra lao động - cơ quan thanh tra có thẩm quyền hoạt động trên toàn quốc với vai trò điều tra những trường hợp chủ sử dụng lao động vi phạm luật. Luật công bằng lao động cũng đưa ra 10 tiêu chuẩn về quyền lợi lao động tối thiểu dành cho người lao động chính thức của doanh nghiệp³⁷.

³⁷Xem Chương IV.

Chương II

THỂ CHẾ PHÁP LUẬT KINH TẾ HỢP CHỨNG QUỐC HOA KỲ

I. TỔNG QUAN

Pháp luật Hoa Kỳ không phân chia thành các ngành luật. Do vậy, trong thực tiễn không tồn tại khái niệm pháp luật kinh tế hay pháp luật kinh doanh với tư cách là một ngành luật độc lập. Khái niệm pháp luật kinh doanh chỉ có ý nghĩa trong nghiên cứu và giảng dạy về pháp luật ở Hoa Kỳ. Vì vậy, trong phạm vi nội dung nghiên cứu này, chúng tôi sử dụng thuật ngữ “hệ thống pháp luật kinh tế của Hoa Kỳ” (“pháp luật kinh tế của Hoa Kỳ”) để đề cập đến toàn bộ các quy phạm pháp luật được chứa đựng trong các nguồn luật, bao gồm cả các quy phạm pháp luật về hình sự và dân sự, bao gồm cả luật nội dung và luật hình thức điều chỉnh các quan hệ kinh tế ở Hoa Kỳ.

1.1. Khái quát chung về hệ thống pháp luật Hoa Kỳ

Pháp luật Hoa Kỳ, hay nói chính xác hơn là hệ thống pháp luật Liên bang và 50 hệ thống pháp luật của các bang thuộc Hợp chủng quốc Hoa Kỳ thuộc dòng họ pháp luật mà ở đó án lệ là nguồn luật chủ yếu. Khởi nguồn của dòng họ thông luật là từ nước Anh. Sau khi bộ tộc Norman chiếm được Anh vào năm 1066, các Tòa án hoàng gia đầu tiên được thành lập từ Hội đồng cố vấn của Nhà vua. Các thẩm phán hoàng gia đi khắp nước Anh để xét xử các tranh chấp xảy ra ở các địa phương. Ban đầu họ sử dụng các tập quán của địa phương để xét xử. Theo thời gian các Tòa án

nhận thấy rằng cần phải có một hệ thống pháp luật thống nhất trên toàn nước Anh. Bằng việc chọn lựa, sửa đổi và tổng hợp các tập quán ở các địa phương, họ phát triển một hệ thống pháp luật thống nhất trên toàn nước Anh. Hệ thống pháp luật đó được biết với tên gọi là “thông luật”. Các thẩm phán trong thời kỳ đầu của thông luật có xu hướng bảo đảm tính tương thích giữa các quyết định của họ.³⁸ Theo đó, các thẩm phán sẽ sử dụng các phán quyết trước đó để xét xử các vụ việc giống hoặc tương tự xảy ra sau này. Hệ thống pháp luật Hoa Kỳ kế thừa truyền thống pháp luật của Anh quốc. Tuy nhiên, sau hàng mấy trăm năm hình thành và phát triển, mặc dù nền tảng vẫn là thông luật, nhưng pháp luật Hoa Kỳ có nhiều khác biệt so với pháp luật của Anh quốc. Khi áp dụng án lệ, Tòa án Hoa Kỳ thực hiện theo học thuyết “stare decisis”, theo đó quyết định của Tòa án cấp trên có tính bắt buộc áp dụng đối với Tòa án cấp dưới. Tòa án không được tự ý bãi bỏ án lệ của mình trừ khi có lý do bắt buộc. Thông thường, các thẩm phán sẽ dựa vào sự thay đổi của hoàn cảnh xã hội, trật tự công cộng mới để đưa ra một quy phạm mới hoặc quyết định một vụ việc mà không áp dụng bản án trước đó. “Án lệ của thời kỳ đi lại bằng xe ngựa không phù hợp với điều kiện đi lại của ngày nay. Nguyên tắc rủi ro rất có khả năng xảy ra là không đổi, nhưng những vật thuộc phạm vi của nguyên tắc này sẽ thay đổi. Chúng là bất kỳ vật gì cần thiết cho cuộc sống trong sự phát triển của xã hội văn minh đòi hỏi chúng phải như vậy”³⁹. Một điểm nữa rất đáng lưu ý là trong trường hợp chưa có một án lệ nào liên quan đến vụ việc mà Tòa án giải quyết, Tòa án sẽ tham khảo án lệ của bang khác hoặc quốc gia khác. Tòa án cũng có thể sẽ áp dụng nguyên tắc chung của pháp luật, sự công bằng, giá trị xã hội và trật tự công cộng để giải quyết vụ việc.

³⁸William Burnham, Introduction to the law and legal system of the United States (third edition), West Group - a Thompson Company, 2002, tr. 41.

³⁹Vụ MacPherson v. Buick Motor Co., 217 NY 382, 111 N.E. 1050 (1916).

Nguồn luật chính thức của pháp luật Hoa Kỳ bao gồm: Hiến pháp Liên bang, Hiến pháp các bang, các luật và các văn bản quy phạm pháp luật khác do hệ thống cơ quan lập pháp ban hành, các quy chế hành chính và án lệ. Trong đó, án lệ là đặc trưng của hệ thống pháp luật Hoa Kỳ. Án lệ có vai trò rất quan trọng trong việc điều chỉnh các quan hệ kinh tế thuộc lĩnh vực tư như công ty, hợp đồng... Ngoài ra, một nét khá đặc thù của hệ thống pháp luật Hoa Kỳ là ngoài nguồn luật chính thức, còn có các nguồn luật bổ sung như các lý thuyết pháp lý, các quan điểm, tư tưởng pháp lý được công bố trong các công trình khoa học, các tài liệu bình luận pháp luật... Trong quá trình áp dụng pháp luật, Tòa án vẫn sử dụng các nguồn này để tham khảo nhằm đưa ra quan điểm của mình.

Văn bản quy phạm pháp luật ngày càng chiếm vị trí quan trọng trong hệ thống pháp luật của Hoa Kỳ. Ở cấp Liên bang, từ năm 1973 đến nay, Nghị viện Hoa Kỳ đã ban hành được 11.620 văn bản quy phạm pháp luật thuộc thẩm quyền trong đó phần lớn là các luật và có một số ít là nghị quyết.

Bảng 1: Thống kê số văn bản quy phạm pháp luật điều chỉnh một số lĩnh vực kinh tế do Nghị viện Hoa Kỳ ban hành từ năm 1973 cho đến nay⁴⁰

Lĩnh vực	Tài chính	Nông nghiệp và thực phẩm	Thương mại	Năng lượng	Phát triển nguồn nước	Thương mại và Tài chính quốc tế	Khoa học, công nghệ và truyền thông	Thuế	Lao động	Phát triển nhà ở và cộng đồng
Số lượng văn bản	220	246	250	207	192	176	151	141	118	92

Nhiều Luật được ban hành để thay thế án lệ, như các bang đều dựa vào Bộ luật thương mại thống nhất (UCC) để ban hành

⁴⁰<https://www.congress.gov/search?pageSize=250&q={%22source%22%3A%22legislation%22%2C%22bill-status%22%3A%22law%22}>.

Bộ luật thương mại của bang nhằm thay thế án lệ trong việc điều chỉnh các hợp đồng mua bán hàng hóa, hợp đồng thuê hàng hóa và một số giao dịch khác.⁴¹ Tuy nhiên, có một số luật trong những lĩnh vực pháp luật riêng như Luật thuế Liên bang, Luật bảo hiểm xã hội, Luật môi trường, chứng khoán và ngân hàng. Ngoài các văn bản quy phạm pháp luật do các cơ quan lập pháp cấp Liên bang, cấp bang và chính quyền địa phương ban hành, các cơ quan quản lý hành chính cũng có quyền ban hành các văn bản quy phạm pháp luật, gọi là các quy chế hành chính điều chỉnh các quan hệ xã hội thuộc thẩm quyền quản lý của cơ quan này.

Về thứ bậc hiệu lực, theo nguyên tắc, luật của Liên bang có hiệu lực cao hơn so với luật của từng bang. Trong cùng cấp Liên bang hoặc bang thì Hiến pháp có hiệu lực cao nhất, sau đó là Luật do cơ quan lập pháp Liên bang (hoặc bang) ban hành, tiếp đó là quy chế hành chính và cuối cùng là án lệ.

Mặc dù văn bản quy phạm pháp luật có vị trí quan trọng trong hệ thống pháp luật Hoa Kỳ, nhưng cách ban hành và áp dụng các luật ở Hoa Kỳ có nhiều điểm khác biệt so với các quốc gia thuộc dòng họ pháp luật Châu Âu lục địa. Các luật ở Hoa Kỳ là các luật chuyên ngành. Hiếm có trường hợp các cơ quan lập pháp của Hoa Kỳ lại ban hành ra các luật chứa đựng những nguyên tắc chung, vì vậy, Thẩm phán Hoa Kỳ không có thói quen tìm kiếm trong các luật các nguyên tắc chung. Một vấn đề nữa là Tòa án các quốc gia thuộc dòng họ pháp luật dân sự có thể áp dụng tương tự pháp luật, còn các Tòa án Hoa Kỳ không có xu hướng này, những nội dung Luật không quy định sẽ thuộc phạm vi điều chỉnh của án lệ.

Khi đề cập đến hệ thống pháp luật Hoa Kỳ không thể bỏ qua hệ thống Tòa án. Tòa án là cơ quan có chức năng giải thích và áp

⁴¹Cần lưu ý rằng mặc dù bộ luật thương mại thống nhất được các bang ban hành để thay thế các án lệ trước đó điều chỉnh các quan hệ hợp đồng mua bán hàng hóa, hợp đồng thuê hàng hóa và một số giao dịch khác, nhưng vẫn cần các án lệ giải thích các quy định trong các bộ luật thương mại thống nhất.

dụng pháp luật. Một khối lượng khổng lồ các quy phạm pháp luật kinh tế được tìm thấy trong các bản án (án lệ). Ngoài ra các luật cũng được Tòa án giải thích thông qua hoạt động xét xử. Về mặt truyền thống, Tòa án giải quyết các tranh chấp dân sự giữa các chủ thể kinh doanh, từ đó nhiều học thuyết pháp lý và quy phạm pháp luật về kinh doanh được hình thành, ví dụ như học thuyết trách nhiệm sản phẩm... Bên cạnh đó, Tòa án có thẩm quyền xét xử các vụ án hình sự. Ngoài ra, Tòa án có thẩm quyền xét xử các văn bản quy phạm pháp luật do cơ quan lập pháp và cơ quan hành pháp ban hành, đây là thẩm quyền làm nên đặc thù của hệ thống Tòa án Hoa Kỳ (bao gồm hệ thống Tòa án Liên bang và hệ thống Tòa án của các bang), theo đó, Tòa án có quyền tuyên một văn bản quy phạm pháp luật vi phạm Hiến pháp hoặc trái với văn bản quy phạm pháp luật cấp trên và vô hiệu.

Ở Hoa Kỳ, các Tòa án có chức năng giải thích và áp dụng pháp luật. Chính vì vậy, có một số lượng các án lệ của Tòa án được coi là các án lệ giải thích luật. Ví dụ Điều 4(2) Luật chứng khoán năm 1933 không định nghĩa cụ thể thế nào là chào bán chứng khoán riêng lẻ. Để hiểu rõ thế nào là chào bán chứng khoán riêng lẻ cần phải tham chiếu quyết định của Tòa án tối cao Liên bang Hoa Kỳ trong vụ *S.E.C. v. Ralston Purina Co.*, 346 U.S. 119, 124, 125 (1953)⁴².

⁴²Theo Tòa án tối cao Liên bang Hoa Kỳ, số lượng không phải là yếu tố quyết định. Thay vào đó Tòa án chú trọng đến vấn đề những người mà đợt chào bán hướng tới có mối quan hệ với và hiểu biết về tổ chức phát hành để dẫn đến việc phát hành được miễn trừ không. Việc xem xét này không chỉ là đối với người mua chứng khoán thực tế mà còn cả với người được chào bán. Tòa án cũng cho rằng người lao động của công ty phát hành chứng khoán trừ người quản lý vẫn cần được bảo vệ như các nhà đầu tư khác trong công chúng. Vì chỉ những người quản lý mới có khả năng và điều kiện tiếp cận thông tin cùng loại với thông tin trong trường hợp đăng ký phát hành. Người được chào bán tự nguyện tiếp cận và có được thông tin không là căn cứ để xác định một giao dịch là phát hành chứng khoán riêng lẻ. Trong quá trình giải thích văn bản quy phạm pháp luật Tòa án phải tuân thủ các nguyên tắc sau: (1) Việc giải thích phải tránh vi phạm hiến pháp; (2) Phải tôn trọng hướng dẫn của cơ quan quản lý hành chính nhà nước trừ trường hợp hướng dẫn của cơ quan này trái với ý chí của cơ quan lập pháp; (3) Trong giải thích luật hình sự, những thuật ngữ hoặc cụm từ không rõ ràng phải được giải thích theo hướng có lợi cho người bị buộc tội. Ngoài ra, đôi khi Tòa án cũng giải thích văn bản quy phạm pháp luật theo những giá trị cơ bản.

1.2. Khái quát chung về nền kinh tế Hoa Kỳ

Với tài nguyên phong phú, nguồn nhân lực chất lượng cao, hệ thống pháp luật hiện đại, nên không ngạc nhiên khi thấy rằng trong suốt thế kỷ vừa qua Hoa Kỳ vẫn giữ vị trí đầu tàu trong nền kinh tế giới.

Nền kinh tế Hoa Kỳ là nền kinh tế thị trường, theo đó khu vực tư nhân được khuyến khích phát triển, định hướng và quy mô của nền kinh tế do thị trường quyết định thông qua phần lớn các quyết định của khối dân doanh. Các cơ quan quản lý nhà nước ít can thiệp vào hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, điều này thể hiện ở chỗ số lượng các văn bản quy phạm pháp luật mang tính quản lý nhà nước được ban hành ra nhằm điều chỉnh các hoạt động kinh doanh ở mức hợp lý. Các cơ quan quản lý nhà nước cũng ít khi sử dụng các mệnh lệnh hay biện pháp hành chính để can thiệp vào các hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp. Mặc dù tùy từng thời kỳ sự can thiệp của Nhà nước đối với hoạt động của thị trường ít nhiều thay đổi theo chiều hướng tăng hoặc giảm. Nhưng nhìn chung, Nhà nước không can thiệp quá sâu vào sự vận hành mang tính bản chất của thị trường. Thủ tục thành lập tổ chức kinh doanh rất đơn giản, các quy định pháp luật về huy động vốn, quan hệ hợp đồng... đều theo xu hướng tự do và tôn trọng sự định đoạt và thỏa thuận của các bên, khuyến khích sự sáng tạo, sự mạo hiểm trong kinh doanh và phát triển công nghệ.

Hiện nay, ở Hoa Kỳ có tới 23 triệu doanh nghiệp nhỏ chiếm lĩnh 54% hoạt động thương mại, tạo ra 55% tổng số việc làm và 66% tổng số việc làm mới tính từ những năm 1970 cho đến nay⁴³. Hoa Kỳ cũng đóng góp 128 trong số 500 doanh nghiệp lớn nhất thế giới⁴⁴.

⁴³Nguồn: <https://www.sba.gov/offices/headquarters/ocpl/resources/13493> tải xuống lúc 1:49 ngày 09/12/2014.

⁴⁴Global 500 2014: <http://fortune.com/global500/wal-mart-stores-1/> tải xuống lúc 11:10 ngày 09/12/2014.

Hoa Kỳ cũng rất thành công trong việc khuyến khích hoạt động nghiên cứu khoa học và sáng tạo. Những phát minh mang tính lịch sử là những minh chứng thực tế cho những thành công của chính sách này, như bóng đèn điện, máy bay, máy laser, điện thoại di động, tủ lạnh, thư điện tử, lò vi sóng, máy tính cá nhân, công nghệ LCD hoặc LED, ATM và nhiều phát minh khác. Sự sáng tạo không ngừng cũng là một trong những nhân tố then chốt thúc đẩy sự phát triển cực thịnh của nền kinh tế Hoa Kỳ.

Lực lượng lao động ở Hoa Kỳ chủ yếu làm việc cho khối tư nhân. Người lao động Hoa Kỳ được xếp vào nhóm có thu nhập cao so với người lao động ở các quốc gia trên thế giới. Thu nhập bình quân của một hộ gia đình ở Hoa Kỳ là 53.046 USD/năm⁴⁵. Tỷ lệ thất nghiệp ở Hoa Kỳ giữ ở mức 7,7% vào năm 2013. Các quy định của pháp luật lao động của Hoa Kỳ góp phần làm cho việc tuyển dụng và sa thải người lao động khá dễ dàng.

Hoa Kỳ vẫn được đánh giá là nhà sản xuất hàng đầu thế giới với nhiều ngành công nghiệp hàng đầu. Các ngành công nghiệp mũi nhọn của Hoa Kỳ bao gồm xăng dầu, thép, ô tô, máy xây dựng, máy bay, máy nông nghiệp, hóa chất, chế biến thực phẩm, viễn thông, hóa chất... Cho đến nay, Hoa Kỳ vẫn dẫn đầu trong lĩnh vực công nghiệp chế tạo máy bay và cũng là nước xuất khẩu lớn các thực phẩm ra thế giới.

Hoa Kỳ là trung tâm tài chính lớn nhất thế giới, với Sở Giao dịch Chứng khoán New York lớn gấp nhiều lần bất kỳ sở giao dịch chứng khoán nào trên thế giới và hệ thống ngân hàng phát triển hàng đầu thế giới, cùng với các sản phẩm tài chính đa dạng, không ngừng được cải tiến, phát minh. Hoạt động huy động vốn và giao dịch các sản phẩm tài chính diễn ra rất sôi động trên các thị trường tài chính Hoa Kỳ, tạo ra nguồn vốn khổng lồ phục vụ cho sự phát triển của các doanh nghiệp.

⁴⁵Nguồn: <http://quyckfacts.census.gov/qfd/states/55000.html> tải xuống lúc 14:17 ngày 09/12/2014.

1.3. Vai trò của pháp luật đối với phát triển kinh tế

Vai trò của pháp luật Hoa Kỳ được thể hiện ở hai khía cạnh dường như đối lập nhau: (1) Bảo đảm nguyên tắc tự do trên thị trường; và (2) Bảo đảm sự điều tiết của Nhà nước đối với nền kinh tế.

Nguyên tắc tự do kinh doanh được thể hiện ở tự do thành lập doanh nghiệp, tự do hợp đồng... Ở đó, Nhà nước không can thiệp sâu vào các hoạt động của các doanh nghiệp. Ví dụ, khi thành lập tổ chức kinh doanh theo mô hình cá thể hoặc hợp danh thông thường, các chủ thể không phải đăng ký. Đối với các loại hình doanh nghiệp khác như công ty cổ phần thì phải đăng ký, nhưng thủ tục đăng ký chỉ là thủ tục thông báo về việc thành lập công ty và cơ quan đăng ký xác nhận. Các quy phạm pháp luật điều chỉnh các quan hệ doanh nghiệp, hợp đồng và các quan hệ tư khác chủ yếu hình thành từ các tập quán thương mại, chuẩn mực kinh doanh, vì vậy rất linh hoạt, phù hợp với thực tiễn và tạo thuận lợi cho sự phát triển của các thị trường ở Hoa Kỳ như thị trường hàng hóa, thị trường tài chính, thị trường bất động sản...

Trong mối quan hệ giữa các chủ thể tư, pháp luật bảo đảm nguyên tắc bình đẳng và tự do thỏa thuận. Các bên phải thiện chí, trung thực và không được xâm phạm quyền và lợi ích hợp pháp của bên khác. Pháp luật Hoa Kỳ thiết kế các phương thức giải quyết tranh chấp rất đa dạng như thương lượng, hòa giải, trọng tài, Tòa án, giúp cho các chủ thể kinh doanh có nhiều lựa chọn nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình.

Adam Smith là người xây dựng lý thuyết “bàn tay vô hình” và cho rằng “bàn tay vô hình” được thực hiện thông qua các chủ thể kinh tế trên thị trường. Từ đó, ông phát triển mô hình cạnh tranh hoàn hảo, theo đó, Nhà nước can thiệp một cách hạn chế vào thị trường tự do, những công việc mà Nhà nước chỉ nên làm là: (1) Quốc phòng; (2) Thực thi hệ thống tư pháp nhằm bảo vệ sở

hữu tư nhân và bảo đảm khả năng thực hiện các giao dịch tư nhân; (3) Xây dựng các công trình hoặc hàng hóa công cộng có giá trị cho xã hội mà khối tư nhân không làm.

Những tư tưởng trên của Adam Smith rất khó thực hiện trên thực tiễn bởi (1) thị trường không vận hành như những giả thuyết mà ông đưa ra và (2) bản thân thị trường là không hoàn hảo:

Sẽ chỉ tồn tại mô hình cạnh tranh hoàn hảo nếu như không tồn tại độc quyền. Về mặt tự nhiên, độc quyền là xu hướng tất yếu trong nền kinh tế thị trường, khi mà một hoặc một số doanh nghiệp với lợi thế về nhân lực, công nghệ, tài chính sẽ ngày càng chiếm được thị phần lớn trên thị trường. Ngoài ra, các giao dịch sáp nhập, hợp nhất doanh nghiệp làm tích tụ và tập trung tư bản cũng dẫn đến độc quyền. Độc quyền dẫn đến hiện tượng giá cao, chất lượng thấp, không có động lực cho phát triển sáng tạo. Những doanh nghiệp độc quyền lạm dụng vị thế độc quyền chuyển lợi ích của xã hội thành lợi ích của mình. Ngoài ra, họ còn xây dựng ra các rào cản bất hợp lý nhằm ngăn cản các chủ thể khác gia nhập thị trường. Như vậy độc quyền sẽ bóp chết sự phát triển và làm suy tàn nền kinh tế. Chính vì vậy, pháp luật cần bảo đảm Nhà nước có những can thiệp nhất định bao gồm việc ban hành và thực thi pháp luật chống độc quyền.

Một chủ thể kinh doanh theo đuổi lợi ích cá nhân của mình trên thị trường cạnh tranh sẽ gây ra những tác động phụ ảnh hưởng đến lợi ích của người khác. Như vậy, trong nền kinh tế thị trường sẽ có hiện tượng một chủ thể kinh doanh có được lợi ích của mình bằng chi phí của chủ thể khác. Ví dụ: trong lĩnh vực môi trường, nhà sản xuất xả thải ra môi trường sẽ gây thiệt hại cho môi trường về lâu dài. Đây là chi phí lớn mà xã hội phải gánh chịu. Cuộc khủng hoảng tài chính năm 2007-2008 cũng cho thấy những người quản lý công ty vì tiền lương và thưởng trên doanh

số, đã bất chấp những rủi ro tiềm ẩn gây ra cho các ngân hàng mà mình quản lý mà quyết định cho vay dưới chuẩn. Hậu quả là nhiều tổ chức tài chính bị sụp đổ, những tổ chức còn tồn tại phải gánh chịu những tổn thất về mặt tài chính rất nặng nề. Trong giao dịch thương mại, bên có lợi thế hơn về kinh tế thường có xu hướng áp đặt và gây bất lợi một cách bất hợp lý cho bên yếu thế. Vì vậy, Nhà nước vẫn cần thiết phải điều tiết thị trường thông qua hoạt động ban hành và thực thi các quy định của pháp luật. Tất nhiên, ở từng thời kỳ mức độ can thiệp sẽ khác nhau.

Có một số dịch vụ và sản phẩm phục vụ xã hội, đòi hỏi chi phí đầu tư cao mà lợi nhuận thu về không dễ dàng. Vì vậy không hấp dẫn được tư nhân. Trong trường hợp đó pháp luật phải tạo cơ chế để Nhà nước đứng ra cung cấp dịch vụ và sản phẩm đó.

Trên thị trường, người bán và người mua đều cùng có lợi, hay nói cách khác thị trường chỉ vận hành hoàn hảo khi cả người mua và người bán đều được thông tin đầy đủ. Tuy nhiên, thực tiễn lại không diễn ra như thế. Bên nắm giữ nhiều thông tin thường có xu hướng chỉ cung cấp những thông tin ở mức tối thiểu cho bên còn lại gây ra tình trạng thông tin bất cân xứng. Trong quan hệ lao động, người lao động thường ở thế thụ động về thông tin công việc, môi trường làm việc. Trong hoạt động chào bán chứng khoán, nhà đầu tư thường biết không nhiều thông tin về chủ thể phát hành. Chính vì vậy, Nhà nước cần có những quy định của pháp luật và có bộ máy thực thi các quy định đó nhằm bảo đảm công bằng trong thông tin trên thị trường.

Cuối cùng, pháp luật cũng có vai trò định hướng cho các nhà kinh doanh, người tiêu dùng thông qua các quy định khuyến khích hoặc hạn chế. Ví dụ, để phát triển nguồn năng lượng sạch, công nghệ, pháp luật Hoa Kỳ có nhiều cơ chế ưu đãi về thuế, tài chính và các ưu đãi khác cho các doanh nghiệp tham gia vào các hoạt động phát triển năng lượng sạch, công nghệ cao.

II. PHÁP LUẬT VỀ CHÍNH SÁCH ĐẦU TƯ, SẢN XUẤT, KINH DOANH

2.1. Chính sách ưu đãi thuế

Chính sách thuế được cả cấp Liên bang và cấp bang sử dụng để khuyến khích và thu hút đầu tư. Một số chính sách thuế được áp dụng theo từng thời kỳ nhất định. Chính sách thuế chủ yếu là chính sách giảm thuế (tax credit). Giảm thuế là việc khấu trừ trực tiếp một khoản tiền từ tổng nghĩa vụ thuế, USD đối với USD, khác với việc khấu trừ từ thu nhập thuần⁴⁶. Giảm thuế đầu tư là chính sách thuế nhằm khuyến khích đầu tư vào tư liệu sản xuất (capital goods) bằng cách khấu trừ một khoản tiền nghĩa vụ thuế thu nhập tương đương với một khoản bằng tỷ lệ nhất định trên giá mua của tài sản⁴⁷.

Chính sách giảm thuế đầu tư năng lượng cấp Liên bang (The Federal Business Energy Investment Tax Credit) được quy định tại Điều 48 Bộ luật ngân sách (Internal Revenue Code). Luật phát triển năng lượng năm 2008 kéo dài thời hạn giảm thuế lên 08 năm cho các các đối tượng thuộc lĩnh vực năng lượng mặt trời (solar energy), tế bào nhiên liệu (fuel cells), microturbines. Luật này cũng quy định áp dụng chính sách giảm thuế cho hệ thống năng lượng gió quy mô nhỏ (small wind-energy systems), hệ thống địa nhiệt (geothermal heat pumps) và hệ thống kết hợp làm nóng và điện (combined heat and power (CHP) systems). Về cơ bản, chính sách giảm thuế đầu tư năng lượng cấp Liên bang được áp dụng cho các hệ thống năng lượng đạt tiêu chuẩn đang hoạt động trong hoặc trước ngày 31/12/2016. Hệ thống năng lượng mặt trời, tế bào nhiên liệu và hệ thống năng lượng gió quy mô nhỏ (dung lượng tối đa 100 KW) được hưởng mức giảm thuế tương đương 30% chi phí mà không có mức giới hạn tối đa. Đối với hệ thống năng lượng

⁴⁶Bryan A. Garner (editor-in-chief), Black's Law Dictionary, Second pocket edition, West Group - A Thompson Company, 2011, tr. 695.

⁴⁷Bryan A. Garner, Dẫn trên, tr. 695.

mặt trời, đối tượng được giảm thuế bao gồm các thiết bị sử dụng năng lượng mặt trời để phát điện, làm nóng hoặc làm lạnh (hoặc cung cấp nước nóng để sử dụng trong một cấu trúc) hoặc cung cấp quy trình làm nóng. Hệ thống tạo ánh sáng mặt trời mà sử dụng năng lượng mặt trời để tạo ánh sáng bên trong cấu trúc sử dụng hệ thống sợi quang. Đối với tế bào nhiên liệu, các đối tượng được giảm thuế là tế bào nhiên liệu có dung lượng tối thiểu là 0,5 KW và hiệu suất sản xuất điện tối thiểu là 30%. Mức giảm thuế tương đương 30% chi phí với mức trần 1.500 USD/0,5KW. Các hệ thống năng lượng như hệ thống địa nhiệt, microturbines và hệ thống kết hợp làm nóng và điện nếu đủ điều kiện sẽ được giảm thuế tương đương 10% chi phí mà không có giới hạn tối đa.

Điều 1603 Luật phục hồi và tái đầu tư năm 2009 quy định về cơ chế hoàn lại một phần chi phí của tài sản năng lượng thay vì hưởng cơ chế giảm thuế đầu tư năng lượng cấp Liên bang như được quy định tại Điều 48 Bộ luật ngân sách. Như vậy người nộp thuế chỉ được chọn một trong hai cơ chế, chứ không được hưởng cùng một lúc hai cơ chế. Theo cơ chế hoàn lại chi phí, người nộp thuế đủ điều kiện được hưởng cơ chế giảm thuế đầu tư năng lượng cấp Liên bang có quyền làm thủ tục để hưởng cơ chế hoàn lại chi phí thay vì cơ chế giảm thuế. Mức hoàn lại chi phí là 30% chi phí đối với hệ thống năng lượng mặt trời, tế bào nhiên liệu và hệ thống năng lượng gió quy mô nhỏ... Đối với hệ thống địa nhiệt, microturbines và hệ thống kết hợp làm nóng và điện nếu đủ điều kiện thì mức hoàn lại là 10% chi phí. Để được hoàn lại các tài sản này phải đang được sử dụng trong năm 2009, 2010 hoặc được sử dụng sau năm 2010 nhưng trước thời hạn giảm thuế (trong khoảng từ 01/01/2013 đến 01/01/2017 tùy loại tài sản) nhưng các tài sản này phải được bắt đầu xây dựng trong năm 2009 hoặc 2010.

Luật tạo việc làm năm 2004 có quy định về giảm thuế cho các hoạt động sản xuất trong nước trong thời hạn 05 năm. Hiện

nay tỷ lệ giảm thuế bằng 9% thu nhập từ hoạt động sản xuất trong nước hoặc thu nhập chịu thuế tùy theo mức nào thấp hơn nhưng không vượt quá 50% tổng mức lương W-2⁴⁸ mà người nộp thuế phải chi trả. Thu nhập từ hoạt động sản xuất trong nước là khoản chênh lệch giữa doanh thu từ hoạt động sản xuất trong nước trên tổng chi phí của hàng hóa được bán phân bổ cho khoản doanh thu này, các khoản giảm trừ, các chi phí, thiệt hại phân bổ trực tiếp cho khoản doanh thu này và tỷ lệ các khoản giảm trừ, chi phí và thiệt hại không phân bổ trực tiếp cho khoản doanh thu này hoặc các khoản thu nhập khác. Doanh thu từ các hoạt động sản xuất trong nước phát sinh từ: (1) Hoạt động cho thuê, li-xăng, bán, trao đổi hoặc định đoạt khác đối với: (i) Các tài sản đủ điều kiện được sản xuất, tạo ra, phát triển hoặc chiết xuất toàn bộ hoặc một phần đáng kể trên lãnh thổ Hoa Kỳ bởi người nộp thuế; (ii) Các phim đủ điều kiện được sản xuất bởi người nộp thuế; hoặc (iii) Điện, gas tự nhiên hoặc nước sạch sản xuất tại Hoa Kỳ bởi người nộp thuế; (2) Hoạt động xây dựng trên lãnh thổ Hoa Kỳ; (3) Các hoạt động tư vấn kỹ thuật hoặc dịch vụ kiến trúc được thực hiện trên lãnh thổ Hoa Kỳ để thực hiện các dự án xây dựng trên lãnh thổ Hoa Kỳ. Cần lưu ý rằng doanh thu phát sinh từ hoạt động: (1) Bán thực phẩm và đồ uống được chuẩn bị bởi người nộp thuế tại cơ sở bán lẻ; và (2) Chuyển tải hoặc phân phối điện, gas tự nhiên hoặc nước sạch không được coi là doanh thu từ hoạt động sản xuất trong nước.

Luật miễn giảm thuế và tạo việc làm năm 2010 có quy định về giảm thuế cho các sản phẩm gia dụng gồm máy rửa bát, máy

⁴⁸Bất kỳ người sử dụng lao động nào hoạt động kinh doanh mà trả lương bao gồm cả các khoản thanh toán không bằng tiền mặt từ 600 đô la trở lên/năm (tất cả các khoản mà có thuế thu nhập, bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế phải được khấu trừ) cho công việc mà người lao động thực hiện phải nộp mẫu W-2 cho mỗi người lao động (mặc dù người lao động có liên quan đến người sử dụng lao động mà từ người này: thuế thu nhập, bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế được khấu trừ; thuế thu nhập sẽ được khấu trừ nếu như người lao động đã yêu cầu giảm trừ không nhiều hơn một mức giảm trừ hoặc không yêu cầu miễn trừ từ khoản khấu trừ theo mẫu W-4, tờ xác nhận các khoản giảm trừ của người lao động (employee's withholding allowance certificate)).

giặt và tủ lạnh được sản xuất sau ngày 31/12/2010 (Modification and Extension of Energy Efficient Appliance Credit for Appliances Produced After 2010).

Để khuyến khích các cơ sở kinh doanh sử dụng người lao động là những cá nhân không có lợi thế (disadvantaged individuals), Nghị viện Hoa Kỳ đã xây dựng Chương trình giảm thuế nhằm tạo cơ hội việc làm (Work Opportunity Tax Credit Program - WOTC) thông qua việc ban hành các luật như Luật bảo vệ việc làm tại doanh nghiệp nhỏ năm 1996 (The Small Business Job Protection Act 1996), Luật phục hồi và tái đầu tư năm 2009 (American Recovery and Reinvestment Act of 2009). WOTC áp dụng cơ chế giảm thuế cho các cơ sở kinh doanh thuộc khối tư nhân sử dụng lao động năng lực lao động kém hoặc không có lợi thế khi xin việc như: (1) Cựu chiến binh mất khả năng lao động (disable veterans); (2) Người từng bị kết án phạm trọng tội; (3) Người cư trú trong khu vực đặc biệt bao gồm đặc khu (empowerment zone), cộng đồng tái thiết (renewal community) và địa hạt tái thiết đô thị (rural renewal county); (4) Người khiếm khuyết về thể chất hoặc tinh thần; (5) Người nhận phiếu thực phẩm (food stamp recipient); (6) Các cựu chiến binh bị thất nghiệp; (7) Người trẻ (từ 16-24 tuổi) không đến trường hoặc có việc làm; (8) Người được hưởng trợ cấp dài hạn cho gia đình; (9) Người được hưởng trợ cấp ngắn hạn cho gia đình...

Mức giảm thuế mà người sử dụng lao động được hưởng phụ thuộc vào nhóm người lao động mà người sử dụng lao động sử dụng, mức lương trả cho những người lao động này trong năm đầu tiên, số giờ mà người lao động làm và không vượt quá mức giảm tối đa. Ví dụ: đối với người được hưởng trợ cấp dài hạn cho gia đình, mức giảm thuế được áp dụng cho người sử dụng lao động từ năm thứ hai sau khi người lao động đã làm việc ít nhất 400 giờ. Người sử dụng lao động có quyền yêu cầu giảm tương ứng 9.000

USD trong hai năm như sau: (1) 40% tổng lương năm đầu tiên, với mức giảm tối đa là 4.000 USD; và (2) 50% tổng lương năm thứ hai, với mức giảm tối đa là 5.000 USD⁴⁹.

Các bang đều có chính sách ưu đãi thuế nhằm khuyến khích hoạt động sản xuất, kinh doanh trong những lĩnh vực nhất định. Bang California cũng xây dựng các chính sách ưu đãi thuế nhằm khuyến khích các hoạt động kinh doanh trong các lĩnh vực quan trọng như nghiên cứu và phát triển, sản xuất, năng lượng thay thế, phim và sản xuất truyền hình.⁵⁰ Các chính sách thuế mà bang California áp dụng bao gồm chính sách giảm thuế việc làm mới nhằm khuyến khích doanh nghiệp hoạt động ở các khu vực có tỷ lệ thất nghiệp và đói nghèo cao sử dụng người lao động là những người có lợi thế cạnh tranh hạn chế trên thị trường lao động như cựu chiến binh mới giải ngũ trong thời hạn 12 tháng, người từng bị kết án về trọng tội, chính sách giảm thuế nghiên cứu và phát triển, chính sách miễn thuế bán và sử dụng đối với các thiết bị sản xuất cơ bản, chính sách miễn thuế bán và sử dụng cho các nhà sản xuất sản phẩm giao thông, các bộ phận hoặc hệ thống giao thông tiên tiến hoặc thay thế...

2.2. Chính sách hỗ trợ tài chính

Các chính sách tài chính chủ yếu là các chính sách cho vay ưu đãi, phát hành trái phiếu không chịu thuế nhằm khuyến khích các chủ thể kinh doanh đầu tư, kinh doanh vào nghiên cứu và phát triển, năng lượng sạch... Cả cấp Liên bang và cấp bang đều có các chính sách ưu đãi tài chính.

Chương trình bảo lãnh vay vốn trong lĩnh vực năng lượng sạch (Energy Department's Loan Guarantee Program - LGP) có căn cứ pháp lý tại Điều 1703 và Điều 1705 Luật chính sách năng lượng năm 2005. Theo đó, Bộ Năng lượng (Department of Energy)

⁴⁹<http://www.doleta.gov/business/incentives/opptax/benefits.cfm>.

⁵⁰State of California, Business Investment Guide, CA Governor's Office of Business & Economic Development, March 2015, tr. 7.

bảo lãnh các khoản vay vốn hỗ trợ các hoạt động tiên phong sử dụng công nghệ tiên tiến trong thương mại nếu như có căn cứ xác định rằng người vay có khả năng trả nợ.⁵¹

Ngoài ra, Điều 136 Luật độc lập và an toàn năng lượng (Energy Independence and Security Act of 2007) cho phép Bộ Năng lượng trực tiếp cho vay để phát triển các phương tiện công nghệ tiên tiến và các bộ phận kèm theo. Tổng giá trị quỹ cho vay là 25 tỷ USD Hoa Kỳ và hiện nay đã cấp vốn từ 50 triệu USD đến 5,9 tỷ USD.

Ngân hàng Xuất nhập khẩu Hoa Kỳ (Exim Bank) là một tổ chức tín dụng nhà nước của Hoa Kỳ. Nhiệm vụ chính của Exim Bank là hỗ trợ tài chính cho hoạt động xuất khẩu hàng hóa và dịch vụ của Hoa Kỳ ra thị trường thế giới. Trên thực tế, Exim Bank không cạnh tranh với các định chế tài chính tư nhân mà chỉ lấp khoảng trống tín dụng xuất khẩu đầy rủi ro mà các định chế tài chính tư nhân không làm. Sự hỗ trợ tín dụng của Exim Bank góp phần giúp cho các doanh nghiệp Hoa Kỳ từ nhỏ đến lớn biến cơ hội xuất khẩu thành hiện thực nhằm tạo nhiều việc làm và phát triển nền kinh tế quốc gia⁵². Các sản phẩm tài chính mà Exim Bank cung cấp cho các doanh nghiệp xuất khẩu là bảo lãnh vốn lưu động, bảo hiểm tín dụng xuất khẩu, bảo lãnh vay vốn và cho vay trực tiếp.

Chương trình hỗ trợ tài chính cho thủy sản (Fisheries Finance Program - FFP) thuộc Bộ Thương mại cung cấp các khoản vay trực tiếp cho ngành thủy sản. FFP cung cấp khoản vay dài hạn để tạo vốn xây dựng và xây dựng lại các tàu đánh cá, các cơ sở thủy sản và mua hạn ngạch đánh cá cá nhân tại Northwest Halibut/Sablefish Fishery.

Chương trình phát triển năng lượng nông nghiệp USDA được quản lý bởi Bộ Nông nghiệp có căn cứ pháp lý là Luật về thực

⁵¹<http://energy.gov/lpo/loan-guarantee-program-governing-documents>.

⁵²<http://selectusa.commerce.gov/investment-incentives/exim-bank.html>.

phẩm, bảo vệ môi trường và năng lượng năm 2008. Chương trình cung cấp nguồn vốn cho các dự án nghiên cứu về năng lượng, cải tiến hiệu quả sử dụng năng lượng và thiết lập các hệ thống năng lượng tái tạo. Chương trình được chia thành bốn chương trình nhỏ là: (1) Chương trình hỗ trợ cơ sở tinh chế sinh học (Biorefinery Assistance Program) cung cấp các bảo lãnh vay vốn cho các dự án phát triển, xây dựng và cải tiến các cơ sở tinh lọc sinh học thương mại; (2) Chương trình hỗ trợ thay thế nhiên liệu (Repowering Assistance Program) thanh toán cho các cơ sở tinh chế sinh học đủ điều kiện để thay thế nhiên liệu than đá bằng nhiên liệu sinh khối tái tạo (renewable biomass); (3) Chương trình thanh toán cho nhiên liệu sinh học tiên tiến (Advanced Biofuel Payment Program) thanh toán cho các nhà sản xuất để hỗ trợ và mở rộng sản xuất nhiên liệu sinh học được tinh chế từ các nguồn ngoài hạt nhân ngũ cốc; (4) Chương trình năng lượng nông nghiệp cho Hoa Kỳ (Rural Energy for America Program) cung cấp các hỗ trợ cho các nhà sản xuất nông nghiệp và các doanh nghiệp nhỏ ở nông thôn để hoàn thiện các dự án bao gồm hệ thống năng lượng tái tạo, cải tiến hiệu quả sử dụng năng lượng, phát triển năng lượng tái tạo, nghiên cứu năng lượng.

Văn phòng phát triển thương mại Hoa Kỳ (United States Trade and Development Agency - USTDA) là cơ quan hỗ trợ quốc tế được thành lập và hoạt động theo Điều 661 Luật hỗ trợ nước ngoài năm 1961. USTDA hỗ trợ các công ty tạo công ăn việc làm cho người Hoa Kỳ bằng việc xuất khẩu hàng hóa và dịch vụ trong các dự án phát triển được ưu tiên ở các nước mới nổi. USTDA kết nối các doanh nghiệp với cơ hội xuất khẩu thông qua hỗ trợ tài chính cho các dự án phát triển cơ sở hạ tầng hiện đại và hệ thống thương mại tự do ở các nước đối tác của Hoa Kỳ. Chương trình của USTDA có trách nhiệm tạo ra 25 tỷ USD xuất khẩu vào thị trường mới nổi hỗ trợ 110.000 việc làm cho người Hoa Kỳ trong

vòng 10 năm qua. Nghĩa là cứ 1 USD của Chương trình tạo ra 76 USD xuất khẩu hàng hóa và dịch vụ.⁵³

Chương trình hỗ trợ điều chỉnh thương mại cho doanh nghiệp (Trade Adjustment Assistance - TAA) là chương trình Liên bang do Bộ Thương mại thực hiện các hỗ trợ tài chính cho các nhà sản xuất bị ảnh hưởng bởi hoạt động nhập khẩu. Theo đó, Chương trình hỗ trợ 50% chi phí chi trả cho các nhà tư vấn và các chuyên gia cho các dự án nâng cao năng lực cạnh tranh cho doanh nghiệp.

Ủy ban Thương mại quốc tế (International Trade Commission - ITC) thuộc Bộ Thương mại hợp tác với nhóm ngành sản xuất - kinh doanh (phi lợi nhuận) như các hiệp hội thương mại, các phòng thương mại... triển khai Chương trình hợp tác phát triển thị trường (Market Development Cooperator Program - MDCP). Theo đó, Chương trình tài trợ tài chính và kỹ thuật cho các nhóm ngành sản xuất - kinh doanh thực hiện các dự án nâng cao năng lực cạnh tranh của các ngành sản xuất - kinh doanh của Hoa Kỳ trên toàn cầu. Nhìn chung, các dự án này phải là có tính đột phá (innovative projects). Nhóm ngành sản xuất - kinh doanh bảo đảm chi trả tối thiểu 2/3 chi phí của dự án và duy trì dự án sau khi Chương trình tài trợ MDCP kết thúc. Từ năm 1997 đến năm 2014, trung bình, cứ 1 USD tài trợ tạo ra 335 USD xuất khẩu⁵⁴. Mỗi dự án được tài trợ tối đa 300.000 USD.

Viện Y tế Quốc gia (National Institutes of Health - NIH) triển khai Chương trình nghiên cứu cải tiến kỹ thuật cho doanh nghiệp nhỏ (Small Business Innovation Research - SBIR) và Chương trình chuyển giao công nghệ cho doanh nghiệp nhỏ (Small Business Technology Transfer - STTR) là những nguồn tài trợ lớn nhất về vốn ban đầu cho các doanh nghiệp công nghệ của Hoa Kỳ.

⁵³<http://www.usda.gov/about/atag/ata glance.asp>.

⁵⁴<http://trade.gov/mdcp/About/About.html>.

Các Chương trình này giúp các doanh nghiệp nhỏ Hoa Kỳ tham gia vào các chương trình nghiên cứu và phát triển có tiềm năng thương mại hóa cao. Trong năm tài khóa 2015, SBIR và STTR đầu tư 780 triệu USD vào các công ty về y tế mới thành lập tạo ra các công nghệ mới phù hợp với mục tiêu hoạt động của NHI là nâng cao sức khỏe và cuộc sống an toàn⁵⁵. Mục tiêu của các Chương trình này là đưa các công nghệ tiên tiến vào khu vực tư nhân từ các hợp tác chiến lược công tư nhằm bảo vệ người tiêu dùng.

Ngoài ra, Bộ Năng lượng, Bộ Nông nghiệp và các cơ quan chuyên ngành khác có nhiều quỹ khác hỗ trợ các hoạt động nghiên cứu và phát triển khoa học, công nghệ liên quan đến an ninh năng lượng, môi trường, nông nghiệp, sinh vật, công nghệ sinh học...

Tại New York, doanh nghiệp phát triển cơ sở ở xưởng sửa chữa tàu hoặc phát triển cơ sở tái chế chất thải cứng có thể phát hành trái phiếu được miễn thuế (triple tax-exempt bond). Thành phố New York hỗ trợ tối đa 50.000 USD cho các nhà sản xuất nhỏ và vừa để nâng cao hiệu quả sản xuất; ngoài ra, Chương trình bảo lãnh vay vốn (Capital Access Loan Guaranty Program - CALGP) cung cấp sản phẩm bảo lãnh tối đa 50% vốn vay cho các doanh nghiệp siêu nhỏ (dưới 20 lao động) và nhỏ (20-100 lao động) là những doanh nghiệp khó khăn trong việc tiếp cận nguồn vốn vay.

2.3. Các chính sách hỗ trợ khác

Ngoài các ưu đãi thuế và tài chính, Chính phủ Liên bang và các bang còn có các chương trình ưu đãi khác nhằm hỗ trợ doanh nghiệp như các chương trình hợp tác, tư vấn...; dưới đây, chúng tôi trình bày một số chương trình hỗ trợ doanh nghiệp được thực hiện ở cấp Liên bang.

Viện Tiêu chuẩn và Công nghệ - Bộ Thương mại cung cấp dịch vụ hỗ trợ kỹ thuật và thông tin khoa học cho các nhà khoa

⁵⁵<https://sbir.nih.gov/>.

học và các nhà tư vấn kỹ thuật để giải quyết các vấn đề kỹ thuật, nghiên cứu và phát triển. Sản phẩm bao gồm các dữ liệu tham chiếu về tiêu chuẩn (Standard Reference Data - SRD), dịch vụ đo lường và tài liệu tham chiếu tiêu chuẩn (Standard Reference Materials - SRMs). Chương trình của Trung tâm Doanh nghiệp của Người bản xứ Hoa Kỳ (The Native American Business Enterprise Center - NABEC) cung cấp dịch vụ hỗ trợ kinh doanh cho người bản xứ Hoa Kỳ và doanh nghiệp của người thiểu số (Minority Business Enterprise - MBE). Khách hàng là những doanh nghiệp có doanh thu hàng năm trên 500.000 USD và/hoặc có tiềm năng phát triển nhanh.

Chương trình hợp tác mở rộng sản xuất Hollings (Manufacturing Extension Partnership - MEP) là một hệ thống gồm 60 trung tâm trên khắp nước Hoa Kỳ với hàng nghìn chuyên gia có nhiệm vụ hỗ trợ các doanh nghiệp nhỏ và vừa. Chương trình tập trung vào phạm vi là phát triển công nghệ, phát triển nhà cung cấp, phát triển bền vững, nhân lực và cải tiến. MEP hỗ trợ các nhà sản xuất phát triển khách hàng mới, mở rộng thị trường và tạo sản phẩm mới có tính cạnh tranh và có lợi nhuận⁵⁶.

Trung tâm hỗ trợ xuất khẩu Hoa Kỳ (United States Export Assistance Centers - USEACs) thuộc Bộ Thương mại Hoa Kỳ hỗ trợ các dịch vụ xúc tiến xuất khẩu cho các doanh nghiệp Hoa Kỳ. USEACs hỗ trợ các nhà xuất khẩu Hoa Kỳ phát triển các chương trình tài trợ tài chính cho xuất khẩu và chương trình bảo hiểm xuất khẩu, giúp các nhà xuất khẩu hoàn thiện các giao dịch xuất khẩu. USEACs kết nối doanh nghiệp Hoa Kỳ với các thị trường quốc tế. Trong quá trình hỗ trợ các nhà xuất khẩu, USEACs phối hợp rất hiệu quả với Cục Doanh nghiệp Nhỏ (Small Business Administration - SBA) và Exim Bank. Ngoài ra, Trung tâm Thông tin Thương mại (Treasury International Capital - TIC) và Chương

⁵⁶<http://selectusa.commerce.gov/investment-incentives/hollings-manufacturing-extension-partnership-mep.html>.

trình phát triển thương mại (International Trade Administration - ITA) thuộc Bộ Thương mại cũng hỗ trợ rất tích cực và tư vấn cho các nhà xuất khẩu Hoa Kỳ về thị trường quốc tế, phát triển hoạt động xuất khẩu hàng hóa, dịch vụ ra thị trường quốc tế.

Các trung tâm hợp tác giữa các trường đại học và các ngành công nghiệp (Industry/University Cooperative Research Centers - I/UCRC) là một chương trình phát triển sự hợp tác lâu dài giữa các ngành sản xuất - kinh doanh, cơ sở hàn lâm và Chính phủ. Các trung tâm được tài trợ một phần bởi Viện Khoa học Quốc gia (National Science Foundation - NSF) và phần lớn từ các thành viên của trung tâm, hoạt động dưới sự hỗ trợ về khoa học của NSF. Mỗi trung tâm phụ thuộc vào lĩnh vực hoạt động của mình thực hiện các nghiên cứu vì lợi ích của cả các thành viên thuộc khu vực sản xuất - kinh doanh và giới hàn lâm. Mỗi I/UCRC đóng góp vào việc hoàn thiện cơ sở hạ tầng phục vụ cho nghiên cứu và nâng cao năng lực của đội ngũ kỹ thuật và khoa học từ sự kết hợp giữa nghiên cứu và giáo dục⁵⁷.

III. PHÁP LUẬT VỀ PHÁT TRIỂN CÁC LOẠI THỊ TRƯỜNG

3.1. Pháp luật về thị trường hàng hóa

Về nguyên tắc, trên thị trường hàng hóa các bên được quyền tự do giao kết hợp đồng, hầu hết các cơ quan nhà nước không can thiệp vào giao dịch giữa các bên. Tuy nhiên, trên thị trường hàng hóa, vấn đề an toàn và sức khỏe của người tiêu dùng được các cơ quan quản lý đặc biệt quan tâm. Vì vậy, việc mua bán hàng hóa trên thị trường phải tuân thủ các quy chế quản lý về chất lượng hàng hóa.

3.1.1. Nghĩa vụ bảo đảm sản phẩm

Lý thuyết về nghĩa vụ bảo đảm sản phẩm phát triển từ án lệ và sau này được ghi nhận trong Bộ luật thương mại thống nhất

⁵⁷http://www.nsf.gov/funding/pgm_summ.jsp?pims_id=5501&org=IIP&from=home.

(UCC). Nghĩa vụ bảo đảm sản phẩm là một sự cam kết hoặc bảo đảm của người bán hoặc người cho thuê về những đặc tính vật chất của hàng hóa⁵⁸, bao gồm: nghĩa vụ bảo đảm sản phẩm mặc định (implied warranty) và nghĩa vụ bảo đảm sản phẩm minh thị (express warranty). Nghĩa vụ bảo đảm mặc định là những bảo đảm về sản phẩm được quy định bởi pháp luật. Theo Điều 2-314(2) của UCC, thương nhân kinh doanh một mặt hàng nhất định có nghĩa vụ bảo đảm hàng hóa: (1) Phù hợp với mục đích sử dụng thông thường; (2) Hàng hóa có thể được bán hoặc sử dụng; (3) Đối với hàng hóa có thể thay thế thì hàng hóa phải có chất lượng trung bình; (4) Hàng hóa phải thuộc loại, chất lượng, số lượng trong phạm vi thỏa thuận; (5) Hàng hóa phải được đóng gói phù hợp quy cách; (6) Hàng hóa phải phù hợp với những cam kết được ghi trên nhãn sản phẩm. Nghĩa vụ bảo đảm sản phẩm minh thị được xác lập từ: (1) Bất kỳ một xác nhận hoặc cam kết nào về đặc tính vật chất của hàng hóa mà người bán đưa ra và xác nhận hoặc cam kết này trở thành bộ phận cấu thành của hợp đồng mua bán hàng hóa tạo nên một nghĩa vụ bảo đảm rằng hàng hóa sẽ phù hợp với xác nhận hoặc cam kết đó; (2) Bất kỳ sự mô tả nào về hàng hóa là cơ sở để xác lập giao dịch tạo nên một nghĩa vụ bảo đảm rằng hàng hóa sẽ phù hợp với mô tả đó; hoặc (3) Bất kỳ hàng mẫu là cơ sở để xác lập giao dịch tạo nên một nghĩa vụ bảo đảm rằng toàn bộ hàng hóa sẽ phù hợp với hàng mẫu⁵⁹. Pháp luật không đòi hỏi bên bán hoặc người cho thuê phải nêu rõ “cam kết” hay “bảo đảm” mới tạo nên một nghĩa vụ bảo đảm sản phẩm minh thị. Trong hoạt động kinh doanh, người bán có thể đưa ra quan điểm của mình về sản phẩm của mình, nếu quan điểm đó không phải là một sự xác nhận nào về đặc tính vật chất của hàng hóa thì không được coi là nghĩa vụ bảo đảm hàng hóa. Ví dụ: người bán

⁵⁸Kenneth W. Clarkson, Roger LeRoy Miller and Frank B. Cross, *Business Law Text and Cases - Legal, Ethical, Global, and Corporate Environment*, twelfth edition, Cengage Learning, 2011, tr. 421.

⁵⁹§2-313(1) của UCC.

có thể nói rằng “Hàng của chúng tôi là tốt nhất” hoặc “Hàng của chúng tôi rẻ nhất” Những câu nói này không xác lập một nghĩa vụ bảo đảm sản phẩm.

Nghĩa vụ bảo đảm sản phẩm minh thị có thể được xác lập từ những quảng cáo. Để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người tiêu dùng, theo Luật của Ủy ban Thương mại Liên bang (Federal Trade Commission - FTC), quảng cáo sản phẩm được quản lý bởi FTC, theo đó, FTC có thẩm quyền: (1) Kiểm soát nội dung và tính xác thực của quảng cáo; (2) Kiểm soát khả năng thực hiện những cam kết trong quảng cáo; (3) Kiểm soát việc sử dụng người nổi tiếng để xúc tiến thương mại; (4) Kiểm soát quảng cáo nhử mồi (Bait and Switch); (5) Kiểm soát quảng cáo so sánh⁶⁰.

Trong kiểm soát hoạt động quảng cáo, FTC tiến hành các thủ tục hành chính nhằm bảo đảm việc thực thi các quy định của pháp luật về quảng cáo. Trước hết, các cá nhân, tổ chức gửi đơn khiếu nại lên FTC. Khi nhận được đơn khiếu nại, FTC sẽ tiến hành điều tra. Nếu kết quả điều tra cho thấy rõ ràng là quảng cáo không công bằng, không trung thực hoặc vi phạm pháp luật về quảng cáo, FTC sẽ ra bản cáo buộc chính thức (official complaint). Bản cáo buộc chính thức được gửi cho người bị cáo buộc. Để tránh phải tiến hành các thủ tục xử lý tiếp theo, FTC và người bị cáo buộc có thể thương lượng để thống nhất về biện pháp chế tài được áp dụng. Nếu không, thủ tục xử lý tiếp theo được tiến hành. Khi tiến hành xử lý vi phạm các biện pháp chế tài mà FTC có thể sử dụng như: lệnh dừng hoạt động quảng cáo vi phạm (cease-and-desist order), buộc quảng cáo cải chính (counteradvertising: buộc đính chính lại thông tin sai), lệnh dừng quảng cáo hàng loạt

⁶⁰Quảng cáo nhử mồi là hình thức mà người quảng cáo sử dụng hàng hóa các hàng hóa có giá rẻ hơn giá hàng hóa có trong kho hàng để hấp dẫn người tiêu dùng. Thực chất, người quảng cáo không có ý định bán sản phẩm được quảng cáo hoặc thậm chí không có sản phẩm được quảng cáo, mà người quảng cáo sử dụng hàng hóa rẻ để quảng cáo như là “mồi” nhằm thu hút khách hàng sau đó dẫn dắt người tiêu dùng mua sản phẩm với giá cao hơn. Theo quy chế quảng cáo nhử mồi thì hành vi quảng cáo sản phẩm mà người quảng cáo không có ý định bán thực sự bị cấm. Như vậy quảng cáo nhử mồi là hành vi vi phạm pháp luật. (Xem 16 C.F.R Part 238).

(multiple product order: buộc người quảng cáo không chỉ dừng việc quảng cáo vi phạm đối với sản phẩm là đối tượng của hành vi ban đầu mà cả các sản phẩm khác), hoàn trả lại tiền cho người tiêu dùng.

3.1.2. Trách nhiệm sản phẩm

Nghĩa vụ bảo đảm sản phẩm và học thuyết gây thiệt hại do lỗi bất cẩn (negligence) được sử dụng trong bảo vệ lợi ích của người tiêu dùng. Tuy nhiên, trong thực tiễn, để buộc doanh nghiệp chịu trách nhiệm đối với thiệt hại mà sản phẩm của doanh nghiệp gây ra cho người tiêu dùng, nguyên đơn (thường là người tiêu dùng) phải chứng minh đầy đủ các yếu tố cấu thành hành vi vi phạm nghĩa vụ bảo đảm sản phẩm hoặc hành vi gây thiệt hại do lỗi bất cẩn. Để chứng minh được hành vi gây thiệt hại cho người tiêu dùng do lỗi bất cẩn, nguyên đơn phải chứng minh đầy đủ các yếu tố sau: (1) Doanh nghiệp có nghĩa vụ cẩn trọng đối với nguyên đơn; (2) Doanh nghiệp vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng đó; (3) Có thiệt hại xảy ra; (4) Giữa hành vi vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng và thiệt hại có mối quan hệ nhân quả⁶¹. Như vậy, việc chứng minh không dễ dàng đối với phần lớn người tiêu dùng. Trước sự phát triển mạnh mẽ của khoa học, sản phẩm ngày càng đa dạng, đồng nghĩa với việc cộng đồng ngày càng quan tâm đến việc bảo vệ người tiêu dùng. Rõ ràng, học thuyết về gây thiệt hại do lỗi bất cẩn, mặc dù là trung tâm của lĩnh vực pháp luật dân sự nhưng với gánh nặng chứng minh đè lên vai người tiêu dùng, dẫn đến ý nghĩa bảo vệ người tiêu dùng của học thuyết này giảm đáng kể. Trước thực trạng đó, học thuyết “trách nhiệm không cần chứng minh lỗi” (strict liability) được áp dụng cho trách nhiệm sản phẩm từ án lệ *Greenman v. Yaba Power Products, Inc.* 27 Cal. Rptr. 697, 377 P.2d 897 (1963). Trong vụ này, Tòa án nhận định: “Nhà sản xuất

⁶¹Kenneth W. Clarkson, Roger LeRoy Miller and Frank B. Cross, *Business Law Text and Cases - Legal, Ethical, Global, and Corporate Environment*, twelfth edition, Cengage Learning, 2011, tr. 136.

phải chịu trách nhiệm, mà không cần phải chứng minh lỗi, đối với sản phẩm được đưa vào thị trường, biết rằng sản phẩm được sử dụng mà không kiểm định khuyết tật, có khuyết tật gây thiệt hại cho con người.” Năm 1965, Viện Luật Hoa Kỳ xây dựng Điều 402A trong Cuốn Bình luận về hành vi vi phạm pháp luật dân sự ngoài hợp đồng (lần 2) (Restatement (second of torts)). Điều 402A đề cập về trách nhiệm không cần chứng minh lỗi của nhà sản xuất, người bán buôn, người bán lẻ và những chủ thể kinh doanh khác bán sản phẩm để sử dụng. Nội dung của Điều 402A như sau:

“(1) Bất kỳ ai bán sản phẩm nào có khuyết tật mà gây thiệt hại bất hợp lý cho người sử dụng hoặc người tiêu dùng hoặc cho tài sản của người này phải chịu trách nhiệm đối với những thiệt hại vật chất gây cho người sử dụng hoặc người tiêu dùng cuối cùng hoặc tài sản của người này, nếu:

- (a) Người bán tham gia vào hoạt động bán sản phẩm đó;
- (b) Sản phẩm tiếp xúc với người sử dụng, người tiêu dùng mà sản phẩm được kỳ vọng hướng tới mà không có bất kỳ sự thay đổi đáng kể nào về điều kiện mà nó được bán.

(2) Quy tắc được đưa trong khoản (1) được áp dụng ngay cả khi:

- (a) Người bán đã thực hiện một cách cẩn trọng có thể trong quá trình chuẩn bị và bán sản phẩm;
- (b) Người sử dụng hoặc người tiêu dùng không mua sản phẩm từ hoặc xác lập bất kỳ một hợp đồng nào với người bán.”⁶²

Như vậy với việc áp dụng học thuyết trách nhiệm không cần chứng minh lỗi cho trách nhiệm sản phẩm, người bán phải bồi thường thiệt hại cho người sử dụng hoặc người tiêu dùng dù không biết điều gì xảy ra, miễn rằng nguyên đơn chứng minh

⁶²Dẫn lại từ James P. Maloney, James T. Murray Jr., Richard E. Byrne, and Donald A. Schoenfeld, Introduction: Symposium on Products Liability, *Marquette Law Review*, Volume 57, Issue 4 (number 4), Article 3, 1974, tr. 623-624.

được rằng sản phẩm có khiếm khuyết và khiếm khuyết đó gây thiệt hại cho nguyên đơn.

Người bán có thể dựa vào một trong những căn cứ sau để chối bỏ, miễn giảm hoặc miễn trừ trách nhiệm:

(1) Sử dụng sai sản phẩm: Đây là trường hợp người sử dụng hoặc người tiêu dùng sử dụng trái với chỉ dẫn sử dụng sản phẩm;

(2) Người sử dụng cũng có lỗi: Một số bang ở Hoa Kỳ áp dụng học thuyết lỗi so sánh (comparative negligence). Theo đó, không loại bỏ hoàn toàn trách nhiệm của người bán mà chỉ xác định phần lỗi của người sử dụng để khấu trừ vào khoản bồi thường.

(3) Người tiêu dùng chấp nhận rủi ro: Trong trường hợp người tiêu dùng biết được mối nguy hiểm trong sản phẩm nhưng vẫn tự nguyện sử dụng sản phẩm, người bán được miễn trừ trách nhiệm theo học thuyết chấp nhận rủi ro (assumption of risk).

3.2. Pháp luật về thị trường tài chính

Hệ thống ngân hàng của Hoa Kỳ bao gồm các ngân hàng thương mại, các tổ chức tiết kiệm và các hợp tác xã tín dụng. Các ngân hàng thương mại có thể là các ngân hàng được đăng ký thành lập ở Liên bang (federal-chartered bank) được gọi là ngân hàng quốc gia. Các ngân hàng quốc gia chịu sự quản lý nhà nước của Cục Kiểm soát Tiền tệ (Office of the Comptroller of the Currency - OCC) và phải là thành viên của hệ thống dự trữ Liên bang (Cục Dự trữ Liên bang - FED) và Tổ chức Bảo hiểm Tiền gửi Liên bang (Federal Deposit Insurance Corporation - FDIC). Các công ty sở hữu ngân hàng, ngân hàng nước ngoài, ngân hàng ở nước ngoài được quản lý nhà nước bởi FED. Cũng có các ngân hàng được thành lập ở các bang (state-chartered banks) được quản lý nhà nước bởi Tổ chức Bảo hiểm Tiền gửi Liên bang và các cơ quan quản lý thuộc bang. Các tổ chức tiết kiệm (thrifts) nhận tiền gửi và cấp tín dụng cho các cá nhân. Hợp tác xã tín dụng (credit union) là tổ chức tài chính phi lợi nhuận hoạt động trên

nguyên tắc hợp tác, được sở hữu và quản lý bởi các thành viên, chịu sự quản lý nhà nước bởi Cục Quản lý Hợp tác xã Tín dụng (National Credit Union Administration - NCUA).

Hệ thống thị trường tài chính của Hoa Kỳ bao gồm thị trường cổ phiếu, thị trường trái phiếu, thị trường tiền tệ, thị trường hối đoái, thị trường quyền chọn và thị trường tương lai. Thị trường tài chính của Hoa Kỳ có ảnh hưởng lớn đến các thị trường khác trên thế giới. Các chủ thể chủ yếu trên thị trường tài chính bao gồm các nhà đầu tư, các nhà môi giới, các nhà tự doanh, các nhà tư vấn...

3.2.1. Pháp luật về ngăn ngừa và kiểm soát rủi ro hệ thống

Sau cuộc đại khủng hoảng năm 1930, học thuyết của nhà kinh tế học người Anh John Maynard Keynes thắng thế. Tư tưởng chủ đạo trong học thuyết của ông là đề cao vai trò của Nhà nước trong quản lý nền kinh tế. Tư tưởng này được thể hiện trong thực tiễn quản lý và điều hành thị trường tài chính của Chính phủ Hoa Kỳ: Nhà nước kiểm soát chặt chẽ các hoạt động tài chính, thể hiện rõ nét nhất qua việc ban hành Luật Glass-Steagall⁶³. Luật Glass-Steagall tách bạch hoạt động của từng loại định chế tài chính: ngân hàng thương mại chỉ cung cấp dịch vụ ngân hàng, công ty chứng khoán chỉ cung cấp dịch vụ chứng khoán, công ty bảo hiểm chỉ cung cấp dịch vụ bảo hiểm. Việc tách bạch nhằm ngăn ngừa ngân hàng thương mại khỏi các hoạt động có rủi ro cao và tránh xung đột lợi ích khi một tổ chức tài chính vừa cung cấp dịch vụ tín dụng dựa trên cơ sở quan hệ tín thác, vừa bán sản phẩm tài chính cho cùng một khách hàng. Ngoài ra, việc tách bạch cũng

⁶³Luật Glass-Steagall được biết đến một cách chính thức là luật ngân hàng năm 1933, số hiệu công bố là Pub. L. No. 73-66, ch. 89, 48 Sta. 162 (1933) (được tập hợp hóa trong quyển 12 Bộ luật Hoa Kỳ (U.S.C). Điều 16 và 20 của Luật Glass-Steagall cấm ngân hàng bảo lãnh phát hành hoặc kinh doanh chứng khoán doanh nghiệp và liên kết với các công ty để thực hiện các hoạt động này.” Jones, Renee M, Back to Basics: Why Financial Regulatory Overhaul is Overrated [article], Entrepreneurial Business Law Journal, Vol. 4, Issue 2, 2010, tr. 391-406, tr.392.

ngăn ngừa hiện tượng một tổ chức tài chính độc quyền cung cấp toàn bộ các dịch vụ tài chính cho cùng một khách hàng.

Nghị viện còn cho phép Cục Dự trữ Liên bang (FED) khống chế lãi suất tiền gửi nhằm kiểm soát hoạt động cạnh tranh trong lĩnh vực ngân hàng. FED đã ban hành Quy chế Q (Regulation Q) quy định về mức trần lãi suất. Theo quy chế này, ngân hàng thương mại và tổ chức tiết kiệm bị hạn chế lãi suất tiền gửi là 6%. Năm 1981, cơ quan quản lý ngân hàng đã ban hành tỷ lệ vốn tối thiểu nhằm ngăn ngừa tình trạng vốn mỏng. Theo quy định thì vốn chủ sở hữu, là nguồn vốn do cổ đông đầu tư vào công ty phải chiếm ít nhất 5% tổng giá trị tài sản của công ty⁶⁴.

Như vậy, trong thời gian này, hoạt động của ngân hàng thương mại và tổ chức tiết kiệm bị hạn chế chặt chẽ bởi Luật Glass-Steagall. Trong khi đó, ngân hàng đầu tư với việc phát triển dịch vụ “ngân hàng ngầm” (shadow banking) với hai thị trường chính là thương phiếu và repos trong cơ chế kiểm soát lỏng hơn so với cơ chế kiểm soát hoạt động huy động tiền gửi của ngân hàng thương mại, đã trở thành đối thủ cạnh tranh của ngân hàng thương mại. Đây là các công cụ tài trợ tài chính rẻ nhưng tạo cho nhà đầu tư nhiều lợi nhuận hơn. Với lợi thế như vậy, thị trường “ngân hàng ngầm” phát triển rất mạnh gây áp lực lớn lên thị trường ngân hàng truyền thống. Vì vậy, ngân hàng thương mại bị đuối trong cuộc cạnh tranh với ngân hàng đầu tư. Do đó, Luật Glass-Steagall và các quy chế kiểm soát hoạt động của ngân hàng thương mại và tổ chức tiết kiệm đã được sửa đổi theo hướng giảm các quy định chặt chẽ. Cựu Chủ tịch FED Greenspan đã ủng hộ xu hướng nới lỏng quản lý đối với thị trường tài chính vì theo ông các định chế tài chính có đủ năng lực và động lực để bảo vệ cổ đông của họ và họ đủ khả năng để quản lý rủi ro. Ông

⁶⁴The Financial Crisis Inquiry Commission, The Financial Crisis Inquiry report - Final report of the National Commission on the causes of the financial and economic crisis in the United States, the Official Government Edition, January 2011, tr. 33.

cho rằng “hiện đại hóa hệ thống tài chính là cần thiết để “loại bỏ những hạn chế lạc hậu không hữu dụng mà làm giảm hiệu quả kinh tế và... hạn chế sự lựa chọn của những người sử dụng dịch vụ tài chính...”⁶⁵. Theo đó, học thuyết kinh tế Keynes đã dần được thay thế bởi học thuyết “thị trường tự do”.

Xu hướng nói lỏng quản lý đối với ngân hàng thương mại và tổ chức tiết kiệm được bắt đầu bằng việc ban hành Luật nói lỏng quản lý các tổ chức tín dụng và kiểm soát tiền tệ năm 1980. Luật này đã bãi bỏ hạn chế về lãi suất tiền gửi. Tiếp đến, Luật Garn-St. Germain năm 1982 được ban hành nói rộng các hình thức cho vay và đầu tư cho các ngân hàng thương mại và tổ chức tiết kiệm. Các ngân hàng thương mại được phép cho vay với lãi suất thả nổi với các hình thức cho vay đa dạng bao gồm cả những khoản vay với điều kiện hấp dẫn nhằm thu hút người vay. Sau đó, các hạn chế về lãnh thổ và nhiều hạn chế khác liên quan đến hoạt động của ngân hàng thương mại và các tổ chức tiết kiệm cũng dần được bãi bỏ. Cuối cùng, năm 1999 Luật Glass-Steagall đã bị bãi bỏ. Sau khi Luật này bị bãi bỏ, “phân cách giữa ngân hàng, công ty chứng khoán và công ty bảo hiểm bị xóa bỏ. Các định chế tài chính Hoa Kỳ không chỉ có thể cung cấp nhiều dịch vụ tài chính mà còn tăng cường hoạt động tự doanh của họ”⁶⁶.

Chính sách khuyến khích vay tiêu dùng ở Hoa Kỳ với nhiều hình thức cho vay hấp dẫn như Thế chấp có tỷ giá điều chỉnh (Adjustable Rate Mortgages - ARM), Thế chấp thay thế thế chấp dạng A (Alternative A-paper - Alt-A), Không thu nhập không tài sản cố định (No Income No Asset - NINA)... đã làm cho hoạt động vay thế chấp để mua nhà đất bùng nổ mạnh mẽ. Các khoản vay này mặc dù hấp dẫn nhưng là những khoản vay dưới chuẩn, là

⁶⁵The Financial Crisis Inquiry Commission, Dẫn trên, tr. 35.

⁶⁶United States Senate - Permanent Subcommittee on investigations - Committee on Homeland security and governmental affairs - Wall Street and the Financial crisis: Anatomy of a financial collapse - April 13, 2011, source: <http://www.hsgac.senate.gov>, tr. 321.

những cái “bẫy” bòn rút tiền của người tiêu dùng, đẩy họ đến nguy cơ vỡ nợ. “Khoản vay dưới chuẩn tăng lên nhanh chóng trong giai đoạn từ năm 2000 - 2006, từ mức 125 tỷ USD lên đến 1.000 tỷ USD năm 2006, chiếm tỷ trọng các khoản vay từ 12% năm 2000 lên đến 34% năm 2006”⁶⁷. Các định chế tài chính phát triển dịch vụ cho vay dưới chuẩn vì các khoản vay này hứa hẹn một mức lợi nhuận cao. Hơn nữa, họ được tự do đóng gói các khoản vay này lại với nhau rồi bán ra thị trường chứng khoán theo nghiệp vụ chứng khoán hóa. “Chứng khoán phái sinh và chứng khoán hóa, mặc dù giúp tăng nguồn tài chính và phân tán rủi ro, nhưng đã dẫn đến việc giá cả của trái phiếu và cổ phiếu ngày càng xa rời giá trị đích thực của tài sản bảo đảm”⁶⁸. FED có thẩm quyền ban hành ra các tiêu chuẩn về khoản vay thế chấp nhưng cơ quan này đã không ban hành được bất kỳ quy định nào như vậy để ngăn ngừa các khoản vay thế chấp “độc hại”. FED cũng không kiểm tra việc các định chế tài chính tạo lập và bán các chứng khoán được bảo đảm bằng khoản vay thế chấp và cơ quan này cũng không biết hoặc không cần biết về những tì vết trong các chứng khoán này. Không những thế, các chứng khoán được bảo đảm bằng các khoản vay thế chấp không phải đăng ký với Ủy ban Chứng khoán (Securities and Exchange Commission - SEC) mà có thể được phát hành riêng lẻ.

Việc các định chế tài chính lớn tham gia sâu vào thị trường các công cụ tài chính kém chất lượng đã gây ra rủi ro hệ thống. Rủi ro hệ thống được hiểu là: “Rủi ro làm rối loạn các hoạt động tài chính: (i) bị gây ra bởi sự suy yếu của toàn bộ hoặc một số bộ phận của hệ thống tài chính; và (ii) có nguy cơ gây ra hậu quả tiêu cực cho nền kinh tế... Định nghĩa này xuất phát từ quan điểm

⁶⁷Ths. Đỗ Minh Tuấn, Một số vấn đề về thực tiễn chứng khoán hóa các khoản vay thế chấp ở Mỹ, Tạp chí Châu Mỹ ngày nay, số 6/2012, tr.3-17, tr.7.

⁶⁸PGS.TS. Phạm Quốc Trung, TS. Phạm Thị Túy (đồng chủ biên), Khủng hoảng kinh tế thế giới - Những vấn đề lý luận và kinh nghiệm, Nhà xuất bản Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2011, tr.139.

cho rằng rủi ro hệ thống không chỉ gắn với sự đổ vỡ của những bộ phận đáng kể của hệ thống tài chính mà còn với những tiêu cực bên ngoài và cụ thể là nền kinh tế vận hành trong tình trạng suy yếu”⁶⁹. Một điều ngạc nhiên là có rất nhiều cơ quan quản lý trên thị trường tài chính, nhưng không có cơ quan nào chịu trách nhiệm xác định, ngăn ngừa hoặc quản lý các rủi ro đe dọa đến sự an toàn và sức khỏe của toàn bộ hệ thống tài chính Hoa Kỳ.

Ngoài những khiếm khuyết vừa phân tích ở trên, cuộc khủng hoảng tài chính năm 2007-2008 đã cho thấy hệ thống tài chính Hoa Kỳ còn bộc lộ những khiếm khuyết khác như “quá lớn để sụp đổ”, khiếm khuyết trong quản trị doanh nghiệp. Những nội dung này sẽ được phân tích sau. Những khiếm khuyết này đòi hỏi phải có những cải tổ trong quản lý thị trường tài chính ở Hoa Kỳ nhằm ngăn ngừa và kiểm soát rủi ro hệ thống. Luật cải tổ phố Wall và bảo vệ người tiêu dùng Dodd-Frank năm 2010 (Luật Dodd-Frank) ra đời để cải tổ lại hệ thống tài chính của Hoa Kỳ.

Thứ nhất, Luật Dodd-Frank thành lập một cơ quan liên ngành, có tên Hội đồng Giám sát Ổn định Tài chính (Financial Stability Oversight Council - FSOC), có chức năng xác định và ứng phó với rủi ro hệ thống. Hội đồng bao gồm các thành viên có quyền biểu quyết là người đứng đầu của 10 cơ quan quản lý trên thị trường tài chính, một thành viên độc lập là chuyên gia bảo hiểm do Tổng thống bổ nhiệm trên cơ sở tham vấn và được chấp thuận bởi Thượng nghị viện, và năm thành viên không có quyền biểu quyết. Chủ tịch Hội đồng là Bộ trưởng Bộ Tài chính. Để xác định và ngăn chặn rủi ro hệ thống, Hội đồng có quyền thu thập thông tin từ các thành viên và các cơ quan quản lý tài chính khác của Liên bang và bang. Ngoài ra, Hội đồng cũng có quyền chỉ đạo văn phòng nghiên cứu tài chính cung cấp và hỗ trợ thu

⁶⁹Sebastian Schich and Byoung - Hwan Kim, Systemic Financial Crises: How to fund resolution, OECD Journal: Financial Market Trends, volume 2010, issue 2, tr.4.

thập thông tin. Hội đồng điều phối việc chia sẻ thông tin giữa các thành viên và có nhiệm vụ soát xét và xác định những lỗ hổng trong quy định pháp luật dẫn đến rủi ro hệ thống. Trong phối hợp công việc với các cơ quan quản lý tài chính, Hội đồng có quyền đưa ra khuyến nghị để các cơ quan này ban hành, hoàn thiện các quy chế, tiêu chuẩn điều chỉnh từng lĩnh vực thị trường. Ví dụ: khuyến nghị FED quy định chặt chẽ về vốn, đòn bẩy tài chính, tính thanh khoản, quản lý rủi ro và các quy định khác đối với các công ty có quy mô lớn và phức tạp. Trong nhiều trường hợp, Hội đồng có quyền yêu cầu một số cơ quan quản lý phải thực hiện một số hành vi nhất định như quyền yêu cầu FED quản lý một công ty tài chính phi ngân hàng nếu xét thấy sự sụp đổ của công ty này sẽ gây tác động tiêu cực cho hệ thống tài chính Hoa Kỳ hoặc hoạt động của công ty này gây rủi ro cho hệ thống tài chính Hoa Kỳ.

Đạo luật Dodd-Frank đưa ra nhiều cơ chế nhằm ngăn ngừa và kiểm soát rủi ro hệ thống. Trong đó, đáng chú ý là cơ chế giảm thiểu rủi ro hệ thống được quy định tại Điều 121 của Luật này. Theo cơ chế này, nếu Hội đồng Thống đốc Liên bang thấy rằng một công ty sở hữu ngân hàng (bank holding company) với tổng giá trị tài sản hợp nhất từ 50 tỷ USD trở lên hoặc công ty tài chính phi ngân hàng thuộc thẩm quyền giám sát của Hội đồng Thống đốc Liên bang, đe dọa gây ra rủi ro cho sự ổn định tài chính, Hội đồng Thống đốc Liên bang có quyền: (1) Hạn chế việc công ty này sáp nhập, thôn tính hoặc hợp nhất với công ty khác; (2) Hạn chế công ty này cung cấp một hoặc một số sản phẩm tài chính; (3) Yêu cầu công ty chấm dứt thực hiện một hoặc một số hoạt động; (4) Đưa ra các điều kiện để công ty thực hiện một hoặc một số hoạt động. Nếu xét thấy các biện pháp nêu trên không phù hợp, Hội đồng Thống đốc Liên bang (Board of Governors of the Federal Reserve System/ Federal Reserve Board - FRB) có quyền yêu cầu công ty bán hoặc chuyển nhượng tài sản hoặc các hạng mục ngoại bảng

cho bên không có quan hệ liên kết. Ngoài ra, các cơ quan quản lý ngân hàng phải ban hành các tiêu chuẩn về vốn như mức sàn đòn bẩy tài chính mà mức tiêu chuẩn này không thấp hơn tiêu chuẩn đang được áp dụng rộng rãi.

Luật Dodd-Frank thay đổi chính sách đối xử đối với các định chế tài chính quá lớn. Trên thị trường tài chính Hoa Kỳ, tồn tại các định chế tài chính lớn đến mức không thể sụp đổ. Tính đến năm 2007, tổng giá trị tài sản của năm ngân hàng lớn nhất nước Hoa Kỳ là Bank of America, Citigroup, JP Morgan, Wachovia và Wells Fargo đạt 6,8 nghìn tỷ USD. Trong khi đó tổng tài sản của năm ngân hàng đầu tư lớn nhất nước Hoa Kỳ là Goldman Sachs, Morgan Stanley, Merrill Lynch, Lehman Brothers, and Bear Stearns, cũng đạt 4 nghìn tỷ USD. Mặc dù trong các văn bản quy phạm pháp luật của Hoa Kỳ không quy định rõ thế nào là quá lớn để sụp đổ. Nhưng những cơ chế pháp lý nói lỏng trên đã tạo cơ sở hình thành lên “một số ngân hàng... trở thành những tổ hợp tài chính khổng lồ tham gia nhận tiền gửi; cho vay; kinh doanh cổ phiếu, hợp đồng hoán đổi và hàng hóa; và phát hành, bảo lãnh phát hành và kinh doanh cổ phiếu, công cụ nợ, hợp đồng bảo hiểm và công cụ phái sinh có giá trị hàng tỷ USD. Vì những định chế tài chính này ngày càng lớn lên về quy mô và ngày càng phức tạp, ngày càng nắm vai trò quan trọng trong nền kinh tế Hoa Kỳ, các nhà chính sách bắt đầu đặt câu hỏi rằng liệu sự sụp đổ của một trong những định chế tài chính này có thể gây thiệt hại không chỉ cho hệ thống tài chính Hoa Kỳ, mà toàn bộ nền kinh tế Hoa Kỳ hay không. Trong quãng thời gian ít hơn 10 năm, sự hình thành các định chế tài chính quá lớn để sụp đổ đã trở thành hiện thực ở Hoa Kỳ”⁷⁰.

⁷⁰United States Senate - Permanent Subcommittee on investigations - Committee on Homeland security and governmental affairs - Wall Street and the Financial crisis: Anatomy of a financial collapse - April 13, 2011, source: <http://www.hsgac.senate.gov>, tr. 16.

Để ngăn ngừa sự sụp đổ của các định chế tài chính này, Chính phủ Hoa Kỳ đã phải áp dụng cơ chế cứu trợ. Thực chất cơ chế cứu trợ các định chế tài chính, đặc biệt là các ngân hàng đã được hình thành từ lâu ở Hoa Kỳ. Tuy nhiên, trong giai đoạn phát triển cực điểm của các định chế tài chính để sụp đổ và cuộc khủng hoảng tài chính năm 2007-2008, các gói cứu trợ quá lớn so với ngân sách nhà nước, cho thấy cần phải xem xét lại học thuyết quá lớn để sụp đổ. Chương trình cứu trợ lớn nhất mà Chính phủ thực hiện để giải cứu các định chế tài chính lớn khỏi nguy cơ phá sản trong cuộc khủng hoảng tài chính năm 2007-2008 là Chương trình cứu trợ tài sản có vấn đề (Troubled Asset Relief Program - TARP), được đưa ra trên cơ sở Luật ổn định kinh tế khẩn cấp được Nghị viện thông qua và Tổng thống ký ngày 3/10/2008. Theo Chương trình này, Chính phủ Hoa Kỳ mua hoặc chuẩn bị nguồn quỹ để mua lại tài sản có vấn đề của các định chế tài chính⁷¹. Tổng giá trị của gói cứu trợ này là 700 tỷ USD từ ngân sách nhà nước. Cho đến nay, có nhiều tổ chức tài chính lớn được thụ hưởng Chương trình TARP như AIG (American International Group), Ally Financial (trước đây là GMAC (General Motors Acceptance Corporation) Financial Services), Bank of America, Citigroup, Goldman Sachs, JPMorgan Chase, Morgan Stanley... Sau đó, theo quy định, các tổ chức này phải hoàn trả lại toàn bộ hoặc phần lớn số tiền được cứu trợ.

Về bản chất, các gói cứu trợ chủ yếu được thực hiện theo phương thức Chính phủ sử dụng ngân sách để cho các định chế tài chính có nguy cơ sụp đổ vay để thực hiện việc tái cấu trúc. Lúc này, Chính phủ đóng vai trò là người cho vay cuối cùng. Định chế tài chính có nguy cơ sụp đổ sẽ tiến hành tái cấu trúc để phục hồi lại hoạt động kinh doanh, sau một thời gian phải trả nợ cho Chính phủ. Vấn đề đặt ra là nếu như định chế tài chính không có

⁷¹Section 101(a) of Emergency Economic Stabilization Act of 2008 (EESC).

khả năng trả được khoản nợ cho Chính phủ thì điều đó có nghĩa là ngân sách nhà nước có khả năng không được bù đắp. Hơn nữa, các tổ hợp tài chính này quá lớn và để giải cứu chúng, Chính phủ phải chi tiêu rất nhiều tiền. Như trường hợp của AIG, Chính phủ Hoa Kỳ đã phải bỏ ra 180 tỷ USD để cứu trợ tập đoàn này⁷².

Ngoài ra, việc Chính phủ sẵn sàng cứu trợ các định chế tài chính quá lớn để sụp đổ dẫn đến rủi ro đạo đức. Đó là việc các định chế tài chính sẽ không quan tâm đến rủi ro phát sinh từ các giao dịch tài chính mà họ tham gia vì cho rằng nếu có nguy cơ phá sản thì Chính phủ sẽ giải cứu họ. “Các vụ giải cứu chắc chắn sẽ làm động cơ bị thay đổi. Bên cho vay, khi biết rằng họ có thể được giải cứu và không phải gánh chịu mọi hậu quả từ những sai lầm của mình, đã làm việc tồi hơn khi thẩm định tín dụng và nhận lãnh các khoản vay nhiều rủi ro hơn. Đây là vấn đề rủi ro đạo đức mà tôi đã đề cập nhiều lần”⁷³. Nhận định này được chứng minh trong thực tiễn của Hoa Kỳ, Chính phủ Hoa Kỳ đã nhiều lần giải cứu các ngân hàng lớn khỏi nguy cơ sụp đổ nhưng dường như những lần giải cứu đó không là những bài học để các định chế tài chính ngăn ngừa và kiểm soát rủi ro.

Trong đối xử với các định chế tài chính lớn, Luật Dodd-Frank yêu cầu các cơ quan quản lý ngân hàng phải ban hành quy định nhằm bảo đảm an toàn cho hoạt động của các công ty sở hữu ngân hàng và các công ty tài chính phi ngân hàng thuộc thẩm quyền giám sát của Hội đồng Thống đốc thuộc Cục Dự trữ Liên Bang có tổng giá trị tài sản hợp nhất từ 50 tỷ USD trở lên. Các quy định đó bao gồm các quy định về tính thanh khoản, quản lý rủi ro, quỹ dự phòng, hạn chế tập trung kinh tế và các quy định

⁷²The Financial Crisis Inquiry Commission, The Financial Crisis Inquiry report - Final report of the National Commission on the causes of the financial and economic crisis in the United States, the Official Government Edition, January 2011, tr. 352.

⁷³Joseph E. Stiglitz, Rơi tự do - Nước Mỹ, các thị trường tự do và sự sụp đổ của nền kinh tế thế giới, Nguyễn Hoàng Phúc (dịch), Nhà xuất bản Thời đại, 2010, tr. 174.

khác. Các tiêu chuẩn về vốn như mức vốn an toàn, mức sàn đòn bẩy tài chính cũng phải được áp dụng cho các định chế tài chính lớn này.

Tiếp đến, Đạo luật Dodd-Frank đưa ra quy tắc Volcker (Volcker rule) cấm các ngân hàng thực hiện hoạt động tự doanh, đầu tư vào hoặc có quan hệ với quỹ phòng ngừa rủi ro và quỹ cổ phần tư nhân. Điều 619 Đạo luật Dodd-Frank cấm ngân hàng: (1) thực hiện hoạt động tự doanh; hoặc (2) mua hoặc nhận bất kỳ cổ phần, hợp danh hoặc bất kỳ lợi ích sở hữu nào trong hoặc bảo lãnh cho Quỹ phòng ngừa rủi ro hoặc Quỹ cổ phần tư nhân. Các tổ chức tài chính phi ngân hàng hoạt động dưới sự kiểm soát của FED cũng bị hạn chế trong hoạt động tự doanh và đầu tư vào Quỹ phòng ngừa rủi ro và Quỹ cổ phần tư nhân.

Theo quy định của Luật Dodd-Frank thì công ty sở hữu ngân hàng và các công ty tài chính phi ngân hàng thuộc thẩm quyền giám sát của Hội đồng Thống đốc thuộc Cục Dự trữ Liên bang có tổng giá trị tài sản hợp nhất từ 50 tỷ USD trở lên có nghĩa vụ báo cáo kế hoạch tái thiết (resolution plan) hàng năm cho FED và Công ty Bảo hiểm Tiền gửi Liên bang (Federal Deposit Insurance Corporation - FDIC). Bản kế hoạch phải mô tả về các giải pháp kịp thời và hợp lệ trong thời gian khó khăn tài chính. Bản kế hoạch cũng phải trình bày những phân tích, mô tả những hành động mà công ty sẽ thực hiện để giải quyết khó khăn, cũng như những mô tả về cơ cấu quản lý của công ty, các đơn vị, các mối quan hệ và tính độc lập và hệ thống thông tin quản lý. Trên thực tiễn, hàng năm, các ngân hàng lớn đều có báo cáo kế hoạch tái thiết. Bản kế hoạch cung cấp những thông tin có giá trị được sử dụng để xác định và tính toán những khó khăn chính trong việc giải quyết những vấn đề theo Luật phá sản. Từ đó, cơ quan quản lý nắm rõ được vấn đề và những thông tin này có giá trị chỉ dẫn trong việc chấm dứt sự tồn tại của ngân hàng khi nó sụp đổ.

Việc thường xuyên lên các kế hoạch tái thiết cũng giúp cho doanh nghiệp nắm rõ các vấn đề của mình từ đó đưa ra các giải pháp ngăn chặn khả năng sụp đổ.

Để ngăn ngừa rủi ro hệ thống và rủi ro đạo đức trong trường hợp một công ty tài chính⁷⁴ có nguy cơ bị sụp đổ, các nhà làm luật Hoa Kỳ đã thiết kế cơ chế thanh lý công ty tài chính theo trật tự được quy định tại mục II Đạo luật Dodd-Frank. Theo cơ chế này, chủ nợ và cổ đông sẽ phải chịu rủi ro về thiệt hại của công ty tài chính. Các bên bao gồm cả Ban điều hành, thành viên Hội đồng quản trị và bên thứ ba có trách nhiệm đối với tình trạng của công ty phải chịu thiệt hại phù hợp với trách nhiệm của mình, bồi thường thiệt hại, hoàn trả và đền bù những khoản thù lao và những khoản lợi tức không gắn với trách nhiệm này. Trong quá trình thanh lý, FDIC nắm giữ vai trò là người quản lý tài sản của công ty tài chính bị thanh lý. FDIC có quyền thành lập công ty tài chính chuyển tiếp (bridge financial company) để tiến hành các thủ tục thanh lý công ty tài chính có nguy cơ sụp đổ. Với tư cách là người quản lý tài sản, FDIC có quyền xác định Quỹ thanh lý với điều kiện mục tiêu của Quỹ là bảo đảm sự ổn định của toàn hệ thống tài chính chứ không có mục đích duy trì công ty tài chính bị đổ vỡ, Hội đồng quản trị và Ban điều hành cũ phải được bãi nhiệm, đồng thời, cổ đông là người được thanh toán sau cùng khi Quỹ thanh lý và các khoản nợ đã được hoàn trả toàn bộ. Quỹ thanh lý được ưu tiên hoàn trả trước các trái quyền khác. Quỹ này có thể được sử dụng để cho công ty tài chính vay hoặc mua các trái vụ của công ty tài chính; trực tiếp hoặc gián tiếp thông qua công ty tài chính chuyển tiếp mua hoặc bảo lãnh đối với trái vụ trong các tài sản của công ty tài chính;

⁷⁴Khái niệm công ty tài chính theo Đạo luật Dodd-Frank bao gồm công ty sở hữu ngân hàng, công ty tài chính phi ngân hàng, công ty hoặc chi nhánh của bất kỳ công ty nào có hoạt động chủ yếu là tài chính hoặc có mục tiêu chủ yếu được quy định trong Luật công ty kiểm soát ngân hàng năm 1956 (Xem Điều 201(11) Luật Dodd-Frank).

và chi trả các khoản thanh toán khác theo luật định. FDIC cũng đưa ra phương thức một cửa (single-point-of-entry approach) để thanh lý công ty tài chính. Theo đó, FDIC sẽ là người quản lý tài sản của công ty mẹ cấp một (công ty mẹ) của tập đoàn tài chính đang bị sụp đổ. FDIC sẽ chuyển nhượng tài sản của công ty mẹ (cơ bản là các khoản đầu tư tại các công ty con) cho công ty tài chính chuyển tiếp (công ty mẹ chuyển tiếp). Quyền sở hữu cổ phần của cổ đông của công ty mẹ sẽ được xóa bỏ và trái vụ không có bảo đảm sẽ được cắt giảm. Để vốn hóa công ty mẹ chuyển tiếp và các công ty con đang hoạt động và để chuyển lại quyền sở hữu và quyền kiểm soát công ty mẹ chuyển tiếp cho tư nhân, FDIC sẽ chuyển đổi những trái vụ không có bảo đảm còn lại của công ty mẹ thành cổ phần và/hoặc trái vụ của công ty mẹ chuyển tiếp. Nếu cần thiết, FDIC sẽ tạo tính thanh khoản tạm thời cho công ty mẹ chuyển tiếp cho đến khi việc giảm bớt các trái vụ của công ty mẹ bị sụp đổ được hoàn thành⁷⁵.

Ngoài ra, Đạo luật Dodd-Frank cũng quy định về Chương trình cho vay khẩn cấp của FED. Chương trình này được thiết kế để tạo tính thanh khoản cho toàn bộ hệ thống tài chính chứ không cứu trợ các định chế tài chính đang sụp đổ, đồng thời, các khoản vay phải áp dụng biện pháp bảo đảm và tài sản bảo đảm phải phù hợp để ngăn ngừa thiệt hại cho người nộp thuế. Các khoản vay khẩn cấp phải được Bộ trưởng Bộ Tài chính phê chuẩn.

3.2.2. Pháp luật về giao dịch bảo đảm - công cụ hiệu quả bảo vệ chủ nợ trong các quan hệ nghĩa vụ

Giao dịch bảo đảm theo pháp luật Hoa Kỳ đề cập đến bất kỳ giao dịch nào xác lập một lợi ích bảo đảm trên động sản hoặc vật gắn liền với bất động sản nhằm bảo đảm thực hiện nghĩa vụ

⁷⁵Governor Jerome H. Powell, Ending “Too Big to Fail”, at the Institute of International Bankers 2013 Washington Conference, Washington, D.C. March 4, 2013, <http://www.federalreserve.gov/newsevents/speech/powell20130304a.htm>.

thanh toán hoặc nghĩa vụ khác⁷⁶. Giao dịch bảo đảm theo pháp luật của Hoa Kỳ được chia thành hai loại là lợi ích bảo đảm trên tài sản mua và lợi ích bảo đảm không trên tài sản mua.

Trong nhiều trường hợp, ngân hàng cấp vốn cho bên mua để mua sắm hàng hóa, trang thiết bị hoặc bản thân bên bán sẽ cung cấp tín dụng thương mại cho bên mua bằng việc cho nợ lại toàn bộ hoặc một phần tiền hàng. Để bảo đảm lợi ích của các nhà tài trợ vốn, pháp luật Hoa Kỳ quy định về lợi ích bảo đảm trên tài sản mua (purchase-money security interest). Lợi ích bảo đảm trên tài sản mua dành cho bên bán nhằm bảo đảm nghĩa vụ thanh toán toàn bộ hoặc một phần tiền hàng hoặc dành cho bên cung cấp vốn cho bên mua để mua sắm hàng hóa⁷⁷. Lợi ích bảo đảm trên tài sản mua dành cho chủ nợ quyền ưu tiên so với chủ nợ có lợi ích bảo đảm không trên tài sản mua (non-purchase money securities). Lợi ích bảo đảm không trên tài sản mua là trường hợp chủ nợ được bảo đảm bằng tài sản hiện hữu của con nợ.

Tài sản bảo đảm bao gồm các loại động sản (tài sản hữu hình và tài sản vô hình) và bất động sản. Các tài sản bảo đảm có thể gồm quyền yêu cầu thanh toán, đặc quyền nông nghiệp (agricultural liens)⁷⁸, chứng thư động sản (chattel papers)⁷⁹ và các động sản khác.

Trong pháp luật của Hoa Kỳ có khái niệm “perfection” (hoàn thiện giao dịch bảo đảm) để chỉ “các thủ tục pháp lý được thực hiện bởi bên nhận bảo đảm để đưa ra một thông báo công khai cho những người khác, những người có quyền yêu cầu đối với tài

⁷⁶Khái niệm giao dịch bảo đảm theo quy định của UCC (Article 9) không bao gồm đặc quyền giữ lại thế chấp (liens) và thế chấp bất động sản.

⁷⁷Bryan A. Garner, *Black’s Law Dictionary*, West Group, A Thomson Company, 2001, tr. 630.

⁷⁸Đặc quyền nông nghiệp (agricultural lien) là đặc quyền trên nông sản để bảo đảm việc thanh toán tiền bán hàng hóa, cung cấp dịch vụ, tiền cho thuê bất động sản phục vụ cho hoạt động nông nghiệp. Đặc quyền nông nghiệp có thể phát sinh theo quy định của luật bang. (Điều 9-102(5) UCC).

⁷⁹Chứng thư động sản được sử dụng rất phổ biến trong thương mại. Chứng thư động sản là một chứng thư chứng minh một nghĩa vụ thanh toán được bảo đảm bằng một động sản hoặc một hợp đồng thuê động sản. (Điều 9-102(11) UCC).

sản của con nợ rằng bên nhận bảo đảm có đặc quyền trên tài sản của con nợ”⁸⁰. Thuật ngữ “hoàn thiện giao dịch bảo đảm” được sử dụng rộng rãi trong các công ước quốc tế liên quan đến giao dịch bảo đảm quốc tế và trong nhiều quốc gia trên thế giới. Pháp luật Hoa Kỳ đưa ra các phương thức “hoàn thiện giao dịch bảo đảm” là: đăng ký giao dịch bảo đảm, chiếm hữu/kiểm soát tài sản bảo đảm và giao dịch bảo đảm tự động hoàn thiện áp dụng cho một số tài sản bảo đảm nhất định.

Quyền ưu tiên là vấn đề cốt lõi của giao dịch bảo đảm. Đây là đặc quyền dành cho chủ nợ có bảo đảm, được hiểu là quyền được ưu tiên thanh toán trước chủ thể khác khi xử lý tài sản bảo đảm, do vậy, có ý nghĩa trong trường hợp tài sản của bên bảo đảm không đủ thanh toán cho các yêu cầu của các chủ thể. Quyền ưu tiên được xác định theo các nguyên tắc sau đây: (1) Lợi ích bảo đảm hoàn thiện có quyền ưu tiên so với lợi ích bảo đảm không được hoàn thiện; (2) Lợi ích bảo đảm hoàn thiện trước có quyền ưu tiên so với lợi ích bảo đảm hoàn thiện sau; (3) Lợi ích bảo đảm không được hoàn thiện được xác lập trước có quyền ưu tiên so với lợi ích bảo đảm không được hoàn thiện xác lập sau. Như vậy quy tắc ưu tiên theo thứ tự thời gian được áp dụng cho lợi ích bảo đảm cùng loại. Tuy nhiên, có một số ngoại lệ làm cho quyền ưu tiên của người nhận bảo đảm bị ảnh hưởng; ví dụ, người mua hàng hóa (trừ sản phẩm nông nghiệp) ngay tình từ hoạt động kinh doanh thông thường của người có nghĩa vụ không bị ảnh hưởng bởi quyền ưu tiên của người nhận bảo đảm dù giao dịch bảo đảm được hoàn thiện và người mua biết về sự tồn tại của giao dịch bảo đảm. Cơ sở khoa học của quy tắc này là nếu quyền sở hữu của người mua hàng hóa từ người có nghĩa vụ (là thương nhân) không được bảo đảm và bị ảnh hưởng bởi chủ nợ có bảo đảm sẽ làm cho người mua

⁸⁰Donald B. King, Calvin A. Kuenzel, Bradford Stone, W.H. Knight, Jr., Commercial transactions under the Uniform Commercial Code and other laws, New York [etc.]: Mathew Bender, Cop., 1997, tr. 807.

hàng e dè không mua hàng, dẫn đến hoạt động thương mại bị ảnh hưởng⁸¹. Khi bên có nghĩa vụ vi phạm nghĩa vụ, bên nhận bảo đảm được quyền áp dụng các biện pháp xử lý tài sản bảo đảm⁸².

⁸¹Trong vụ *Heartland Bank v. National City Bank*, 171 Ohio App.3d 132, 869 N.E.2d 746 (2007): “Dublin Auto Sales cấp lợi ích bảo đảm trên hàng tồn kho cho Heartland Bank để được cấp tín dụng có giá trị là 300.000 USD. Giao dịch bảo đảm này được Heartland hoàn thiện bằng thủ tục đăng ký. Dublin Auto sử dụng khoản tiền vay này mua xe Ford F-150 1997 (giá trị 9.000 USD) và mua xe Jeep Cherokee 1999 (giá trị 13.000 USD) và nộp giấy chứng nhận quyền sở hữu mang tên Dublin Auto cho Heartland Bank. Tháng 3/2002, Dublin Auto bán xe F-150 với giá 15.386,63 USD cho Joe và Michael Murphy, chiếc jeep với giá 14.045 USD cho Michael Laxton. Ngân hàng National City Bank cấp tín dụng cho cả hai giao dịch này. Giấy chứng nhận quyền sở hữu được cấp lại với tên người mua và Heartland là chủ nợ được quyền ưu tiên cao nhất. Heartland không nhận được tiền từ việc bán hàng và khởi kiện tại Tòa án Ohio yêu cầu tuyên bố lợi ích bảo đảm của ngân hàng này có quyền ưu tiên cao nhất. Tòa án kết luận rằng vì Murphys và Laxton là người mua hàng từ hoạt động kinh doanh thông thường, nên lợi ích bảo đảm của Heartland chấm dứt kể từ thời điểm các xe này được bán cho người mua.”

Kenneth W. Clarkson, Roger LeRoy Miller and Frank B. Cross (2011), *Business Law Text and Cases - Legal, Ethical, Global, and Corporate Environment*, twelfth edition, Cengage Learning, tr. 569.

⁸²Vụ *Denton v. First Interstate Bank of Commerce*, 2006 MT 193, 333 Mont. 169, 142 P. 3d 797 (2006), Tòa án nhận định như sau: “Chúng tôi đã xác định rằng Tòa án cấp quận đã có đủ chứng cứ để xác định rằng Denton biết và chấp thuận cấu trúc của khoản vay, chúng tôi chỉ cần quyết định xem liệu Tòa án quận có chính xác khi kết luận rằng FIB đã xử lý tài sản bảo đảm hợp pháp và trong điều kiện thương mại hợp lý. Điều 30-9-504, Chú giải Luật Montana 1995 (Montana Code Annotated 1995), quy định về quyền xử lý tài sản bảo đảm khi có vi phạm nghĩa vụ, một phần quy định liên quan của điều luật này như sau: “(1) Bên nhận bảo đảm có quyền bán, cho thuê hoặc định đoạt tài sản theo phương án khác trong điều kiện thương mại hợp lý. Tiền thu được từ việc định đoạt (proceeds) được xử lý theo thứ tự như sau: (a) Chi phí hợp lý để thu hồi, quản lý và chuẩn bị cho việc bán hoặc cho thuê hoặc giải pháp khác phù hợp thỏa thuận và không trái luật, chi phí luật sư hoặc chi phí pháp lý khác mà bên nhận bảo đảm chi trả; (b) Trả các khoản nợ được bảo đảm bởi lợi ích bảo đảm đang được xử lý; (c) Trả các khoản nợ được bảo đảm bằng các lợi ích bảo đảm phụ trên tài sản bảo đảm nếu thông báo bằng văn bản về yêu cầu này được nhận trước khi phân bổ tiền thu từ xử lý tài sản bảo đảm được hoàn thành... (3)(a) Xử lý tài sản bảo đảm có thể được xử lý theo thủ tục công khai hoặc thủ tục riêng lẻ và có thể thực hiện bằng việc xác lập một hoặc nhiều hợp đồng. Bán hoặc phương thức định đoạt khác có thể là giải quyết riêng lẻ hoặc theo các gói tại bất kỳ thời điểm nào, bất kỳ nơi nào và theo bất kỳ điều kiện nào, nhưng mọi khía cạnh của việc định đoạt bao gồm cả phương pháp, thể thức, nơi và các điều kiện phải hợp lý về mặt thương mại.” Giám đốc thu hồi nợ của FIB mô tả tại phiên xử sơ thẩm về quy trình mà theo đó Ngân hàng tuyên bố Anderson vi phạm nghĩa vụ thanh toán nợ theo hợp đồng SBA, và công bố Anderson và Denton vi phạm khoản vay Denton và xử lý tài sản bảo đảm. Cô đã cung cấp các bản tài liệu thông báo cho cả hai bên về việc bán tài sản theo thủ tục bán đấu giá công khai. FIB cũng nộp các tài liệu về các đơn khởi kiện mà FIB đã nộp cho Tòa án phá sản Hoa Kỳ theo quy định của Bộ luật phá sản. Chứng cứ này cùng với lời khai đáng tin cậy của các nhân viên ngân hàng đã đủ cơ sở để Tòa cấp quận kết luận rằng Ngân hàng tuân thủ theo đúng luật điều chỉnh quan hệ xử lý và bán tài sản bảo đảm và phân bổ tiền thu từ xử lý tài sản bảo đảm”.

3.3. Pháp luật về thị trường bất động sản

Các giao dịch phổ biến trên thị trường bất động sản bao gồm thuê, mua bán và thế chấp bất động sản. Giao dịch bất động sản được xác lập theo nguyên tắc tự do hợp đồng, đồng thời, phải tuân thủ những quy định pháp luật về tài sản.

Trong giao dịch mua bán và thuê bất động sản, các bên còn phải tuân thủ Luật về quyền dân sự năm 1866 (Civil Rights Act of 1866) và Luật nhà ở công bằng năm 1968 (Fair Housing Act of 1968). Đây là các luật cấm phân biệt đối xử trong giao dịch mua bán và thuê bất động sản. Luật về quyền dân sự năm 1866 cấm phân biệt đối xử về chủng tộc, dân tộc trong các giao dịch mua bán và thuê tài sản bao gồm bất động sản và động sản. “Tất cả các công dân Hoa Kỳ có quyền thừa kế, mua, thuê, bán, chiếm hữu và chuyển nhượng bất động sản và động sản ngang với người da trắng ở bất kỳ bang và vùng lãnh thổ nào”⁸³. Biện pháp chế tài áp dụng cho hành vi phân biệt đối xử của người cho thuê và người bán là lệnh buộc chấm dứt hành vi phân biệt đối xử do Tòa án ban hành. Năm 1968, Nghị viện Hoa Kỳ ban hành Luật nhà ở công bằng năm 1968, được coi là Phần VIII của Luật về quyền dân sự năm 1866. Cho đến nay Luật nhà ở công bằng đã được sửa đổi, bổ sung nhiều lần. Về cơ bản, Luật nhà ở công bằng cấm phân biệt đối xử trên cơ sở chủng tộc, màu da, tôn giáo, nguồn gốc quốc tịch, giới tính, tình trạng gia đình, tàn tật trong các giao dịch thuê và mua bán bất động sản. Luật nhà ở công bằng cũng cấm phân biệt đối xử trong quảng cáo. Tuy nhiên, Luật nhà ở công bằng có một số ngoại lệ sau:

(1) Các câu lạc bộ riêng, các khu cư trú riêng của các tổ chức tôn giáo và một số người đặc biệt không chịu ràng buộc của các quy định chống phân biệt đối xử.

⁸³42 U.S.C. §1982.

(2) Một người cho thuê hoặc bán nhà thuộc sở hữu của mình không chịu sự ràng buộc của các quy định chống phân biệt đối xử nếu: (i) Người này sở hữu không quá ba ngôi nhà; (ii) Không sử dụng người môi giới; (iii) Không quảng cáo theo cách cho thấy người này mong muốn phân biệt đối xử.

(3) Một người đang đề nghị cho thuê một phòng hoặc một căn hộ trong tòa nhà chỉ có không quá bốn phòng/căn hộ mà người này đang ở một phòng/căn hộ và không quảng cáo theo cách cho thấy người này mong muốn phân biệt đối xử cũng được miễn trừ khỏi các quy định chống phân biệt đối xử.

Trong trường hợp có hành vi phân biệt đối xử, Tòa án có thể áp dụng lệnh buộc chấm dứt hành vi phân biệt đối xử, buộc bồi thường thiệt hại (actual damages) hoặc bồi thường có tính chất phạt (punitive damages).

3.3.1. Thuê bất động sản

Giao dịch thuê bất động sản rất phổ biến ở Hoa Kỳ. Quan hệ thuê bất động sản là quan hệ hợp đồng nên nó vừa chịu sự điều chỉnh của Luật hợp đồng vừa chịu sự điều chỉnh của pháp luật về tài sản. Trong quan hệ thuê bất động sản, người cho thuê và người thuê có những quyền và nghĩa vụ như sau:

Người cho thuê có nghĩa vụ giao bất động sản cho người thuê sử dụng và một số nghĩa vụ cơ bản khác như: nghĩa vụ không làm ảnh hưởng để quyền sử dụng bất động sản của người thuê, nghĩa vụ cung cấp bất động sản thuê có thể cư trú (habitable premises) và trách nhiệm bồi thường thiệt hại của người cho thuê trong một số trường hợp nhất định.

Nghĩa vụ không làm ảnh hưởng đến quyền sử dụng bất động sản của người thuê là nghĩa vụ mặc định của người cho thuê. Trong trường hợp người thuê bị buộc rời khỏi nơi thuê bất hợp pháp (actual eviction), nghĩa vụ trả tiền thuê của người thuê chấm dứt. Nếu người thuê bị tước đoạt bất hợp pháp quyền chiếm

hữu một phần bất động sản thuê bởi người cho thuê, người thuê có quyền đình chỉ nghĩa vụ thanh toán tiền thuê cho đến khi phần bất động sản bị tước đoạt được trả lại cho người thuê. Nếu người thuê bị tước đoạt bất hợp pháp quyền chiếm hữu một phần bất động sản thuê bởi người thứ ba mà ảnh hưởng đến việc sử dụng bất động sản của người thuê, người thuê có quyền chấm dứt hợp đồng thuê, buộc bồi thường thiệt hại hoặc giảm trừ tiền thuê.

Người cho thuê nhà ở có nghĩa vụ bảo đảm nhà ở cho thuê có thể cư trú có nghĩa là nhà thuê an toàn và phù hợp cho con người sinh sống⁸⁴. Ngoài ra, theo pháp luật của nhiều bang, người cho thuê còn có nghĩa vụ sửa chữa và bảo trì nhà ở cho thuê và người thuê được hưởng nhiều biện pháp chế tài như tự sửa chữa và khấu trừ vào tiền thuê nhà, rút lại tiền thuê⁸⁵.

Theo án lệ, người cho thuê không có nghĩa vụ bảo đảm bất động sản cho thuê an toàn. Sau khi tiếp nhận và chiếm hữu bất động sản thuê, người thuê phải chịu trách nhiệm đối với các thiệt hại phát sinh từ bất động sản thuê trừ trường hợp:

(1) Nếu người cho thuê biết hoặc buộc phải biết tình trạng nguy hiểm của bất động sản cho thuê và có lý do để biết rằng người thuê sẽ không phát hiện ra nhưng không thông báo cho người thuê về tình trạng nguy hiểm này thì phải bồi thường thiệt hại gây ra bởi tình trạng nguy hiểm của bất động sản.

(2) Khi bất động sản thuê được sử dụng làm khu vực công cộng (như cửa hàng, nhà hàng, nhà hát...), người cho thuê bất động sản phải bồi thường thiệt hại gây ra bởi tình trạng nguy hiểm của bất động sản cho thành viên của cộng đồng nếu người cho thuê: (i) Biết hoặc buộc phải biết về tình trạng nguy hiểm này; (ii) Có lý do để tin rằng người thuê sẽ không sửa chữa, khắc

⁸⁴Kenneth W. Clarkson, Roger LeRoy Miller and Frank B. Cross, *Business Law Text and Cases - Legal, Ethical, Global, and Corporate Environment*, twelfth edition, Cengage Learning, 2011, tr. 993.

⁸⁵Jesse Dukeminier, *Property*, Sixteenth edition, Thomson Bar/Bri, 2002, tr. 251.

phục tình trạng này trước khi khai trương; (iii) Không thực hiện các biện pháp hợp lý nhằm sửa chữa, khắc phục tình trạng này.

(3) Đối với khu vực chung (common areas) thuộc quyền kiểm soát của người cho thuê, thì người cho thuê có nghĩa vụ cần trọng hợp lý nhằm bảo đảm khu vực chung an toàn.

(4) Nếu người cho thuê có nghĩa vụ sửa chữa nơi thuê theo hợp đồng hoặc theo luật thành văn thì người này phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại gây ra cho người thuê hoặc khách của người thuê do người cho thuê vi phạm nghĩa vụ sửa chữa.

Ở nhiều bang, điều khoản miễn trừ trách nhiệm (exculpatory clause) nhằm giải phóng trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng của người cho thuê đối với người thuê vô hiệu.

Người thuê có nghĩa vụ thanh toán tiền thuê nhà theo thỏa thuận giữa các bên. Nếu các bên không thỏa thuận thì người thuê phải thanh toán khoản tiền thuê nhà hợp lý. Tiền thuê được coi là đến hạn thanh toán vào ngày cuối cùng của thời hạn thuê nếu như các bên không có thỏa thuận khác. Trong trường hợp các bên không thỏa thuận hoặc luật thành văn không quy định, người cho thuê có nghĩa vụ sửa chữa thì người thuê có nghĩa vụ định kỳ sửa chữa và bảo trì tài sản thuê. Nếu người thuê cam kết sửa chữa mà không có ngoại lệ, thì người thuê phải thực hiện tất cả các sửa chữa. Do đó, nếu bất động sản thuê bị phá hủy thì người thuê phải xây lại. Ngoài ra, người thuê phải chịu trách nhiệm đối với những thiệt hại hoặc thay đổi đáng kể cho bất động sản thuê.

Để bảo đảm bên thuê thực hiện nghĩa vụ của mình, pháp luật quy định các biện pháp chế tài dành cho người cho thuê:

(1) Bất giữ động sản của người thuê: theo truyền thống án lệ, trong trường hợp người thuê vi phạm nghĩa vụ thanh toán tiền thuê, người cho thuê có quyền xâm nhập nơi thuê mà không cần thông báo và bất giữ động sản của người thuê ở nơi thuê làm tài

sản bảo đảm cho đến khi người thuê trả tiền thuê. Tuy nhiên, rõ ràng hành vi này thực sự không phù hợp tính công lý nên nhiều bang đã ban hành các luật loại bỏ biện pháp chế tài này.

(2) Đặc quyền: luật thành văn của nhiều bang quy định đặc quyền của người cho thuê trên động sản của người thuê tại nơi thuê. Đặc quyền này dành cho người cho thuê có quyền ưu tiên thanh toán so với các chủ nợ khác. Tuy nhiên, người cho thuê không được tự xử lý tài sản bảo đảm mà phải xử lý tài sản bảo đảm thông qua thủ tục tư pháp.

(3) Đặt cọc (security deposit): trên cơ sở hợp đồng thuê, người cho thuê có thể buộc người thuê đặt cọc một số tiền nhất định nhằm bảo đảm việc thực hiện đúng và đầy đủ nghĩa vụ của người thuê. Khi hợp đồng thuê chấm dứt, bên cho thuê phải hoàn trả tiền đặt cọc trừ đi khoản bồi thường thiệt hại thực tế cho người thuê. Một số bang coi người cho thuê là con nợ và phải chịu lãi.

(4) Điều khoản về tất cả các khoản tiền thuê được coi là đến hạn thanh toán (rent acceleration clause): đây là điều khoản rất phổ biến trong các hợp đồng thuê theo mẫu. Theo điều khoản này, nếu người thuê vi phạm nghĩa vụ thanh toán tiền thuê hoặc nghĩa vụ khác, thì tất cả các khoản tiền thuê mặc dù chưa đến hạn thanh toán được coi là đến hạn thanh toán và người cho thuê có quyền buộc người thuê phải thanh toán toàn bộ tiền thuê. Trong trường hợp này, người cho thuê không có quyền chấm dứt hợp đồng thuê.

(5) Điều khoản từ bỏ quyền mà không cần thông báo (waiver of service and confession of judgment): đây là điều khoản thường xuất hiện trong các hợp đồng mẫu, theo đó người thuê từ bỏ quyền được thông báo và chấp nhận bản án chống lại mình. Vì điều khoản hoàn toàn bất lợi và không công bằng với người thuê, nên hầu hết Tòa án các bang không chấp nhận điều khoản này có hiệu lực.

(6) Quyền chấm dứt hợp đồng thuê: ngày nay, luật thành văn của phần lớn các bang cho phép người cho thuê có quyền chấm dứt hợp đồng thuê khi bên thuê không thanh toán tiền thuê. Trong hầu hết các hợp đồng thuê đều có điều khoản quy định về quyền chấm dứt hợp đồng thuê khi bên thuê không thanh toán tiền thuê hoặc vi phạm nghĩa vụ (forfeiture clause). Khi bên thuê không thanh toán hoặc vi phạm nghĩa vụ, người cho thuê phải thông báo cho người thuê, yêu cầu người thuê thanh toán hoặc khắc phục vi phạm trong thời hạn hợp lý. Nếu người thuê không thanh toán hoặc khắc phục vi phạm trong thời hạn hợp lý, người cho thuê sẽ ra thông báo về việc chấm dứt hợp đồng. Hành vi vi phạm nghĩa vụ là cơ sở để người cho thuê chấm dứt hợp đồng phải là vi phạm nghiêm trọng hoặc đáng kể. Người cho thuê có thể từ bỏ quyền chấm dứt hợp đồng thuê. Nếu người cho thuê nhận tiền thuê mặc dù biết có vi phạm được coi là từ bỏ quyền chấm dứt hợp đồng.

(7) Quyền buộc rời khỏi nơi thuê (eviction of tenant): người cho thuê có quyền: (i) Buộc người thuê phải rời khỏi nơi thuê trong thời hạn thuê do vi phạm nghĩa vụ; (ii) Buộc người thuê phải rời khỏi nơi thuê khi thời hạn thuê chấm dứt⁸⁶. Để thực hiện quyền này, theo pháp luật của nhiều bang, người cho thuê phải khởi kiện ra Tòa án. Tuy nhiên, Tòa án sẽ áp dụng thủ tục rút gọn để giải quyết yêu cầu của các bên một cách nhanh gọn và tiết kiệm chi phí. Ít nhất 03 ngày trước khi đưa yêu cầu ra Tòa án, người cho thuê phải thông báo cho người thuê (notice to quit). Cho đến nay, rất ít bang cho phép người cho thuê được quyền tự ý buộc người thuê rời khỏi nơi thuê.

(8) Trong trường hợp bên thuê không được để nơi thuê trống nhưng vẫn từ bỏ nơi thuê thì bên cho thuê có quyền: (i) Chấm dứt hợp đồng thuê; (ii) Đặt nơi thuê vào tình trạng không sử dụng và

⁸⁶Jesse Dukeminier, Property, Sixteenth edition, Thomson Bar/Bri, 2002, tr. 272.

khởi kiện người thuê về tiền thuê như là khoản tiền này đã đến hạn thanh toán; hoặc (iii) Thu hồi tài sản thuê.

Theo pháp luật của các bang, bên thuê có quyền chuyển nhượng lại quyền thuê trừ trường hợp hợp đồng thuê không cho phép chuyển nhượng. Khi đó, người nhận chuyển nhượng và người cho thuê có quan hệ hợp đồng và hai bên có thể khởi kiện lẫn nhau về hành vi vi phạm nghĩa vụ hợp đồng. Nếu hợp đồng không cấm, người cho thuê có quyền cho thuê lại. Chuyển nhượng và cho thuê lại khác nhau ở điểm chuyển nhượng được hiểu là bên cho thuê chuyển giao toàn bộ quyền thuê đối với toàn bộ thời hạn thuê còn lại, trong khi đó cho thuê lại chỉ chuyển giao quyền thuê trong một thời hạn ít hơn thời hạn thuê còn lại. Trong giao dịch chuyển nhượng, bên thuê không còn bảo lưu quyền chiếm hữu tài sản thuê, ngược lại trong giao dịch cho thuê lại, bên cho thuê lại bảo lưu quyền chiếm hữu tài sản thuê. Giữa bên thuê lại và người cho thuê không có mối quan hệ hợp đồng.

3.3.2. Mua bán bất động sản

Ở Hoa Kỳ, các giao dịch mua bán bất động sản thường được thực hiện thông qua trung gian (người môi giới bất động sản). Người bán và người môi giới ký hợp đồng môi giới theo đó người môi giới lập danh sách bất động sản và dẫn người mua xem bất động sản. Hợp đồng môi giới bất động sản còn trao cho người môi giới độc quyền bán bất động sản với giá cả và các điều kiện do các bên thỏa thuận. Người môi giới chỉ được trả hoa hồng (thường từ 5%-8%) khi người mua trả tiền mua nhà. Trong các giao dịch mua bán bất động sản, luật sư cũng tham gia để thực hiện nhiều công việc như soạn thảo hợp đồng mua bán, kiểm tra quyền sở hữu, thực hiện thủ tục chuyển nhượng...

Hợp đồng mua bán bất động sản phải được lập thành văn bản và được ký bởi các bên mới có hiệu lực. Tuy nhiên, án lệ chấp

nhận một số trường hợp mặc dù hợp đồng mua bán bất động sản bằng lời nói nhưng vẫn có hiệu lực:

(1) Hầu hết Tòa án chấp nhận hợp đồng bằng lời nói có hiệu lực nếu hợp đồng đã được thực hiện một phần khi người mua: (i) thanh toán toàn bộ hoặc một phần tiền mua nhà; (ii) chiếm hữu; và (iii) cải tạo. Một số Tòa án cho rằng chỉ cần một trong các hành vi vừa nêu được thực hiện thì coi như hợp đồng được thực hiện một phần và có hiệu lực. Một số Tòa án công nhận hiệu lực của hợp đồng bằng lời nói nếu bên yêu cầu chứng minh được sự tồn tại của hợp đồng và bên này phụ thuộc hợp lý vào hợp đồng (in reasonable reliance on the contract)⁸⁷.

(2) Hợp đồng chuyển nhượng bất động sản tại thời điểm chết để trao đổi với một hoặc một số dịch vụ nhất định mặc dù bằng lời nói nhưng vẫn có thể được Tòa án công nhận hiệu lực nếu bên có quyền chứng minh một cách rõ ràng và thuyết phục rằng bên này tin tưởng hợp lý vào hợp đồng và việc không thực hiện hợp đồng sẽ không công bằng.

(3) Cam kết không thể từ bỏ (estoppel): trong một số trường hợp nhất định, Tòa án áp dụng học thuyết “promissory estoppel” để công nhận hiệu lực của hợp đồng mua bán bất động sản bằng lời nói.

(4) Hợp đồng mua bán bất động sản bằng văn bản có thể bị chấm dứt bằng thỏa thuận bằng lời nói của các bên.

Bên bán có nghĩa vụ bảo đảm quyền sở hữu có thể chuyển nhượng (marketable title). Quyền sở hữu hợp pháp và có thể chuyển nhượng được chứng minh bằng hồ sơ đăng ký bất động sản, một số bang chấp nhận xác lập quyền sở hữu bằng chiếm hữu thực tế (adverse possession). Quyền sở hữu đối với tài sản được xác lập bằng chiếm hữu thực tế khi: (i) Chiếm hữu phải thực sự và độc quyền; (ii) Việc chiếm hữu phải công khai; (iii) Việc

⁸⁷Jesse Dukeminier, Property, Sixteenth edition, Thomson Bar/Bri, 2002, tr. 416

chiếm hữu phải liên tục và hòa bình; (iv) Người chiếm hữu tài sản phải chiếm hữu tài sản như một chủ sở hữu mà không cần phải có sự cho phép. Quyền sở hữu có khiếm khuyết thì không thể chuyển nhượng, như sai sót trong mô tả mảnh đất, không hoàn thiện việc đăng ký, tài sản thuộc quyền sở hữu đang là tài sản bảo đảm, bất động sản chịu sự ràng buộc của quyền địa dịch, các cam kết... Tuy nhiên, việc sử dụng bất động sản phải tuân thủ các quy hoạch và không làm cho quyền sở hữu bất động sản không thể chuyển nhượng. Trường hợp sau khi bên mua ký hợp đồng mua bán mà quy hoạch mới được xác lập, nếu quy hoạch này ảnh hưởng đáng kể đến mục đích sử dụng bất động sản của bên mua hoặc làm cho việc sử dụng đất của bên mua trái pháp luật thì hợp đồng mua bán sẽ không có hiệu lực ràng buộc bên mua.

Nghĩa vụ bảo đảm chất lượng của tài sản: Một số ít bang hiện nay vẫn áp dụng quy tắc truyền thống của Anh “caveat emptor”, nghĩa là người mua phải tự kiểm định tài sản và do đó người bán không có nghĩa vụ phải thông báo cho người mua về các khiếm khuyết của bất động sản trừ trường hợp bên bán cố ý che giấu khiếm khuyết này. Ngày nay, các Tòa án ở hầu hết các bang đã từ bỏ quy tắc này và buộc bên bán phải thông báo cho bên mua khiếm khuyết của bất động sản. Một số bang còn ban hành luật buộc bên bán phải lập bản mô tả về tình trạng tài sản (written statement disclosing facts about the property). Người môi giới bất động sản cũng có nghĩa vụ thông báo về khiếm khuyết của bất động sản.

Khi bên bán vi phạm nghĩa vụ hợp đồng, bên mua có thể áp dụng các biện pháp chế tài như hủy bỏ hợp đồng, buộc thực hiện hợp đồng, nhận tài sản có khiếm khuyết và yêu cầu giảm giá và buộc bồi thường thiệt hại. Hủy bỏ hợp đồng chỉ được thực hiện trước khi bên bán đã hoàn thành việc chuyển quyền sở hữu tài sản sang bên mua. Khi hủy bỏ hợp đồng, bên mua có quyền buộc

bên bán phải hoàn trả các khoản tiền đã thanh toán. Bên mua cũng có quyền khởi kiện ra Tòa án yêu cầu buộc bên bán phải bồi thường cho bên mua khoản chênh lệch giữa giá hợp đồng và giá thị trường tại thời điểm nghĩa vụ hợp đồng đến hạn. Tuy nhiên, trong trường hợp người bán thực hiện nghĩa vụ một cách ngay tình thì người mua chỉ được bồi thường các chi phí phát sinh.

Khi bên mua vi phạm nghĩa vụ hợp đồng, bên bán có quyền hủy bỏ hợp đồng, buộc thực hiện hợp đồng và buộc bồi thường thiệt hại. Bên bán có quyền giữ lại mảnh đất và buộc bên mua phải bồi thường thiệt hại là khoản chênh lệch giữa giá hợp đồng và giá thị trường tại thời điểm nghĩa vụ đến hạn. Bên bán cũng có quyền giữ lại khoản tiền mà bên mua thanh toán như là một khoản bồi thường ước định trước nếu các bên có thỏa thuận trước và mức bồi thường ước định trước không vượt quá mức thiệt hại thực tế.

Trong thời gian từ thời điểm xác lập hợp đồng mua bán đến thời điểm hoàn thành việc chuyển giao quyền sở hữu, bên mua được coi là chủ sở hữu thực tế của bất động sản (equitable owner) còn bên bán có lợi ích bảo đảm (security interest) trên bất động sản. Nếu trong thời gian này bên bán chết thì lợi ích của bên bán trên bất động sản được coi là động sản và nếu bên mua thanh toán tiền mua, người thừa kế của bên bán được hưởng khoản tiền này. Nếu bên mua chết, lợi ích của bên mua trên bất động sản được coi là bất động sản. Về mặt nguyên tắc, rủi ro liên quan đến bất động sản được chuyển giao từ bên bán sang bên mua từ thời điểm hợp đồng mua bán được xác lập bởi vì kể từ thời điểm đó người mua đã được coi là chủ sở hữu thực tế của bất động sản.

Tại thời điểm hoàn thành việc chuyển giao quyền sở hữu bất động sản, người bán chuyển giao cho người mua văn bản chuyển giao quyền sở hữu bất động sản (a deed). Kể từ thời điểm này giao dịch mua bán bất động sản hoàn thành và kết thúc.

3.3.3. Thế chấp bất động sản

Khi mua nhà, các cá nhân thường vay tiền từ các định chế tài chính để mua và dùng chính bất động sản mua làm tài sản bảo đảm, gọi là thế chấp. Như vậy thế chấp trên bất động sản là những ví dụ quen thuộc về lợi ích bảo đảm (security interest). Lợi ích bảo đảm là một quyền tài sản có điều kiện bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ. Thế chấp được chứng minh bằng một tài sản tách rời khỏi hối phiếu nhận nợ hoặc hợp đồng vay. Lợi ích bảo đảm mang đến cho người nhận bảo đảm quyền thu giữ tài sản trong trường hợp không thực hiện nghĩa vụ cũng như quyền được ưu tiên thanh toán so với các chủ nợ có quyền ưu tiên thấp hơn, thường liên quan đến các vụ phá sản⁸⁸. Thế chấp cũng có thể được hiểu là một văn bản trao cho chủ nợ (người nhận thế chấp) một lợi ích hoặc một đặc quyền trên bất động sản được mua bởi người có nghĩa vụ (người thế chấp) nhằm bảo đảm nghĩa vụ trả nợ⁸⁹. Hiện nay trên thị trường Hoa Kỳ có những loại hợp đồng vay thế chấp sau:

(1) Hợp đồng vay thế chấp với lãi suất cố định (fixed-rate mortgages): đây là hợp đồng vay thế chấp đơn giản nhất vì lãi suất vay không thay đổi trong suốt kỳ hạn vay.

(2) Hợp đồng vay thế chấp với lãi suất thay đổi (adjustable-rate mortgages - ARM): ban đầu, lãi suất ở mức rất thấp, sau đó một năm hoặc nửa năm hoặc thậm chí một tháng lãi suất bị điều chỉnh. Thông thường lãi suất được điều chỉnh bằng cách cộng điểm phần trăm (margin) vào lãi suất tham chiếu (index rate). Lãi suất tham chiếu và điểm phần trăm được ghi trong hợp đồng vay.

(3) Hợp đồng vay thế chấp có lãi suất điều chỉnh hỗn hợp (ARM hỗn hợp): đây là khoản vay có độ rủi ro cao phổ biến trên

⁸⁸Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *The Oxford Introductions to U.S. law: Property*, Oxford University Press, 2010, tr. 176.

⁸⁹Kenneth W. Clarkson, Roger LeRoy Miller and Frank B. Cross, *Business Law Text and Cases - Legal, Ethical, Global, and Corporate Environment*, twelfth edition, Cengage Learning, 2011, tr. 605.

thị trường Hoa Kỳ, từ năm 2000-2007 khoảng 70% khoản vay dưới chuẩn là ARM hỗn hợp. ARM hỗn hợp thường được gọi là khoản vay 2/28, 3/27 hoặc 5/25. Đây là khoản vay có kỳ hạn 30 năm, ban đầu người vay chỉ phải trả mức lãi suất thấp, sau 2 năm đối với khoản vay 2/28, sau 3 năm đối với khoản vay 3/27, sau 5 năm đối với khoản vay 5/25 thì lãi suất cao và thả nổi sẽ được áp dụng. Mức thanh toán ban đầu rất thấp và lãi suất thấp cố định được sử dụng để tính các khoản thanh toán ban đầu. Trong nhiều trường hợp, người vay không phải thanh toán trước nợ gốc.

(4) Hợp đồng vay thế chấp có lãi suất điều chỉnh lựa chọn (ARM lựa chọn): ARM lựa chọn áp dụng mức lãi suất ban đầu rất thấp, thông thường là 1%/năm trong tháng đầu tiên, sau đó là tăng lãi suất theo một chỉ số nhất định, nhưng người vay được quyền lựa chọn thanh toán hàng tháng theo một trong các phương thức sau: (i) Trả dần nợ gốc và lãi trong 30 năm; (ii) Trả nợ gốc và lãi trong 15 năm; (iii) Chỉ trả lãi mà không trả nợ gốc; (iv) Chỉ trả mức lãi tối thiểu mà không phải trả nợ gốc. Nếu người vay lựa chọn trả mức lãi tối thiểu hàng tháng, thì mức lãi tối thiểu còn lại sẽ được tính vào nợ gốc.

(5) Hợp đồng vay được bảo đảm bằng một phần giá trị trong ngôi nhà (home equity loan): đây là khoản vay mà người vay sử dụng một phần giá trị trong ngôi nhà thuộc quyền sở hữu của mình để thế chấp. Khoản vay này có độ rủi ro cao vì người cho vay có thể không được hưởng quyền ưu tiên so với chủ nợ khác trên cùng một ngôi nhà. Ví dụ: ngôi nhà đã được thế chấp trước đó để vay của ngân hàng X, sau đó người vay lại thế chấp phần giá trị trong ngôi nhà thuộc quyền sở hữu của mình để vay ngân hàng Y. Khi xử lý tài sản bảo đảm, thứ tự ưu tiên sẽ là ngân hàng X sau đó mới đến ngân hàng Y.

(6) Hợp đồng vay Alt-A: khoản vay này cho phép người vay được vay 100% giá trị ngôi nhà với tỷ lệ khoản vay trên thu nhập

cao nhưng chỉ cần cung cấp những tài liệu tối thiểu hoặc không phải cung cấp tài liệu về thu nhập của mình. Khoản vay thường được áp dụng cho những người có lý lịch tín dụng tốt.

(7) Hợp đồng vay thu nhập kê khai (No Income No Asset - NINA): đây là khoản vay dễ dàng khi mà người cho vay nỗ lực ở mức thấp nhất để xác thực thu nhập và tài sản của người vay, người vay chỉ phải kê khai thu nhập của mình.

(8) Hợp đồng vay thế chấp dưới chuẩn (subprime mortgages) là một hợp đồng vay cấp cho người vay không đạt tiêu chuẩn vay. Luật không có bất kỳ định nghĩa cụ thể nào về khoản vay thế chấp dưới chuẩn và người vay dưới chuẩn. Tuy nhiên, năm 2001, các nhà quản lý hệ thống ngân hàng đã đưa ra hướng dẫn về người vay dưới chuẩn như sau: “(i) Có 2 hoặc nhiều lần chậm thanh toán 30 ngày trong 12 tháng gần nhất hoặc một hoặc nhiều lần chậm thanh toán 60 ngày trong 24 tháng gần nhất; (ii) bị phán quyết bởi Tòa án hoặc bị xử lý tài sản bảo đảm trước đó 24 tháng; (iii) bị phá sản trong 5 năm gần nhất; (iv) có chứng cứ về khả năng vỡ nợ cao, ví dụ xếp hạng tín dụng dưới 660 điểm theo thang điểm của điểm số tín dụng FICO; (v) tỷ lệ dịch vụ nợ trên thu nhập trên 50%”⁹⁰. Thực tế một số định chế tài chính đã hạ mức chuẩn như tính điểm thấp hơn 660 điểm theo thang điểm FICO, như 620 điểm cho người vay. Hợp đồng vay dưới chuẩn có thể là các loại hợp đồng vay đã nêu trên.

Trong trường hợp người vay vi phạm nghĩa vụ trả nợ, người cho vay có quyền xử lý tài sản thế chấp. Tuy nhiên, người vay là người tiêu dùng và tài sản xử lý là bất động sản (thường là nhà ở), nên thủ tục xử lý tài sản thế chấp có những khác biệt so với thủ tục xử lý tài sản bảo đảm. Trước khi tiến hành xử lý tài sản bảo đảm, các bên có thể thực hiện các giải pháp sau:

⁹⁰United States Senate - Permanent Subcommittee on investigations - Committee on Homeland security and governmental affairs - Wall Street and the Financial crisis: Anatomy of a financial collapse - April 13, 2011, source: <http://www.hsgac.senate.gov>, tr.19.

(1) Trước hết, chủ nợ có thể cho phép người vay tạm dừng việc thanh toán nợ trong một hạn nhất định (forbearance) nếu thấy rằng trong thời gian tạm dừng thanh toán, người vay có thể giải quyết được vấn đề của mình, như tìm được việc làm mới, bán được tài sản hoặc có các giải pháp được chấp nhận khác. Khi người vay không trả được nợ, chủ nợ có thể cùng với người vay đàm phán để lập ra một kế hoạch giải quyết (workout agreement). Theo đó, chủ nợ sẽ hoãn việc xử lý tài sản thế chấp, đổi lại người vay cung cấp cho chủ nợ thông tin tài chính để cùng tìm ra giải pháp.

(2) Một giải pháp khác là chủ nợ có thể lập hồ sơ yêu cầu Chương trình hỗ trợ phát triển nhà và đô thị (Housing and Urban Development Assistance - HUD) thanh toán khoản vay thế chấp và HUD sẽ trở thành người thế quyền chủ nợ bao gồm cả biện pháp bảo đảm. Yêu cầu của chủ nợ có thể được chấp nhận nếu thời gian chậm thanh toán ít nhất 04 tháng nhưng không quá 12 tháng, tài sản thế chấp chưa bị xử lý và người vay có khả năng trả được nợ. Một giải pháp khác là chủ nợ cho phép người vay bán tài sản thế chấp với giá thấp hơn (short sale) vì lý do khó khăn như mất việc làm, giá tài sản bị giảm... Số tiền bán tài sản sẽ sử dụng để trả nợ, người vay vẫn có nghĩa vụ trả phần dư nợ còn lại trừ khi chủ nợ miễn trừ. Theo Luật miễn trừ nợ thế chấp năm 2007, phần dư nợ được miễn trừ không phải chịu thuế thu nhập. Trong một số trường hợp nhất định người vay có thể bán tài sản cho nhà đầu tư sau đó thuê lại với giá thuê thấp hơn số tiền phải thanh toán nợ thế chấp hàng tháng. Người bán dùng tiền bán được trả nợ cho chủ nợ.

(3) Năm 2009, Bộ Tài chính có đưa ra Chương trình điều chỉnh khả năng mua nhà (Home Affordable Modification Program - HAMP) nhằm khuyến khích các chủ nợ tư nhân giảm số tiền phải trả nợ hàng tháng cho người vay đang vi phạm. Chương trình sẽ hỗ trợ cho người cho vay chi phí phát sinh do phải điều

chỉnh mức trả nợ. HAPM không buộc chủ nợ phải miễn trừ nghĩa vụ trả nợ mà giảm mức thanh toán hàng tháng để người vay có thể trả nợ được một cách hợp lý. Khoản vay sẽ được cấu trúc lại bằng cách tăng thêm các khoản phụ thu do vi phạm như lãi cộng dồn (accrued interests), lãi quá hạn (past-due taxes) hoặc phí bảo hiểm chưa trả (unpaid insurance premium) đánh vào nợ gốc. Tuy nhiên, mức thanh toán hàng tháng sẽ được giảm vì sẽ được giãn ra trong suốt kỳ hạn nợ, tối đa bằng 31% tổng thu nhập hàng tháng của người vay. Nếu không giảm được đến 31%, chủ nợ giảm lãi suất xuống 2% và kéo dài thời hạn trả nợ với mức tối đa là 40 năm. Để được áp dụng Chương trình này, một số điều kiện sau phải được thỏa mãn: (i) Khoản vay phải phát sinh từ ngày 01/01/2009 trở về trước; (ii) Nhà phải được chiếm hữu bởi chủ sở hữu; (iii) Dư nợ chưa trả không vượt quá 729.000 USD; (iv) Chủ sở hữu phải đang gặp khó khăn về tài chính và chậm thanh toán nợ trên 60 ngày hoặc có nguy cơ vi phạm nghĩa vụ trả nợ ngay lập tức; (v) Ngôi nhà phải là nơi cư trú chính của chủ sở hữu.

(4) Một giải pháp khác là chuyển nhượng tự nguyện (voluntary conveyance): theo giải pháp này người vay tự nguyện chuyển nhượng bất động sản thế chấp cho chủ nợ để hoàn thành nghĩa vụ trả nợ. Chuyển nhượng tự nguyện được áp dụng nếu tài sản thế chấp có giá trị tương đương với nợ gốc và không có khoản nợ nào khác được bảo đảm bằng tài sản này.

(5) Ngoài các giải pháp trên, còn có giải pháp xử lý thân thiện (friendly foreclosure), theo đó, người vay chủ động nộp đơn lên Tòa án tuyên bố từ bỏ việc chống đối mà hợp tác với chủ nợ. Giải pháp nữa là đóng gói (prepackaged bankruptcy), theo đó, người vay đàm phán với tất cả các chủ nợ về các điều kiện xử lý nợ và bản thỏa thuận đóng gói được nộp lên Tòa án để phê chuẩn.

Nếu các giải pháp trên không thực hiện được, chủ nợ sẽ tiến hành thủ tục xử lý tài sản bảo đảm theo thủ tục tư pháp hoặc tự tiến hành xử lý tài sản bảo đảm.

3.4. Thị trường khoa học - công nghệ

Thị trường khoa học - công nghệ của Hoa Kỳ phát triển rất mạnh do pháp luật tạo ra cơ chế:

(1) Hợp tác công tư rất hiệu quả, kết nối hiệu quả giữa nghiên cứu - sản xuất - tiêu dùng;

(2) Khuyến khích hoạt động khoa học - công nghệ, R&D thông qua các chính sách ưu đãi;

(3) Bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ hiệu quả;

(4) Nguồn lực tài chính được tài trợ từ khu vực công và tư lớn: theo báo cáo của Hiệp hội các nhà quản lý công nghệ đại học (Association of University Technology Manager - AUTM) về thị trường công nghệ cho năm tài khóa 2013, tổng chi tiêu cho nghiên cứu là 65,1 tỷ USD trong đó nguồn tài trợ của Chính phủ là 39,9 tỷ USD, còn nguồn tài trợ của các ngành kinh tế là 4,58 tỷ USD⁹¹;

(5) Trên thị trường khoa học - công nghệ có sự tham gia của nhiều chủ thể bao gồm các trường đại học, phòng thí nghiệm Liên bang, các cơ quan quản lý của Liên bang và các tổ chức kinh doanh.

Để khuyến khích hoạt động lao động sáng tạo nhằm tạo ra những sản phẩm khoa học - kỹ thuật phục vụ cho đời sống, pháp luật sở hữu trí tuệ của Hoa Kỳ trao cho chủ sở hữu tài sản trí tuệ độc quyền khai thác quyền sở hữu trí tuệ. Đồng thời, pháp luật xây dựng các biện pháp chế tài và cơ chế thực thi quyền sở hữu trí tuệ rất hiệu quả. “Trong trường hợp sáng chế bị xâm phạm, chủ sở hữu sáng chế có thể khởi kiện ra Tòa án Liên bang. Chủ sở hữu sáng chế có thể yêu cầu Tòa án ra lệnh buộc bên vi phạm chấm dứt hành vi vi phạm (injunction) và đồng thời buộc bên vi phạm bồi thường thiệt hại về phí bản quyền (loyalties) và lợi nhuận bị mất. Trong một số trường hợp, Tòa án còn buộc bên vi phạm phải

⁹¹http://www.autm.net/FY_2013_Licensing_Activity_Survey/15156.htm.

trả cho bên bị vi phạm chi phí luật sư. Nếu xét thấy hành vi vi phạm là cố ý Tòa án buộc bên vi phạm phải bồi thường gấp ba lần mức thiệt hại (treble damages)⁹². Để được sử dụng quyền sở hữu trí tuệ của người khác, người có nhu cầu cần phải được sự cho phép của chủ sở hữu thông qua giao dịch chuyển giao quyền sở hữu trí tuệ (licensing). Đây là các giao dịch nên tảng trên thị trường khoa học công nghệ, được gọi là các giao dịch chuyển giao công nghệ (technology transfer).

“Trong thời kỳ từ năm 1970 đến năm 1980, những quan ngại về sức khỏe và khả năng cạnh tranh của các doanh nghiệp công nghệ thương mại của Hoa Kỳ đã mở đường cho nhiều giải pháp được khởi xướng từ Chính phủ Liên bang thể thiện sự tham gia không chỉ là minh thị mà còn có chủ đích của Chính phủ Liên bang trong việc hỗ trợ phát triển công nghệ dân sự cho sự phát triển kinh tế. Một loạt các luật được ban hành nhằm thúc đẩy sự hợp tác giữa Chính phủ với các ngành sản xuất - kinh doanh (ngành kinh tế) và sự hợp tác trong R&D giữa các doanh nghiệp công nghệ trong cùng ngành hoặc thuộc nhiều ngành khác nhau.”⁹³ Từ năm 1980, Hoa Kỳ đã có một số văn bản quy phạm pháp luật tạo cơ sở pháp lý cho sự phát triển mạnh mẽ của thị trường khoa học - công nghệ:

Luật Bayh-Dole năm 1980 (Bayh-Dole Act of 1980) được ban hành nhằm khuyến khích việc sử dụng các phát minh có được từ các chương trình nghiên cứu do Liên bang hỗ trợ hoặc phát triển; khuyến khích sự tham gia của các doanh nghiệp nhỏ vào các chương trình nghiên cứu do Liên bang hỗ trợ hoặc phát triển; khuyến khích sự hợp tác giữa doanh nghiệp với tổ chức phi lợi nhuận bao gồm trường đại học; bảo đảm các phát minh được sáng

⁹²Kenneth W. Clarkson, Roger LeRoy Miller and Frank B. Cross, *Business Law Text and Cases - Legal, Ethical, Global, and Corporate Environment*, twelfth edition, Cengage Learning, 2011, tr. 161.

⁹³H. Norman Abramson, Jose Encarnacao, Proctor P. Reid, and Ulrich Schmoch, editors, *Technology Transfer Systems in the United States and Germany: Lesson and Perspectives*, National Academy of Sciences, 1997, tr. 74.

tạo bởi các tổ chức phi lợi nhuận và doanh nghiệp nhỏ được sử dụng nhằm khuyến khích tự do cạnh tranh và tự do kinh doanh mà không tạo gánh nặng bất hợp lý cho các nghiên cứu và phát minh trong tương lai; khuyến khích thương mại hóa và sử dụng rộng rãi các phát minh của Hoa Kỳ bởi các doanh nghiệp và người lao động Hoa Kỳ; bảo đảm Chính phủ có các quyền đối với các phát minh mà Chính phủ hỗ trợ để phục vụ nhu cầu của Chính phủ và bảo vệ công chúng chống lại việc không sử dụng hoặc sử dụng bất hợp lý các phát minh; giảm thiểu chi phí của các chính sách quản lý trong lĩnh vực này⁹⁴. Về cơ bản Luật này và các văn bản thực thi có những nội dung sau:

(1) Tổ chức phi lợi nhuận bao gồm trường đại học có thể lựa chọn sở hữu phát minh được phát triển từ chương trình do Liên bang tài trợ. Quyết định có sở hữu phát minh hay không phải được đưa ra trong thời hạn 02 năm sau khi thông báo cho cơ quan tài trợ về phát minh hoặc thời hạn khác ngắn hơn theo quy định của pháp luật. Nếu trường đại học không sở hữu phát minh thì cơ quan tài trợ sẽ sở hữu phát minh. Nếu trường đại học lựa chọn sở hữu phát minh thì phải đăng ký sáng chế trong thời hạn 01 năm hoặc thời hạn khác theo quy định của pháp luật.

(2) Nếu trường đại học sở hữu sáng chế thì phải cấp phép cho Chính phủ quyền sử dụng sáng chế nhân danh Hoa Kỳ trên toàn thế giới theo li-xăng không độc quyền, không chuyển nhượng có thể hủy ngang và thanh toán một lần.

(3) Trường đại học phải có nghĩa vụ báo cáo cho cơ quan tài trợ định kỳ nhưng không quá 1 lần/1 năm.

(4) Trường đại học không được chuyển nhượng quyền sở hữu phát minh cho người thứ ba trừ các tổ chức quản lý sáng chế. Trong một số trường hợp nhất định, Chính phủ có quyền yêu cầu trường đại học cấp li-xăng cho bên thứ ba hoặc Chính phủ thu giữ

⁹⁴<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/35/200>.

quyền sở hữu và tiến hành cấp li-xăng khi (i) phát minh không được đưa vào ứng dụng trong một thời gian hợp lý; (ii) phát sinh vấn đề y tế và an toàn; (iii) việc sử dụng sáng chế của công cộng bị đe dọa; hoặc (iv) các quy định khác của pháp luật không được tuân thủ.

(5) Trường đại học phải chia sẻ một phần thu nhập từ việc li-xăng phát minh với nhà phát minh. Phần thu nhập còn lại sau khi trừ đi chi phí phải được sử dụng để hỗ trợ nghiên cứu khoa học hoặc giáo dục.

(6) Trường đại học phải ưu tiên chuyển giao công nghệ cho các doanh nghiệp nhỏ (dưới 500 lao động) miễn rằng doanh nghiệp được chuyển giao có nguồn lực và khả năng để đưa công nghệ vào ứng dụng.

Trên phạm vi toàn Hoa Kỳ, kết quả cho thấy Luật Bayh-Dole đã tạo ra sự tăng lên đáng kể các hoạt động chuyển giao công nghệ từ trường đại học đến các ngành kinh tế và cuối cùng là công chúng⁹⁵.

Đạo luật phát triển công nghệ Stevenson-Wydler năm 1980 (Stevenson-Wydler Technology Innovation Act of 1980) giao cho Bộ trưởng Bộ Thương mại nhiệm vụ thành lập và duy trì Văn phòng Công nghiệp (Office of Industrial Technology - OIT) để phát triển nền kinh tế, xã hội và môi trường của Hoa Kỳ bằng việc khuyến khích phát triển công nghệ. Bộ Thương mại và Viện

⁹⁵Từ năm 1980 đến nay các trường đại học của Hoa Kỳ đã thành lập trên 4.000 doanh nghiệp. Theo báo cáo gần đây của Hiệp hội các nhà quản lý công nghệ đại học (General Motors Acceptance Corporation - AUTM), riêng trong năm 2012, 36,8 tỷ USD sản phẩm ròng được tạo ra bởi 70 cơ sở hàn lâm và các doanh nghiệp mới thành lập của các cơ sở này tạo ra 15.741 việc làm. Theo số liệu thống kê của AUTM cho năm tài khóa 2013, có gần 10.000 sản phẩm được sản xuất từ các sáng chế đang được bán trên thị trường có nguồn gốc từ các phòng thí nghiệm của các cơ sở hàn lâm, trong đó phải kể đến Allegra. Allegra, một loại thuốc điều trị hen là kết quả nghiên cứu của các nhà nghiên cứu thuộc trường Đại học Georgetown trên cơ sở nắm được vai trò của fexofenadine trong việc giảm triệu chứng hen theo mùa giúp cho người bị bệnh hen có thể thở dễ dàng và ngăn ngừa được rủi ro do các thuốc điều trị hen trước đó gây ra. Sáng chế này được thương mại hóa bởi Sanofi-Aventis. Đạo luật Bayh-Dole năm 1980 được coi là một Luật tốt. http://www.autm.net/Bayh_Dole_Act1.htm
http://www.autm.net/FY_2013_Licensing_Activity_Survey/15156.htm
<http://www.ucop.edu/ott/faculty/bayh.html#FN7>

Khoa học quốc gia (National Science Foundation - NSF) hỗ trợ thành lập các trung tâm công nghệ với mục đích: (1) Hỗ trợ nghiên cứu phát triển công nghệ bao gồm các chương trình hợp tác giữa trường đại học và ngành kinh tế và các nghiên cứu ứng dụng; (2) Hỗ trợ các cá nhân và các doanh nghiệp nhỏ phát triển, phổ biến công nghệ nhằm hỗ trợ hoạt động sản xuất, kinh doanh; (3) Hỗ trợ và tư vấn công nghệ cho các ngành kinh tế; (4) Đào tạo, giảng dạy về công nghệ, cải tiến kỹ thuật.

Các trung tâm này được sở hữu phát minh có được từ sự hỗ trợ của trung tâm và được tài trợ ít nhất một phần từ quỹ của Liên bang miễn rằng trung tâm: (1) Báo cáo cho cơ quan tài trợ phát minh và danh sách quốc gia mà đơn đăng ký sáng chế được nộp; (2) Có mục đích khuyến khích thương mại hóa các phát minh và phí bản quyền được sử dụng để trả thù lao cho người phát minh hoặc cho hoạt động nghiên cứu của trung tâm; (3) Báo cáo định kỳ cho cơ quan tài trợ; (4) Cho phép bất kỳ cơ quan Liên bang nào quyền sử dụng phát minh miễn phí. Cho phép cơ quan tài trợ quyền sở hữu sáng chế ở quốc gia mà đơn đăng ký sáng chế không được nộp đúng hạn⁹⁶. Theo luật này, Bộ trưởng Bộ Thương mại có quyền tài trợ hoặc hợp tác để hỗ trợ các hoạt động thuộc phạm vi điều chỉnh của luật này miễn rằng mức tài trợ không vượt quá 75% tổng chi phí của Chương trình. Đạo luật phát triển công nghệ Stevenson-Wydler năm 1980 và các sửa đổi, bổ sung tạo cơ chế để các phòng thí nghiệm Liên bang mở rộng chuyển giao công nghệ cho các doanh nghiệp thuộc khối tư nhân cũng như sự hợp tác trong nghiên cứu giữa các phòng thí nghiệm Liên bang, bang, chính quyền địa phương và các doanh nghiệp thuộc khối tư nhân⁹⁷. Đạo luật phát triển công nghệ Stevenson-Wydler năm 1980 tạo cơ

⁹⁶<https://www.congress.gov/bill/96th-congress/senate-bill/1250>.

⁹⁷H. Norman Abramson, Jose Encarnacao, Proctor P. Reid, and Ulrich Schmoch, editors, *Technology Transfer Systems in the United States and Germany: Lessons and Perspectives*, National Academy of Sciences, 1997.

chế cho các phòng thí nghiệm Liên bang nghiên cứu, hợp tác phát triển công nghệ và chuyển giao công nghệ cho các ngành kinh tế, trường đại học và các cơ quan của Chính phủ nhằm mục đích nghiên cứu và đưa khoa học, công nghệ vào phục vụ đời sống.

Luật chuyển giao công nghệ Liên bang năm 1986 (Federal Technology Transfer Act of 1986) được ban hành để tạo cơ chế chuyển giao công nghệ từ cơ quan Chính phủ Liên bang cho các doanh nghiệp thuộc khối tư nhân. Tất cả các nhà khoa học và các kỹ thuật viên phải coi chuyển giao công nghệ là trách nhiệm của mỗi cá nhân, và hoạt động chuyển giao công nghệ được mô tả rõ ràng trong đánh giá hoạt động của những người này. Đạo luật tạo cơ chế cho các phòng thí nghiệm do Liên bang sở hữu hoặc điều hành (GOGO (Government Owned, Government Operated) laboratories) tham gia các thỏa thuận nghiên cứu và hợp tác phát triển (Cooperative Research and Development Agreements - CRADAs)⁹⁸ và li-xăng các sáng chế được phát minh bởi phòng thí nghiệm. Các nhà phát minh phải được hưởng một phần lợi ích trong khoản phí bản quyền thu được từ li-xăng công nghệ. Đạo luật cũng có những quy định tạo cơ sở cho việc trao đổi nhân sự, dịch vụ và thiết bị giữa các phòng thí nghiệm với đối tác.

Lệnh hành chính 12591 về tạo thuận lợi trong việc tiếp cận khoa học và công nghệ năm 1987 (Executive Order 12591, Facilitating Access to Science and Technology (1987)) được ban hành nhằm buộc các phòng thí nghiệm và các cơ quan hỗ trợ các trường đại học và ngành kinh tế tư nhân thông qua chuyển giao kiến thức kỹ thuật. Lệnh yêu cầu người đứng đầu phòng thí

⁹⁸CRADA là một trong những chương trình chủ yếu được sử dụng bởi các phòng thí nghiệm Liên bang trong các nỗ lực hợp tác với các đối tác không thuộc Liên bang với mục tiêu chuyển giao công nghệ. CRADA không phải là chương trình thôn tính hay mua sắm, được thiết kế để tạo một cơ chế tương đối thuận lợi cho việc thực hiện, với yêu cầu về thời gian và công sức ít hơn so với các chương trình làm việc với các tổ chức phi chính phủ trước đó. CRADA cũng xem xét nhu cầu của các ngành kinh tế tư nhân khi thương mại hóa một sản phẩm. Vì mỗi cơ quan và phòng thí nghiệm được quyền tự do phát triển chương trình CRADA của riêng mình, nhân lực chuyển giao công nghệ phải bảo đảm rằng họ sử dụng ngôn ngữ và phương thức riêng của cơ quan mình cho CRADAs. <http://www.federallabs.org/home/faqs/>.

nghiệm và cơ quan xác định và khuyến khích các cá nhân có khả năng là cầu nối giữa phòng thí nghiệm Liên bang, trường đại học và khu vực tư. Lệnh cũng khuyến khích thương mại hóa các phát minh do Liên bang tài trợ bằng việc buộc các phòng thí nghiệm cấp li-xăng sáng chế được tài trợ một phần hoặc toàn bộ bởi Quỹ Liên bang cho các doanh nghiệp cũng như cấp li-xăng miễn phí cho Chính phủ để ứng dụng.

Ngoài các văn bản quy phạm pháp luật vừa phân tích trên, còn nhiều văn bản khác ở cấp Liên bang và cấp bang góp phần tạo cơ sở pháp lý cho sự vận hành hiệu quả của thị trường khoa học - công nghệ Hoa Kỳ. Đây là những yếu tố quan trọng nhất giúp cho Hoa Kỳ giữ vững vị trí cường quốc hàng đầu về công nghệ trên thế giới.

IV. PHÁP LUẬT VỀ SỞ HỮU

4.1. Khái quát chung về quyền sở hữu

Theo pháp luật Hoa Kỳ, tài sản được chia thành bất động sản (real property hoặc realty) và động sản (personal property hoặc personalty). Ngoài ra, pháp luật Hoa Kỳ cũng phân chia tài sản thành tài sản hữu hình (tangible property) và tài sản vô hình (intangible property). Quyền sở hữu (property rights) bao gồm: (1) Quyền chiếm hữu; (2) Quyền sử dụng; (3) Quyền độc quyền; (4) Quyền định đoạt⁹⁹. Về hình thức sở hữu, ngoài trường hợp sở hữu riêng (single ownership) bao gồm sở hữu của một cá nhân, hợp danh, công ty hoặc tập đoàn thì pháp luật Hoa Kỳ cũng có quy định về đồng sở hữu. Đồng sở hữu bao gồm sở hữu hợp nhất, sở hữu chung, sở hữu toàn phần và sở hữu chung hợp nhất.

Sở hữu hợp nhất (joint tenancy) là trường hợp có từ hai người cùng sở hữu một tài sản mà phần sở hữu của mỗi người là

⁹⁹William Burnham, Introduction to the law and legal system of the United States, third edition, West Group, A Thomson Company, 2002, tr. 454.

ngang nhau và không phân chia. Điều đó có nghĩa là tất cả các đồng sở hữu đều có quyền chiếm hữu và hưởng dụng toàn bộ tài sản một cách bình đẳng. Các đồng sở hữu hợp nhất có quyền của người còn lại (right of survivorship). Theo đó, khi một đồng sở hữu chết, phần lợi ích của người này trên tài sản thuộc sở hữu chung hợp nhất không thuộc về người thừa kế mà chấm dứt tồn tại. Như vậy, phần lợi ích này được phân bổ đều cho các đồng sở hữu còn lại. Sở hữu hợp nhất được xác lập bằng một xác nhận minh thị trong một văn bản biểu thị ý chí xác lập một quan hệ sở hữu hợp nhất¹⁰⁰. Về mặt nội dung, quan hệ sở hữu hợp nhất phải có đầy đủ bốn yếu tố sau: (1) Các đồng sở hữu cùng xác lập quan hệ sở hữu hợp nhất trên một tài sản tại cùng một thời điểm; (2) Các đồng sở hữu cùng xác lập quan hệ sở hữu hợp nhất trên cùng một tài sản trên cơ sở cùng một văn bản (trên cơ sở một bản thừa kế, một văn bản chuyển nhượng,...); (3) Các đồng sở hữu có lợi ích ngang nhau trên một tài sản; (4) Có quyền ngang nhau trong việc chiếm hữu và hưởng dụng tài sản. Việc khuyết thiếu hoặc chấm dứt một trong các yếu tố trên sẽ dẫn đến sự chấm dứt tồn tại của quan hệ sở hữu hợp nhất. Đồng sở hữu hợp nhất có thể chuyển nhượng phần sở hữu của mình cho người thứ ba nhưng người thứ ba không đương nhiên trở thành đồng sở hữu hợp nhất. Trong trường hợp này, quan hệ giữa người được chuyển nhượng với các đồng sở hữu hợp nhất còn lại là quan hệ sở hữu chung. Các đồng sở hữu hợp nhất còn lại vẫn tiếp tục duy trì quan hệ sở hữu hợp nhất đối với phần còn lại của tài sản (mà người được chuyển nhượng không có quyền sở hữu).

Sở hữu chung (tenancy in common) là trường hợp có nhiều người cùng sở hữu một tài sản mà phần sở hữu của mỗi người là không phân chia nhưng không nhất thiết phải ngang nhau. Đồng sở hữu chung không có quyền của người còn lại, có nghĩa là nếu

¹⁰⁰Jesse Dukeminier, Property, Sixteenth edition, Thomson Bar/Bri, 2002, tr. 174.

một đồng sở hữu chung chết, thì phần sở hữu của người này sẽ được thừa kế và người thừa kế trở thành đồng sở hữu chung. Bất kỳ đồng sở hữu nào cũng có quyền chuyển nhượng phần sở hữu của mình trên khối tài sản chung. Người được chuyển nhượng có tư cách đồng sở hữu chung khối tài sản. Trên thực tiễn, nếu các bên không thỏa thuận khác hoặc không có chứng cứ rõ ràng để xác định hình thức quan hệ đồng sở hữu thì các Tòa án sẽ mặc định quan hệ này là sở hữu chung.

Sở hữu toàn phần (tenancy by entirety): Sở hữu toàn phần là quan hệ sở hữu được xác lập giữa vợ và chồng tạo nên sự thống nhất sở hữu như là sở hữu của một người. Sở hữu toàn phần có nhiều điểm tương đồng với sở hữu hợp nhất. Như vậy, vợ (chồng) có quyền của người còn lại. Tuy nhiên, trong sở hữu toàn phần, một đồng sở hữu không có quyền xác lập bất kỳ một giao dịch nào hoặc thực hiện một hành vi nào để chấm dứt quan hệ sở hữu toàn phần. Việc chấm dứt quan hệ sở hữu toàn phần chỉ được thực hiện thông qua ly hôn hoặc thỏa thuận giữa vợ và chồng.

Sở hữu chung hợp nhất (community property): Có 8 bang (Arizona, California, Idaho, Louisiana, Nevada, New Mexico, Texas và Washington) áp dụng chế độ tài sản chung hợp nhất giữa vợ và chồng¹⁰¹. Theo chế độ tài sản này, thu nhập và tài sản khác phát sinh trong thời kỳ hôn nhân thuộc sở hữu chung của vợ chồng. Khi ly hôn, tài sản thuộc sở hữu chung hợp nhất được chia ngang nhau cho vợ và chồng.

Sở hữu hỗn hợp (condominiums): Thuật ngữ “condominiums” cũng được dùng để chỉ tòa nhà chung cư hoặc một công trình xây dựng được chia thành các căn hộ (đơn vị) thuộc sở hữu cá nhân, còn các phần chung như đất, tường bên ngoài, hệ thống thiết bị, sảnh... thuộc sở hữu chung của cộng đồng những người sở hữu các căn hộ (đơn vị) trong công trình xây dựng theo hình thức sở hữu

¹⁰¹Jesse Dukeminier, Property, Sixteenth edition, Thomson Bar/Bri, 2002, tr. 202.

chung. Một người đương nhiên trở thành thành viên của cộng đồng khi người này sở hữu một đơn vị trong công trình xây dựng. Thành viên có quyền biểu quyết các vấn đề thuộc cộng đồng. Cộng đồng có nghĩa vụ quản lý, duy tu, bảo dưỡng phần chung, còn mỗi thành viên phải chịu chi phí này theo định kỳ. Các condominiums thuộc đối tượng điều chỉnh của các luật Liên bang. Theo luật của các bang, mỗi condominium phải có quy chế quản lý đăng ký với cơ quan quản lý.

Sở hữu hợp tác (cooperative) là hình thức sở hữu mà người chiếm hữu, sử dụng một đơn vị không gian nhất định trong một tòa nhà hoặc công trình nhưng không phải là chủ sở hữu của đơn vị không gian đó, mà thực chất người này sở hữu phần lợi ích trong toàn bộ tòa nhà hoặc công trình. Tổ chức (thường là công ty) là người đứng tên chủ sở hữu của toàn bộ tòa nhà hoặc công trình, còn các cá nhân sở hữu phần lợi ích trong toàn bộ tòa nhà hoặc công trình bằng cách sở hữu cổ phần trong công ty đứng tên sở hữu toàn bộ tòa nhà hoặc công trình. Các cá nhân này sẽ thuê các căn hộ (đơn vị) trong tòa nhà (công trình) trong một thời hạn dài.

4.2. Bất động sản

Bất động sản là đất đai bao gồm mặt đất và những vật gắn với liền với mặt đất bao gồm các công trình xây dựng hoặc cây cối và những vật dưới mặt đất, như khoáng sản và vùng không gian phía trên mặt đất¹⁰².

Theo pháp luật của các bang, chủ sở hữu bất động sản có các quyền sau:

(1) Quyền hưởng dụng bất động sản (quiet enjoyment): Người sở hữu bất động sản có quyền chiếm hữu và quản lý bất động sản. Quyền này còn bao gồm việc không cho phép người khác xâm nhập bất hợp pháp vào bất động sản của người sở hữu.

¹⁰²Steven H. Gifis, *Barron's Law Dictionary*, Sixth edition, Barron's Education Series, Inc., 2010, tr. 441.

(2) Quyền đối với khoáng sản trong lòng đất: Chủ sở hữu bất động sản có quyền khai thác tất cả dầu, khí đốt từ giếng được khoan trên đất của mình mặc dù khí đốt hoặc dầu có thể được dẫn từ đất của người khác miễn rằng khi khoan giếng chủ sở hữu bất động sản không bắt cần gây ra cháy, nổ và hút một lượng dầu hoặc khí đốt lớn từ lòng đất thuộc bất động sản của người khác.

(3) Quyền đối với nước: Đối với nước ngầm, các bang phía Đông nơi mà nước dồi dào, áp dụng nguyên tắc bắt được (the rule of capture). Theo đó, chủ sở hữu khu đất có quyền lấy và sử dụng nước ngầm ở dưới mặt đất thuộc quyền sở hữu miễn là không thuộc trường hợp bắt cần hoặc có ý định xấu. Ở các bang ở phía Tây và một số bang ở phía Đông, nơi mà nước khan hiếm, chủ sở hữu khu đất nơi có nước ngầm có quyền bơm nước để sử dụng hợp lý mà không bị giới hạn về khối lượng. Chủ sở hữu có quyền vận chuyển nước đi nơi khác chỉ khi những người xung quanh không bị thiệt hại. Nước bề mặt thuộc quyền sở hữu của người bắt được và được sử dụng miễn là không gây thiệt hại cho chủ sở hữu ở khu đất thấp hơn. Một số bang của Hoa Kỳ cho phép chủ sở hữu được thoát nước bề mặt nhưng phải hợp lý và tránh những thiệt hại không cần thiết hoặc quá lớn. Nhiều bang không cho phép chủ sở hữu được nắn dòng chảy dẫn đến gây thiệt hại cho chủ sở hữu khu đất ở phía trên hoặc ở phía dưới. Một số bang cho phép nắn dòng chảy nhưng phải hợp lý. Chủ sở hữu các khu đất gần sông, suối, hồ có quyền sử dụng nước ở sông, suối, hồ một cách hợp lý.

Tuy nhiên, trong một số trường hợp quyền của chủ sở hữu bất động sản bị hạn chế. Quyền của chủ sở hữu bất động sản có thể bị hạn chế bởi các trường hợp sau:

(1) Quyền địa dịch (easement): Quyền địa dịch là quyền của người không phải là chủ sở hữu bất động sản được sử dụng một phần của bất động sản cho mục đích cụ thể. Quyền địa dịch có thể phát sinh theo thỏa thuận của các bên hoặc theo quy định

của pháp luật. Trong thời hạn quyền địa dịch có hiệu lực, chủ sở hữu bất động sản không có quyền ngăn cản người hưởng quyền địa dịch sử dụng bất động sản theo phạm vi của quyền địa dịch. Quyền địa dịch chấm dứt khi hết hạn hoặc theo thỏa thuận giữa các bên.

(2) Cấp phép (license): Chủ sở hữu bất động sản cho phép người khác sử dụng bất động sản theo cách thức nhất định. Chủ sở hữu bất động sản có thể rút lại cấp phép tại bất kỳ thời điểm nào.

(3) Cam kết (covenants and equitable servitudes): Đây là những cam kết của chủ sở hữu bất động sản liên quan đến việc sử dụng bất động sản. Các cam kết này thường có trong các hợp đồng hoặc văn tự về bất động sản hoặc trong các bản kế hoạch. Ví dụ, các chủ sở hữu của các lô bất động sản trong một khu vực cùng cam kết xây dựng nhà cùng độ cao, cùng màu sơn...

Khi chiếm hữu và sử dụng bất động sản, chủ sở hữu bất động sản không được gây ảnh hưởng (nuisance) đến các chủ sở hữu bất động sản liền kề và phải tuân thủ các quy định của pháp luật về bảo vệ môi trường.

Các quy định pháp luật về quản lý đất đai phân lớn do các bang và địa phương ban hành. Các quy định của pháp luật chủ yếu điều chỉnh về quy hoạch khu vực (zoning), quy hoạch bộ phận (subdivision), quản lý xây dựng, bản đồ chính thức và thu hồi đất.

(1) Quy hoạch khu vực nhằm mục đích bảo đảm an toàn, sức khỏe cho cộng đồng và các mục đích khác. Vì vậy, thành phố hoặc địa phương được chia thành nhiều khu vực có chức năng khác nhau, ví dụ khu công nghiệp nặng, khu công nghiệp nhẹ, khu thương mại, khu cư trú. Việc quy hoạch khu vực phải tuân thủ quy hoạch tổng thể (comprehensive plan).

(2) Quy hoạch bộ phận: Các quy định về quy hoạch bộ phận điều chỉnh việc người kinh doanh bất động sản (developer) chia khu đất thành nhiều mảnh đất nhỏ. Bản quy hoạch bộ phận phải được gửi đến cơ quan có thẩm quyền địa phương để xem xét sự kết nối giữa các mảnh đất được chia với các công trình công cộng như đường và các tiện ích công cộng khác. Ngoài ra, ở một số bang, chính quyền địa phương có thể yêu cầu người kinh doanh bất động sản dành một phần đất cho mục đích công cộng như trường học, công viên...

(3) Quản lý xây dựng: Ở nhiều địa phương, việc xây dựng hoặc phá hủy công trình xây dựng phải được cấp giấy phép. Phương pháp xây dựng phải tuân thủ theo các quy chuẩn xây dựng được ban hành bởi chính quyền địa phương.

(4) Bản đồ chính thức: Trên bản đồ chính thức, chính quyền địa phương xác định các khu đất xây dựng đường thì không ai được xây dựng trên khu đất đã được xác định bởi chính quyền.

(5) Thu hồi đất (eminent domain): Vì mục đích công cộng, chính quyền Liên bang, chính quyền bang và chính quyền địa phương có quyền thu hồi đất và phải bồi thường cho chủ sở hữu đất. Mức bồi thường được xác định dựa trên giá thị trường của khu đất.

V. PHÁP LUẬT VỀ CÁC THÀNH PHẦN KINH TẾ, CÁC LOẠI HÌNH DOANH NGHIỆP, CÁC TỔ CHỨC KINH TẾ KHÁC

5.1. Các loại hình tổ chức kinh doanh

Các loại hình tổ chức kinh doanh ở Hoa Kỳ rất đa dạng, nhưng tựu trung, hầu hết các tổ chức kinh doanh ở Hoa Kỳ tồn tại dưới ba loại hình cơ bản sau: (1) cá nhân kinh doanh (sole proprietorship), (2) hợp danh (partnership), (3) công ty cổ phần (corporation).

5.1.1. Cá nhân kinh doanh (sole proprietorship)

Cá nhân kinh doanh là một mô hình kinh doanh mà trong đó một cá nhân vừa đồng thời là chủ sở hữu vừa đồng thời hoạt động kinh doanh. Theo mô hình này, chủ sở hữu là doanh nghiệp; vì vậy bất kỳ ai thực hiện kinh doanh mà không thành lập một tổ chức kinh doanh độc lập, được coi là cá nhân kinh doanh. Có hơn 2/3 số doanh nghiệp trên nước Hoa Kỳ là cá nhân kinh doanh. Họ thường là các doanh nghiệp nhỏ - khoảng 99% các cá nhân kinh doanh có doanh thu thấp hơn 1 triệu USD/năm¹⁰³.

Cấu trúc tổ chức của mô hình cá nhân kinh doanh rất đa dạng, từ đơn giản đến phức tạp. Cá nhân kinh doanh có thể thuê người lao động, người quản lý. Nhưng người chịu trách nhiệm cuối cùng và người ra quyết định kinh doanh cuối cùng là người chủ. Cá nhân kinh doanh không được thừa nhận có tư cách pháp nhân độc lập, mọi hoạt động đều phụ thuộc vào người chủ sở hữu. Vì vậy, chủ sở hữu chịu trách nhiệm cá nhân đối với tất cả các khoản nợ và nghĩa vụ tài chính khác phát sinh từ hoạt động kinh doanh. Tuy nhiên, các khoản lợi nhuận có được từ hoạt động kinh doanh, chủ sở hữu được hưởng toàn bộ mà không phải chia sẻ với ai. Trừ một số trường hợp nhất định phải có giấy phép, đăng ký hoặc hình thức khác tương tự, cá nhân kinh doanh không phải đăng ký khi tổ chức kinh doanh. Theo mô hình này, chủ sở hữu là người trực tiếp nộp thuế thu nhập.

5.1.2. Hợp danh

Pháp luật về hợp danh bao gồm án lệ và các luật do các bang ban hành. Để tạo sự thống nhất về luật hợp danh giữa các bang, Hội nghị quốc gia về luật thống nhất giữa các bang (National Conference of Commissioners on Uniform State Laws) đã xây dựng các luật thống nhất về hợp danh. Các Luật thống nhất được

¹⁰³Kenneth W. Clarkson, Roger LeRoy Miller and Frank B. Cross, *Business Law Text and Cases - Legal, Ethical, Global, and Corporate Environment*, twelfth edition, Cengage Learning, 2011, tr. 706.

phần lớn các bang thông qua và áp dụng. Luật thống nhất về hợp danh (Uniform Partnership Act - UPA) điều chỉnh về các vấn đề tổ chức và hoạt động của hợp danh khi các bên không có thỏa thuận về vấn đề này. UPA được hầu hết các bang áp dụng trừ bang Louisiana.

Điều 101(6) UPA định nghĩa: “hợp danh là sự hợp tác giữa hai hoặc nhiều người để cùng thực hiện hoạt động kinh doanh vì lợi nhuận...”. Trong khái niệm này, người được hiểu bao gồm cả cá nhân, pháp nhân và các thực thể pháp lý khác. Như vậy, theo pháp luật của Hoa Kỳ, hợp danh có thể được thiết lập bởi các cá nhân, pháp nhân và/hoặc các thực thể pháp lý khác. Hợp danh thông thường (general partnership) khi thành lập không phải đăng ký. Điều 202(a) của UPA quy định: “Sự hợp tác giữa hai hoặc nhiều chủ thể để cùng kinh doanh vì mục đích lợi nhuận tạo thành một hợp danh mà không nhất thiết phải có ý định thành lập hợp danh của các bên”. Hợp danh có thể là bất kỳ sự hợp tác nào mà có: (1) Chia sẻ lợi nhuận và lỗ; (2) Đồng sở hữu tổ chức kinh doanh; (3) Có quyền bình đẳng trong việc quản lý hoạt động kinh doanh. Trong thực tiễn, nếu một giao dịch nào có sự chia sẻ lợi nhuận và rủi ro được mặc nhiên suy đoán là hợp danh¹⁰⁴. Trong vụ *Pope v. Triangle Chemical Co.*, 227 S.E.2d 758 (Ga. 1981), Tòa án nhận định: “Dù một người mà người này thể hiện rằng mình là một thành viên hợp danh của một hợp danh mà thực tế người này không phải là thành viên có bị ràng buộc trách nhiệm với người khác vì mối quan hệ này hay không, người này không thể bị ràng buộc trách nhiệm đối với các khoản nợ của hợp danh bởi vì mối quan hệ này khi các khoản nợ này không phát sinh từ các hợp đồng do người này xác lập, trừ trường hợp chủ nợ, khi cấp tín dụng, được thông báo về mối quan hệ này và tin tưởng rằng

¹⁰⁴Kenneth W. Clarkson, Roger LeRoy Miller and Frank B. Cross, *Business Law Text and Cases - Legal, Ethical, Global, and Corporate Environment*, twelfth edition, Cengage Learning, 2011, tr. 720.

người thể hiện rằng mình là thành viên hợp danh là một thành viên hợp danh”.

Tuy nhiên, không phải bất kỳ quan hệ hay giao dịch nào cũng được coi là hợp danh. Điều 202(c) của UPA đưa ra các quy tắc xác định hợp danh như sau:

(1) Bản thân quan hệ sở hữu hợp nhất (joint tenancy), sở hữu chung (tenancy in common), sở hữu toàn phần (tenancy by the entirety) không xác lập một hợp danh dù các đồng chủ sở hữu cũng chia sẻ lợi nhuận từ việc khai thác tài sản.

(2) Bản thân việc phân chia lợi tức thuần (gross returns) không xác lập một hợp danh, mặc dù các bên có quyền chung, có phần quyền hoặc có lợi ích trong tài sản phát sinh ra lợi tức.

(3) Một người nhận lợi nhuận từ một tổ chức kinh doanh được mặc nhiên suy đoán là thành viên hợp danh của tổ chức kinh doanh đó, trừ khi lợi nhuận phát sinh từ: (i) khoản nợ được thanh toán nhiều đợt hoặc phương thức khác; (ii) cung ứng dịch vụ với tư cách là nhà thầu độc lập hoặc lương hoặc các khoản tiền khác thanh toán cho người lao động; (iii) thuê; (iv) Lương hưu hoặc các khoản trợ cấp hưu trí khác trả cho người thụ hưởng, người đại diện hoặc người được tiếp nhận quyền của thành viên hợp danh bị chết hoặc nghỉ hưu; (v) Lãi hoặc các khoản phí khác đánh vào khoản vay mặc dù các khoản này được thay đổi theo lợi nhuận của tổ chức kinh doanh, bao gồm quyền sở hữu hiện hữu hoặc trong tương lai một cách trực tiếp hoặc gián tiếp tài sản bảo đảm hoặc quyền đối với thu nhập, lợi tức hoặc chênh lệch giá trị phát sinh từ tài sản bảo đảm; (vi) Chuyển nhượng uy tín kinh doanh hoặc tài sản khác và thanh toán theo từng đợt hoặc theo phương thức khác.

Về nguyên tắc chung, quan hệ giữa các thành viên hợp danh với nhau và giữa thành viên hợp danh và hợp danh được điều chỉnh bởi thỏa thuận hợp danh (partnership agreement). Thỏa

thuận hợp danh có thể bằng văn bản hoặc bằng miệng. Nếu không có thỏa thuận hợp danh thì các quy định trong UPA sẽ được áp dụng. Như vậy, các điều khoản trong thỏa thuận hợp danh sẽ được áp dụng để điều chỉnh mối quan hệ giữa thành viên hợp danh với nhau và giữa thành viên hợp danh với hợp danh trừ trường hợp điều khoản này trái với các quy định bắt buộc trong UPA. Ví dụ, thỏa thuận hợp danh không được hạn chế quyền tiếp cận thông tin của thành viên hợp danh một cách bất hợp lý, không được loại bỏ hoặc giảm nhẹ nghĩa vụ thụ thác (fiduciary duties) (bao gồm nghĩa vụ trung thành và nghĩa vụ cẩn trọng) và nghĩa vụ thiện chí trung thực của thành viên hợp danh đối với hợp danh, không được tước bỏ quyền của bất kỳ thành viên hợp danh nào yêu cầu Tòa án chấm dứt tư cách thành viên của thành viên hợp danh khác...

Khi thành lập hợp danh các bên phải nêu rõ trong thỏa thuận hợp danh về thời hạn hoạt động của hợp danh hoặc mục đích hoạt động của hợp danh mà nếu như mục đích đó được hoàn thành, hợp danh sẽ chấm dứt. Nếu như trong thỏa thuận hợp danh không có quy định này, hợp danh được coi là hợp danh không xác định thời hạn (at-will partnership). Theo đó, bất kỳ thành viên hợp danh nào cũng có quyền chấm dứt tư cách thành viên hợp danh tại bất kỳ thời điểm nào mà không được coi là vi phạm thỏa thuận hợp danh và không phải chịu trách nhiệm bồi thường cho các thành viên hợp danh còn lại.

Về tư cách pháp nhân của hợp danh, trước đây án lệ chỉ thừa nhận hợp danh là một sự liên kết giữa các thành viên (aggregate theory) thì ngày nay hầu hết các bang áp dụng thuyết pháp nhân, thừa nhận hợp danh là một pháp nhân (entity theory). Điều 201 UPA ghi nhận rõ: “Hợp danh là một thực thể độc lập với thành viên của nó.” Với tư cách là một pháp nhân, hợp danh có thể khởi kiện, bị kiện, có quyền sở hữu tài sản, giao dịch với tên của mình... Vì có tư cách pháp nhân, nên pháp luật thừa nhận quyền sở hữu của hợp danh đối với tài sản.

Thành viên hợp danh không phải là đồng chủ sở hữu tài sản của hợp danh, mà tài sản của hợp danh thuộc sở hữu riêng của hợp danh. Thành viên hợp danh có quyền sở hữu phần lợi ích trong hợp danh. Phần lợi ích mà hợp danh có thể chuyển nhượng cho người thứ ba bao gồm quyền hưởng lợi nhuận, nghĩa vụ chia sẻ lỗ và quyền nhận tài sản khi hợp danh chấm dứt hoạt động (lợi ích tài chính) (Điều 502 UPA). Như vậy, người được chuyển nhượng không có quyền: (i) Tham gia quản lý hoạt động kinh doanh của hợp danh hoặc thực hiện các hoạt động kinh doanh của hợp danh; (ii) Tra cứu sổ sách của hợp danh; (iii) Có được các thông tin về tài chính - kế toán của hợp danh. Điều này có nghĩa là, người chuyển nhượng vẫn giữ tư cách thành viên hợp danh, còn được chuyển nhượng không đương nhiên có tư cách thành viên hợp danh. Mặc dù, có tư cách pháp nhân, nhưng hợp danh không phải nộp thuế thu nhập, thuế thu nhập được đánh vào lợi nhuận chia cho các thành viên.

Các thành viên hợp danh có thể góp vốn vào hợp danh bằng tiền hoặc tài sản khác, hoặc bằng dịch vụ. Trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác, việc góp vốn không ảnh hưởng đến việc phân chia lợi nhuận và lỗ. Theo đó, các thành viên hợp danh được chia lợi nhuận với phần bằng nhau. Còn tỷ lệ gánh chịu lỗ tương ứng với tỷ lệ hưởng lợi nhuận của thành viên hợp danh. Trong quản lý doanh nghiệp, các thành viên hợp danh có quyền ngang nhau mà không phụ thuộc vào tỷ lệ góp vốn, mỗi thành viên hợp danh có một phiếu biểu quyết. Các thành viên hợp danh đều có quyền ngang nhau trong việc tham gia quản lý hoạt động hàng ngày của doanh nghiệp¹⁰⁵. Quyết định được thông qua theo nguyên tắc đa số phiếu trừ một số trường hợp đặc biệt.

¹⁰⁵Trong các hợp danh lớn, các thành viên hợp danh thường trao quyền quản lý hoạt động hàng ngày cho ủy ban quản lý bao gồm một hoặc một số thành viên hợp danh. Kenneth W. Clarkson, Roger LeRoy Miller and Frank B. Cross, *Business Law Text and Cases - Legal, Ethical, Global, and Corporate Environment*, twelfth edition, Cengage Learning, 2011, tr. 722.

Mỗi thành viên hợp danh là người đại diện của hợp danh (Điều 301 của UPA). Theo nguyên tắc này, bất kỳ thành viên hợp danh nào cũng có quyền nhân danh hợp danh để giao dịch với người thứ ba trừ trường hợp các thành viên hợp danh có thỏa thuận khác. Mặc dù, các thành viên hợp danh đã có một thỏa thuận thống nhất về phân định thẩm quyền đại diện cho một thành viên hợp danh, nhưng trong con mắt của người thứ ba, bất kỳ thành viên hợp danh nào đều có thẩm quyền đại diện cho hợp danh và giao dịch mà thành viên hợp danh này xác lập với người thứ ba này có hiệu lực pháp luật trừ trường hợp người thứ ba biết hoặc đã được thông báo về việc thành viên hợp danh này không có thẩm quyền đại diện. Vì vậy, trong trường hợp thành viên hợp danh nhân danh hợp danh thực hiện các công việc thuộc hoạt động kinh doanh của hợp danh hoặc thuộc phạm vi thẩm quyền của hợp danh thì hợp danh chịu trách nhiệm đối với người thứ ba về những thiệt hại phát sinh gây ra cho người thứ ba bởi thành viên hợp danh. Tuy nhiên, thành viên hợp danh có trách nhiệm vô hạn. Điều đó có nghĩa là tất cả các thành viên hợp danh đều phải chịu trách nhiệm liên đới đối với các khoản nợ và các nghĩa vụ của hợp danh mà hợp danh không có khả năng trả hoặc thực hiện¹⁰⁶. Trách nhiệm cá nhân của thành viên hợp danh chỉ phát sinh khi tài sản của hợp danh không đủ để trả nợ hoặc thực hiện nghĩa vụ.

Thành viên hợp danh có nghĩa vụ thụ thác (fiduciary duties) bao gồm nghĩa vụ trung thành (duty of loyalty) và nghĩa vụ cẩn trọng (duty of care) đối với hợp danh và các thành viên hợp danh còn lại. Nghĩa vụ này không thể bị loại bỏ hoặc giảm nhẹ theo thỏa thuận hợp danh. Tuy nhiên, thỏa thuận hợp danh có thể làm rõ nội hàm của nghĩa vụ trung thành và nghĩa vụ cẩn trọng, cũng như đưa ra các tiêu chuẩn về tuân thủ các nghĩa vụ này. Nghĩa vụ

¹⁰⁶Theo Điều 306(b) của UPA, thành viên hợp danh gia nhập hợp danh hiện hữu không phải chịu trách nhiệm cá nhân đối với các khoản nợ và nghĩa vụ của hợp danh phát sinh trước thời điểm thành viên này gia nhập hợp danh.

trung thành đòi hỏi thành viên hợp danh phải nộp cho công ty tất cả các tài sản phát sinh từ hoạt động kinh doanh của hợp danh được thực hiện bởi thành viên hợp danh hoặc từ việc sử dụng tài sản của hợp danh. Thành viên hợp danh không được chiếm đoạt tài sản, cơ hội của hợp danh. Trong trường hợp thành viên hợp danh vi phạm nghĩa vụ này, hợp danh có quyền thu hồi tất cả các khoản tiền và tài sản có được từ hành vi vi phạm này. Thành viên hợp danh cũng không được tham gia các giao dịch nhân danh hợp danh mà có lợi ích xung đột với hợp danh. Thành viên hợp danh không được cạnh tranh với hợp danh. Ngoài ra, giao dịch tư lợi, hành vi tiết lộ bí mật thương mại của hợp danh cũng có thể là hành vi vi phạm nghĩa vụ trung thành. Nghĩa vụ cẩn trọng đòi hỏi thành viên hợp danh phải thực hiện công việc mà không gây thiệt hại do lỗi vô ý nghiêm trọng (gross negligence) hoặc có hành vi vi phạm với lỗi cố ý. Ngoài ra, UPA còn phát triển một nghĩa vụ khác của thành viên hợp danh đối với hợp danh và các thành viên hợp danh khác, đó là nghĩa vụ thiện chí và trung thực. Nghĩa vụ thiện chí và trung thực cũng không được loại bỏ hoặc giảm nhẹ theo thỏa thuận hợp danh.

Trong một số trường hợp nhất định, thành viên hợp danh sẽ chấm dứt tư cách thành viên (dissociation of a partner), như trường hợp: thành viên hợp danh này tự nguyện chấm dứt tư cách thành viên bằng việc gửi thông báo thể hiện rõ ý định chấm dứt tư cách thành viên; xảy ra sự kiện làm chấm dứt tư cách thành viên được quy định trong thỏa thuận hợp danh; thành viên hợp danh này bị khai trừ theo quy định trong thỏa thuận hợp danh...

Theo pháp luật thì bất kỳ thành viên hợp danh nào cũng có năng lực chấm dứt tư cách thành viên (power to dissociate) tại bất kỳ thời điểm nào mặc dù trái với thỏa thuận hợp danh. Tuy nhiên, có sự khác biệt giữa năng lực chấm dứt tư cách thành viên với quyền chấm dứt tư cách thành viên (right to dissociate). Nếu

thành viên hợp danh chấm dứt tư cách thành viên khi không có quyền chấm dứt tư cách thành viên thì được gọi là chấm dứt tư cách thành viên trái luật. Những trường hợp được coi là chấm dứt tư cách thành viên trái luật bao gồm: (1) Việc chấm dứt tư cách thành viên vi phạm thỏa thuận hợp danh; (2) Tự nguyện chấm dứt tư cách thành viên khi thời hạn ghi trong thỏa thuận hợp danh hoặc mục đích của hợp danh được ghi trong thỏa thuận hợp danh chưa được hoàn thành; (3) Thành viên hợp danh có hành vi sai phạm gây ảnh hưởng nghiêm trọng và tiêu cực đến hoạt động kinh doanh của hợp danh; (4) Thành viên hợp danh vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ đối với hợp danh và thành viên hợp danh khác. Trong thỏa thuận hợp danh, các bên có thể mở rộng hoặc thu hẹp phạm vi của hành vi chấm dứt tư cách thành viên trái luật. Thành viên hợp danh chấm dứt tư cách thành viên trái luật phải bồi thường thiệt hại cho hợp danh và các thành viên còn lại.

Việc một thành viên hợp danh chấm dứt tư cách thành viên không nhất thiết làm cho hợp danh chấm dứt hoạt động. Kể từ thời điểm chấm dứt tư cách thành viên, các quyền tham gia quản lý hợp danh của thành viên chấm dứt. Nghĩa vụ không cạnh tranh với hợp danh cũng không còn tồn tại từ thời điểm này. Tuy nhiên, các nghĩa vụ khác thuộc nhóm nghĩa vụ trung thành và nghĩa vụ cẩn trọng vẫn còn hiệu lực đối với các vấn đề xảy ra trước khi chấm dứt tư cách thành viên. Nếu việc chấm dứt tư cách thành viên không dẫn đến việc chấm dứt hoạt động của hợp danh, lợi ích của thành viên hợp danh bị chấm dứt tư cách thành viên phải được mua bởi các thành viên còn lại với giá tương ứng với số tiền mà thành viên này được nhận lại khi hợp danh được thanh lý tính theo giá trị của hợp danh tại thời điểm chấm dứt tư cách thành viên. Các bên có thể thỏa thuận trong bản thỏa thuận hợp danh về công thức tính giá thanh toán lợi ích của thành viên hợp danh chấm dứt tư cách thành viên. Khi tiến hành thanh toán,

các bên đối trừ khoản tiền thanh toán này với các nghĩa vụ mà thành viên hợp danh này nợ hợp danh (bao gồm cả các khoản bồi thường thiệt hại thuộc trường hợp chấm dứt tư cách thành viên trái luật). Trong trường hợp các bên không thống nhất được các khoản thanh toán và đối trừ, Tòa án sẽ xác định.

Trong một số trường hợp nhất định, sự chấm dứt tư cách thành viên của một thành viên hợp danh sẽ dẫn đến hợp danh chấm dứt hoạt động (termination). Ngoài ra, pháp luật đưa ra một số trường hợp khác mà hợp danh chấm dứt hoạt động. Thủ tục chấm dứt hoạt động bao gồm hai bước: (1) Bước 1 - giải thể (dissolution), đây là khởi đầu cho quá trình thanh lý doanh nghiệp và (2) Bước 2 - thanh lý (winding up), đây là bước thu thập, thanh lý và phân bổ tài sản còn lại của hợp danh cho các thành viên.

Giải thể hợp danh có thể được khởi xướng bởi các thành viên hợp danh, theo quy định của pháp luật hoặc theo lệnh của Tòa án. Sau khi bắt đầu thủ tục giải thể, hợp danh vẫn tồn tại để tiến hành thủ tục thanh lý. Trong giai đoạn này, thành viên hợp danh không được quyền xác lập các nghĩa vụ mới cho hợp danh. Các thành viên hợp danh chỉ có quyền tiếp tục hoàn tất các giao dịch được xác lập tại hoặc trước thời điểm giải thể và tiến hành các công việc để thanh lý hợp danh. Trong giai đoạn này, thành viên hợp danh vẫn có nghĩa vụ thụ thác đối với hợp danh và các thành viên còn lại. Tại bước thanh lý hợp danh, tài sản của hợp danh được thu hồi lại và được phân bổ theo thứ tự ưu tiên sau:

(1) Hoàn thành các nghĩa vụ với các chủ nợ kể cả chủ nợ là thành viên hợp danh hoặc không phải là thành viên hợp danh;

(2) Hoàn trả lại vốn góp và phân bổ lợi nhuận cho các thành viên hợp danh.

Nếu nghĩa vụ của hợp danh lớn hơn tài sản, các thành viên hợp danh phải gánh chịu lỗ theo tỷ lệ phân bổ lợi nhuận nếu như thỏa thuận hợp danh không có quy định khác.

Hợp danh có những đặc điểm nêu trên được gọi là hợp danh hoặc hợp danh thông thường (general partnership). Ngoài hợp danh thông thường trong pháp luật của Hoa Kỳ còn ghi nhận sự tồn tại của hai loại hình hợp danh khác đó là hợp danh trách nhiệm hữu hạn và hợp danh hữu hạn (hợp danh đặc biệt).

Hợp danh hữu hạn (limited partnership) có nguồn gốc từ Châu Âu lục địa thời trung cổ và được phát triển ở Hoa Kỳ từ những năm đầu 1800¹⁰⁷. Từ năm 1976 đến nay, hầu hết các bang áp dụng Luật hợp danh hữu hạn thống nhất (bản sửa đổi) (Revised Uniform Limited Partnership Act - RULPA).

Hợp danh hữu hạn có nhiều đặc điểm giống với hợp danh thông thường nhưng có một số đặc điểm khác biệt cơ bản sau:

(1) Hợp danh hữu hạn có ít nhất một thành viên hợp danh hữu hạn (limited partner) và ít nhất một thành viên hợp danh (general partner). Thành viên hợp danh có những đặc điểm, quyền và nghĩa vụ như đã phân tích ở trên. Thành viên hợp danh hữu hạn góp vốn bằng tiền hoặc tài sản khác vào hợp danh và có phần lợi ích trong hợp danh nhưng thành viên hợp danh hữu hạn không có quyền tham gia quản lý hợp danh và chỉ phải chịu trách nhiệm hữu hạn đối với các khoản nợ và nghĩa vụ của hợp danh hữu hạn.

(2) Khi thành lập hợp danh, các thành viên bắt buộc phải ký vào bản chứng nhận thành lập hợp danh hữu hạn (certificate of limited partnership). Bản chứng nhận thành lập hợp danh hữu hạn gồm các thông tin quan trọng như tên, địa chỉ và mức vốn góp của từng thành viên bao gồm cả thành viên hợp danh hữu hạn và thành viên hợp danh. Văn bản này phải được đăng ký với thư ký bang. Bản chứng nhận được công bố rộng rãi cho công chúng. Nếu không đăng ký, hợp danh được coi là hợp danh thông thường.

¹⁰⁷Kenneth W. Clarkson, Roger LeRoy Miller and Frank B. Cross, *Business Law Text and Cases - Legal, Ethical, Global, and Corporate Environment*, twelfth edition, Cengage Learning, 2011, tr. 731.

(3) Nếu trong Bản chứng nhận thành lập hợp danh hữu hạn không có quy định về phân chia lợi nhuận và lỗ thì lợi nhuận và lỗ được phân chia theo tỷ lệ góp vốn.

Hợp danh trách nhiệm hữu hạn (limited liability partnership - LLP). Mô hình LLP rất được ưa chuộng trong lĩnh vực dịch vụ chuyên nghiệp và kinh doanh gia đình. Bốn hãng kiểm toán lớn nhất thế giới tổ chức và hoạt động theo mô hình LLP¹⁰⁸. LLP được tổ chức và hoạt động theo các luật của bang. LLP cũng có những đặc điểm giống với hợp danh thông thường nhưng có điểm khác biệt về trách nhiệm của thành viên hợp danh. Mặc dù luật của mỗi bang có quy định khác nhau, nhưng quy tắc chung là thành viên hợp danh trong LLP không phải chịu trách nhiệm cá nhân đối với tất cả các nghĩa vụ của LLP mà chỉ chịu trách nhiệm cá nhân đối với các nghĩa vụ phát sinh từ hoạt động của thành viên hợp danh này. Ngoài ra, LLP phải được đăng ký thành lập tại Văn phòng thư ký bang hoặc tương đương. Đồng thời, LLP phải nộp báo cáo hàng năm lên cơ quan có thẩm quyền để duy trì địa vị pháp lý của LLP.

5.1.3. Công ty trách nhiệm hữu hạn:

Công ty trách nhiệm hữu hạn (limited liability company - LLC) là một loại hình doanh nghiệp vừa có một số đặc điểm của công ty cổ phần (về khía cạnh trách nhiệm hữu hạn) vừa có một số đặc điểm của công ty hợp danh (về khía cạnh đánh thuế thu nhập đối với thành viên). Giống như hợp danh, công ty trách nhiệm hữu hạn không phải nộp thuế thu nhập mà thuế thu nhập sẽ đánh trực tiếp vào lợi nhuận chia cho các thành viên trừ trường hợp các thành viên lựa chọn đánh thuế thu nhập vào

¹⁰⁸Kenneth W. Clarkson, Roger LeRoy Miller and Frank B. Cross, *Business Law Text and Cases - Legal, Ethical, Global, and Corporate Environment*, twelfth edition, Cengage Learning, 2011, tr. 730.

công ty¹⁰⁹. Công ty trách nhiệm hữu hạn giống công ty cổ phần ở hai điểm cơ bản đó là công ty trách nhiệm hữu hạn được thừa nhận tư cách pháp nhân. Chủ sở hữu công ty trách nhiệm hữu hạn được gọi là thành viên cũng được hưởng cơ chế trách nhiệm hữu hạn như cổ đông. Khi thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn, điều lệ (articles of organization) phải được đăng ký tại Văn phòng Thư ký Bang. Bản điều lệ phải có các thông tin: tên doanh nghiệp, trụ sở chính, tên và địa chỉ của người đại diện theo pháp luật (registered agent), tên và địa chỉ của thành viên và quy chế quản lý công ty.

Cơ cấu tổ chức và hoạt động của LLC rất linh hoạt, các thành viên có thể xác lập thỏa thuận vận hành (operating agreement) để quy định về quản lý, phân chia lợi nhuận, chuyển nhượng vốn, giải thể LLC. Trong trường hợp không có thỏa thuận vận hành hoặc thỏa thuận vận hành không có quy định tương ứng, các quy định trong Luật của bang điều chỉnh về LLC được áp dụng. Nếu không có thỏa thuận vận hành hoặc Luật bang không quy định, Tòa án sẽ áp dụng các quy định về hợp danh để giải quyết. Về cơ bản, LLC có hai mô hình quản lý để lựa chọn: mô hình “thành viên quản lý” (member-managed) và mô hình “người quản lý quản lý” (manager-managed). Theo quy định của pháp luật của hầu hết các bang, nếu điều lệ không có quy định khác, thì mặc nhiên suy đoán LLC áp dụng mô hình “thành viên quản lý”. Theo mô hình này, tất cả các thành viên tham gia quản lý và quyết định được thông qua theo nguyên tắc đa số phiếu (majority vote). Trong mô hình “người quản lý quản lý”, các thành viên sẽ trao quyền quản lý cho một nhóm người để quản lý công ty. Ban quản lý công ty có thể chỉ bao gồm những thành viên được trao quyền quản lý hoặc cả thành

¹⁰⁹Nếu các thành viên muốn tái đầu tư các khoản lợi nhuận thay vì chia cho các thành viên, họ sẽ muốn áp dụng cơ chế đánh thuế vào công ty như công ty cổ phần. Thuế suất thuế thu nhập doanh nghiệp có thể thấp hơn thuế suất thuế thu nhập cá nhân. Kenneth W. Clarkson, Roger LeRoy Miller and Frank B. Cross, *Business Law Text and Cases - Legal, Ethical, Global, and Corporate Environment*, twelfth edition, Cengage Learning, 2011, tr. 744.

viên hoặc người không phải là thành viên hoặc toàn bộ là những người không phải là thành viên. Người quản lý công ty có nghĩa vụ thụ thác đối với công ty. Nhiều bang quy định người quản lý công ty còn có nghĩa vụ thụ thác đối với cả công ty và thành viên.

Các trường hợp và thủ tục chấm dứt tư cách thành viên LLC tương tự như trường hợp chấm dứt tư cách thành viên của hợp danh. Việc thành viên chấm dứt tư cách thành viên không nhất thiết dẫn đến chấm dứt hoạt động của LLC. Thủ tục chấm dứt hoạt động LLC cũng bao gồm hai bước là giải thể và thanh lý công ty.

5.1.4. Công ty cổ phần

Công ty cổ phần (corporation) là một pháp nhân được thành lập và thừa nhận theo pháp luật của bang. Công ty cổ phần có thể được sở hữu bởi một hoặc nhiều người gọi là cổ đông. Cổ đông có thể là thể nhân hoặc pháp nhân hoặc bất kỳ thực thể pháp lý nào. Công ty cổ phần có những đặc điểm được mô tả dưới bảng sau:

Bảng 2: Đặc điểm của công ty cổ phần

Đặc điểm	Mô tả
Tư cách pháp nhân	Có tên riêng, có quyền sở hữu tài sản, độc lập tham gia các giao dịch, có quyền khởi kiện, có thể bị kiện và một số quyền khác như cá nhân.
Trách nhiệm hữu hạn	Công ty cổ phần tự chịu trách nhiệm đối với các khoản nợ và nghĩa vụ của nó. Cổ đông không phải chịu trách nhiệm đối với các khoản nợ và nghĩa vụ của công ty. Trách nhiệm hay chính xác hơn, rủi ro của cổ đông giới hạn trong phạm vi số tiền họ đầu tư vào công ty.
Tự do chuyển nhượng cổ phần	Lợi ích của cổ đông được biểu hiện dưới dạng cổ phần và cổ phần được tự do chuyển nhượng.
Quản lý tập trung	Quản lý công ty được tập trung vào Hội đồng quản trị và người điều hành công ty dưới sự chỉ đạo và giám sát của Hội đồng quản trị. Cổ đông không tham gia trực tiếp quản lý công ty. Cổ đông không có tư cách là đại diện của công ty. Quyền sở hữu và quyền quản lý công ty được tách bạch.
Tồn tại độc lập với cổ đông	Công ty cổ phần tồn tại không phụ thuộc vào sự thay đổi của cổ đông do chết, mất năng lực hay chuyển nhượng cổ phần.
Thuế thu nhập	Nhìn chung, thuế thu nhập sẽ đánh vào thu nhập của công ty cổ phần sau đó lại đánh tiếp vào cổ tức chia cho các cổ đông (đánh thuế hai lần) (double taxation) trừ trường hợp S-corporation.

Ở Hoa Kỳ, mỗi bang có Luật riêng điều chỉnh về công ty cổ phần, trong đó chia làm hai nhánh chính. Nhánh thứ nhất gồm các bang áp dụng theo Luật mẫu về công ty cổ phần kinh doanh (Arizona, Georgia, North Carolina, South Carolina, Washington...) và nhánh thứ hai là các bang còn lại tự ban hành Luật công ty riêng, trong đó Luật chung về công ty cổ phần của Delaware có ảnh hưởng lớn nhất.

Nếu phân loại theo tiêu chí nơi thành lập và nơi hoạt động, công ty cổ phần được phân chia thành công ty cổ phần nội bang (domestic corporation)¹¹⁰, công ty cổ phần ngoại bang (foreign corporation)¹¹¹ và công ty cổ phần nước ngoài (alien corporation)¹¹². Để có thể hoạt động kinh doanh tại bang khác với bang công ty cổ phần được thành lập, công ty này phải được cấp giấy chứng nhận hoạt động (certificate of authority) từ bang mà công ty đó dự định hoạt động.

Nếu phân loại theo mục đích thành lập, công ty cổ phần được chia thành công ty cổ phần công cộng (public corporation) và công ty cổ phần tư nhân (private corporation). Công ty cổ phần công cộng là công ty do Nhà nước thành lập để thực hiện các mục đích công cộng. Ngược lại, công ty cổ phần tư nhân (private corporation) là công ty được thành lập bởi tư nhân để thực hiện các mục đích lợi nhuận của tư nhân.

Nếu phân chia theo mục đích lợi nhuận, công ty cổ phần bao gồm công ty cổ phần vì mục đích lợi nhuận và công ty cổ phần phi lợi nhuận (non-profit corporations). Các bệnh viện tư nhân, các cơ sở giáo dục tư nhân, các quỹ từ thiện... thường được tổ chức dưới mô hình công ty cổ phần phi lợi nhuận.

¹¹⁰Công ty cổ phần nội bang là công ty được thành lập ở một bang và được bang đó gọi là công ty cổ phần nội bang.

¹¹¹Công ty cổ phần ngoại bang để cập đến công ty cổ phần được thành lập ở một bang nhưng hoạt động kinh doanh ở bang khác. Trong trường hợp này, bang nơi thành lập sẽ gọi công ty này là công ty cổ phần nội bang còn bang nơi hoạt động gọi công ty này là công ty cổ phần ngoại bang.

¹¹²Công ty cổ phần được thành lập ở nước ngoài nhưng hoạt động ở Hoa Kỳ thì được Hoa Kỳ gọi là công ty cổ phần nước ngoài.

Nếu phân loại theo tiêu chí cổ phần được mua bán ngoài công chúng, công ty cổ phần được chia thành công ty cổ phần phi đại chúng (closely held corporation) và công ty cổ phần đại chúng (publicly held corporation). Công ty cổ phần phi đại chúng là công ty cổ phần mà cổ phần không được mua bán ngoài công chúng, cổ phần chủ yếu được nắm giữ bởi các thành viên gia đình hoặc một nhóm nhỏ các cổ đông. Ngược lại, công ty cổ phần đại chúng là công ty mà có cổ phần được giao dịch ngoài công chúng, cổ phần của công ty này được nắm giữ bởi công chúng đầu tư. Các quy định về quản lý nội bộ công ty phi đại chúng linh hoạt hơn so với các quy định về quản lý nội bộ công ty đại chúng. Việc chuyển nhượng cổ phần ở công ty phi đại chúng thường ảnh hưởng đến việc quản lý công ty. Vì vậy, các cổ đông thường có các quy định nhằm hạn chế chuyển nhượng cổ phần. Ngược lại, trong công ty cổ phần đại chúng, việc chuyển nhượng cổ phần là tự do, trừ một số trường hợp đặc biệt.

Ngoài ra, vì mục đích thuế, pháp luật Hoa Kỳ phân loại công ty cổ phần thông thường (regular corporations) là công ty phải chịu hai lần thuế thu nhập và công ty cổ phần S (S-corporations) là công ty chỉ phải chịu một lần thuế thu nhập. Một công ty cổ phần phi đại chúng đáp ứng các tiêu chuẩn được quy định trong mục S (subchapter S) của Bộ luật ngân sách có thể lựa chọn mô hình S-corporation. Theo đó, thuế thu nhập sẽ không đánh vào thu nhập của S-corporation mà đánh vào cổ tức chia cho các cổ đông. Để được hưởng cơ chế nộp thuế của S-corporation, một công ty cổ phần phải đáp ứng những điều kiện như sau: (1) Công ty cổ phần phải là công ty cổ phần nội bang; (2) Không phải là thành viên của một nhóm công ty liên kết; (3) Cổ đông của công ty phải là cá nhân, quỹ đầu tư bất động sản, tổ chức được ủy thác và các tổ chức được miễn thuế; (4) Không có quá 100 cổ đông; (5) Công ty chỉ có một loại cổ phần mặc dù quyền biểu quyết của các cổ

đồng không nhất thiết phải giống nhau; (6) Cổ đông không được là người nước ngoài không cư trú.

Thủ tục thành lập công ty cổ phần theo pháp luật của các bang khá đơn giản. Trước hết các sáng lập viên (promoters, incorporators) sẽ phải soạn và ký vào điều lệ thành lập (articles of incorporation)¹¹³ sau đó đăng ký bản điều lệ thành lập với Văn phòng thư ký bang. Các sáng lập viên sẽ phải chọn bang nơi công ty sẽ được đăng ký. Thực tiễn ở Hoa Kỳ cho thấy, bang Delaware có các quy định thông thoáng hơn, tạo thuận lợi cho việc quản lý nội bộ công ty nên nhiều công ty đã được thành lập tại bang này trong đó có những công ty lớn nhất tại Hoa Kỳ. Sau đó, các sáng lập viên sẽ phải chọn tên cho công ty. Tên của công ty phải chứa các từ “Corporation” (Corp.), Incorporated (Inc.), Company (Co.) hoặc Limited (Ltd.) để thông tin về tư cách pháp lý của công ty. Nếu không ghi từ hoặc viết tắt của từ vừa nêu trên, cá nhân ký hợp đồng nhân danh công ty rất có thể sẽ bị ràng buộc trách nhiệm cá nhân. Tên của công ty cũng không được trùng hoặc tương tự với tên của công ty hoạt động kinh doanh trong phạm vi bang dự kiến đăng ký. Bản điều lệ thành lập có những nội dung bắt buộc sau: (1) Tên của công ty; (2) Số lượng cổ phần của công ty được phép phát hành; (3) Tên và địa chỉ của người đại diện theo pháp luật ban đầu (initial registered agent) và địa chỉ của trụ sở chính; (4) Tên và địa chỉ của mỗi sáng lập viên (incorporators). Ngoài các thông tin bắt buộc trên, điều lệ thành lập có thể còn có thêm các thông tin khác. Nhìn chung, điều lệ thành lập thường không có những nội dung chi tiết, nội dung chi tiết về tổ chức và hoạt động của công ty sẽ được quy định trong quy chế nội bộ (bylaws). Sau khi hoàn tất điều lệ thành lập, các sáng lập viên ký vào điều lệ rồi nộp lên Văn phòng Thư ký Bang và nộp phí đăng ký. Sau đó, Thư ký của bang sẽ đóng dấu vào bản điều lệ “filed” (đã đăng ký)

¹¹³Một số bang như Delaware, Texas... gọi là Giấy chứng nhận thành lập (Certificate of incorporation hoặc Certificate of formation, etc).

và trả lại cho các sáng lập viên một bản điều lệ. Kể từ thời điểm này, công ty bắt đầu hoạt động.

Theo quy định của pháp luật hầu hết các bang, sau khi được thành lập, công ty phải tổ chức cuộc họp tổ chức đầu tiên để ban hành quy chế nội bộ (bylaws). Nếu như điều lệ thành lập chưa chỉ định Hội đồng quản trị ban đầu thì các sáng lập viên sẽ thông qua quy chế nội bộ, số lượng thành viên Hội đồng quản trị, bầu thành viên Hội đồng quản trị ban đầu để tham gia thực hiện chức năng, nhiệm vụ của Hội đồng quản trị cho đến kỳ họp Đại hội đồng cổ đông đầu tiên. Nếu điều lệ thành lập đã chỉ định Hội đồng quản trị ban đầu thì tại cuộc họp tổ chức đầu tiên, Hội đồng quản trị ban đầu sẽ thông qua quy chế nội bộ, bổ nhiệm người điều hành, thông qua con dấu của công ty, hình thức của cổ phiếu...

Trong quá trình trước khi công ty cổ phần chính thức tồn tại, các sáng lập viên có thể nhân danh công ty dự kiến thành lập để giao kết các hợp đồng. Vấn đề đặt ra là liệu hợp đồng đó có hiệu lực ràng buộc đối với công ty sau khi nó ra đời không? Theo các án lệ hiện hành của Hoa Kỳ, công ty không đương nhiên chịu trách nhiệm đối với các hợp đồng này trừ khi công ty chấp nhận các hợp đồng này.

Học thuyết tư cách pháp nhân và học thuyết trách nhiệm hữu hạn là hai học thuyết xương sống để xây dựng định chế pháp lý về công ty cổ phần. Hai học thuyết này đã làm cho công ty cổ phần có sức hấp dẫn các nhà đầu tư từ công chúng sẵn sàng bỏ tiền ra để đầu tư vào các hoạt động kinh doanh mạo hiểm mà không phải lo lắng về trách nhiệm cá nhân. Tuy nhiên, trong thực tiễn cho thấy nhiều người đã lợi dụng tư cách pháp nhân của công ty cổ phần để thực hiện các mục đích không chính đáng gây thiệt hại cho các chủ thể khác. Những hành vi này có tính chất lừa đảo hoặc không bảo đảm sự công bằng. Vì lẽ đó, pháp luật Hoa Kỳ phát triển học thuyết “xuyên thủng màng pháp nhân” (piercing

the corporate veil). Theo học thuyết này, trong những trường hợp nhất định, Tòa án sẽ bỏ qua tư cách pháp nhân của công ty mà buộc cổ đông phải chịu trách nhiệm cá nhân cho các khoản nợ và nghĩa vụ của công ty. Các trường hợp mà Tòa án có thể sẽ áp dụng học thuyết “xuyên thủng màn pháp nhân” bao gồm:

(1) Có sự lẫn lộn giữa tài sản của công ty và tài sản riêng của cổ đông. Trong trường hợp này, cổ đông sử dụng tài sản của công ty cho mục đích cá nhân của cổ đông, sử dụng tài sản của công ty như là tài sản riêng của mình... Trong vụ *Sea-Land Service Inc. v. Pepper Source*, 941 F.2d 519 (7th Cir. 1991), cổ đông duy nhất của công ty đã bị buộc phải chịu trách nhiệm cá nhân vì có chứng cứ cho thấy: Cổ đông này đã sử dụng nhiều tài khoản ngân hàng của công ty để chi trả cho các chi phí cá nhân, bao gồm tiền cấp dưỡng cho vợ cũ (alimony), cấp dưỡng cho con, chi phí học hành của con cái, bảo dưỡng ô tô riêng...¹¹⁴

(2) Các thủ tục cơ bản của công ty không được tuân thủ như: không phát hành cổ phần, không có sổ sách của công ty, không tiến hành các cuộc họp...

(3) Vốn “mỏng” (undercapitalization). Về mặt logic, khi cổ đông thành lập công ty, cổ đông phải bảo đảm một cách thiện chí rằng vốn cổ phần phải được góp đủ để bảo đảm khả năng thực hiện các nghĩa vụ của công ty. Trong trường hợp cổ đông góp vốn cổ phần ở mức quá thấp một cách bất hợp lý khiến cho công ty không có đủ khả năng thực hiện các nghĩa vụ đối với chủ nợ, cổ đông sẽ phải chịu trách nhiệm cá nhân đối với chủ nợ. Tuy nhiên, trong vụ *Truckweld Equipment Co. v. Olson*, 618 P.2d 1017 (Walsh 1980), Tòa án cho rằng: “Mặc dù có thể đây thuộc trường hợp vốn mỏng... Olson mua lại Aztec khi nó đang trong tình trạng tài chính bất ổn; anh không phải là người sáng lập ban

¹¹⁴Dẫn theo Jesse H. Choper & Melvin A. Eisenberg, *Corporations - Gilbert Law Summaries*, Fifteen Edition, Thomson Bar/Bri, 2005, tr. 32.

đầu... Chúng tôi biết không có quy phạm pháp luật nào buộc một cổ đông phải góp thêm vốn vào một công ty đang sắp chết...”

(4) Các chính sách, quyết định và hoạt động của công ty bị kiểm soát bởi một cổ đông dẫn đến công ty không có tính độc lập trong ý chí. Trong vụ *DeWitt Truck Brokers v. W. Ray Flemming Fruit Co.*, 540 F. 2d 681 (4th Cir. 1976), Tòa án nhận định rằng vì Flemming là người hưởng lợi duy nhất từ hoạt động của công ty và là người kiểm soát toàn bộ công ty, cam kết trả tiền thay công ty của ông đủ cơ sở để xuyên thủng màng pháp nhân và buộc ông phải chịu trách nhiệm cá nhân¹¹⁵. Trong mối quan hệ giữa công ty mẹ với công ty con, nếu công ty mẹ kiểm soát công ty con làm mất tính độc lập của công ty con thì Tòa án cũng sẽ áp dụng học thuyết “xuyên thủng màng pháp nhân”. Tuy nhiên, việc công ty mẹ và công ty con có cùng thành viên Hội đồng quản trị và người điều hành chưa đủ cơ sở để xuyên thủng màng pháp nhân¹¹⁶.

(5) Tòa án áp dụng học thuyết “bản sao” (alter-ego theory). Theo đó, Tòa án sẽ “xuyên thủng màng pháp nhân” và buộc cổ đông phải chịu trách nhiệm cá nhân nếu thấy rằng công ty thực chất không phải là một chủ thể độc lập mà chỉ là công cụ của một cổ đông hoặc một nhóm cổ đông kiểm soát công ty. Trong vụ *In re Aqua Clear Technologies, Inc.*, 361 Bankr. 567 (S.D.Fla. 2007): “Harvey và Barbara Jacobson sở hữu Công ty Aqua Clear Technologies, Inc lắp đặt và cung cấp dịch vụ cho hệ thống làm mềm nước sinh hoạt. Jacobson thường xuyên lấy quỹ của công ty để chi trả cho mục đích cá nhân bao gồm tiền nhà, xe, phí bảo hiểm và thẻ tín dụng. Ba tuần sau khi Aqua nộp hồ sơ phá sản, Harvey thành lập một công ty mới tên là Discount Water Services, Inc. Discount sử dụng thiết bị và sáng chế của Aqua mà không mua và tiếp tục cung cấp dịch vụ hệ thống làm mềm nước

¹¹⁵Dẫn theo Jesse H. Choper & Melvin A. Eisenberg, *Corporations - Gilbert Law Summaries, Fifteen Edition*, Thomson Bar/Bri, 2005, tr. 35.

¹¹⁶Vụ *Judson Atkinson Candies Inc v. Latini Hohberger Dhimantec* 529 F.3d 371, 380 (7th Cir. 2008).

sinh hoạt cho khách hàng của Aqua. Người được ủy thác (trustee) được bổ nhiệm để tiến hành thủ tục phá sản Aqua yêu cầu thu hồi tài sản của Aqua với cơ sở rằng Discount chỉ là bản sao của Aqua. Tòa án quyết định rằng Discount chỉ đơn giản là sự tiếp tục của Aqua với tên mới và vì vậy buộc Discount chịu trách nhiệm cho các yêu cầu thu hồi tài sản của Aqua trong vụ phá sản (tổng giá trị là 108.732,64 USD)¹¹⁷.

Ngoài các trường hợp đã nêu trên, trong trường hợp công ty được sử dụng để thực hiện hành vi lừa đảo, lẩn tránh nghĩa vụ pháp lý theo quy định của pháp luật hoặc theo hợp đồng... Tòa án có thể xem xét áp dụng học thuyết “xuyên thủng màng pháp nhân”.

5.2. Pháp luật về tài chính doanh nghiệp của Hoa Kỳ

Pháp luật về tài chính doanh nghiệp điều chỉnh các quan hệ về cấu trúc vốn, phương thức huy động vốn và vấn đề phân bổ lợi nhuận. Các vấn đề về tài chính doanh nghiệp trong các loại hình doanh nghiệp khác chúng tôi đã đề cập một cách khái quát ở phần trên. Do vậy, trong phần này chúng tôi tập trung phân tích các vấn đề pháp lý về tài chính doanh nghiệp trong công ty cổ phần.

5.2.1. Cấu trúc vốn

Công ty cổ phần có cấu trúc vốn bao gồm vốn cổ phần (capital stock) và vốn vay (debts). Vốn vay bao gồm vốn hình thành từ phát hành trái phiếu, vay ngân hàng, các khoản tín dụng thương mại... Trong đó, phát hành trái phiếu là kênh huy động vốn hiệu quả được các doanh nghiệp ở Hoa Kỳ ưa chuộng và được nhà đầu tư quan tâm. Vốn cổ phần được hình thành từ hoạt động phát hành cổ phần.

Trái phiếu: Trái phiếu là một công cụ nợ được phát hành bởi doanh nghiệp hoặc chính quyền xác nhận rằng doanh nghiệp

¹¹⁷Dẫn theo Kenneth W. Clarkson, Roger LeRoy Miller and Frank B. Cross, Business Law Text and Cases - Legal, Ethical, Global, and Corporate Environment, twelfth edition, Cengage Learning, 2011, tr. 768.

hoặc chính quyền nợ một khoản tiền nhất định từ nhà đầu tư và tổ chức phát hành có nghĩa vụ trả nợ cùng với lãi sau một thời hạn nhất định (maturity date). Trái phiếu còn được gọi là chứng khoán có thu nhập cố định vì nghĩa vụ trả nợ gốc và lãi của tổ chức phát hành đối với nhà đầu tư không phụ thuộc vào tình hình kinh doanh của doanh nghiệp. Khi tổ chức phát hành bị giải thể hoặc phá sản, người sở hữu trái phiếu sẽ được ưu tiên thanh toán trước cổ đông. Các nhà làm luật Hoa Kỳ quan niệm trái phiếu là quan hệ hợp đồng vay nợ giữa tổ chức phát hành và nhà đầu tư. Vì vậy, trong lĩnh vực trái phiếu doanh nghiệp, nguồn luật điều chỉnh quan hệ trái phiếu giữa doanh nghiệp phát hành với nhà đầu tư chủ yếu từ án lệ. Năm 1939, Nghị viện Hoa Kỳ ban hành Luật hợp đồng vay tín thác. Theo Luật này, hợp đồng vay giữa tổ chức phát hành và nhà đầu tư trái phiếu được giao kết giữa tổ chức phát hành và tổ chức tín thác. Tổ chức tín thác là người đại diện của tất cả những người sở hữu trái phiếu. Nghĩa vụ truyền thống của tổ chức tín thác là: phân phối lãi, vốn gốc, duy trì danh sách nhà đầu tư, giám sát việc thực hiện các cam kết trong hợp đồng vay, nếu khoản vay có bảo đảm thì quản lý tài sản bảo đảm¹¹⁸. Đầu tư vào trái phiếu được coi là đầu tư mạo hiểm bởi vì rõ ràng nhà đầu tư khó mà có thể đoán biết được các rủi ro có thể xảy ra trong tương lai. Ngoài rủi ro khách quan, còn có thể là rủi ro phát sinh từ chính hành vi của tổ chức phát hành. Vì vậy, trong thực tiễn, hợp đồng vay giữa tổ chức phát hành và nhà đầu tư trái phiếu thường có các cam kết ngăn ngừa rủi ro sự kiện. Cam kết ngăn ngừa rủi ro sự kiện được chia làm hai loại là cam kết chủ động và cam kết thụ động. Cam kết chủ động thường mang tính mệnh lệnh hành chính, ví dụ nghĩa vụ báo cáo định kỳ của con nợ. Cam kết thụ động thường là các điều khoản hạn chế

¹¹⁸Steven L. Schwarcz, Gregory M. Sergi, Bond defaults and dilemma of the indenture trustee, Alabama Law Review Vol. 59:4:1037, 2008, tr. 1044.

vay, hạn chế sử dụng tài sản để bảo đảm cho nghĩa vụ khác¹¹⁹, hạn chế chia cổ tức và thanh toán cho cổ đông, hạn chế sáp nhập hoặc bán tài sản, hạn chế đầu tư... Tổ chức phát hành có nghĩa vụ tuân thủ các cam kết này và có nghĩa vụ báo cáo việc tuân thủ các cam kết này theo quy định của Luật hợp đồng vay tín thác năm 1939 của Hoa Kỳ. Tòa án Hoa Kỳ công nhận hiệu lực của các cam kết hợp pháp, không thực hiện đúng cam kết được coi là vi phạm hợp đồng.

Tổ chức phát hành có nghĩa vụ thiện chí trung thực và vì lợi ích của chủ sở hữu trái phiếu nhưng chỉ giới hạn trong nghĩa vụ thông báo và nghĩa vụ tuân thủ nghiêm chỉnh hợp đồng vay. Vì xuất phát từ quan điểm quan hệ giữa tổ chức phát hành và trái chủ là quan hệ hợp đồng. Do vậy, hợp đồng là công cụ chủ yếu để trái chủ bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình. Cho đến nay, các Tòa án Hoa Kỳ chưa công nhận nghĩa vụ thụ thác của người quản lý công ty đối với trái chủ.

Cổ phần: Cổ phần ghi nhận quyền của cổ đông trong công ty cổ phần. Cổ phần được chia thành cổ phần phổ thông (common stock) và cổ phần ưu đãi (preferred stock). Cổ phần phổ thông không mang cho người sở hữu đặc quyền, đặc lợi nào so với người sở hữu cổ phần khác. Cổ phần phổ thông trao cho cổ đông sở hữu nó ba quyền cơ bản: quyền biểu quyết, quyền được hưởng cổ tức và quyền được nhận lại tài sản từ công ty khi công ty chấm dứt hoạt động. Quyền biểu quyết của cổ đông được thực hiện thông qua họp Đại hội đồng cổ đông để biểu quyết bầu thành viên Hội đồng

¹¹⁹Dù cho vay trước hay sau thì các chủ nợ không bảo đảm có thứ tự ưu tiên ngang nhau và có thứ tự ưu tiên sau chủ nợ có bảo đảm. Như vậy, tài sản của bên vay sẽ được sử dụng để thanh toán nợ của chủ nợ có bảo đảm trước nếu tài sản này là tài sản bảo đảm, sau đó được sử dụng để trả nợ cho chủ nợ không có bảo đảm với thứ tự ưu tiên ngang nhau. Trong nhiều trường hợp tài sản còn lại không đủ để trả toàn bộ nợ cho các chủ nợ không có bảo đảm. Để bảo vệ quyền lợi của mình, chủ nợ thường yêu cầu cam kết không bảo đảm nghĩa vụ bằng tài sản trong các hợp đồng vay nhằm ngăn chặn bên vay xác lập các hợp đồng vay sau đó với bên thứ ba và dùng tài sản của mình để bảo đảm cho nghĩa vụ trả nợ này. Carl S. Bjerre (1999), Secured Transactions inside out: Negative pledge covenants, property and perfection, Cornell Law Review, [Vol. 84:305 1999], tr. 309-31.

quản trị, thông qua những thay đổi căn bản của công ty. Quyền hưởng cổ tức là quyền của cổ đông được phân chia lợi nhuận sau thuế. Tuy nhiên, việc chi trả cổ tức không phải là nghĩa vụ bắt buộc của công ty. Trong nhiều trường hợp công ty không có quyền trả cổ tức cho cổ đông. Nhìn chung, công ty không có nghĩa vụ bảo đảm rằng cổ tức sẽ được chi trả. Quyền nhận lại tài sản từ công ty khi công ty chấm dứt hoạt động được hiểu là khi công ty bị tuyên bố phá sản hoặc bị thanh lý, tài sản còn lại của công ty sau khi đã hoàn thành tất cả các khoản nợ và nghĩa vụ sẽ được phân chia cho cổ đông.

Cổ phần ưu đãi dành cho người sở hữu nó những đặc quyền, đặc lợi hơn so với những cổ đông phổ thông. Người sở hữu cổ phần ưu đãi cũng có các quyền khác như cổ đông phổ thông nhưng thường có một số đặc quyền, đặc lợi hơn so với cổ đông phổ thông và có thể có hoặc không có quyền biểu quyết. Cổ phần ưu đãi cổ tức dành cho người sở hữu quyền hưởng cổ tức ở mức cố định và được trả trước khi cổ tức được phân chia cho cổ đông phổ thông. Cổ phần ưu đãi cổ tức bao gồm cổ phần ưu đãi cộng dồn (cumulative preferred stock) và cổ phần ưu đãi không cộng dồn (non-cumulative preferred stock). Cổ phần ưu đãi cộng dồn là cổ phần ưu đãi cổ tức mà cổ tức chưa được trả trong năm tài chính trước sẽ được cộng dồn vào năm tài chính sau trước khi cổ tức được chia cho cổ đông phổ thông. Cổ phần ưu đãi không cộng dồn là cổ phần ưu đãi cổ tức mà cổ tức chỉ được chi trả khi được tuyên bố bởi Hội đồng quản trị. Và như vậy, cổ tức không được công bố chi trả trong năm tài chính này sẽ không được cộng dồn sang năm tài chính sau. Cổ phần ưu đãi dự phần (participating preferred stock) là cổ phần ưu đãi mang lại cho cổ đông quyền được hưởng cổ tức ưu đãi và cổ tức bổ sung sau khi cổ tức đã được thanh toán cho cổ đông phổ thông. Cổ phần chuyển đổi (convertibles) trao cho người sở hữu nó quyền được chuyển đổi thành một lượng cổ

phần nhất định trong công ty phát hành hoặc công ty khác khi có những điều kiện cụ thể. Ngoài ra còn có những cổ phần ưu đãi khác như cổ phần ưu đãi hoàn lại...

Theo quy định của pháp luật hiện hành của nhiều bang, khi công ty phát hành cổ phần cho cổ đông thì ngược lại cổ đông phải đền bù cho công ty bằng bất kỳ tài sản hữu hình hay vô hình hoặc lợi ích nào đó cho công ty bao gồm tiền mặt, hối phiếu, dịch vụ được thực hiện, hợp đồng dịch vụ hoặc chứng khoán công ty¹²⁰. Tuy nhiên, trước đây trong các án lệ, các nghĩa vụ chưa thực hiện (executory promises) không được sử dụng để thanh toán cho cổ phần được phát hành. Vì vậy, nhà đầu tư không được sử dụng hối phiếu không có bảo đảm (unsecured promissory notes) để mua cổ phần. Tuy nhiên, hối phiếu có bảo đảm (secured promissory notes) có thể được sử dụng để thanh toán cho cổ phần và khi đó tài sản bảo đảm được coi là tài sản mà công ty thực sự chiếm hữu¹²¹.

Về nguyên tắc chung, cổ phần phải được bán cho nhà đầu tư với mức giá không thấp hơn mệnh giá (par value). Trong trường hợp, công ty bán cho cổ đông cổ phần với mức giá thấp hơn mệnh giá (watered stock). Trong trường hợp này, nếu như công ty phá sản, chủ nợ có quyền truy đòi cổ đông mua cổ phần dưới mệnh giá phần chênh lệch giữa mệnh giá với giá mà cổ đông đã thực trả. Hiện nay, phần lớn các Tòa án áp dụng học thuyết thông tin sai lệch (misrepresentation theory), chỉ các chủ nợ cấp khoản nợ cho công ty sau thời điểm cổ phần được phát hành mới có quyền truy đòi trách nhiệm của cổ đông. Các Tòa án còn lại áp dụng học thuyết quỹ của các chủ nợ (trust fund theory). Theo học thuyết này, công ty là quỹ của tất cả các chủ nợ nên bất kỳ chủ nợ nào cũng có quyền truy đòi. Ngày nay, nhiều Luật của các bang cũng pháp điển hóa học thuyết này.

¹²⁰ Article 6.21(b) the Revised Model Business Corporation Act.

¹²¹ Jesse H. Choper & Melvin A. Eisenberg, Corporations - Gilbert Law Summaries, Fifteen Edition, Thomson Bar/Bri, 2005, tr. 231.

Hiện nay, tất cả các bang đều cho phép các công ty được phát hành cổ phần không mệnh giá (no-par value shares). Tuy nhiên, hầu hết các bang đều quy định Hội đồng quản trị hoặc Đại hội đồng cổ đông phải xác định mức giá mà công ty nhận được từ nhà đầu tư khi phát hành cổ phần không mệnh giá. Nếu không tuân thủ quy định này, việc phát hành cổ phần không mệnh giá sẽ thuộc trường hợp phát hành cổ phần dưới mệnh giá. Hiện nay, một số bang lại quy định rằng cổ phần có thể được phát hành ở bất kỳ giá nào theo quyết định có tính chất thiện chí, trung thực của Hội đồng quản trị.

Ngoài các quyền đã được phân tích ở trên, cổ phần còn dành cho cổ đông những quyền tài chính dưới đây:

Quyền mua cổ phần (preemptive rights): Cổ đông hiện hữu có quyền mua cổ phần được phát hành mới của công ty theo tỷ lệ sở hữu cổ phần hiện hữu của cổ đông. Phần lớn pháp luật của các bang đi theo hướng quyền mua cổ phần không tồn tại đương nhiên trừ khi được Điều lệ (giấy chứng nhận thành lập) của công ty quy định. Ngoài ra, trong trường hợp công ty chia thành nhiều loại cổ phần thì quyền mua cổ phần chỉ áp dụng đối với cổ phần cùng loại. “Hầu hết các Tòa án kết luận rằng quyền mua cổ phần chỉ áp dụng đối với cổ phần được phát hành bằng tiền mặt, mà không áp dụng cho cổ phần được phát hành bằng tài sản khác hoặc dịch vụ cá nhân. Lý do: Điều quan trọng là chấp nhận công ty tiếp nhận những tài sản hoặc dịch vụ đặc biệt bằng cách phát hành cổ phần hơn là bảo vệ cổ đông nhỏ trước sự pha loãng”¹²². Quyền mua cổ phần của cổ đông được bảo đảm bằng các biện pháp chế tài mà cổ đông có quyền yêu cầu Tòa án áp dụng. Biện pháp chế tài thứ nhất là buộc công ty phải phát hành cổ phần thêm cho cổ đông theo tỷ lệ cổ phần hiện hữu (specific performance). Biện

¹²²Jesse H. Choper & Melvin A. Eisenberg, *Corporations - Gilbert Law Summaries, Fifteen Edition*, Thomson Bar/Bri, 2005, tr. 237.

pháp chế tài thứ hai là buộc bồi thường thiệt hại (damages) trên cơ sở chênh lệch giữa giá đăng ký mua cổ phần phát hành thêm với giá thị trường của cổ phần này. Biện pháp chế tài thứ ba là Tòa án có thể buộc công ty chấm dứt phát hành thêm cổ phần vi phạm quyền mua cổ phần.

Quyền yêu cầu mua lại cổ phần (appraisal rights): Phần lớn pháp luật của các bang đều thừa nhận quyền của cổ đông phản đối việc sáp nhập, hợp nhất hoặc những thay đổi căn bản của công ty, có quyền yêu cầu công ty mua lại cổ phần của mình theo giá thị trường hoặc theo giá công bằng. Điều 1300(a) Bộ luật công ty cổ phần của California có quy định như sau: “Nếu việc tổ chức lại công ty theo khoản (a) và (b) hoặc (e) hoặc (f) của Điều 1201 phải có sự thông qua của các cổ phần hiện hữu, mỗi cổ đông có quyền biểu quyết đối với giao dịch này và mỗi cổ đông của công ty con trong giao dịch sáp nhập giữa công ty mẹ - công ty con (short-form merger) có quyền, tuân theo quy định của chương này, yêu cầu công ty mà cổ đông đang nắm giữ cổ phần mua lại cổ phần theo giá thị trường và thanh toán bằng tiền mặt...”. Luật của bang Delaware áp dụng “giá công bằng” (Điều 262 (a) Luật chung về công ty cổ phần của bang Delaware).

Để thực hiện được quyền yêu cầu công ty mua lại cổ phần, thủ tục mua lại cổ phần được thực hiện như sau:

Bước một, trước khi biểu quyết được tiến hành, cổ đông phải thông báo bằng văn bản đến công ty về ý định bán cổ phần lại cho công ty nếu như giao dịch tổ chức lại có hiệu lực và thể hiện quan điểm không ủng hộ giao dịch tổ chức lại.

Bước hai, nếu như giao dịch tổ chức lại được chấp thuận bởi Đại hội đồng cổ đông, trong thời hạn 10 ngày, kể từ thời điểm giao dịch tổ chức lại được thông qua, công ty phải thông báo bằng văn bản cho cổ đông yêu cầu mua lại cổ phần với các nội dung: (1) Cung cấp mẫu văn bản yêu cầu thanh toán; (2) Xác định địa

điểm mà văn bản yêu cầu thanh toán phải được gửi tới, địa điểm và thời điểm mà cổ phiếu phải được nộp lại; (3) Thông báo cho cổ đông biết về mức hạn chế quyền chuyển nhượng cổ phần sau khi văn bản yêu cầu thanh toán được tiếp nhận; (4) Xác định ngày thanh toán nhưng không ít hơn 40 ngày và không quá 60 ngày kể từ ngày thông báo gửi đến cổ đông được gửi đi; (5) Xác định giá công bằng; (6) Kèm theo là các quy định pháp luật liên quan¹²³.

Bước ba, sau khi nhận được thông báo từ công ty, cổ đông phải gửi yêu cầu thanh toán và nộp lại cổ phiếu cho công ty.

Bước bốn, ngay sau khi giao dịch tổ chức lại được thông qua hoặc ngay sau khi nhận được yêu cầu thanh toán từ cổ đông, công ty phải thanh toán tiền (bao gồm giá công bằng của cổ phần và các khoản lợi ích cộng dồn) cho cổ đông tuân thủ theo đúng thủ tục yêu cầu mua lại cổ phần.

Bước năm, trong trường hợp cổ đông và công ty không thống nhất về giá công bằng thì có quyền yêu cầu Tòa án xác định. Chi phí xác định giá công bằng tại Tòa án (trừ phí luật sư, phí thuê chuyên gia) do công ty chịu, trừ trường hợp Tòa án xét thấy các cổ đông không thiện chí, trung thực. Ngược lại nếu Tòa án xét thấy công ty không thiện chí, trung thực, Tòa án cũng có quyền buộc công ty phải gánh chịu cả chi phí luật sư, chi phí thuê chuyên gia.

5.2.2. Thủ tục phát hành chứng khoán công ty:

Huy động vốn thông qua phát hành chứng khoán là kênh huy động vốn hiệu quả được các doanh nghiệp Hoa Kỳ ưa chuộng.

Pháp luật Hoa Kỳ phân định phát hành chứng khoán theo hai nhóm là phát hành chứng khoán phải đăng ký và phát hành chứng khoán không phải đăng ký.

Trường hợp phát hành chứng khoán phải đăng ký (phương thức phát hành chứng khoán ra công chúng) không được định

¹²³Jesse H. Choper & Melvin A. Eisenberg, Dẫn trên, tr. 275.

nghĩa rõ ràng trong Luật chứng khoán năm 1933. Tuy nhiên, dựa vào Điều 5 của Luật chứng khoán năm 1933 có thể suy ra rằng nếu chứng khoán không thuộc trường hợp không phải đăng ký khi phát hành thì được coi là trường hợp phải đăng ký khi phát hành. Hoa Kỳ áp dụng mô hình công bố thông tin, theo đó, tổ chức phát hành phải nộp bản đăng ký phát hành (registration statement) với Ủy ban Chứng khoán (Securities and Exchange Commission - SEC) và phải cung cấp bản cáo bạch (prospectus) cho tất cả các nhà đầu tư. Bản đăng ký phát hành phải có các nội dung sau: (1) Chứng khoán dự kiến chào bán, bao gồm cả mối quan hệ giữa các chứng khoán này với các chứng khoán khác của người đăng ký; (2) Tình hình tài sản và hoạt động kinh doanh của công ty (bao gồm báo cáo tài chính đã được kiểm toán bởi tổ chức kiểm toán độc lập); (3) Cơ chế quản lý của công ty, bao gồm thù lao quản lý, quyền chọn cổ phiếu, lương hưu và các khoản lợi ích khác. Mọi lợi ích của thành viên Hội đồng quản trị hoặc người điều hành công ty trong các giao dịch lớn với công ty phải được công bố; (4) Kế hoạch sử dụng phần thặng dư có được từ đợt bán chứng khoán; (5) Các vụ kiện tụng và các rủi ro đặc biệt¹²⁴. Trước khi nộp hồ sơ đăng ký, tổ chức phát hành không được bán hoặc chào bán chứng khoán cho bất kỳ nhà đầu tư nào. Trong thời gian chờ đợi, là khoảng thời gian từ khi nộp hồ sơ cho đến khi đăng ký có hiệu lực, tổ chức phát hành không có quyền bán chứng khoán mà chỉ được chào bán chứng khoán. Tuy nhiên, hình thức chào bán chứng khoán cũng bị giới hạn.

Sau hai mươi ngày, kể từ thời điểm nộp hồ sơ đăng ký, hoặc một thời hạn ngắn hơn theo quyết định của SEC, đăng ký phát hành chứng khoán ra công chúng đương nhiên có hiệu lực trừ trường hợp SEC không chấp nhận thông tin được cung cấp trong hồ sơ. Kể từ thời điểm đăng ký có hiệu lực, tổ chức phát hành được quyền chào bán và bán chứng khoán.

¹²⁴Kenneth W. Clarkson, Roger LeRoy Miller and Frank B. Cross, *Business Law Text and Cases - Legal, Ethical, Global, and Corporate Environment*, twelfth edition, Cengage Learning, 2011, tr. 815.

Năm 2005, SEC ban hành quy chế sửa đổi quy trình chào bán chứng khoán, theo đó tổ chức phát hành có uy tín (well-known seasoned issuers) được áp dụng thủ tục tự đăng ký phát hành (self registration statement). Theo quy định này, việc đăng ký có hiệu lực ngay từ thời điểm hồ sơ được nộp cho SEC mà không cần phải chờ 20 ngày để SEC xem xét và chấp thuận hồ sơ. Theo Quy chế 405 Luật chứng khoán¹²⁵, tổ chức phát hành có uy tín là tổ chức đáp ứng yêu cầu về Mẫu S-3 hoặc F-3¹²⁶ và có một trong những tiêu chí sau: (1) Trong thời hạn 60 ngày tính từ ngày xem xét, có tổng giá trị thị trường của cổ phần phổ thông có quyền biểu quyết và không có quyền biểu quyết trên toàn cầu được sở hữu bởi các chủ thể không liên kết ít nhất 700 tỷ USD; (2) Trong phạm vi 60 ngày tính từ ngày xem xét, trong 03 năm gần nhất, ngoài cổ phần, đã phát hành ít nhất 01 tỷ giá trị gốc cộng dồn của chứng khoán không chuyển đổi, chào bán để thu tiền mặt mà không phải là trao đổi và đã được đăng ký theo Luật chứng khoán. Ngoài ra, tổ chức phát hành này không thuộc trường hợp không đủ điều kiện phát hành (ineligible issuer), ví dụ không thuộc trường hợp phạm tội theo Điều 15 Luật giao dịch chứng khoán hoặc không vi phạm các quy định về chống lừa đảo trong các Luật chứng khoán Liên bang...

Trường hợp phát hành chứng khoán không phải đăng ký: Pháp luật Hoa Kỳ chia thành chứng khoán không phải đăng ký và giao dịch phát hành chứng khoán không phải đăng ký.

Chứng khoán phát hành không phải đăng ký với SEC bao gồm: (i) Chứng khoán Chính phủ; (ii) Chứng khoán của các ngân hàng và các định chế tài chính (được quản lý bởi các cơ quan quản lý nhà nước về ngân hàng); (iii) Các giấy tờ có giá ngắn hạn như các công cụ chuyển nhượng (negotiable instruments) mà thời hạn đáo hạn không quá 09 tháng; (iv) Chứng khoán của các tổ chức

¹²⁵17 CFR PARTS 200, 228, 229, 230, 239, 240, 243, 249 & 274.

¹²⁶Có nghĩa là tổ chức này thuộc trường hợp có nghĩa vụ báo cáo theo luật giao dịch chứng khoán.

từ thiện, các cơ sở giáo dục; (v) Chứng khoán được phát hành bởi các nhà vận tải công cộng (các công ty xe lửa và vận tải); (vi) Bất kỳ hợp đồng bảo hiểm, bảo hiểm nhân thọ hoặc hợp đồng đầu tư trả tiền định kỳ phát hành bởi các công ty bảo hiểm do bang quản lý; (vii) Chứng khoán được phát hành trong giao dịch tổ chức lại doanh nghiệp, theo đó, chứng khoán của một bên được phát hành để hoán đổi với chứng khoán của bên còn lại hoặc trong quá trình phá sản; (viii) Chứng khoán được phát hành trong trường hợp chia, tách cổ phần.

Giao dịch phát hành chứng khoán không phải đăng ký: Chứng khoán phát hành không thuộc trường hợp được miễn trừ đăng ký nhưng tính chất của giao dịch làm cho giao dịch phát hành không phải đăng ký. Các giao dịch phát hành chứng khoán không phải đăng ký bao gồm:

Chào bán theo quy chế A: Quy chế này được đưa nhằm đơn giản hóa thủ tục chào bán cho tổ chức phát hành là các công ty nhỏ (doanh thu hàng năm ít hơn 25 triệu USD). Theo quy chế này, tổ chức phát hành chào bán không quá 5 triệu USD trong vòng 12 tháng được miễn trừ đăng ký.

Chào bán theo Điều 504 Quy chế D: Công ty nhỏ và không phải là công ty đầu tư (không là công ty có hoạt động chính là đầu tư hoặc kinh doanh chứng khoán) chào bán không quá 01 triệu USD trong vòng 12 tháng được miễn đăng ký.

Chào bán riêng lẻ theo Điều 505 Quy chế D: Trường hợp đợt chào bán chứng khoán mà thỏa mãn các điều kiện dưới đây thì không phải đăng ký phát hành: (1) Chào bán không quá 5 triệu USD trong thời hạn 12 tháng; (2) Chào bán cho không quá 35 nhà đầu tư không chuyên; (3) Không được quảng cáo hoặc chào mời rộng rãi ra.

Chào bán riêng lẻ theo Điều 506 Quy chế D với đầy đủ các tiêu chí sau:

(1) Chào bán chứng khoán cho dưới 35 nhà đầu tư không chuyên nhưng không giới hạn số lượng nhà đầu tư chuyên nghiệp. Nhà đầu tư chuyên nghiệp được liệt kê cụ thể tại Điều 501 của Quy chế D như: ngân hàng, tổ chức tiết kiệm và các định chế tài chính tương tự, nhà tự doanh chứng khoán, nhà môi giới chứng khoán, công ty đầu tư, công ty bảo hiểm, công ty phát triển kinh doanh tư nhân... và pháp nhân mà toàn bộ cổ đông là nhà đầu tư được chính thức công nhận. Cá nhân cũng có thể được coi là nhà đầu tư được chính thức công nhận nếu là: Thành viên Hội đồng quản trị, giám đốc hoặc thành viên hợp danh của tổ chức phát hành; cá nhân có thu nhập cá nhân ròng hoặc thu nhập chung với vợ hoặc chồng tại thời điểm mua chứng khoán là trên 1 triệu USD Hoa Kỳ; cá nhân có thu nhập cá nhân hàng năm trên 200.000 USD Hoa Kỳ trong hai năm gần nhất hoặc có thu nhập chung cùng vợ hoặc chồng hàng năm trên 300.000 USD Hoa Kỳ trong hai năm gần nhất và có triển vọng đạt được mức thu nhập trên trong năm hiện tại;

(2) Nhà đầu tư không chuyên phải hoặc tổ chức phát hành phải tin tưởng một cách chính đáng rằng nhà đầu tư không chuyên có kiến thức và đủ kinh nghiệm về vấn đề tài chính và kinh doanh để có khả năng phân tích được những lợi ích và rủi ro của việc đầu tư này. Điều đó có nghĩa rằng nhà đầu tư không chuyên cũng phải là nhà đầu tư có kinh nghiệm (sophisticated investors).

(3) Thời hạn phát hành là 12 tháng và mỗi đợt phát hành phải cách nhau 12 tháng trừ chương trình phát hành cổ phiếu cho nhân viên¹²⁷;

Tháng 4/2012, Nghị viện Hoa Kỳ đã thông qua Luật khuyến khích doanh nghiệp khởi nghiệp (Jumpstart Our Business Startups Act - JOBS)¹²⁸. Mục tiêu của Luật này là giảm thiểu các

¹²⁷ 17 CFR 230.502 (a) nguồn: <http://www.gpo.gov/fdsys/granule/CFR-2011-title17-vol2/CFR-2011-title17-vol2-sec230-501/content-detail.html>.

¹²⁸ <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112hr3606enr/pdf/BILLS-112hr3606enr.pdf>.

yêu cầu pháp lý để giúp các doanh nghiệp huy động vốn trên thị trường vốn một cách thuận lợi. Điều 201(1)(1) của Luật JOBS đã buộc SEC phải bãi bỏ các quy định cấm sử dụng quảng cáo hoặc chào bán rộng rãi trong trường hợp phát hành chứng khoán riêng lẻ theo Điều 506 của Quy chế D miễn rằng chứng khoán chỉ được bán cho nhà đầu tư chuyên nghiệp và tổ chức phát hành phải thực hiện các bước hợp lý nhằm bảo đảm rằng tất cả những người mua đều là nhà đầu tư chuyên nghiệp.

Nhà đầu tư không được bán lại chứng khoán vừa mua từ đợt phát hành riêng lẻ trừ khi đăng ký theo thủ tục luật định hoặc thuộc trường hợp ngoại lệ¹²⁹ (chứng khoán bị hạn chế chuyển nhượng). Như vậy, trong trường hợp muốn bán lại chứng khoán này, nhà đầu tư phải đăng ký với SEC. Quy tắc 144 và 144A đã đưa ra các trường hợp ngoại lệ. Ví dụ Quy tắc 144 quy định người sở hữu chứng khoán bị hạn chế chuyển nhượng trong thời gian ít nhất 06 tháng có quyền bán lại với điều kiện công ty phát hành thuộc trường hợp phải báo cáo theo quy định của Luật giao dịch chứng khoán năm 1934. Nếu công ty phát hành không thuộc trường hợp phải báo cáo theo quy định của Luật giao dịch chứng khoán năm 1934, nhà đầu tư phải sở hữu chứng khoán trong thời gian ít nhất 01 năm thì mới có quyền bán lại. Quy chế 144A cho phép việc bán lại chứng khoán bị hạn chế chuyển nhượng không cùng loại với chứng khoán được niêm yết trên sở giao dịch chứng khoán quốc gia hoặc hệ thống giao dịch tự động giữa các nhà tư doanh chứng khoán cho nhà đầu tư có tổ chức đạt tiêu chuẩn như ngân hàng, công ty đầu tư sở hữu và đầu tư ít nhất 100 triệu USD Hoa Kỳ vào chứng khoán. Ngoài ra, trong trường hợp này, giao dịch bán lại phải thỏa mãn một số điều kiện khác được quy định trong Quy tắc 144A.

¹²⁹ 17 CFR 230.502 (d) nguồn: <http://www.gpo.gov/fdsys/granule/CFR-2011-title17-vol2/CFR-2011-title17-vol2-sec230-501/content-detail.html>.

5.2.3. Phân chia cổ tức

Mặc dù hưởng cổ tức là quyền của cổ đông nhưng đây không phải là quyền tuyệt đối. Tuy công ty có nguồn thu nhập để chi trả cổ tức, nhưng trong những trường hợp nhất định Hội đồng quản trị có quyền không công bố trả cổ tức, miễn rằng quyết định này ngay tình. Nếu xét thấy quyết định không chi trả cổ tức của Hội đồng quản trị không ngay tình hoặc thuộc trường hợp lạm quyền, cổ đông có quyền yêu cầu Tòa án can thiệp. Về nguồn tài chính sử dụng để chi trả cổ tức, pháp luật quy định của các bang là khác nhau. Tuy nhiên, nhìn chung đều theo nguyên tắc bảo toàn vốn, cổ tức phải được phân chia từ nguồn thu nhập của công ty chứ không phải từ vốn của công ty.

5.3. Pháp luật về quản trị doanh nghiệp của Hoa Kỳ

Pháp luật Hoa Kỳ phân định rạch ròi giữa quyền sở hữu và quyền quản lý. Theo đó, cổ đông là người sở hữu công ty nhưng không có quyền trực tiếp quản lý công ty. Hoạt động quản lý công ty được trao cho Hội đồng quản trị và người điều hành công ty. Cổ đông chỉ thực hiện quyền kiểm soát công ty thông qua biểu quyết để bầu hoặc miễn nhiệm thành viên Hội đồng quản trị và thông qua hoặc không thông qua những thay đổi căn bản của công ty.

Hoa Kỳ áp dụng mô hình một hội đồng (one-tier board). Theo mô hình này bộ máy quản lý cao nhất của công ty chỉ có Hội đồng quản trị (board of directors) có hai chức năng là quản lý (management) và giám sát (monitor). Hội đồng quản trị không quản lý công việc hàng ngày mà bổ nhiệm hoặc thuê người điều hành (officers) để thực hiện chức năng quản lý công việc hàng ngày của công ty. Như vậy, trong cấu trúc quản trị của công ty cổ phần ở Hoa Kỳ có Đại hội đồng cổ đông - Hội đồng quản trị - Người điều hành công ty.

Pháp luật điều chỉnh các quan hệ quản trị doanh nghiệp bao gồm các luật về công ty cổ phần của các bang, các án lệ cấp Liên

bang và bang, các luật về chứng khoán, Luật Sarbanes-Oxley 2002¹³⁰, các luật khác và các quy chế do Ủy ban Chứng khoán (SEC) ban hành. Các công ty niêm yết trên các sở giao dịch chứng khoán còn phải tuân thủ các chuẩn mực quản trị doanh nghiệp do các sở giao dịch chứng khoán ban hành. Ví dụ, các công ty đại chúng trên thị trường chứng khoán New York (New York Stock Exchange - NYSE) phải tuân thủ các chuẩn mực quản trị doanh nghiệp rất chặt chẽ của NYSE. Trong việc áp dụng chuẩn mực quản trị doanh nghiệp của tổ chức tự quản như NYSE, các công ty đại chúng buộc phải tuân thủ chuẩn mực quản trị nếu không sẽ không được niêm yết trừ những ngoại lệ do NYSE quy định.

5.3.1. Cổ đông

Quyền quan trọng nhất của cổ đông phổ thông là quyền biểu quyết¹³¹. Cổ đông có quyền biểu quyết để bầu hoặc miễn nhiệm thành viên Hội đồng quản trị và thông qua những thay đổi căn bản của công ty như sửa đổi điều lệ của công ty, sáp nhập hoặc giải thể công ty hoặc bán phần lớn tài sản của công ty. Tuy nhiên, quyền biểu quyết của cổ đông không thực hiện một cách riêng lẻ mà được thực hiện bởi tập thể các cổ đông tại các cuộc họp, gọi là Đại hội đồng cổ đông¹³². Đại hội đồng cổ đông phải được tổ chức thường niên và trong trường hợp cần thiết có thể được tổ chức bất thường. Hội đồng quản trị có quyền triệu tập Đại hội đồng cổ đông. Ngoài ra, một người điều hành cụ thể hoặc một nhóm cổ đông có quyền triệu tập Đại hội đồng cổ đông bất thường. Cuộc họp Đại hội đồng cổ đông chỉ hợp lệ khi có số cổ đông đại diện trên 50% tổng số cổ phần biểu quyết dự họp. Cổ đông có thể trực tiếp biểu

¹³⁰Sarbanes-Oxley Act of 2002 có số hiệu là Pub.L.107-204 ban hành ngày 30/7/2002, được ban hành nhằm tăng cường bảo vệ lợi ích của nhà đầu tư và lấy lại niềm tin của nhà đầu tư sau một loạt các vụ bê bối của Enron, Tyco International, Health South, WorldCom, Adelphia và nhiều công ty lớn khác. Các vụ bê bối này gây thiệt hại cho nhà đầu tư hàng tỷ USD khi giá cổ phiếu của các công ty này bị sụt giảm mạnh.

¹³¹Rất hiếm khi thấy cổ phần ưu đãi dành cho người sở hữu quyền biểu quyết.

¹³²Thuật ngữ “shareholders” hoặc “stockholders” được sử dụng trong các văn bản pháp lý, án lệ hoặc các sách, báo pháp lý của Mỹ trong từng ngữ cảnh cần hiểu là Đại hội đồng cổ đông, để chỉ việc tập thể cổ đông biểu quyết hoặc thực hiện các quyền nhất định của cổ đông.

quyết hoặc ủy quyền cho người khác thay mặt mình biểu quyết tại đại hội đồng cổ đông. Ngoài ra, còn có cơ chế thỏa thuận biểu quyết cổ đông (shareholder voting agreement) theo cơ chế này các cổ đông cùng thỏa thuận trước khi tiến hành đại hội đồng cổ đông về việc biểu quyết theo cách thức nhất định. Cổ đông có thể ủy quyền cho một tổ chức tín thác đại diện mình biểu quyết tại đại hội đồng cổ đông theo hợp đồng ủy thác quyền biểu quyết (voting trust). Khi biểu quyết thông qua một vấn đề nào đó tại cuộc họp Đại hội đồng cổ đông, pháp luật hầu hết các bang của Hoa Kỳ áp dụng nguyên tắc đa số phiếu thường (simple majority), trừ một số trường hợp đặc biệt. Đối với việc bầu thành viên Hội đồng quản trị thì áp dụng nguyên tắc bầu dồn phiếu.

Ngoài quyền biểu quyết, cổ đông còn có quyền tiếp cận thông tin của công ty và đặc biệt pháp luật trao cho cổ đông quyền khởi kiện phá sản. Khi lợi ích của công ty bị xâm hại hoặc đe dọa bởi người thứ ba, Hội đồng quản trị sẽ đại diện công ty khởi kiện người thứ ba. Tuy nhiên, trong một số trường hợp nhất định, Hội đồng quản trị không thực hiện nhiệm vụ này, cổ đông có quyền nhân danh công ty khởi kiện người thứ ba mặc dù về mặt nguyên tắc cổ đông không có tư cách đại diện cho công ty. Vì vậy, quyền này của cổ đông được gọi là quyền khởi kiện phá sản. Quyền khởi kiện phá sản có thể được thực hiện bởi một cổ đông và không phụ thuộc vào số lượng cổ phần mà cổ đông này nắm giữ. Trước khi thực hiện quyền này, cổ đông phải gửi bản yêu cầu bằng văn bản lên Hội đồng quản trị để yêu cầu Hội đồng quản trị tiến hành khởi kiện người thứ ba. Nếu quá 90 ngày kể từ ngày gửi bản yêu cầu mà Hội đồng quản trị không khởi kiện, cổ đông sẽ thực hiện quyền khởi kiện phá sản. Quyền khởi kiện phá sản có ý nghĩa bảo vệ lợi ích của công ty và của cổ đông trong những trường hợp đặc biệt, nhất là khi người có hành vi xâm phạm lợi ích của công ty là thành viên Hội đồng quản trị và/hoặc người điều hành công ty.

Ngoài ra, cổ đông lớn phải có nghĩa vụ thụ thác đối với cổ đông nhỏ. Đây là một quy định rất hiệu quả trong việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của cổ đông nhỏ. Nghĩa vụ này đòi hỏi cổ đông lớn phải vì lợi ích của công ty và cổ đông nhỏ. Trong vụ *Brodie v. Jordan*, 447 Mass. 866, 857 N.E.2d 1076 (2006): “Brodie, Jordan và Barbuto thành lập một công ty cổ phần phi đại chúng để kinh doanh một cửa hàng. Mỗi người sở hữu 1/3 cổ phần của công ty và tất cả đều là thành viên hội đồng quản trị. Brodie làm Chủ tịch công ty trong vòng 12 năm nhưng sau đó một năm đôi lần mới gặp các cổ đông khác. Sau khi xảy ra bất đồng, Brodie yêu cầu công ty mua lại cổ phần nhưng bị từ chối. Vài năm sau, Brodie chết vợ của anh thừa kế số cổ phần của anh trong công ty. Nhưng Jordan và Barbuto từ chối thực hiện việc định giá công ty, không cho cô tiếp cận thông tin cô yêu cầu, không chia cổ tức và từ chối bầu cô làm thành viên hội đồng quản trị. Trong vụ này, Tòa án kết luận rằng các cổ đông lớn đã vi phạm nghĩa vụ vì lợi ích của vợ của Brodie”¹³³.

5.3.2. Hội đồng quản trị

Hội đồng quản trị bao gồm các thành viên Hội đồng quản trị. Pháp luật của các bang không hạn chế số lượng thành viên của Hội đồng quản trị. Đồng thời, pháp luật của các bang cũng không quy định về điều kiện là thành viên Hội đồng quản trị. Vì vậy, thành viên Hội đồng quản trị không nhất thiết phải là cổ đông. Thành viên Hội đồng quản trị do Đại hội đồng cổ đông bầu và miễn nhiệm. Ngoài ra, trong một số trường hợp đặc thù, pháp luật một số bang cho phép Hội đồng quản trị miễn nhiệm thành viên Hội đồng quản trị¹³⁴. Một số bang còn quy định Tòa án cũng

¹³³Kenneth W. Clarkson, Roger LeRoy Miller and Frank B. Cross, Business Law Text and Cases - Legal, Ethical, Global, and Corporate Environment twelfth edition, Cengage Learning, 2011, p.792.

¹³⁴Điều 302 của Bộ luật công ty của California (California Corporation Code) quy định: “Hội đồng quản trị có quyền miễn nhiệm thành viên hội đồng quản trị nếu người này bị tòa án tuyên bố mất năng lực hành vi hoặc bị kết án phạm tội nghiêm trọng”.

có quyền miễn nhiệm thành viên Hội đồng quản trị khi: (1) thành viên Hội đồng quản trị thực hiện các hành vi lừa dối hoặc phạm tội cố ý liên quan đến công ty; (2) vì lợi ích tốt nhất cho công ty. (Điều 10-809 của các luật được điều chỉnh của Arizona (Arizona revised statutes)). Trong trường hợp thành viên Hội đồng quản trị bị khuyết, Hội đồng quản trị hoặc Đại hội đồng cổ đông có quyền bổ sung thành viên mới.

Thành viên Hội đồng quản trị không hoạt động riêng lẻ, không đương nhiên là người đại diện của công ty. Theo nguyên tắc, Hội đồng quản trị hoạt động tập thể và Hội đồng quản trị là đại diện của công ty. Thành viên Hội đồng quản trị thực hiện các nhiệm vụ được giao, tham gia họp, thảo luận và biểu quyết tại Hội đồng quản trị. Mỗi thành viên Hội đồng quản trị có một phiếu biểu quyết có giá trị ngang nhau. Để thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của mình thành viên Hội đồng quản trị có quyền tiếp cận thông tin.

Hội đồng quản trị phải họp định kỳ theo quy định của quy chế của công ty. Hội đồng quản trị cũng có thể họp bất thường. Cuộc họp Hội đồng quản trị được coi là hợp lệ nếu quá nửa số thành viên Hội đồng quản trị dự họp và quyết định của Hội đồng quản trị được thông qua nếu quá nửa số thành viên Hội đồng quản trị biểu quyết thông qua.

Thành viên Hội đồng quản trị được chia thành thành viên Hội đồng quản trị kiêm nhiệm (inside directors) và thành viên Hội đồng quản trị bên ngoài (outside directors). Thành viên Hội đồng quản trị kiêm nhiệm là người vừa là thành viên Hội đồng quản trị đồng thời là người điều hành công ty. Thành viên Hội đồng quản trị bên ngoài là thành viên Hội đồng quản trị không kiêm nhiệm vị trí điều hành công ty. Đối với các công ty cổ phần phi đại chúng, pháp luật các bang không hạn chế về cơ cấu thành

viên Hội đồng quản trị kiêm nhiệm và thành viên Hội đồng quản trị bên ngoài. Tuy nhiên, đối với các công ty đại chúng và một số tổ chức đặc biệt, trong cơ cấu Hội đồng quản trị phải có thành viên Hội đồng quản trị độc lập (independent directors). Tiêu chuẩn của thành viên Hội đồng quản trị độc lập khắt khe hơn so với tiêu chuẩn của thành viên Hội đồng quản trị bên ngoài. Ngoài yếu tố không kiêm nhiệm vị trí điều hành, thành viên Hội đồng quản trị độc lập còn phải đáp ứng các tiêu chí để bảo đảm tính độc lập của thành viên này khi làm nhiệm vụ. Ví dụ, theo Quy chế niêm yết của Sở giao dịch chứng khoán New York¹³⁵, một thành viên Hội đồng quản trị chỉ được coi là thành viên Hội đồng quản trị độc lập nếu không thuộc một trong các trường hợp sau: (1) đang là người quản lý hoặc người lao động của công ty; (2) trong phạm vi ba năm trước đó đã làm việc cho công ty trừ hợp đồng lao động trước đó để đảm nhiệm vị trí người quản lý lâm thời (hợp đồng lao động tạm thời không quá 01 năm); (3) Thành viên Hội đồng quản trị nhận hoặc có người thân nhận mức thù lao trên 120.000 USD từ công ty trong thời hạn 12 tháng liên tục trước khi xem xét tính độc lập của thành viên này trừ: (a) thù lao trả cho hoạt động của Hội đồng quản trị hoặc ban chuyên môn của Hội đồng quản trị; (b) thù lao trả cho người thân của thành viên Hội đồng quản trị là người lao động của công ty (không phải là người quản lý); (c) thù lao trả cho vị trí người quản lý lâm thời trước đó (với điều kiện hợp đồng lao động tạm thời không quá một năm); được hưởng trợ cấp từ chương trình hưu trí hưởng ưu đãi thuế hoặc thù lao độc lập (4) Là người thân của cá nhân là người quản lý của công ty trong phạm vi ba năm trước đó; (5) Thành viên Hội đồng quản trị hoặc người thân là thành viên hợp danh, cổ đông kiểm soát hoặc người

¹³⁵Original Listing Requirements:

<http://wallstreet.cch.com/MKTTools/PlatformViewer.asp?selectednode=chp%5F1%5F1%5F4&manual=%2Fmkt%2FCompanyGuide%2Fmkr%2Dcompany%2Dguide%2F>

quản lý của bất kỳ tổ chức nào mà công ty trả hoặc nhận thanh toán (trừ các khoản phát sinh chỉ từ đầu tư vào chứng khoán của công ty hoặc các khoản thanh toán theo chương trình đóng góp từ thiện độc lập) mà khoản thanh toán đó trên 5% doanh thu thuần hàng năm của tổ chức hoặc trên 200.000 USD phụ thuộc vào con số nào lớn hơn trong ba năm tài chính gần nhất; (6) Thành viên Hội đồng quản trị hoặc người thân là người quản lý của bất kỳ tổ chức nào mà tại bất kỳ thời điểm nào trong ba năm tài chính liên tiếp bất kỳ người quản lý nào của công ty là thành viên ban chính sách thù lao của tổ chức đó; (7) Thành viên Hội đồng quản trị hoặc người thân là thành viên hợp danh của công ty kiểm toán bên ngoài của công ty hoặc là đã từng là thành viên hợp danh hoặc nhân viên của công ty kiểm toán bên ngoài của công ty đã từng cung cấp dịch vụ kiểm toán cho công ty tại bất kỳ thời điểm nào trong ba năm trước đó. Cũng theo Quy chế này, số thành viên Hội đồng quản trị độc lập phải chiếm trên 50% tổng số thành viên Hội đồng quản trị trong công ty đại chúng.

Người nắm vai trò tổ chức và điều phối các cuộc họp Hội đồng quản trị là Chủ tịch Hội đồng quản trị. Pháp luật Hoa Kỳ không cấm Chủ tịch Hội đồng quản trị kiêm nhiệm chức danh Tổng giám đốc công ty (Chief Executive Officer - CEO). Tuy nhiên, Điều 14B Luật chứng khoán năm 1933 yêu cầu công ty đại chúng phải giải trình với nhà đầu tư về việc Chủ tịch Hội đồng quản trị kiêm nhiệm hay không kiêm nhiệm Tổng giám đốc.

Đối với các công ty cổ phần phi đại chúng Hội đồng quản trị có toàn quyền quyết định thành lập các ban chuyên môn gồm một số hoặc một số thành viên Hội đồng quản trị để thực hiện các công việc chuyên môn do Hội đồng quản trị giao. Thực tiễn cho thấy, các công ty cổ phần ở Hoa Kỳ thường có các ban chuyên môn sau: Ban kiểm toán, Ban đề cử và Ban thù lao. Ban kiểm toán có

nhiệm vụ giám sát các công việc kiểm toán đối với công ty. Điều 301 Luật Sarbanes-Oxley bắt buộc các công ty đại chúng phải có Ban kiểm toán nếu không chứng khoán của công ty này sẽ không được niêm yết tại các sở giao dịch chứng khoán hoặc các tổ chức thị trường chứng khoán. Ban đề cử có nhiệm vụ đề cử ứng cử viên để bầu thành viên Hội đồng quản trị. Ban thù lao có nhiệm vụ xem xét và quyết định chính sách lương, thưởng, quyền chọn mua cổ phần và các lợi ích khác dành cho những người quản lý cấp cao của công ty.

5.3.3. Người điều hành công ty

Người điều hành công ty bao gồm Tổng giám đốc (CEO), Chủ tịch công ty (President), Phó Chủ tịch công ty (Vice President), Giám đốc tài chính (Chief Finance Officer)... là những người trực tiếp điều hành các hoạt động hàng ngày của công ty theo lĩnh vực chuyên môn được phân công. Tổng giám đốc, Chủ tịch công ty là người điều hành công việc chung của công ty và là người điều hành cao nhất của công ty. Các chức danh điều hành khác thực hiện nhiệm vụ điều hành theo nhiệm vụ chuyên môn được giao. Người điều hành công ty chủ yếu hoạt động theo tính chất cá nhân và là người đại diện của công ty trong phạm vi thẩm quyền được giao. Hội đồng quản trị bổ nhiệm hoặc thuê người điều hành cao cấp. Hoạt động của người điều hành chịu sự giám sát của Hội đồng quản trị. Tuy nhiên, trên thực tiễn người điều hành công ty mới là người thực tế quản lý công ty. Bởi vì tài sản, thông tin và các nguồn tài nguyên khác của công ty nằm dưới sự quản lý của người điều hành công ty. Để thực hiện được chức năng giám sát, Hội đồng quản trị cần thông tin, nhưng nguồn thông tin chủ yếu được cung cấp bởi người điều hành.

**Hộp 1: Thành viên Hội đồng quản trị của WorldCom
không bảo đảm tính độc lập¹³⁶**

Từ năm 2002, Hội đồng quản trị của WorldCom gồm hầu hết là những chủ sở hữu, người điều hành hoặc thành viên Hội đồng quản trị của các công ty mà WorldCom đã thôn tính từ thập kỷ trước. Và như vậy lợi ích tài chính của họ gắn liền với những thương vụ do Tổng giám đốc Ebbers khởi xướng và hầu như là họ chấp nhận phương án do Ebbers đưa ra. Các thành viên Hội đồng quản trị độc lập, với số lượng hạn chế, ít hoặc không tham gia vào các hoạt động kinh doanh của công ty ngoài tham dự các cuộc họp Hội đồng quản trị. Do vậy thông tin của họ nhận được thường là những thông tin đã được bộ máy điều hành bóp méo. Chính vì vậy, Hội đồng quản trị đã không thể kiểm soát được những việc làm của bộ máy điều hành của công ty dẫn đến vụ bê bối kế toán lớn nhất trong lịch sử nước Hoa Kỳ.

5.3.4. Nghĩa vụ của người quản lý công ty

Các Tòa án Hoa Kỳ đều tiếp cận mối quan hệ giữa người quản lý công ty (bao gồm thành viên Hội đồng quản trị và người điều hành công ty) với công ty và cổ đông công ty (toàn bộ) là quan hệ thụ thác. Trong đó công ty và cổ đông công ty là người ủy thác còn người quản lý công ty là người thụ thác. Vì vậy, người quản lý công ty có nghĩa vụ thụ thác đối với công ty và cổ đông công ty, với hai nghĩa vụ căn bản là nghĩa vụ trung thành và nghĩa vụ cẩn trọng.

“Nghĩa vụ cẩn trọng theo pháp luật của bang Delaware đòi hỏi thành viên Hội đồng quản trị phải cẩn trọng ở mức độ mà một người cẩn thận trung bình sẽ thực hiện trong tình huống tương tự và phải xem xét mọi thông tin hợp lý sẵn có khi ra quyết định. Định nghĩa này ngụ ý rằng việc xem xét nghĩa vụ cẩn trọng là xét đến tiêu chuẩn ngăn ngừa vi phạm do lỗi vô ý (cụ thể là tiêu chuẩn của “thành viên Hội đồng quản trị miễn cán)”¹³⁷. Như vậy

¹³⁶Thông tin lấy từ Report of Investigation by the Special Investigative Committee of the Board of Directors of WorldCom, Inc, source:

http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/723527/000093176303001862/dex991.htm#ex991902_1.

¹³⁷Wendi J. Powell, Corporate governance and fiduciary duty: The “Mickey mouse rule” or legal consistency, protection of shareholder expectations, and balanced director autonomy, *George Mason Law Review* Vol. 14:3, 2007, tr. 803.

nghĩa vụ cẩn trọng đòi hỏi người quản lý công ty phải thực hiện công việc một cách thiện chí, trung thực với sự cẩn trọng hợp lý mà một người cẩn trọng trung bình sẽ thực hiện trong cùng hoàn cảnh vì lợi ích tốt nhất của công ty. Người quản lý công ty vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng mà gây thiệt hại cho công ty thì phải chịu trách nhiệm bồi thường cho công ty.

Người quản lý công ty phải có được thông tin về các vấn đề của công ty và phải điều tra, thảo luận, nghiên cứu, đánh giá thông tin một cách hợp lý trước khi ra quyết định. Người quản lý công ty không được ra quyết định khi không có đầy đủ thông tin. Pháp luật thừa nhận, người quản lý công ty được dựa vào thông tin được cung cấp bởi những người có thẩm quyền (như giám đốc tài chính, nhân viên kế toán được giao quyền...), các chuyên gia, luật sư, ban chuyên môn của Hội đồng quản trị. Sự tin tưởng phải hợp lý và ngay tình. Nếu người quản lý công ty ra quyết định vì tin tưởng hợp lý và ngay tình vào các nguồn thông tin kể trên mà gây thiệt hại cho công ty thì được miễn trừ trách nhiệm dù sau đó thông tin được cung cấp được chứng minh là không chính xác. Như vậy, nếu người quản lý công ty mà ra quyết định mà không dựa vào thông tin đầy đủ được coi là vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng và phải bồi thường cho công ty nếu quyết định này gây thiệt hại cho công ty. Khi Hội đồng quản trị ra quyết định thuộc trường hợp vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng, thành viên Hội đồng quản trị nào thông qua quyết định này phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại. Thành viên Hội đồng quản trị phản đối và ý kiến phản đối được ghi trong biên bản họp Hội đồng quản trị được miễn trừ trách nhiệm.

Vì Hội đồng quản trị có chức năng giám sát nên thành viên Hội đồng quản trị có nghĩa vụ giám sát hoạt động của người điều hành công ty và người lao động một cách cẩn trọng.

Như vậy, nghĩa vụ cẩn trọng đòi hỏi thành viên Hội đồng quản trị phải làm việc một cách cẩn thận, cẩn trọng vì lợi ích tốt

nhất của công ty. Tuy nhiên, thành viên Hội đồng quản trị không phải là một nhà bảo hiểm rủi ro. Có nghĩa rằng trong nhiều trường hợp, thành viên Hội đồng quản trị ra một quyết định, mặc dù đã rất cẩn trọng, suy xét kỹ càng nhưng quyết định đó vẫn gây thiệt hại cho công ty. Để bảo đảm thành viên Hội đồng quản trị dám mạo hiểm với các quyết định kinh doanh của mình, án lệ các bang phát triển học thuyết “quy tắc quyết định kinh doanh” (business judgment rule). Trong vụ *Caremark International Inc. Derivative Litigation*, 689, A.2d 959 (Del. 1996), Tòa án nhận định: “Việc tuân thủ nghĩa vụ cẩn trọng của thành viên Hội đồng quản trị không thể xem xét một cách chính xác chỉ qua nội dung của quyết định của Hội đồng quản trị gây ra thiệt hại cho công ty mà không xem xét đến sự trung thực hoặc sự hợp lý của quy trình thông qua quyết định. Nghĩa là, việc thẩm phán hoặc bồi thẩm xem xét những vấn đề đằng sau những chứng cứ, tin rằng quyết định thực sự sai lầm, hoặc mức độ sai lầm từ “ngớ ngẩn” đến “quá tệ” hoặc “phi lý”, không cung cấp đủ cơ sở để buộc trách nhiệm của thành viên Hội đồng quản trị, như vậy Tòa án xác định rằng quy trình thực hiện hoặc là hợp lý hoặc là được thực hiện với một nỗ lực ngay tình để tăng lợi ích của công ty”¹³⁸. Quy tắc quyết định kinh doanh được áp dụng để miễn trừ trách nhiệm cho thành viên Hội đồng quản trị/người điều hành công ty nếu: (i) Thành viên Hội đồng quản trị/người điều hành công ty thực hiện các bước hợp lý để thu thập đầy đủ thông tin về vấn đề cần giải quyết; (ii) Thành viên Hội đồng quản trị/người điều hành công ty có đủ cơ sở hợp lý để ra quyết định; và (iii) Không có xung đột lợi ích giữa người quản lý công ty với công ty.

Nghĩa vụ trung thành: Trong mối quan hệ giữa công ty với người quản lý công ty luôn tiềm tàng xung đột lợi ích. Nghĩa vụ

¹³⁸Jesse H. Choper & Melvin A. Eisenberg, *Corporations*, gilbert law summaries, fifteenth edition, Thomson Bar/Bri, 2005, tr.73.

trung thành đòi hỏi người quản lý công ty phải ưu tiên lợi ích của công ty trước lợi ích cá nhân của người quản lý công ty. Cụ thể, nghĩa vụ trung thành được thể hiện trong các giao dịch tư lợi, không cạnh tranh với công ty, không sử dụng cơ hội, tài sản, bí mật kinh doanh của công ty vì mục đích riêng và vấn đề thù lao của người quản lý công ty.

Về giao dịch tư lợi, pháp luật Hoa Kỳ theo xu hướng áp dụng nguyên tắc công bằng. Theo đó, giao dịch tư lợi giữa người quản lý công ty với công ty không bị cấm nhưng phải bảo đảm sự công bằng với công ty. Trong vụ *Abeles v. Adams Eng'g Co.*, 173 A.2d 246, 255 (N.J. 1961), Tòa án kết luận: “Hợp đồng giữa công ty với thành viên hội đồng quản trị mà không được Đại hội đồng cổ đông phê chuẩn không có hiệu lực trừ khi hợp đồng này thể hiện sự trung thực, công bằng và hợp lý”¹³⁹. Theo pháp luật của các bang, người quản lý công ty có lợi ích riêng có nghĩa vụ công bố đầy đủ thông tin về giao dịch tư lợi cho Hội đồng quản trị bao gồm các thành viên không có lợi ích riêng liên quan đến giao dịch này. Vi phạm nghĩa vụ công bố được coi là giao dịch tư lợi không công bằng với công ty. Đại hội đồng cổ đông hoặc Hội đồng quản trị có thẩm quyền phê chuẩn giao dịch tư lợi. Người có lợi ích liên quan không có quyền biểu quyết. Mặc dù giao dịch tư lợi được phê chuẩn nhưng nếu nó không công bằng đối với công ty thì vẫn có thể bị tuyên bố vô hiệu theo quyết định của công ty trừ khi giao dịch tư lợi được tất cả các cổ đông thông qua.

Pháp luật của các bang cũng không cho phép người quản lý công ty sử dụng cơ hội, tài sản của công ty cho mục đích cá nhân. Trong vụ *Guth v. Loft, Inc.* 5 A.2d 503 (Del. 1939), Tòa án bang Delaware - Hoa Kỳ nhận định “Rõ ràng là khi một cơ hội kinh doanh đến với người quản lý công ty với tư cách cá nhân hơn là

¹³⁹David Kershaw, The path of corporate fiduciary law, N.Y.U. Journal of Law & Business, Vol. 8, 2012, tr. 395 - tr. 485, tr. 455.

tư cách của người quản lý và cơ hội không thuộc về công ty xuất phát từ bản chất của công ty, công ty không có lợi ích hoặc kỳ vọng ở cơ hội này, vì vậy người quản lý công ty có quyền sử dụng cơ hội này, miễn rằng người quản lý công ty chưa sử dụng nguồn lực của công ty một cách không chính đáng vào cơ hội này”. Tòa án tiếp tục nhận định: “Mặt khác, cũng cần khẳng định một cách công bằng rằng, nếu có một cơ hội kinh doanh được đưa ra cho người quản lý công ty mà công ty có khả năng tài chính để tiếp nhận, về mặt bản chất cơ hội này nằm trong phạm vi kinh doanh của công ty và về mặt thực tế cơ hội này công ty có thể tận dụng được, thì trường hợp này được coi là công ty có lợi ích hoặc kỳ vọng hợp lý, và bằng việc nắm bắt cơ hội này, người quản lý công ty được coi là xung đột lợi ích với công ty, vì vậy, luật không cho phép người quản lý công ty nắm bắt cơ hội cho riêng mình”.

5.3.5. Vấn đề kiểm soát thông tin tài chính

Đối với công ty đại chúng, cơ chế kiểm soát thông tin tài chính phải tuân theo Luật Sarbanes-Oxley năm 2002. Theo quy định của Luật Sarbanes-Oxley, báo cáo tài chính phải được xác nhận bởi Tổng giám đốc (tương đương) và giám đốc tài chính. Tổng giám đốc và Giám đốc tài chính phải xác nhận rằng báo cáo tài chính tuân thủ đầy đủ các quy định của pháp luật, các thông tin trong báo cáo tài chính là chính xác và trung thực. Ngoài ra, Tổng giám đốc và Giám đốc tài chính phải bảo đảm rằng công ty đã thiết lập hệ thống kiểm soát nội bộ. Quy định này nhằm ràng buộc trách nhiệm của Tổng giám đốc và Giám đốc tài chính về độ tin cậy của báo cáo tài chính. Điều 906(c)(1) Luật Sarbanes-Oxley năm 2002 quy định về việc phạt 2 triệu USD hoặc phạt tù đến 10 năm hoặc áp dụng cả hai đối với Tổng giám đốc và Giám đốc tài chính xác nhận vào báo cáo tài chính mà biết rằng báo cáo tài chính không tuân thủ theo quy định của Luật giao dịch chứng khoán năm 1934 nhằm bảo vệ nhà đầu tư và bảo đảm giao

dịch chứng khoán ngay thẳng. Ngoài ra, nếu báo cáo tài chính bị buộc phải sửa lại vì vi phạm nghiêm trọng quy định về báo cáo tài chính, công ty đại chúng có quyền thu hồi lại phần chênh lệch giữa khoản thù lao có tính chất khuyến khích (bao gồm cả quyền chọn mua cổ phiếu) được trả cho người quản lý kể cả đương nhiệm hoặc đã mãn nhiệm, trên cơ sở số liệu sai trong thời hạn 03 năm trước thời điểm báo cáo tài chính bị buộc phải sửa, với mức mà người quản lý đáng lẽ chỉ được hưởng theo báo cáo tài chính¹⁴⁰.

Theo quy định của Luật này, cứ mỗi năm tài chính, công ty phải đánh giá hiệu quả hoạt động kiểm soát nội bộ đối với báo cáo tài chính. Luật cũng buộc báo cáo đánh giá kiểm soát nội bộ được lập bởi bộ máy điều hành của công ty phải được xác nhận bởi kiểm toán, đồng thời kiểm toán cũng phải có báo cáo đối với đánh giá về kiểm soát nội bộ của bộ máy điều hành của công ty. Xác nhận phải phù hợp với tiêu chuẩn do hội đồng quản trị ban hành. Như vậy kiểm toán là khâu không thể thiếu trong quy trình kiểm soát nội bộ. Mục đích của cơ chế kiểm soát nội bộ là nhằm bảo đảm báo cáo tài chính được chính xác và đúng hạn. Tuy nhiên, các “công ty đại chúng với giá trị vốn hóa trên thị trường, hoặc cổ phiếu thả nổi trên thị trường thấp hơn 75 triệu USD không cần thiết phải có báo cáo kiểm toán đối với đánh giá về kiểm soát nội bộ của bộ máy điều hành của công ty”¹⁴¹.

Theo quy chế niêm yết của NYSE thì công ty đại chúng niêm yết tại NYSE phải có ban kiểm toán gồm ít nhất ba thành viên là các thành viên Hội đồng quản trị độc lập. Điều 10A(3)(b) của Luật giao dịch chứng khoán năm 1934: “(i) Không nhận bất kỳ phí tư vấn hoặc phí có tính chất thù lao nào từ công ty; hoặc (ii) không phải là người liên quan của công ty hoặc công ty con của nó”. Thành viên Ban kiểm toán phải chưa từng tham gia chuẩn

¹⁴⁰Xem Điều 954 Luật Dodd-Frank.

¹⁴¹Kenneth W. Clarkson, Roger LeRoy Miller and Frank B. Cross, Business Law Text and Cases - Legal, Ethical, Global, and Corporate Environment twelfth edition, Cengage Learning, 2011, tr.831.

bị báo cáo tài chính của công ty hoặc công ty con tại bất kỳ thời điểm nào trong ba năm trước đó. Điều 407 Luật Sarbanes-Oxley quy định trong cơ cấu của ban kiểm toán cần có một thành viên là một chuyên gia tài chính. Tuy nhiên, công ty không bắt buộc phải tuân thủ theo quy định này nhưng phải giải trình theo quy định của SEC nếu không tuân thủ. Ngoài ra, NYSE yêu cầu tất cả các thành viên của Ban kiểm toán phải có khả năng đọc và hiểu được những báo cáo tài chính cơ bản bao gồm bảng cân đối kế toán, báo cáo thu nhập và báo cáo lưu chuyển tiền tệ. Đối với công ty nhỏ thì chỉ phải lập ban kiểm toán với ít nhất hai thành viên trong đó chỉ cần một thành viên là thành viên Hội đồng quản trị độc lập. Theo quy định của NYSE thì Ban kiểm toán phải họp ít nhất mỗi quý một lần trừ trường hợp ngoại lệ do NYSE quy định.

Ban kiểm toán chịu trách nhiệm trực tiếp chỉ định, trả thù lao và kiểm soát hoạt động cung cấp dịch vụ của công ty kiểm toán. Ban kiểm toán được công ty cấp ngân sách để chi trả cho việc thuê kiểm toán và tư vấn. Ban kiểm toán có trách nhiệm nhận, lưu trữ và giải quyết các khiếu nại liên quan đến các vấn đề kế toán, kiểm soát nội bộ hoặc kiểm toán gửi đến công ty. Ban kiểm toán cũng phải giải quyết các thư nặc danh liên quan đến vấn đề kế toán hoặc kiểm toán được gửi đến bởi người lao động.

5.4. Pháp luật về tổ chức lại, giải thể và chấm dứt hoạt động của công ty

5.4.1. Tổ chức lại doanh nghiệp

Tổ chức lại doanh nghiệp bao gồm sáp nhập, hợp nhất, bán toàn bộ tài sản, chia, tách doanh nghiệp. Các giao dịch này được điều chỉnh chủ yếu bởi án lệ và các luật của các bang.

Hợp nhất (consolidation) là trường hợp hai hoặc nhiều công ty kết hợp lại với nhau dẫn đến các công ty bị hợp nhất chấm dứt tồn tại và công ty hợp nhất ra đời. Công ty hợp nhất sẽ kế thừa toàn bộ tài sản, quyền, nghĩa vụ của hai công ty bị hợp nhất.

Sáp nhập (merger) là trường hợp một hoặc nhiều công ty sáp nhập vào một công ty. Kết quả là các công ty bị sáp nhập chấm dứt tồn tại. Công ty nhận sáp nhập kế thừa toàn bộ tài sản, quyền và nghĩa vụ của các công ty bị sáp nhập.

Trong trường hợp hợp nhất và sáp nhập, công ty hợp nhất hoặc nhận sáp nhập sẽ phát hành cổ phần hoặc thanh toán bằng tiền hoặc tài sản cho cổ đông của công ty bị hợp nhất hoặc sáp nhập hoặc công ty bị hợp nhất hoặc sáp nhập.

Trao đổi cổ phần (share exchange): Một số hoặc toàn bộ cổ phần của một công ty được đổi với một số hoặc toàn bộ cổ phần của công ty khác. Sau khi hoán đổi cả hai công ty vẫn tồn tại. Thông qua giao dịch trao đổi cổ phần, quan hệ công ty mẹ - công ty con giữa hai công ty có thể được xác lập.

Sáp nhập giữa công ty mẹ - công ty con (short-form mergers): Giao dịch sáp nhập công ty con vào công ty mẹ nắm giữ ít nhất 90% tổng số cổ phần hiện hữu của công ty con. Giao dịch này không cần thiết phải có sự phê chuẩn của Hội đồng quản trị của công ty con. Giao dịch này cũng không cần có sự phê chuẩn của Đại hội đồng cổ đông của cả hai công ty. Trong giao dịch sáp nhập này, cổ đông công ty mẹ không có quyền yêu cầu công ty mua lại cổ phần.

Các bang khác nhau có các quy định khác nhau về thủ tục pháp lý liên quan đến hợp nhất, sáp nhập và trao đổi cổ phần. Nhưng nhìn chung thủ tục pháp lý của các giao dịch hợp nhất, sáp nhập và trao đổi cổ phần bao gồm các bước sau đây:

Bước thứ nhất, Hội đồng quản trị của mỗi công ty thông qua nghị quyết về kế hoạch hợp nhất, sáp nhập hoặc trao đổi cổ phần, trong đó xác định rõ các điều khoản của giao dịch, phương thức thực hiện các điều khoản này, các sửa đổi bổ sung và các nội dung khác. Ví dụ, giá trị cổ phần của mỗi công ty, tỷ lệ chuyển đổi cổ phần sang cổ phần, tài sản của công ty khác...

Bước thứ hai, trừ trường hợp sáp nhập giữa công ty mẹ - công ty con, các giao dịch khác phải được Đại hội đồng cổ đông thông qua. Trong trường hợp giao dịch phải được thông qua bởi Đại hội đồng cổ đông, công ty phải gửi thông báo hợp đến tất cả các cổ đông của công ty. Thông báo phải cung cấp ít nhất là thông tin tóm tắt về kế hoạch giao dịch. Thông báo này nhằm tạo điều kiện cho cổ đông có thời gian để quyết định ủng hộ giao dịch hay phản đối giao dịch và áp dụng quyền yêu cầu công ty mua lại cổ phần.

Bước thứ ba, Đại hội đồng cổ đông thông qua kế hoạch giao dịch theo nguyên tắc đa số phiếu thường (ở nhiều bang) hoặc 2/3 tổng số phiếu biểu quyết thông qua (một số bang) hoặc 4/5 tổng số phiếu biểu quyết thông qua (một số bang). Việc biểu quyết có thể được phân chia theo các loại cổ phần nhưng phải đạt được mức đa số thông qua ở mỗi loại cổ phần.

Bước thứ tư, sau khi kế hoạch giao dịch được thông qua bởi Hội đồng quản trị và Đại hội đồng cổ đông của tất cả các bên, công ty hợp nhất hoặc công ty nhận sáp nhập đăng ký kế hoạch giao dịch (hợp đồng sáp nhập, hợp nhất hoặc trao đổi cổ phần) với cơ quan có thẩm quyền cấp bang, thường là Văn phòng Thư ký Bang.

Bước thứ năm, nếu xét thấy các thủ tục pháp lý theo quy định của bang được các bên thực hiện đầy đủ, Văn phòng Thư ký Bang (hoặc cơ quan tương đương) sẽ cấp giấy chứng nhận sáp nhập (hợp nhất) cho công ty nhận sáp nhập hoặc công ty hợp nhất.

Ngoài các giao dịch hợp nhất, sáp nhập và trao đổi cổ phần, pháp luật Hoa Kỳ còn quy định về các giao dịch bán toàn bộ hoặc phần lớn tài sản của công ty. Theo quy định, công ty mua không cần phải có được sự phê chuẩn của Đại hội đồng cổ đông. Bởi vì về bản chất, công ty mua không thay đổi tư cách pháp nhân, không có sự thay đổi căn bản mà chỉ tăng tổng tài sản của công ty nên không cần thiết phải có sự phê chuẩn của Đại hội đồng cổ đông.

Ngược lại, giao dịch bán toàn bộ hoặc phần lớn tài sản của công ty sẽ phải được phê chuẩn bởi Hội đồng quản trị và Đại hội đồng cổ đông của công ty bán. Bởi vì giao dịch này làm thay đổi căn bản hoạt động kinh doanh của công ty. Cổ đông trong công ty bán có thể thực hiện quyền yêu cầu công ty mua lại cổ phần trong trường hợp phản đối giao dịch bán toàn bộ hoặc phần lớn tài sản của công ty. Về mặt nguyên tắc, công ty mua không đương nhiên kế thừa nghĩa vụ của công ty bán trừ một trong những trường hợp sau: (1) Khi công ty mua tiếp nhận nghĩa vụ của công ty bán một cách minh thị hoặc ngụ ý; (2) Khi giao dịch bán tài sản thực chất là giao dịch hợp nhất hoặc sáp nhập; (3) Khi công ty mua tiếp tục các công việc kinh doanh của công ty bán và giữ nguyên đội ngũ nhân sự của công ty bán (cùng cổ đông, thành viên Hội đồng quản trị và người điều hành); (4) Khi giao dịch mua bán được thực hiện nhằm lẫn tránh trách nhiệm¹⁴².

¹⁴²Kenneth W. Clarkson, Roger LeRoy Miller and Frank B. Cross, *Business Law Text and Cases - Legal, Ethical, Global, and Corporate Environment* twelfth edition, Cengage Learning, 2011, tr. 799.

Hộp 2: Sáp nhập thực tế

Vụ Cargo Partner AG v. Albatrans, Inc., 352 F.3d 41 (2d Cir 2003): Cargo Partner, Albatrans và Chase-Leavitt hoạt động trong lĩnh vực vận tải đường biển. Từ năm 1999-2001, Chase-Leavitt nợ Cargo Partner khoảng 240,000 USD tiền dịch vụ. Ngày 7/2/2001, Albatrans ký hợp đồng với Chase-Leavitt và cổ đông duy nhất của công ty này, theo đó Albatrans mua toàn bộ tài sản của Chase-Leavitt. Chase-Leavitt được giấy phép đại lý hải quan vì vậy công ty này được cung cấp dịch vụ hải quan cho khách hàng. Theo hợp đồng bán tài sản, Albatrans được sử dụng giấy phép này cho đến khi Albatrans có được giấy phép tương ứng. Trong thời gian sử dụng giấy phép của Chase-Leavitt, Albatrans có quyền thuê người quản lý để chỉ đạo, tư vấn cho hoạt động của Chase-Leavitt. Sau khi Albatrans có được giấy phép đại lý hải quan, thì Chase-Leavitt phải chấm dứt hoạt động cung cấp dịch vụ hải quan hoặc dịch vụ này sẽ được Albatrans hoặc công ty con tiếp quản. Theo hợp đồng mua bán tài sản, Leavitt phải tiếp tục hợp đồng lao động của mình với Chase-Leavitt cho đến khi Albatrans có được giấy phép. Albatrans có toàn quyền quyết định gia hạn hợp đồng lao động cho 05 năm tiếp theo. Cargo Partner AG khởi kiện buộc Albatrans chịu trách nhiệm đối với các khoản nợ của Chase-Leavitt.

Liên quan đến vụ này, Tòa án nhận định như sau:

Sáp nhập thực tế là giao dịch về hình thức không phải là sáp nhập nhưng có nội dung là hợp nhất hoặc sáp nhập. Áp dụng pháp luật bang New York, chúng tôi nhận định để xác định sáp nhập thực tế, các yếu tố sau phải thỏa mãn: (1) Sự tiếp tục hoạt động của công ty bán, với chứng cứ là bộ máy quản lý, nhân sự, tài sản và nơi làm việc thực tế vẫn được giữ nguyên; (2) Tiếp tục duy trì quan hệ cổ đông, hoàn thiện bằng cách thanh toán công ty bán bằng cổ phần; (3) Sự giải thể của công ty bán; và (4) Sự kế thừa nghĩa vụ bởi người mua.

Trong vụ Fitzgerald v. Fahnstock & Co., 286 A.D.2d 573, 730 N.Y.S.2d 70 (1st Dep't 2001), Tòa phúc thẩm kết luận về các dấu hiệu của giao dịch sáp nhập thực tế: (1) Tiếp tục duy trì quyền sở hữu; (2) Chấm dứt hoạt động kinh doanh ban đầu và giải thể công ty bán; (3) Bên mua tiếp quản nghĩa vụ của bên bán để bảo đảm không có sự tiếp tục hoạt động của công ty bán; và (4) Giữ nguyên bộ máy quản lý, nhân sự, nơi hoạt động thực tế, tài sản và các hoạt động chung.

Trong khi bốn yếu tố trong vụ Fitzgerald (và tương tự trong vụ Arnold) phân biệt giữa giao dịch sáp nhập và giao dịch bán tài sản, duy trì quyền sở hữu là yếu tố căn bản của một giao dịch sáp nhập. Cf. 26 U.S.C. §§ 354(a), 361(a), 368(a)(1) (định nghĩa một giao dịch tổ chức lại không chịu thuế (a tax-free "reorganization" bao gồm, cụ thể là sáp nhập theo luật (statutory merger) và giao dịch bán tài sản mà ở đó quyền sở hữu vẫn được duy trì). Trong khi đó, bản chất của giao dịch bán tài sản là quyền sở hữu phần vốn góp hoặc lợi ích trong pháp nhân chấm dứt để đổi lại một sự đền bù; các bên không trở thành đồng chủ sở hữu của những thứ mà trước đó thuộc về mỗi bên. Duy trì quyền sở hữu không chỉ xác lập một giao dịch sáp nhập thực tế, mà thẩm phán cấp sơ thẩm đã đúng khi khẳng định đó là nội dung của một vụ sáp nhập.

Trong nhiều trường hợp, thay vì mua lại tài sản của công ty mục tiêu, người mua lựa chọn phương án mua lại phần lớn cổ phần của công ty mục tiêu. Giao dịch này cũng giúp cho bên mua kiểm soát được công ty mục tiêu. Giao dịch này được gọi là giao dịch thôn tính công ty (a corporate takeover).

Trước hết, người mua gửi chào mua công khai (tender offer) đến các cổ đông của công ty mục tiêu. Chào mua công khai là đề nghị mua cổ phần của cổ đông của công ty mục tiêu và thanh toán bằng tiền mặt hoặc một hoặc một số loại chứng khoán nhất định của người đề nghị. Để thuyết phục được cổ đông bán cổ phần, giá chào mua thường cao hơn so với giá thị trường. Tùy từng trường hợp cụ thể mà chào mua công khai phải tuân thủ theo quy định của các luật của các bang và các luật về chứng khoán Liên bang. Theo quy định của Luật giao dịch chứng khoán năm 1934, bất kỳ ai chào mua công khai dẫn đến việc người này sẽ thôn tính trên 5% cổ phần đăng ký theo Điều 12 Luật giao dịch chứng khoán năm 1934 của một công ty phải báo cáo về kế hoạch thôn tính, báo cáo tài chính của bên mua, dự thảo hợp đồng và các nội dung khác với SEC. Luật giao dịch chứng khoán năm 1934 cũng quy định bất kỳ ai sở hữu trên 5% cổ phần đăng ký theo Điều 12 Luật giao dịch chứng khoán năm 1934 phải báo cáo với SEC.

Nếu việc thôn tính thân thiện, Hội đồng quản trị sẽ đề xuất cổ đông chấp nhận chào mua công khai. Tuy nhiên phần lớn các trường hợp, Hội đồng quản trị thường chống lại chào mua công khai. Để chống lại giao dịch thôn tính công ty, công ty mục tiêu có thể tự chào mua công khai cổ phần của mình (self-tender). Khi đánh giá và có phương án đối với chào mua công khai, thành viên Hội đồng quản trị phải cẩn trọng, thiện chí, trung thực và vì lợi ích tốt nhất của công ty. Kế hoạch của công ty mục tiêu đối với chào mua công khai đối với chứng khoán được đăng ký theo Điều 12 Luật giao dịch chứng khoán cũng phải được báo cáo với SEC.

5.4.2. Giải thể và chấm dứt hoạt động của công ty

Tương tự như hợp danh, thủ tục chấm dứt hoạt động của công ty cổ phần gồm hai bước là giải thể và thanh lý.

Công ty có thể bị giải thể theo quyết định của chính công ty. Hội đồng quản trị sẽ đề xuất kế hoạch giải thể gửi lên Đại hội đồng cổ đông phê chuẩn. Trường hợp công ty tự giải thể được gọi là giải thể tự nguyện (voluntary dissolution). Bên cạnh đó, công ty có thể bị buộc giải thể theo quyết định của cơ quan quản lý nhà nước. Trường hợp công ty vi phạm nghĩa vụ nộp thuế hàng năm hoặc không nộp báo cáo hàng năm theo quy định sẽ bị giải thể bởi quyết định của Văn phòng thư ký bang (hoặc tương đương). Nếu công ty có hành vi lừa đảo hoặc đưa thông tin sai lệch hoặc có sai trái trong quản lý, Tòa án có quyền giải thể công ty. Pháp luật các bang cũng trao cho một cổ đông hoặc nhóm cổ đông quyền yêu cầu Tòa án nếu công ty thuộc một trong các trường hợp dưới đây:

(i) Hội đồng quản trị gặp bế tắc trong quản lý công ty và Đại hội đồng cổ đông không thể giải quyết được bế tắc này, vì vậy công ty đang hoặc có nguy cơ phải gánh chịu thiệt hại không thể khắc phục được;

(ii) Hành vi của Hội đồng quản trị hoặc những người kiểm soát công ty là trái luật, có tính chất áp bức hoặc lừa đảo;

(iii) Tài sản của công ty được sử dụng không có căn cứ hoặc bị lãng phí;

(iv) Đại hội đồng cổ đông gặp bế tắc trong biểu quyết bầu thành viên Hội đồng quản trị mới thay thế thành viên Hội đồng quản trị đã hết nhiệm kỳ hoặc sắp hết nhiệm kỳ và không giải quyết được bế tắc trong thời hạn xác định (thường là hai kỳ họp thường niên)¹⁴³.

¹⁴³Kenneth W. Clarkson, Roger LeRoy Miller and Frank B. Cross, *Business Law Text and Cases - Legal, Ethical, Global, and Corporate Environment* twelfth edition, Cengage Learning, 2011, tr. 805.

Thủ tục thanh lý công ty: Nếu công ty giải thể tự nguyện, Hội đồng quản trị sẽ là người thụ thác (trustees) để quản lý tài sản của công ty. Hội đồng quản trị tiến hành thanh lý tài sản của công ty vì lợi ích của chủ nợ và cổ đông. Trong trường hợp này thành viên Hội đồng quản trị có nghĩa vụ thụ thác đối với chủ nợ và cổ đông công ty. Và phải chịu trách nhiệm cá nhân nếu vi phạm nghĩa vụ thụ thác mà gây thiệt hại cho chủ nợ và/hoặc cổ đông công ty. Trong trường hợp công ty bị giải thể bắt buộc, Tòa án sẽ bổ nhiệm người quản lý tài sản (receiver) để quản lý và thanh lý tài sản của công ty. Trong trường hợp có lý do chính đáng để không tin tưởng Hội đồng quản trị là người thụ thác, cổ đông có thể đề nghị Tòa án bổ nhiệm quản tài viên. Tài sản của công ty khi thanh lý trước hết sẽ được sử dụng để trả nợ, sau đó số tài sản còn lại sẽ trả cho cổ đông theo tỷ lệ vốn cổ phần và theo thứ tự ưu tiên ghi trong điều lệ công ty.

5.4.3. Pháp luật về phá sản

Luật phá sản đầu tiên của Hoa Kỳ được ban hành năm 1898 và qua nhiều lần sửa đổi, bổ sung. Năm 1978, Nghị viện ban hành Luật cải cách phá sản năm 1978, đã được sửa đổi và được gọi là Bộ luật phá sản. Đến năm 2005, Nghị viện Hoa Kỳ lại ban hành Luật cải cách phá sản năm 2005 sửa đổi một số điều trong Bộ luật phá sản. Luật phá sản mục đích bảo vệ con nợ (người có nghĩa vụ) ở tình trạng “khánh kiệt” và đưa ra phương thức để phân bổ công bằng tài sản của con nợ cho các chủ nợ¹⁴⁴. Cơ quan có thẩm quyền tiến hành thủ tục phá sản là Tòa án phá sản thuộc hệ thống Tòa án Liên bang. Tòa án phá sản là Tòa án chuyên trách với các thẩm phán được bổ nhiệm với nhiệm kỳ 14 năm. Bộ luật phá sản quy định về hai thủ tục, thủ tục thanh lý (Chương 7) và thủ tục tổ chức lại (Chương 11). Ngoài ra Chương 13 có quy định về thủ tục “kế hoạch trả nợ” áp dụng cho các con nợ là cá

¹⁴⁴Kenneth W. Clarkson, Roger LeRoy Miller and Frank B. Cross, Dẫn trên, tr. 581.

nhân. Đây là thủ tục điều chỉnh lại nợ cho những cá nhân có thu nhập thường xuyên.

Thủ tục thanh lý là thủ tục phá sản phổ biến. Trong quy trình này Tòa án bổ nhiệm người quản lý tài sản (bankruptcy trustee) để quản lý tài sản không thuộc trường hợp miễn trừ của con nợ, bán các tài sản này rồi phân bổ cho các chủ nợ số tiền thu được. Người quản lý tài sản có nghĩa vụ thông báo cho các chủ nợ để họ gửi yêu cầu trả nợ. Bất kỳ cá nhân, hợp danh và công ty đều có thể trở thành con nợ trong quy trình thanh lý. Thủ tục phá sản có thể được yêu cầu mở bởi chính con nợ (tự nguyện - voluntary bankruptcy) hoặc chủ nợ (không tự nguyện - involuntary bankruptcy). Để tránh con nợ lạm dụng thủ tục phá sản, Tòa án có quyền bác yêu cầu mở thủ tục phá sản của con nợ nếu con nợ không đáp ứng điều kiện để yêu cầu mở thủ tục phá sản. Để đánh giá con nợ có đáp ứng điều kiện để yêu cầu mở thủ tục phá sản hay không Tòa án sử dụng các biện pháp kiểm tra. Trước hết, Tòa án kiểm tra thu nhập của con nợ, nếu thu nhập bình quân của con nợ trong một số tháng gần nhất thấp hơn mức thu nhập trung bình ở địa phương thì con nợ đủ điều kiện để yêu cầu mở thủ tục phá sản. Nếu thu nhập bình quân của con nợ cao hơn thu nhập trung bình trong khu vực, Tòa án lại áp dụng phương pháp thu nhập ròng tương lai, theo đó thu nhập ròng được tính bằng cách trừ đi chi phí sinh hoạt, tiền trả các khoản nợ có bảo đảm. Theo phương pháp này, thu nhập của con nợ coi như tiếp tục phát sinh trong 60 tháng tiếp theo. Sau khi tính toán thu nhập ròng: (1) Nếu thu nhập ròng thấp hơn 110 USD/tháng (1.320 USD/năm), con nợ đủ điều kiện yêu cầu mở thủ tục phá sản; (2) Nếu thu nhập ròng cao hơn 110 USD/tháng (1.320 USD/năm), sau đó con nợ sẽ có thu nhập để thanh toán cho nợ không có bảo đảm, Chương 13 của Bộ luật phá sản được áp dụng; (3) Nếu thu nhập ròng hơn 183 USD/tháng (2.200 USD/năm), Chương 13

của Bộ luật phá sản được áp dụng trừ trường hợp đặc biệt theo quy định của pháp luật; (4) Nếu thu nhập ròng từ 1.320 USD đến 2.200 USD/năm và tổng thu nhập trong vòng 60 tháng (5 năm) lớn hơn 25% nợ không có bảo đảm, Chương 13 của Bộ luật phá sản được áp dụng. Nếu tổng thu nhập trong 60 tháng thấp hơn 25%, thủ tục thanh lý theo Chương 7 được chấp nhận. Khi nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản kèm theo đơn phải có bản phụ lục (schedules) và tờ kê khai thuế. Ngoài ra Bộ luật phá sản còn có một số trường hợp khác làm căn cứ để Tòa án bác đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Nếu không thuộc trường hợp bị bác yêu cầu mở thủ tục phá sản, Tòa án sẽ ra quyết định mở thủ tục phá sản (order of relief).

Ngay sau khi đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản (dù tự nguyện hay không tự nguyện) được nộp, hầu hết tất cả các hành vi của chủ nợ chống lại con nợ phải tạm đình chỉ (automatic stay). Có nghĩa là chủ nợ không được tiếp tục đòi nợ con nợ, thu hồi tài sản của con nợ kể cả khởi kiện ra Tòa án. Nếu chủ nợ cố ý vi phạm quy định này thì bất kỳ ai bị thiệt hại kể cả con nợ có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại thực tế, chi phí và phí luật sư. Trong nhiều trường hợp, bồi thường thiệt hại có tính chất phạt có thể được áp dụng. Để bảo vệ chủ nợ có bảo đảm bị mất lợi ích bảo đảm do tạm đình chỉ, Tòa án có thể buộc con nợ hoặc người quản lý tài sản thanh toán định kỳ hoặc một lần bằng tiền mặt tương ứng với giá trị bị giảm của tài sản (biện pháp bảo vệ thích hợp - adequate protection doctrine). Tạm đình chỉ không áp dụng đối với các nghĩa vụ cấp dưỡng và các trường hợp khác theo quy định của pháp luật. Chủ nợ có bảo đảm hoặc chủ thể khác có lợi ích liên quan có quyền đệ đơn yêu cầu Tòa án chấm dứt tạm đình chỉ. Tạm đình chỉ sẽ tự động chấm dứt sau 60 ngày kể từ ngày đệ đơn trừ trường hợp Tòa án gia hạn tạm đình chỉ hoặc các bên đồng ý khác. Người quản lý tài sản có quyền thu hồi tài sản: (1)

Được chuyển giao cho chủ nợ cho nghĩa vụ hiện hữu trong phạm vi 90 ngày trước khi nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản; (2) Được chuyển giao cho chủ nợ là người có mối quan hệ gần gũi với con nợ trong phạm vi 01 năm trước khi nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản; (3) Chuyển giao tài sản có dấu hiệu gian dối (fraudulent) trong phạm vi 02 năm trước khi nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản; (4) Chuyển giao tài sản để tránh, trì hoãn nghĩa vụ hoặc lừa dối chủ nợ. Các nghĩa vụ phát sinh có dấu hiệu gian dối trong phạm vi hai năm hoặc có mục đích tránh, trì hoãn nghĩa vụ hoặc lừa dối chủ nợ cũng có thể bị hủy bỏ bởi người quản lý tài sản.

Chủ nợ có bảo đảm được tự mình xử lý tài sản bảo đảm, nếu tài sản bảo đảm không đủ để thanh toán hết nợ cho chủ nợ có bảo đảm, phần dư nợ còn lại trở thành nợ không có bảo đảm. Thứ tự thanh toán nợ cho các chủ nợ không có bảo đảm như sau: (1) Nghĩa vụ cấp dưỡng; (2) Chi phí hành chính bao gồm phí Tòa án, phí cho người quản lý tài sản và phí luật sư; (3) Trong phá sản không tự nguyện, chi phí phát sinh cho con nợ trong hoạt động kinh doanh bình thường; (4) Các khoản tiền lương và hoa hồng phát sinh trong phạm vi 90 ngày kể từ thời điểm nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản; mỗi chủ nợ sẽ có mức trần; (5) Trợ cấp cho người lao động, mỗi chủ nợ sẽ có mức trần; (6) Số tiền gửi của người tiêu dùng tại con nợ trước khi nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản; (7) Các khoản nợ thuế; (8) Trách nhiệm bồi thường thiệt hại về tính mạng hoặc sức khỏe do hoạt động trái pháp luật của xe động cơ; (9) Các khoản nợ khác.

Thông qua thủ tục thanh lý, nghĩa vụ trả nợ được chấm dứt trừ những khoản nợ không được giải phóng như các khoản nợ thuế không được chấm dứt, nghĩa vụ cấp dưỡng, tiền phạt vi phạm hành chính... Con nợ có thể đồng ý trả các khoản nợ đã được chấm dứt (reaffirmation of debt).

Chương 11 của Bộ luật phá sản quy định về thủ tục tổ chức lại, thủ tục này được áp dụng phổ biến cho các con nợ là doanh

ngiệp¹⁴⁵. Trong thủ tục tổ chức lại cũng có nhiều quy định tương tự như trong thủ tục thanh lý như, nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản tự nguyện hoặc không tự nguyện, tạm đình chỉ (automatic stay), biện pháp bảo vệ thích hợp, các trường hợp từ chối mở thủ tục phá sản...

Sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản, con nợ vẫn tiếp tục hoạt động kinh doanh. Tòa án có thể bổ nhiệm người quản lý tài sản (receiver) để quản lý con nợ nếu có hiện tượng sai trái trong quản lý hoạt động kinh doanh của con nợ hoặc việc bổ nhiệm người quản lý tài sản sẽ bảo đảm lợi ích tốt nhất cho con nợ. Hội nghị chủ nợ (creditors' committee) cũng được thành lập sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản.

Trong thủ tục tổ chức lại thì kế hoạch tổ chức lại là tài liệu rất quan trọng. Kế hoạch tổ chức lại là kế hoạch khôi phục lại con nợ, quản lý và bảo toàn tài sản của con nợ với kỳ vọng nếu thành công sẽ đưa con nợ về trạng thái có khả năng chi trả nợ đến hạn (solvency). Bản kế hoạch tổ chức lại phải có những nội dung sau: (1) Phân nhóm các khoản nợ và lợi ích; (2) Xác định rõ các quy tắc ứng xử với từng nhóm khoản nợ; (3) Cung cấp các biện pháp thích hợp để thực thi; (4) Xác định khoản tiền trả nợ thuế trong 05 năm. Sau khi bản kế hoạch được xây dựng phải được gửi cho các nhóm chủ nợ để được chấp nhận. Bản kế hoạch được coi là được chấp nhận bởi một nhóm chủ nợ nếu được số chủ nợ đại diện 2/3 tổng số nợ của nhóm thông qua. Bản kế hoạch phải được tất cả các nhóm chủ nợ bị tác động bởi bản kế hoạch này thông qua. Trong thời hạn 120 ngày hoặc có thể được gia hạn nhưng không quá 18 tháng kể từ thời điểm có quyết định mở thủ tục phá sản, con nợ phải nộp kế hoạch tổ chức lại cho Tòa án. Nếu quá thời hạn trên mà con nợ không nộp bản kế hoạch hoặc bản kế hoạch không được các chủ nợ chấp thuận thì bất kỳ bên nào cũng có quyền nộp bản

¹⁴⁵Để tránh phải thực hiện theo thủ tục phá sản, giữa chủ nợ và con nợ có thể có thỏa thuận riêng (workout) nhằm giải quyết các vấn đề về nợ. Cơ chế này rất tiện lợi và tiết kiệm được cho các bên về chi phí và thời gian.

kế hoạch tổ chức lại. Bản kế hoạch dù đã được tất cả các nhóm chủ nợ chấp thuận nhưng không được Tòa án thông qua nếu Tòa án xét thấy không vì lợi ích tốt nhất của chủ nợ. Mặc dù chỉ có một nhóm chủ nợ chấp nhận bản kế hoạch nhưng Tòa án vẫn có quyền thông qua bản kế hoạch với điều kiện bản kế hoạch không phân biệt đối xử và bảo đảm sự công bằng.

VI. PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG

Hợp đồng là giao dịch kinh doanh hàng ngày của các chủ thể kinh doanh. Vì vậy khi nghiên cứu về hệ thống pháp luật kinh tế của Hoa Kỳ không thể không nghiên cứu về hợp đồng. Pháp luật hợp đồng của Hoa Kỳ chủ yếu được điều chỉnh bởi nguồn án lệ độ sộ từ cấp bang đến cấp Liên bang. Ngày nay, đối với các giao dịch mua bán hàng hóa¹⁴⁶, cho thuê hàng hóa, giao dịch bảo đảm và các giao dịch liên quan khác được điều chỉnh bởi Luật thương mại thống nhất (Uniform Commercial Code - UCC). Đồng thời, Luật thống nhất về giao dịch điện tử năm 1999, Luật về chữ ký điện tử trong thương mại quốc nội và thương mại toàn cầu năm 2000 là những luật điều chỉnh về hợp đồng điện tử. Hợp đồng giữa các bên còn phải tuân thủ các quy định của các luật chuyên ngành, ví dụ các quy định của các luật chống độc quyền, các quy định của các luật về bảo vệ người tiêu dùng... Trong quá trình xét xử, Thẩm phán có thể tham khảo Tài liệu bình luận hợp đồng (lần hai) do Viện Luật Hoa Kỳ xuất bản.

6.1. Bản chất quan hệ hợp đồng

Hợp đồng được định nghĩa là “là một cam kết hoặc một tập hợp những cam kết mà nếu vi phạm sẽ bị áp dụng chế tài hoặc pháp luật công nhận việc thực hiện là một nghĩa vụ”¹⁴⁷. Từ định

¹⁴⁶Theo luật của Mỹ thì hàng hóa là động sản hữu hình (Xem Điều 2-105(1) của UCC). Nên, các giao dịch mua bán, cho thuê bất động sản, cổ phiếu, trái phiếu, quyền sở hữu trí tuệ và các tài sản vô hình khác không thuộc phạm vi điều chỉnh của UCC.

¹⁴⁷Claude D. Rohwer and Anthony M. Skrocki, *Contracts in Nutshell*, fifth edition, West Group, St. Paul, Minn., 2000, tr. 1.

nghĩa này có thể thấy pháp luật Hoa Kỳ cho rằng hợp đồng là một cam kết có hiệu lực pháp lý. Pháp luật Hoa Kỳ đòi hỏi một hợp đồng có hiệu lực phải có đầy đủ năm yếu tố sau đây: (1) Phải là sự thỏa thuận giữa hai hoặc nhiều bên; (2) Phải là sự thỏa thuận được xác lập bởi các bên có đầy đủ năng lực giao kết hợp đồng; (3) Phải có mục đích và nội dung hợp pháp, có nghĩa là hợp đồng không được trái pháp luật hoặc trật tự công cộng; (4) Phải tuân thủ các điều kiện về hình thức nhất định; (5) Phải là thỏa thuận có tính chất đền bù (consideration).

Yếu tố thứ năm là đặc trưng của hợp đồng theo pháp luật của các quốc gia thuộc hệ thống thông luật. Sự đền bù được có nghĩa là một giá trị trao đổi với một cam kết hoặc một hành vi (hành động hoặc không hành động)¹⁴⁸. Sự đền bù có hai yếu tố đó là giá trị pháp lý và tính trao đổi. Giá trị pháp lý đòi hỏi một bên phải có một sự thiệt thòi pháp lý để đổi lấy một cam kết. Thiệt thòi pháp lý không có nghĩa là một sự tổn hại mà bản chất nó chính là một hành động, không hành động hoặc một cam kết mà một bên đưa ra để trao đổi với một cam kết của bên khác. Điều này có nghĩa rằng, hai bên trong hợp đồng phải có sự trao đổi giá trị với nhau. Tuy nhiên, theo pháp luật Hoa Kỳ một cam kết đổi lại một hành động hoặc một sự kiện xảy ra trong quá khứ không có hiệu lực. Hay nói cách khác, một hành vi trong quá khứ không được coi là một sự đền bù cho một cam kết hiện tại. Một nghĩa vụ hiện hữu theo hợp đồng hoặc theo pháp luật cũng không được sử dụng như là một sự đền bù. Án lệ Hoa Kỳ không chấp nhận một sự sửa đổi, bổ sung hợp đồng mà không có sự đền bù có hiệu lực pháp luật. Tuy nhiên, Tòa án thừa nhận một ngoại lệ là: sự sửa đổi hợp đồng mà không cần có sự đền bù nếu một bên trong hợp đồng gặp khó khăn không thể lường trước làm hợp đồng không thể thực hiện được. Nhưng đình công, sự tăng giá của nguyên vật liệu

¹⁴⁸Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, Second Pocket Edition, West Group, A Thomson Company, St. Paul, Minn., 2001, tr. 131.

và thời tiết xấu không được coi là sự kiện không thể lường trước. Trong vụ *Braude & Margulies, P.C. v. Fireman's Fund Insurance Co.*, 468 F.Supp.2d 190 (D.D.C. 2007), nhà thầu đòi trả thêm tiền ngoài số tiền đã thỏa thuận trong hợp đồng, nếu không sẽ dừng thi công. Vì không tìm được nhà thầu thay thế, chủ đầu tư đồng ý với yêu cầu này. Tuy nhiên, Tòa án không thừa nhận hiệu lực của thỏa thuận mới này vì không có tính chất đền bù. Ngày nay, Tòa án vận dụng Điều 2-209 của UCC thừa nhận hiệu lực của sự sửa đổi hợp đồng mua bán hàng hóa trong điều kiện thương mại hợp lý và trên cơ sở thỏa thuận giữa các bên.

Pháp luật Hoa Kỳ không đòi hỏi sự đền bù ngang giá. Tuy nhiên, nếu như Tòa án xét thấy có sự khác biệt quá lớn giữa các giá trị trao đổi, Tòa án có thể xem xét đến các yếu tố như lừa dối, đe dọa hoặc ảnh hưởng không chính đáng không hoặc liệu đây có phải hợp đồng không công bằng không. Ngoài ra, Tòa án cũng có thể xem xét liệu rằng đây có phải là hợp đồng giả cách hay không. Trong những trường hợp nhất định, Tòa án sẽ không công nhận hiệu lực của những hợp đồng này.

Ngoài tính pháp lý thì sự đền bù phải có tính trao đổi. Tính trao đổi được hiểu là giá trị mà người nhận cam kết trả cho người cam kết chính là giá trị mà người cam kết yêu cầu để thực hiện cam kết của mình. Pháp luật không yêu cầu sự đền bù phải được thực hiện bởi người nhận cam kết cũng như người thụ hưởng sự đền bù phải là người cam kết. Điều này phù hợp với các quan hệ hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba. Trong hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba, người có nghĩa vụ thực hiện một cam kết vì lợi ích của người thứ ba mặc dù người thứ ba không phải là người trao đổi một giá trị với người có nghĩa vụ mà người trao đổi một giá trị với người có nghĩa vụ là người có quyền.

Sự đền bù là một yếu tố bắt buộc cho sự tồn tại của một hợp đồng, tuy nhiên, trong một số trường hợp nhất định mặc dù một

cam kết được đưa ra không có sự đền bù tương ứng vẫn có thể được Tòa án công nhận hiệu lực bằng việc áp dụng học thuyết cam kết “không thể từ bỏ” (promissory estoppel). Học thuyết cam kết không thể từ bỏ được xây dựng và phát triển nhằm bảo vệ một bên vì tin tưởng một cách hợp lý vào cam kết của bên khác mà đã chịu những tổn thất nhất định. Học thuyết này bảo đảm tính công bằng và hợp lý trong giao dịch giữa các bên. Để được áp dụng học thuyết cam kết không thể từ bỏ, các yếu tố sau đây phải được chứng minh đầy đủ: (1) Phải có một cam kết đầy đủ; (2) Người cam kết mong muốn rằng người nhận cam kết sẽ tin tưởng vào cam kết; (3) Người nhận cam kết tin tưởng một cách hợp lý vào cam kết bằng cách hành động hoặc không hành động; (4) Sự tin tưởng của người nhận cam kết là cụ thể và dẫn đến sự thiệt hại vật chất cho người nhận cam kết; và (5) Việc công nhận hiệu lực của cam kết là cần thiết để ngăn ngừa bất công. Trong vụ *Alaska Bussell Electric Co v. Vern Hickel Cosntruction Co.*, 688 P. 2d 576 (1984): “Không lực Hoa Kỳ (U.S. Air Force) mở thầu cho dự án xây dựng một tòa nhà mới ở Anchorage, bang Alaska, tổng thầu, Vern Hickel liên hệ với 8 nhà thầu phụ khác nhau để tìm nhà thầu có giá thấp nhất cho gói thầu điện. Alaska Bussell Electric Company, một nhà thầu phụ về điện chào giá 477.498 USD cho gói thầu điện. Hickel tin tưởng một cách hợp lý vào giá chào thầu này nên đã nộp hồ sơ dự thầu cho Không lực Hoa Kỳ và thắng thầu. Sau đó, Alaska Bussell từ chối thực hiện gói thầu điện cho Hickel với giá 477.498 USD. Vì vậy, Hickel buộc phải thuê nhà thầu khác với giá cao hơn. Trong trường hợp này áp dụng học thuyết cam kết không thể từ bỏ, Hickel có quyền được bồi hoàn khoản chênh lệch giữa giá thầu phải trả cho nhà thầu phụ mới với giá mà Alaska Bussell đã chào thầu”¹⁴⁹.

¹⁴⁹Kenneth W. Clarkson, Roger LeRoy Miller and Frank B. Cross, *Business Law Text and Cases - Legal, Ethical, Global, and Corporate Environment*, twelfth edition, Cengage Learning, 2011, tr.250.

6.2. Xác lập hợp đồng

Một hợp đồng được xác lập bằng cách một bên đưa ra đề nghị giao kết hợp đồng và một bên chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng.

6.2.1. Đề nghị giao kết hợp đồng

Đề nghị giao kết hợp đồng là “là một thông báo dành cho người được đề nghị quyền năng xác lập một hợp đồng bằng việc đưa ra một chấp nhận”¹⁵⁰. Theo pháp luật của Hoa Kỳ, một đề nghị giao kết hợp đồng phải có đầy đủ 03 yếu tố sau: (1) Phải thể hiện ý chí muốn bị ràng buộc bởi một quan hệ hợp đồng; (2) Phải có tính đầy đủ; (3) Phải được thông tin đến người được đề nghị.

Yếu tố thứ nhất được hiểu là người đưa ra đề nghị thể hiện được ý chí muốn bị ràng buộc bởi quan hệ hợp đồng được đề nghị. Ý chí này được đánh giá một cách khách quan, nghĩa là một người bình thường cũng hiểu được rằng người đưa ra đề nghị muốn bị ràng buộc trong một quan hệ hợp đồng nếu người được đề nghị chấp nhận. Do vậy, một người đưa ra đề nghị trong trạng thái tức giận, tinh thần bị kích động hoặc trong lúc vui đùa không được coi là “có ý chí muốn bị ràng buộc bởi một quan hệ hợp đồng”.

Yếu tố thứ hai được hiểu là để trở thành một hợp đồng có hiệu lực pháp lý, nội dung của nó phải đầy đủ, có nghĩa là căn cứ vào nội dung của hợp đồng, Tòa án biết được quyền và nghĩa vụ của các bên, để từ đó có thể áp dụng biện pháp chế tài. Không có công thức chung cho nội dung của mọi bản hợp đồng. Ngày nay, các Tòa án Hoa Kỳ có xu hướng “xác định liệu nội dung của hợp đồng có đầy đủ để cho phép Tòa án đưa ra biện pháp chế tài mà nguyên đơn đề nghị; nếu nguyên đơn kiện đòi bồi thường thiệt hại, Tòa án sẽ phải xác định xem liệu hợp đồng có bị vi phạm và thiệt hại gì xảy ra; nếu nguyên đơn đề nghị Tòa án buộc bên vi phạm

¹⁵⁰Claude D. Rohwer and Anthony M. Skrocki, *Contracts in Nutshell*, fifth edition, West Group, St. Paul, Minn., 2000, tr. 17.

thực hiện hợp đồng thì tính đầy đủ của nội dung của hợp đồng được đòi hỏi cao hơn để Tòa án có thể buộc bị đơn thực hiện nghĩa vụ cụ thể và Tòa án cần một bức tranh rõ nét về những nghĩa vụ mà bị đơn đã đồng ý thực hiện”¹⁵¹. UCC đã đơn giản hóa về tính đầy đủ của nội dung hợp đồng. Điều 2-204 (3) quy định: “Mặc dù một hoặc nhiều điều khoản bị bỏ trống, hợp đồng mua bán không mất hiệu lực vì tính đầy đủ nếu các bên có ý định xác lập hợp đồng và có cơ sở đầy đủ hợp lý để có được biện pháp chế tài phù hợp”. Như vậy, theo UCC, một hợp đồng mua bán hàng hóa chỉ cần có nội dung về các bên trong hợp đồng, đối tượng của hợp đồng (bao gồm khối lượng) được coi là đầy đủ¹⁵². Các nội dung khác có thể được tìm kiếm từ thói quen thương mại, tập quán thương mại và quy phạm pháp luật. Điều 2-305(1) (c) của UCC quy định: “Các bên có thể xác lập một hợp đồng mua bán mà không cần phải thỏa thuận về giá cả. Trong trường hợp này, giá cả là giá cả hợp lý tại thời điểm giao hàng nếu: (a) Giá cả không được xác định; hoặc (b) Giá cả do các bên thỏa thuận và họ đã không thỏa thuận; hoặc; (c) Giá cả được xác lập trên cơ sở các điều kiện hoặc tiêu chuẩn được ban hành hoặc ghi chép bởi bên thứ ba và trong trường hợp này giá cả không được ban hành hoặc ghi chép”.

Đề nghị giao kết hợp đồng có hiệu lực trong thời hạn được xác định trong bản đề nghị giao kết hợp đồng. Nếu không xác định được thời hạn có hiệu lực của đề nghị giao kết hợp đồng thì đề nghị giao kết hợp đồng có hiệu lực trong một thời gian hợp lý kể từ thời điểm bên được đề nghị nhận được đề nghị giao kết hợp đồng. Nếu hết thời hạn có hiệu lực mà đề nghị giao kết hợp đồng không được chấp nhận thì đương nhiên chấm dứt hiệu lực. Ngoài ra, đề nghị giao kết hợp đồng cũng chấm dứt khi người đề

151 Claude D. Rohwer and Anthony M. Skrocki, *Contracts in Nutshell*, fifth edition, West Group, St. Paul, Minn., 2000, tr.26-27.

152 Maianne Moody Jennings, *Foundations of the Legal Environment of Business*, South-Western Cengage Learning, 2013, tr. 239.

ngợi, người được đề nghị, đối tượng của hợp đồng không còn tồn tại trước khi đề nghị được chấp nhận. Đề nghị giao kết hợp đồng cũng có thể chấm dứt hiệu lực nếu thuộc các trường hợp khác mà pháp luật quy định.

Ngoài các trường hợp kể trên, đề nghị giao kết hợp đồng có thể chấm dứt khi người đề nghị hủy bỏ (rút lại) đề nghị giao kết hợp đồng trước khi đề nghị này được chấp nhận. Tuy nhiên trong một số trường hợp, người đề nghị giao kết hợp đồng mất quyền hủy bỏ đề nghị giao kết hợp đồng: (1) Quyền chọn: Bản chất của quyền chọn là một quan hệ hợp đồng theo đó bên được đề nghị trả cho bên đề nghị một khoản tiền hoặc tài sản để đổi lại bên đề nghị từ bỏ quyền hủy bỏ đề nghị giao kết hợp đồng cho đến khi hết thời hạn hiệu lực của đề nghị giao kết hợp đồng; hoặc (2) Đề nghị giao kết hợp đồng duy trì hiệu lực (firm offer): Nếu bên đề nghị là một thương nhân (merchant) lập một đề nghị giao kết hợp đồng bằng văn bản và xác định đề nghị này có hiệu lực (open) trong một thời hạn xác định hoặc nếu không xác định thời hạn thì trong một thời hạn hợp lý, thì thương nhân này không có quyền hủy bỏ đề nghị giao kết hợp đồng trước thời hạn.

Đề nghị giao kết hợp đồng cũng chấm dứt hiệu lực nếu bị bên được đề nghị từ chối. Theo án lệ, nếu người được đề nghị sửa đổi, bổ sung bất kỳ nội dung nào của đề nghị giao kết hợp đồng thì sẽ tạo thành một đề nghị giao kết hợp đồng mới (counteroffer) và đề nghị giao kết hợp đồng cũ chấm dứt. Ngược lại với quan điểm cứng nhắc trong án lệ, UCC đưa ra giải pháp mềm mại hơn. Theo UCC, trong trường hợp ít nhất một bên không phải là thương nhân, chấp nhận có chứa đựng những điều khoản bổ sung nội dung của đề nghị giao kết hợp đồng không coi là một từ chối, chấp nhận này vẫn có thể xác lập một quan hệ hợp đồng và những nội dung bổ sung không cấu thành nội dung của hợp đồng. Theo Điều 2-207 UCC, nếu cả hai bên đều là thương nhân, trường hợp các

bên đều thống nhất nội dung về đối tượng hợp đồng thì hợp đồng được xác lập và những nội dung sửa đổi, bổ sung mà bên được đề nghị đưa ra so với nội dung đề nghị giao kết hợp đồng có cấu thành trong nội dung của hợp đồng phụ thuộc vào một trong các yếu tố sau đây: (1) Nếu nội dung sửa đổi, bổ sung mang tính trọng yếu (material) thì nội dung sửa đổi, bổ sung không trở thành nội dung của hợp đồng; (2) Nếu trong đề nghị giao kết hợp đồng, bên đề nghị yêu cầu bên được đề nghị chấp nhận toàn bộ nội dung của đề nghị giao kết hợp đồng thì nội dung sửa đổi, bổ sung không cấu thành nội dung của hợp đồng; (3) Nội dung sửa đổi, bổ sung không được bên đề nghị chấp nhận thì cũng không trở thành nội dung của hợp đồng.

6.2.2. Chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng

Chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng là hành vi của người đề nghị giao kết hợp đồng thể hiện sự đồng ý với đề nghị giao kết hợp đồng. Chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng có thể được thể hiện bằng ngôn ngữ (nói, viết) hoặc bằng hành vi. Chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng phải được thông tin đến người đề nghị. Nếu trong đề nghị giao kết hợp đồng phương thức chuyển tải thông tin về chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng được xác định rõ hoặc mặc nhiên suy đoán, chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng có hiệu lực kể từ thời điểm được gửi đi nếu người được đề nghị gửi chấp nhận bằng phương thức nêu trên và hợp đồng được xác lập kể từ thời điểm này. Nếu trong đề nghị giao kết hợp đồng không nêu rõ ràng hoặc ám chỉ về phương thức gửi chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng, thì chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng có thể được gửi bằng phương thức hợp lý. Trong trường hợp này, nếu phương thức gửi chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng giống với phương thức gửi đề nghị giao kết hợp đồng hoặc phương thức gửi chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng hợp lý thì chấp nhận đề nghị

giao kết hợp đồng có hiệu lực kể từ thời điểm được gửi đi¹⁵³. Các trường hợp còn lại sẽ áp dụng thuyết tổng đạt, có nghĩa là chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng chỉ có hiệu lực khi người đề nghị nhận được.

6.3. Hình thức của hợp đồng

Hợp đồng có thể tồn tại dưới hình thức văn bản, bằng lời nói hoặc thông qua hành vi của các bên. Tuy nhiên, trong một số trường hợp nhất định, hợp đồng phải tồn tại bằng văn bản nếu không sẽ không được Tòa án thừa nhận hiệu lực pháp lý: (1) Hợp đồng liên quan đến đất đai; (2) Hợp đồng có thời hạn thực hiện từ một năm trở lên kể từ thời điểm được xác lập; (3) Nghĩa vụ bảo đảm hoặc nghĩa vụ thứ cấp, là nghĩa vụ phái sinh của nghĩa vụ cơ sở, như: nghĩa vụ trả nợ thay hoặc thực hiện nghĩa vụ thay cho người khác nếu người này không trả được nợ hoặc thực hiện nghĩa vụ trừ trường hợp người bảo đảm xác lập nghĩa vụ thứ cấp để bảo đảm cho lợi ích riêng hoặc cam kết của người quản lý di sản thừa kế của người chết trả nợ thay cho người chết; (4) Nghĩa vụ được xác lập khi kết hôn bao gồm cả hợp đồng xác định quyền sở hữu của vợ chồng trước khi kết hôn; (5) Hợp đồng mua bán hàng hóa có giá trị từ 500 USD trở lên (Điều 2-201 của UCC), hợp đồng thuê hàng hóa có tổng số tiền thanh toán trừ khoản thanh toán cho quyền chọn gia hạn hợp đồng hoặc mua từ 1.000 USD trở lên (Điều 2A-201 của UCC).

Hậu quả pháp lý trong trường hợp hợp đồng không tuân thủ quy định về hình thức là Tòa án không thừa nhận hiệu lực pháp lý của hợp đồng. Song, Tòa án cũng đưa ra các ngoại lệ và khi đó, hiệu lực của hợp đồng vẫn được thừa nhận, các trường hợp đó là: (1) Khi các bên đã thực hiện một phần nghĩa vụ; (2) Nếu bên

¹⁵³Tuy nhiên, thuyết tổng đạt không được áp dụng trong trường hợp sử dụng phương tiện truyền tin ngay tức thời (instantaneous forms of communication) như điện thoại, fax, trao đổi trực tiếp mặt đối mặt (face-to-face). Xem Kenneth W. Clarkson, Roger LeRoy Miller and Frank B. Cross, *Business Law Text and Cases - Legal, Ethical, Global, and Corporate Environment*, twelfth edition, Cengage Learning, 2011, tr. 233.

có nghĩa vụ khai nhận trong quá trình tố tụng về việc có tồn tại nghĩa vụ thì hợp đồng bằng lời nói cũng vẫn được thừa nhận; (3) Trong trường hợp áp dụng học thuyết cam kết không thể từ bỏ. Bên cạnh đó, UCC quy định hợp đồng mua bán hàng hóa theo đặt hàng riêng của khách hàng và hàng hóa này không phù hợp để bán lại cho người khác trong điều kiện thương mại bình thường của người bán, hợp đồng giữa hai thương nhân được xác nhận trong một bản ghi nhớ vẫn có khả năng được công nhận hiệu lực mặc dù tồn tại bằng lời nói.

6.4. Các trường hợp ảnh hưởng đến hiệu lực của hợp đồng

Hợp đồng được xác lập giữa các bên có đầy đủ 05 yếu tố như đã phân tích ở phần trên là hợp đồng có hiệu lực pháp lý. Tuy nhiên, trong thực tiễn có nhiều hợp đồng vì khiếm khuyết mà hiệu lực pháp lý của hợp đồng bị ảnh hưởng. Các mức độ ảnh hưởng: hợp đồng có khả năng bị hủy bỏ (voidable contracts), hợp đồng không được công nhận hiệu lực (unenforceable contracts) và hợp đồng vô hiệu (void contracts).

Hợp đồng có khả năng bị hủy bỏ nếu thuộc các trường hợp: (1) Các bên không có năng lực giao kết hợp đồng. Hợp đồng được giao kết bởi người chưa thành niên, người bị mắc bệnh tâm thần hoặc người bị lâm vào tình trạng say có khả năng bị hủy bỏ theo sự lựa chọn của bên yếu thế (người chưa thành niên, người bị mắc bệnh tâm thần hoặc người bị lâm vào tình trạng say). “Một người không có năng lực giao kết hợp đồng thì có thể được giải trừ khỏi nghĩa vụ thực hiện hợp đồng”¹⁵⁴. Như vậy người yếu thế có quyền thừa nhận hiệu lực của hợp đồng hoặc hủy bỏ hợp đồng. Tuy nhiên, quyền hủy bỏ hợp đồng chỉ tồn tại trong thời gian người yếu thế không có năng lực giao kết hợp đồng và một thời gian hợp

¹⁵⁴William Burnham, Introduction to the law and legal system of the United States, third edition, West Group, A Thomson Company, 2002, tr.392.

lý sau khi người này có đầy đủ năng lực giao kết hợp đồng; (2) Gây nhầm lẫn (misrepresentation): được thể hiện dưới dạng một bên đưa thông tin không đúng sự thật cho bên còn lại làm cho bên còn lại nhầm lẫn dẫn đến xác lập quan hệ hợp đồng. Trong một số trường hợp sự im lặng cũng có thể được coi là gây nhầm lẫn nếu bên im lặng có nghĩa vụ cung cấp thông tin trung thực và đầy đủ nhưng bên im lặng đã không cung cấp thông tin hoặc thực hiện hành vi che giấu sự thật. Gây nhầm lẫn có hai loại là gây nhầm lẫn vô ý và cố ý gây nhầm lẫn (fraudulent misrepresentation); (3) Cưỡng ép: là trường hợp một bên đe dọa để buộc một bên giao kết hợp đồng ngoài ý muốn của người bị cưỡng ép. (4) Sử dụng ảnh hưởng không chính đáng: là trường hợp một bên mạnh thế trong quan hệ tín thác (confidential relationships) lợi dụng bên yếu thế bằng cách xác lập một quan hệ hợp đồng với bên yếu thế. Để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của bên yếu thế trong trường hợp gây nhầm lẫn, cưỡng ép và sử dụng ảnh hưởng không chính đáng, pháp luật dành cho bên yếu thế có quyền hủy bỏ hợp đồng và nhận lại những gì đã giao theo hợp đồng. Bên yếu thế phải thực hiện quyền hủy bỏ hợp đồng trong một thời gian hợp lý nếu không hợp đồng sẽ đương nhiên có hiệu lực pháp lý.

Hợp đồng không được công nhận hiệu lực thường thuộc trường hợp vi phạm về hình thức. Trong khi đó, hợp đồng vô hiệu là trường hợp hợp đồng được giao kết bởi người bị Tòa án tuyên bố mất năng lực hành vi, trái với pháp luật hoặc trật tự công cộng. Hợp đồng vô hiệu được hiểu là không tồn tại hợp đồng giữa các bên kể cả từ thời điểm xác lập hợp đồng giữa các bên. Như vậy, hợp đồng vô hiệu không làm phát sinh quyền và nghĩa vụ giữa các bên. Theo pháp luật của nhiều bang, một số chuyên gia phải được cấp chứng chỉ hoặc giấy phép hành nghề mới được cung cấp dịch vụ chuyên nghiệp. Ví dụ: một người không có chứng chỉ hành nghề luật sư nhưng vẫn ký hợp đồng cung cấp dịch vụ tư vấn luật cho khách hàng. Hợp đồng trong trường hợp này được coi là vô

hiệu, người cung cấp dịch vụ không có quyền truy đòi thù lao từ khách hàng mặc dù đã cung cấp dịch vụ cho khách hàng.

Trong quan hệ hợp đồng, nguyên tắc công bằng là một trong những nguyên tắc quan trọng nhất vì khi tham gia giao kết hợp đồng, các bên đều mong muốn cùng có lợi. Nguyên tắc công bằng có ý nghĩa bảo đảm sự bền vững trong các mối quan hệ hợp đồng trong đời sống kinh tế - xã hội. Vì vậy, những trường hợp hợp đồng không công bằng (unconscionable contracts) được coi là trái với trật tự công cộng và vô hiệu. Hợp đồng không công bằng là hợp đồng “không dành cho một bên sự lựa chọn đáng kể nào cùng với những điều khoản có lợi cho bên còn lại một cách bất hợp lý”¹⁵⁵. Một hợp đồng không công bằng phải là hợp đồng không công bằng về thủ tục và nội dung.

Không công bằng về thủ tục là trường hợp một bên không có cơ hội để thực hiện quyền đàm phán hợp đồng. Trong thực tiễn, một bên có thể để dòng chữ in khó đọc, câu từ khó hiểu hoặc làm cách khác để cho bên còn lại ít cơ hội để đọc và hiểu được hợp đồng. Trong quan hệ giữa bên mạnh thế và bên yếu thế, bên mạnh thế sử dụng hợp đồng mẫu và áp dụng nguyên tắc “chấp nhận hoặc từ bỏ” (take-it-or-leave-it) để buộc bên yếu thế nếu muốn giao kết hợp đồng thì phải chấp nhận toàn bộ nội dung đã soạn sẵn hoặc là từ bỏ việc giao kết hợp đồng.

Trong thực tiễn, Tòa án thường dựa vào các yếu tố sau đây để xác định tính không công bằng về nội dung: “(a) Điều khoản hợp đồng lấy đi lợi ích của một bên hoặc không dành cho bên này bất kỳ một biện pháp chế tài nào trong trường hợp một bên không thực hiện hợp đồng; (b) Điều khoản không có mối liên hệ hợp lý với rủi ro kinh doanh liên quan; (c) Điều khoản tạo ra lợi thế đáng kể cho một bên mà không tạo ra lợi ích tương xứng cho bên còn

¹⁵⁵William Burnham, Introduction to the law and legal system of the United States, third edition, West Group, A Thomson Company, 2002, tr.394.

lại; hoặc (d) Sự khác biệt rất lớn giữa chi phí và giá bán của đối tượng hợp đồng mà không có sự đánh giá khách quan”¹⁵⁶.

6.5. Quyền của người thứ ba

Bên thứ ba không là một bên trong quan hệ hợp đồng. Trong nhiều trường hợp, mặc dù không là một bên trong quan hệ hợp đồng nhưng người thứ ba có những quyền hoặc nghĩa vụ nhất định phát sinh từ hợp đồng. Các trường hợp đó bao gồm: hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba (a third-party beneficiary contract), chuyển giao quyền hợp đồng (assignment) và chuyển giao nghĩa vụ hợp đồng (delegation).

Hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba là hợp đồng mà các bên giao kết hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba. Để xác định một người thứ ba có phải là người thụ hưởng từ một hợp đồng hay không, Tòa án cần phải xác định ý chí của các bên giao kết hợp đồng thông qua ngôn ngữ của hợp đồng hoặc hoàn cảnh xung quanh.

Chuyển giao quyền hợp đồng (assignment): Chuyển giao quyền hợp đồng là giao dịch mà một bên trong hợp đồng chuyển giao quyền phát sinh từ hợp đồng của mình cho người thứ ba. Tuy nhiên, xuất phát từ thực tế ở Hoa Kỳ, phần lớn người lao động Hoa Kỳ vay tiền để mua sắm nhà, xe và hàng tiêu dùng (vay tiêu dùng) nên để ngăn ngừa việc các ngân hàng thu hồi hết các khoản lương của người lao động thông qua giao dịch chuyển giao quyền hợp đồng, pháp luật ở nhiều bang cấm chuyển giao quyền hưởng lương trong tương lai của người lao động. Ngoài ra, nhiều bang còn cấm chuyển giao các quyền phát sinh từ hợp đồng dịch vụ cá nhân, quyền mang tính chất cá nhân (trừ quyền yêu cầu thanh toán), quyền có tính chất nhân thân, việc chuyển giao làm thay đổi đáng kể nghĩa vụ hoặc rủi ro cho người có nghĩa vụ... Các bên cũng có thể thỏa thuận trong hợp đồng về việc cấm chuyển giao

¹⁵⁶Claude D. Rohwer and Anthony M. Skrocki, *Contracts in Nutshell*, fifth edition, West Group, St. Paul, Minn., 2000, tr.321.

quyền hợp đồng. Thỏa thuận cấm chuyển giao quyền hợp đồng không làm các bên mất quyền chuyển giao đối với: (1) quyền nhận các nguồn quỹ (rights to receive funds); (2) quyền đối với bất động sản; (3) công cụ chuyển nhượng; (4) quyền nhận bồi thường từ hành vi vi phạm hợp đồng hoặc quyền nhận thanh toán trong hợp đồng mua bán hàng hóa. Bên nhận chuyển giao có nghĩa vụ thông báo về việc chuyển giao cho bên có nghĩa vụ nếu không bên có nghĩa vụ vẫn tiếp tục thực hiện nghĩa vụ đối với bên chuyển giao. Bên chuyển giao quyền không có nghĩa vụ bảo đảm rằng bên có nghĩa vụ sẽ thực hiện đúng và đầy đủ nghĩa vụ cho bên nhận chuyển giao quyền.

Chuyển giao nghĩa vụ hợp đồng: Chuyển giao nghĩa vụ là giao dịch mà bên có nghĩa vụ chuyển giao nghĩa vụ của mình phát sinh từ hợp đồng cho bên thứ ba. Phần lớn các nghĩa vụ hợp đồng được chuyển giao nhưng các nghĩa vụ có tính chất cá nhân bị pháp luật cấm chuyển giao. Nghĩa vụ cũng không được chuyển giao nếu việc chuyển giao làm thay đổi đáng kể quyền trong hợp đồng của bên có quyền. Các bên cũng có thể thỏa thuận trong hợp đồng về việc cấm chuyển giao nghĩa vụ. Tuy nhiên, trong một số trường hợp nhất định, đối với các nghĩa vụ hoàn toàn không có tính chất cá nhân, Tòa án vẫn chấp nhận chuyển giao dù trong hợp đồng có điều khoản cấm chuyển giao nghĩa vụ. Bên nhận chuyển giao nghĩa vụ không phải thông báo cho bên có quyền. Tuy nhiên, việc chuyển giao nghĩa vụ không chấm dứt nghĩa vụ của bên chuyển giao đối với bên có quyền. Trong trường hợp bên nhận chuyển giao nghĩa vụ không thực hiện, thực hiện không đúng hoặc không đầy đủ nghĩa vụ thì bên có quyền sẽ yêu cầu bên chuyển giao nghĩa vụ thực hiện nghĩa vụ đối với mình.

6.5. Chế tài hợp đồng

Pháp luật Hoa Kỳ chia chế tài hợp đồng thành chế tài vật chất (remedies at law) và chế tài công bình (remedies in equity).

6.5.1. Chế tài vật chất

Chế tài vật chất rất đa dạng. Dưới đây là một số chế tài vật chất tiêu biểu trong pháp luật hợp đồng của Hoa Kỳ:

Bồi thường khoản lợi ích mong đợi (expectation damages): Đây là biện pháp chế tài buộc bên vi phạm phải bồi thường cho bên bị vi phạm khoản lợi ích mà đáng lẽ bên bị vi phạm được hưởng nếu nghĩa vụ hợp đồng được thực hiện đúng và đầy đủ. Thiệt hại về lợi ích mong đợi được hiểu là: “(a) Tổn thất về giá trị gây ra bởi việc không thực hiện hợp đồng hoặc thực hiện hợp đồng không đầy đủ; cộng với (b) Bất kỳ tổn thất nào, bao gồm cả tổn thất phụ (incidental damages) và tổn thất đặc thù (consequential damages); trừ đi (c) Bất kỳ chi phí nào hoặc tổn thất mà bên bị vi phạm tránh được vì không phải thực hiện nghĩa vụ”¹⁵⁷.

Thiệt hại bao gồm thiệt hại chung (general damages) là hậu quả tự nhiên của hành vi vi phạm và thiệt hại đặc thù (consequential damages) là hậu quả phát sinh từ một hoàn cảnh đặc thù. Đối với tổn thất đặc thù, bên vi phạm chỉ chịu trách nhiệm bồi thường nếu bên vi phạm biết hoặc có lý do để biết hoàn cảnh đặc thù này. Trong vụ *Young v. Abalene Pest Control Services, Inc.* 444 A.2d 514 (Sup. Ct. N.H. 1982): “Trước khi mua nhà, Nancy và Kevin đã thuê Abalene Pest Control Services, Inc. (Abalene) để kiểm tra xem nhà có côn trùng không. Abalene ra một văn bản xác nhận rằng: “Không có dấu hiệu của mọt và các côn trùng phá hoại đồ gỗ khác”. Dựa vào báo cáo này, Young mua nhà. Ba ngày sau khi chuyển vào ở họ phát hiện ra bọ và một tuần sau người kiểm tra tòa nhà xác nhận là có mối và kiến. Kiến xuất hiện ở đây được vài tháng. Sau đó, Nancy vô cùng sợ hãi và khủng hoảng tinh thần và bác sỹ phải cho cô sử dụng thuốc an thần. Sau một tháng gia đình Youngs chuyển khỏi ngôi nhà và Nancy quyết tâm tự tử bằng thuốc an thần. Gia đình Youngs kiện Abalene đòi

¹⁵⁷Randy E. Barnett, *Contracts - Cases and Doctrine*, second edition, Aspen Law & Business, a division of Aspen Publishers, Inc, Gaithersburg, New York, 1999, tr.78.

bồi thường vì hành vi vi phạm của công ty này dẫn đến Nancy bị trầm cảm. Trong vụ này, rõ ràng là Abalene đã vi phạm hợp đồng. Tuy nhiên Abalene chỉ chịu trách nhiệm bồi thường khoản thiệt hại đặc thù nếu công ty này có lý do để biết hoàn cảnh đặc thù là hành vi vi phạm có thể gây ra tình trạng trầm cảm cho Nancy tại thời điểm giao kết hợp đồng. Trong trường hợp này Abalene không thể biết được về sức khỏe tâm thần của Nancy¹⁵⁸. Như vậy bên vi phạm sẽ không phải bồi thường thiệt hại nếu như giữa hành vi vi phạm và thiệt hại không có mối quan hệ nhân quả. Mối quan hệ nhân quả được xác định như sau: “(1) Nếu bên vi phạm không có lý do để dự đoán tổn thất như là hậu quả có khả năng xảy ra từ hành vi vi phạm hợp đồng khi hợp đồng được xác lập thì không phải bồi thường; (2) Tổn thất có thể được dự đoán như là hậu quả có khả năng xảy ra từ hành vi vi phạm hợp đồng nếu được gây ra bởi hành vi vi phạm: (a) Theo quy luật tự nhiên; (b) Không theo quy luật tự nhiên, mà là hậu quả của hoàn cảnh đặc thù mà bên vi phạm có lý do để biết”¹⁵⁹.

Bên bị vi phạm có nghĩa vụ giảm thiểu thiệt hại (mitigation of damages), nghĩa là bên bị vi phạm phải áp dụng các biện pháp cần thiết và hợp lý để giảm thiểu thiệt hại cho mình ở mức không gây rủi ro quá mức, không tăng gánh nặng chi phí và không làm mất uy tín.

Bồi thường các khoản chi phí đã phát sinh do tin tưởng (reliance damages): Trong trường hợp vì tin tưởng một cách hợp lý rằng một nghĩa vụ hợp đồng sẽ được thực hiện, một bên đã bỏ chi phí hợp lý ra thì được quyền yêu cầu bên vi phạm phải bồi thường khoản chi phí này.

Khoản bồi thường ước định trước (liquidated damages/stipulated damages): Các bên trong hợp đồng có thể thỏa thuận

¹⁵⁸A James Barnes, Terry Morehead Dworkin, Eric L. Richards, Law for business, IRWin, 1994, tr. 242.

¹⁵⁹Xem Randy E. Barnett, Contracts - Cases and Doctrine, second edition, Aspen Law & Business, a division of Aspen Publishers, Inc, Gaithersburg, New York, 1999, tr.121.

một mức bồi thường cụ thể hoặc một công thức xác định mức bồi thường, khoản bồi thường được xác định trong hợp đồng được gọi là khoản bồi thường ước định trước. Điều 2-718 của UCC quy định: “Một khoản bồi thường áp dụng cho hành vi vi phạm hợp đồng được thực hiện bởi bất kỳ bên nào có thể được ước định trước trong hợp đồng nhưng chỉ trong phạm vi số tiền hợp lý trên cơ sở thiệt hại được tính trước hoặc thiệt hại thực tế là hậu quả của hành vi vi phạm, sự khó khăn trong việc chứng minh tổn thất và sự không thuận tiện hoặc không khả thi khi áp dụng biện pháp chế tài khác. Điều khoản xác định mức bồi thường ước định trước lớn quá mức hợp lý thì được coi là phạt vi phạm và vô hiệu”. Tính chất của chế tài bồi thường thiệt hại là nhằm mục đích bồi hoàn, đưa người bị vi phạm về vị trí mà đáng lẽ người này có được nếu nghĩa vụ hợp đồng được thực hiện đúng và đầy đủ. Vì vậy cả án lệ và UCC không chấp nhận một thỏa thuận có tính chất “phạt vạ”, nói cách khác, phạt vi phạm hợp đồng không được các Tòa án Hoa Kỳ chấp nhận. Án lệ và UCC chỉ chấp nhận một khoản bồi thường hợp lý ước định trước phản ánh nỗ lực của các bên ước tính một tổn thất có thể xảy ra do hành vi vi phạm hợp đồng. Tuy nhiên, tại thời điểm xác lập hợp đồng các bên thường nhận thấy rằng khi xảy ra vi phạm thì việc xác định được tổn thất sẽ gặp khó khăn. Do vậy, các bên thống nhất một khoản bồi thường ước định trước với điều kiện khoản bồi thường này hợp lý. Trong vụ *Planned Pethood Plus Inc v. KeyCorp Inc.*, 228 P.3d 262 (Colo.App. 2010), Tòa án nhận định: “Theo đó, khoản bồi thường ước định trước là một biện pháp chế tài vi phạm hợp đồng. Mặc dù Pehood đúng khi khiếu nại rằng phạt trả nợ trước hạn (prepayment penalty) không hợp lý, nhưng điều khoản này không vô hiệu theo Luật về bồi thường ước định trước vì trong trường hợp này không có hành vi vi phạm. Pethood thực hiện nghĩa vụ thanh toán đầy đủ, vì vậy không có hành vi vi phạm nghĩa vụ thanh toán (default). Thực chất, phòng khám đã thực hiện quyền trả nợ gốc trước hạn, vì

vậy làm phát sinh quyền áp dụng điều khoản phạt trả nợ trước... Điều khoản phạt trả trước phát sinh từ án lệ rằng người vay không thể buộc người cho vay chấp nhận trả nợ trước hạn trừ khi có một điều khoản cụ thể cho việc trả trước trong hợp đồng... Mặc dù gắn tên “phạt” nhưng điều khoản này còn được biết đến như là một phí trả nợ trước hạn (prepayment fees or premiums) và có chức năng bồi hoàn cho khoản lãi ước tính mà người cho vay sẽ được hưởng nếu nợ được trả khi đáo hạn... Vì vậy, điều khoản trả nợ trước hạn đơn giản dành cho người vay quyền trả nợ trước hạn và đổi lại phải trả cho người cho vay một khoản phí. Vì người vay vẫn duy trì sự kiểm soát cách thức thực hiện hợp đồng, trả nợ trước hạn kèm phạt là một biện pháp thay thế cho việc thực hiện hợp đồng, không phải là một khoản bồi thường ước định trước”.

Ngoài ra, trong pháp luật của Hoa Kỳ còn có chế tài bồi thường có tính chất phạt (punitive damages) và bồi thường tượng trưng (nominal damages). Bồi thường có tính chất phạt là khoản bồi thường mà Tòa án áp dụng nhằm răn đe người có hành vi vi phạm hợp đồng; không dựa vào thiệt hại thực tế mà nguyên đơn phải gánh chịu mà được xác định bởi Tòa án và thường được áp dụng trong các trường hợp lừa đảo, ép buộc và cố ý vi phạm. Bồi thường tượng trưng là một khoản bồi thường rất nhỏ do Tòa án áp dụng khi không có thiệt hại thực tế.

6.5.2. Chế tài công bình

Trong nhiều trường hợp, chế tài vật chất không phù hợp với một hành vi vi phạm hợp đồng nhất định, khi đó, Tòa án sẽ áp dụng chế tài công bình trên cơ sở ý niệm về sự công bằng và công lý. Chế tài công bình gồm buộc thực hiện hợp đồng, lệnh ngăn chặn, hoàn trả, sửa đổi hợp đồng và hủy bỏ hợp đồng.

Buộc thực hiện hợp đồng (specific performance) là biện pháp chế tài mà Tòa án áp dụng nhằm buộc bên vi phạm phải thực hiện nghĩa vụ hợp đồng trong trường hợp đối tượng của hợp đồng

là độc đáo hoặc hiếm. Các tài sản như tác phẩm nghệ thuật, đồ cổ, đồ gia truyền, bất động sản là tài sản độc đáo. Đối với các hợp đồng dịch vụ cá nhân (personal services contracts), Tòa án sẽ từ chối áp dụng biện pháp buộc thực hiện hợp đồng vì việc buộc một cá nhân phải thực hiện một công việc trái với ý muốn là vi phạm Tu chính án số 13 của Hiến pháp Hoa Kỳ¹⁶⁰.

Ngăn chặn (injunction) là biện pháp chế tài mà Tòa án ra lệnh buộc bên vi phạm phải thực hiện một hành vi nhất định (mandatory injunction) hoặc không được thực hiện một hành vi nhất định (prohibitory injunction) nhằm ngăn chặn thiệt hại không thể khắc phục. Tương tự như trường hợp buộc thực hiện hợp đồng, biện pháp ngăn chặn không áp dụng cho các hợp đồng dịch vụ cá nhân.

Hủy bỏ hợp đồng (rescission): Hủy bỏ hợp đồng là biện pháp chế tài dành cho bên bị vi phạm thực hiện khi có hành vi vi phạm nghiêm trọng. Các trường hợp hủy bỏ hợp đồng thường do các bên thỏa thuận trong hợp đồng. Hủy bỏ hợp đồng cũng được áp dụng trong trường hợp hợp đồng bị khiếm khuyết vì lừa dối, cưỡng ép, ảnh hưởng không chính đáng, gây nhầm lẫn hoặc không có năng lực giao kết hợp đồng hoặc các trường hợp khác do pháp luật quy định. Hủy bỏ hợp đồng không làm phát sinh quyền và nghĩa vụ giữa các bên từ thời điểm giao kết hợp đồng.

Ngoài các chế tài trên, còn có các chế tài công bình khác như hoàn trả, sửa đổi hợp đồng. Hoàn trả là biện pháp chế tài được áp dụng để buộc một bên trả lại giá trị bằng tiền của lợi ích mà bên này nhận được từ việc thực hiện một phần hợp đồng. Hoàn trả thường đi kèm theo biện pháp hủy bỏ hợp đồng. Sửa đổi hợp đồng là một biện pháp chế được Tòa án áp dụng khi mà các bên

¹⁶⁰Không tồn tại chế độ nô lệ hay lao động cưỡng bức trong lãnh thổ Hoa Kỳ hoặc bất kỳ nơi nào thuộc quyền tài phán của Hoa Kỳ trừ trường hợp áp dụng hình phạt cho tội phạm bị truy cứu đúng pháp luật." The Amendment 13 (ratified 1985) of the Constitution of the United States of America.

không thể hiện một các hoàn hảo ý chí, nguyện vọng của mình trong hợp đồng.

Khi một bên thực hiện không đúng hoặc không đầy đủ do gặp trở ngại khách quan làm cho việc thực hiện hợp đồng trở lên khó khăn hoặc nếu thực hiện sẽ tốn kém chi phí đến mức bên có nghĩa vụ sẽ chịu thiệt hại đáng kể thì bên có nghĩa vụ sẽ được miễn trừ trách nhiệm. Trở ngại khách quan có đặc điểm: (1) là một sự kiện khách quan chứ không phải là năng lực chủ quan của bên có nghĩa vụ. Sự kiện khách quan có thể là sự kiện bất khả kháng, hành vi của Nhà nước, tác động của bên thứ ba...; (2) xảy ra không do lỗi của bên có nghĩa vụ; (3) Tại thời điểm giao kết hợp đồng, các bên không biết hoặc không buộc phải biết có trở ngại khách quan này xảy ra; (4) Bên có nghĩa vụ không chấp nhận rủi ro của trở ngại khách quan này. Sự chấp nhận có thể được chứng minh bằng ngôn ngữ minh thị mà bên có nghĩa vụ bộc lộ ra hoặc được mặc nhiên suy đoán từ tình huống cụ thể. Trong trường hợp một sự kiện khách quan xảy ra sau khi hợp đồng được giao kết làm cho mục đích của hợp đồng không đạt được thì các bên được miễn trừ nghĩa vụ thực hiện hợp đồng. Sự kiện khách quan này phải là sự kiện mà các bên không biết hoặc buộc phải biết sẽ xảy ra và bên yêu cầu miễn trừ không chấp nhận rủi ro của sự kiện này. Đồng thời, bên yêu cầu miễn trừ phải chứng minh được rằng tất cả các bên trong hợp đồng đều biết mục đích của hợp đồng và khi mục đích của hợp đồng không đạt được thì không còn hữu ích cho bên yêu cầu miễn trừ.

VII. PHÁP LUẬT VỀ QUẢN LÝ, ĐIỀU TIẾT KINH TẾ

Hoạt động kinh tế được quản lý trực tiếp bởi hệ thống các cơ quan quản lý hành chính từ cấp Liên bang, cấp bang và cấp địa phương. Các cơ quan hành chính ở cấp Liên bang do Nghị viện Hoa Kỳ thành lập và thông thường gắn liền với sự ban hành một

luật chuyên ngành, theo đó, cơ quan đó được thành lập để quản lý những vấn đề thuộc phạm vi điều chỉnh của luật. Cơ quan hành chính ở cấp bang do cơ quan lập pháp cấp bang thành lập, cơ quan hành chính ở cấp địa phương do Hội đồng địa phương thành lập. Các cơ quan này có ba chức năng chính: ban hành các quy chế hành chính, giải thích văn bản quy phạm pháp luật do cơ quan lập pháp ban hành và thực thi pháp luật.

Bảng 3: Một số cơ quan hành chính trong lĩnh vực kinh tế cấp Liên bang¹⁶¹

Ủy ban An toàn Sản phẩm Tiêu dùng (Consumer Product Safety Commission - CPSC)	Bảo vệ công chúng khỏi những rủi ro tổn hại sức khỏe bất hợp lý liên quan đến các sản phẩm tiêu dùng.
Cục Bảo vệ Môi trường (Environmental Protection Agency - EPA)	Thực thi các luật liên quan đến môi trường bao gồm Luật về ô nhiễm nguồn nước, chất thải rắn, thuốc trừ sâu, hóa chất độc hại...
Cục Hàng không Liên bang (Federal Aviation Administration - FAA), thuộc Bộ Giao thông (United States Department of Transportation)	Quản lý hoạt động vận tải hàng không dân sự nhằm bảo đảm an toàn và hiệu quả trong sử dụng máy bay.
Ủy ban Truyền thông Liên bang (Federal Communications Commission - FCC)	Quản lý các hoạt động truyền thông qua đài truyền thanh, đài truyền hình, điện tín, cáp và vệ tinh.
Ủy ban Quản lý năng lượng Liên bang (Federal Energy Regulatory Commission - FERC)	Phát triển các nguồn năng lượng có thể sử dụng thông qua các thị trường cạnh tranh ổn định.
Cục Dự trữ Liên bang (Federal Reserve System - FED)	Quản lý về tiền tệ, ngân hàng trung ương.
Ủy ban Thương mại Liên bang (Federal Trade Commission - FTC)	Bảo vệ công chúng khỏi các hành vi chống cạnh tranh và các hành vi thương mại không lành mạnh.
Cục Quản lý Thực phẩm và Thuốc (Food & Drug Administration - FDA)	Thực thi các văn bản quy phạm pháp luật cấm phân phối các thực phẩm và thuốc quá hạn sử dụng, ghi nhãn sai hoặc không an toàn.
Ủy ban Bình đẳng về Cơ hội Việc làm (Equal Employment Opportunity Commission - EEOC)	Ngăn ngừa các hành vi phân biệt đối xử trong lao động trên cơ sở chủng tộc, màu da, tôn giáo, giới tính, nguồn gốc quốc tịch và các hành vi trái pháp luật khác.

¹⁶¹Dẫn lại từ O. Lee Reed, Peter J. Shedd, Jere W. Morehead, Marisa Anne Pagnattaro, The legal and regulatory environment of business, fourth edition, McGraw-Hill Irwin, 2008, tr. 363.

Hội đồng Quan hệ Lao động Quốc gia (National Labor Relations Board - NLRB)	Xác nhận kết quả bầu cử công đoàn và tổ chức phiên xử về hành vi không công bằng trong lao động.
Ủy ban Quản lý Hạt nhân (Nuclear Regulatory Commission - NRC)	Cấp giấy phép và quản lý ngành năng lượng hạt nhân.
Cục Sức khỏe và An toàn Lao động (Occupational Safety & Health Administration - OSHA)	Bảo đảm mọi người lao động có môi trường lao động bảo đảm sức khỏe và an toàn.
Ủy ban Chứng khoán (Securities & Exchange Commission - SEC)	Thực thi các luật về chứng khoán và quản lý hoạt động bán chứng khoán ra công chúng đầu tư.

Chức năng ban hành quy chế hành chính: Theo Luật thủ tục hành chính (Administrative Procedure Act - APA), có hai thủ tục: thủ tục đầy đủ (formal rulemaking) và thủ tục không đầy đủ (informal rulemaking). Trên thực tiễn, thủ tục không đầy đủ phổ biến hơn. Thủ tục đầy đủ đòi hỏi cơ quan hành chính phải thực hiện nhiều bước để ban hành một quy chế hành chính. Trước hết, cơ quan hành chính gửi dự thảo quy chế hoặc quy chế (sửa đổi, bổ sung) đến cơ quan đăng ký Liên bang (federal register) và gửi xin ý kiến đề xuất của công chúng. Ngoài ra, cơ quan hành chính cũng phải gửi dự thảo đến các phương tiện thông tin đại chúng của những ngành nghề hoặc lĩnh vực sẽ bị tác động bởi quy chế hành chính. Thời gian để công chúng đóng góp ý kiến tối thiểu là 30 ngày, nhưng trên thực tế thời gian này dài hơn rất nhiều¹⁶². Những người có lợi ích liên quan đến quy chế này có quyền tham gia vào quá trình thảo luận về dự thảo quy chế bằng cách: gửi thông tin, ý kiến, tranh luận bằng văn bản hoặc tham gia trao đổi trực tiếp bằng lời nói với cơ quan hành chính¹⁶³. Cơ quan hành chính không được bỏ qua bất kỳ ý kiến, quan điểm nào và phải trả lời các ý kiến phê phán đáng kể bằng việc sửa đổi lại nội dung dự thảo như theo yêu cầu hoặc nếu giữ nguyên nội dung của dự

¹⁶²Maienne Moody Jennings, Foundations of the Legal Environment of Business, South-Western Cengage Learning, 2013, tr. 120.

¹⁶³5 U.S. Code § 553 (c).

thảo thì phải giải trình rõ lý do. Sau khi kết thúc giai đoạn lấy ý kiến của công chúng, quy chế hành chính sẽ được ban hành. Tuy nhiên quy chế hành chính có thể bị xem xét lại bởi cơ quan lập pháp hoặc Tòa án. Quy chế sẽ không được công nhận hiệu lực nếu thuộc trường hợp: (1) Quy chế được ban hành một cách tùy tiện, lạm dụng quyền hạn hoặc trái với quy định của pháp luật. Cơ quan hành chính phải có đủ chứng cứ để chứng minh việc cần thiết phải ban hành ra quy chế hành chính; (2) Việc ban hành quy chế không tuân thủ APA; hoặc (3) Việc ban hành quy chế hành chính thuộc trường hợp vượt quá thẩm quyền (*ultra vires*). Thủ tục không đầy đủ không có giai đoạn nghe ý kiến từ công chúng (*public hearing*) mà chỉ có hình thức đưa ra ý kiến bình luận.

Chức năng thực thi pháp luật: Nhiệm vụ đầu tiên thuộc chức năng thực thi pháp luật là cơ quan hành chính cấp giấy phép hoặc đăng ký cho các hoạt động kinh doanh nhất định. Tiếp theo, cơ quan hành chính có thẩm quyền kiểm tra các đối tượng thuộc thẩm quyền quản lý của mình. Cuối cùng, cơ quan hành chính có thẩm quyền xử lý các hành vi vi phạm pháp luật. Bước đầu của thủ tục xử lý vi phạm là cơ quan hành chính ra một khiếu nại (*complaint*) đối với chủ thể vi phạm. Khiếu nại chỉ rõ thời gian, hành vi vi phạm và căn cứ để xác định hành vi vi phạm. Khi khiếu nại được phát hành, cơ quan hành chính có thể đàm phán với chủ thể vi phạm về biện pháp chế tài được áp dụng thay vì đưa vụ việc ra xem xét bởi Thẩm phán hành chính (*administrative law judge*). Sau khi Thẩm phán hành chính ra quyết định, quyết định của Thẩm phán hành chính có thể bị khiếu nại lên cấp cao hơn trong nội bộ cơ quan hành chính. Chỉ khi nào người khiếu nại nhận được bản quyết định cuối cùng thì mới được khởi kiện quyết định này ra Tòa án.

Hộp 3: Vị trí của Thẩm phán hành chính trong Ủy ban Chứng khoán

Thẩm phán hành chính:

Trong quy trình triển khai lệnh thực thi pháp luật, theo quy định của Luật thủ tục hành chính và Quy chế hoạt động của Ủy ban Chứng khoán, Thẩm phán hành chính thực hiện thủ tục hành chính công để xác định xem liệu rằng các cáo buộc trong lệnh có đúng sự thật không và ban hành quyết định ban đầu trong một thời hạn nhất định. Thẩm phán hành chính là một chức danh tư pháp độc lập trong hầu hết các trường hợp xem xét và ra quyết định đối với các cáo buộc vi phạm pháp luật chứng khoán được khởi xướng bởi Vụ thực thi pháp luật thuộc Ủy ban Chứng khoán. Thẩm phán hành chính tổ chức các phiên xử công khai tại các địa điểm trên toàn lãnh thổ Hoa Kỳ theo thể thức tương tự như phiên xét xử không có sự tham gia của bồi thẩm đoàn ở Tòa án quận của Liên bang. Thẩm phán hành chính phát hành giấy triệu tập, yêu cầu cung cấp chứng cứ, tiến hành các phiên họp hòa giải trước khi xử, ra các quyết định mặc định, ra các quyết định giải quyết các yêu cầu hoặc các thừa nhận về chứng cứ. Kết thúc phiên xử, các bên nộp bản đề xuất về chứng cứ và áp dụng pháp luật. Thẩm phán hành chính chuẩn bị bản quyết định ban đầu bao gồm xác định chứng cứ, áp dụng pháp luật, kết luận và các chế tài áp dụng (nếu phù hợp).

Ủy ban có quyền áp dụng nhiều biện pháp chế tài thông qua thủ tục hành chính. Một Thẩm phán hành chính có thể áp dụng các biện pháp chế tài như tạm đình chỉ hoặc thu hồi đăng ký của chứng khoán được đăng ký cũng như các đăng ký của người môi giới chứng khoán, người tự doanh chứng khoán, công ty đầu tư, người tư vấn đầu tư, người tự doanh chứng khoán địa phương, tổ chức lưu ký chứng khoán và tổ chức định mức tín nhiệm. Ngoài ra, Thẩm phán hành chính có quyền buộc thu hồi các khoản lợi ích không chính đáng (ill-gotten gain), phạt hành chính (civil penalties), cảnh cáo, lệnh chấm dứt hoạt động (cease-and-desist order) đối với pháp nhân và cá nhân; có quyền tạm đình chỉ hoặc cấm bất kỳ ai hợp tác hoặc tham gia hoạt động với các pháp nhân này hoặc tham gia chào bán cổ phiếu giá rẻ (penny stock).

Quyết định ban đầu và các lệnh quan trọng sẽ được đăng tải trên trang thông tin điện tử của Ủy ban và xuất hiện trong các diễn đàn nghiên cứu pháp luật. Các bên có quyền khiếu nại quyết định ban đầu lên Ủy ban, Ủy ban có quyền xem xét lại từ đầu (de novo review) và có quyền giữ nguyên, sửa đổi, điều chỉnh, hủy bỏ quyết định ban đầu hoặc trả lại hồ sơ yêu cầu xử lại. Các bên tiếp tục có quyền khởi kiện quyết định của Ủy ban ra Tòa phúc thẩm Liên bang Hoa Kỳ.

(Nguồn: <http://www.sec.gov/alj#.VlkDbclkbBs>)

7.1. Pháp luật về cạnh tranh lành mạnh và chống độc quyền

7.1.1. Cơ chế bảo đảm sự cạnh tranh lành mạnh trên thị trường

Pháp luật chống độc quyền là một trong những công cụ chủ yếu mà Hoa Kỳ sử dụng để duy trì và phát triển nền kinh tế thị trường. Có ba luật cốt lõi về chống độc quyền bao gồm Luật Sherman, Luật Clayton và Luật Ủy ban Thương mại Liên bang. Nhiều bang cũng có Luật chống độc quyền riêng nhưng trong phạm vi nghiên cứu, chúng tôi chỉ nghiên cứu các văn bản quy phạm pháp luật ở cấp Liên bang. Luật chống độc quyền Sherman được khởi xướng bởi Thượng nghị sỹ John Sherman và được Nghị viện Hoa Kỳ thông qua năm 1890. Đạo luật Sherman cấm hai hành vi đó là hạn chế cạnh tranh (restraint of trade) và lạm dụng vị trí độc quyền (monopolize). Đạo luật Clayton được thông qua năm 1914, điều chỉnh các hành vi lạm dụng vị trí độc quyền và chống cạnh tranh mà Luật Sherman không điều chỉnh, như các hành vi phân biệt giá, mua bán và sáp nhập... Luật Ủy ban Thương mại Liên bang được ban hành năm 1914 đã thiết lập Ủy ban Thương mại Liên bang (Federal Trade Commission - FTC). Trong đó, Điều 5 của Luật này quy định thẩm quyền của Ủy ban Thương mại Liên bang là ngăn chặn và xử lý các hành vi cạnh tranh bất chính hoặc các hành vi khác ảnh hưởng đến hoạt động kinh doanh. Như vậy, hạn chế cạnh tranh và lạm dụng vị trí độc quyền được xếp vào nhóm các hành vi trên và thuộc thẩm quyền quản lý của Ủy ban Thương mại Liên bang. Trong quá trình giải thích và áp dụng Luật Sherman và Luật Clayton, Tòa án áp dụng quy tắc hợp lý (the rule of reason).

Đối với hành vi hạn chế cạnh tranh, không phải giao dịch nào có yếu tố hạn chế cạnh tranh cũng bị cấm bởi Luật Sherman mà chỉ có hành vi hạn chế cạnh tranh bất hợp lý mới bị cấm. Hạn

chế cạnh tranh được chia thành “hạn chế cạnh tranh theo chiều ngang” và “hạn chế cạnh tranh theo chiều dọc”. Hạn chế cạnh tranh theo chiều ngang là các thỏa thuận giữa các đối thủ cạnh tranh nhằm hạn chế cạnh tranh. Các hành vi hạn chế cạnh tranh ngang bị cấm bao gồm: thỏa thuận về giá, tẩy chay và thỏa thuận phân chia thị trường là các hành vi triệt tiêu cạnh tranh một cách bất hợp lý. Hạn chế cạnh tranh theo chiều dọc là thỏa thuận giữa các chủ thể ở các cấp khác nhau trong toàn bộ quá trình từ sản xuất đến phân phối sản phẩm. Mặc dù đây không phải là thỏa thuận giữa các đối thủ cạnh tranh nhưng những thỏa thuận này rõ ràng có những ảnh hưởng nhất định đến cạnh tranh. Vì vậy Tòa án sẽ căn cứ vào quy tắc hợp lý để xác định hành vi hạn chế cạnh tranh nào là vi phạm pháp luật. Trong vụ *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36, 97 S. Ct 2549, 53 L.Ed.2d 568 (1977), Tòa án Tối cao Hoa Kỳ đưa ra quan điểm như sau: “Hạn chế cạnh tranh theo chiều dọc là hạn chế cạnh tranh nội bộ (intrabrand competition) bằng việc hạn chế số lượng người bán một sản phẩm cạnh tranh cụ thể... Mặc dù cạnh tranh nội bộ có thể giảm, nhưng khả năng khai thác thị trường của người bán lẻ bị hạn chế bởi cả khả năng đi đến khu vực được trao quyền khác và có lẽ quan trọng hơn là hạn chế việc mua sản phẩm cạnh tranh của người sản xuất, người tiêu dùng. Các yếu tố kể trên không bị ảnh hưởng bởi hình thức giao dịch mà nhà sản xuất chuyển giao hàng cho người bán lẻ. Hạn chế cạnh tranh theo chiều dọc tăng cường cạnh tranh nội bộ bằng việc cho phép nhà sản xuất đạt được những hiệu quả cụ thể trong quá trình phân phối sản phẩm. Những “thói quen tốt” này được suy đoán từ các quyết định chấp nhận hạn chế theo chiều dọc theo nguyên tắc hợp lý.”

Về lạm dụng vị trí độc quyền, Luật Sherman cấm hành vi lạm dụng vị trí độc quyền tức là hành vi của doanh nghiệp có vị trí độc quyền lạm dụng vị trí độc quyền. Luật Sherman không định nghĩa

thế nào là vị trí độc quyền. Tuy nhiên, thực tiễn xét xử ở Hoa Kỳ cho thấy độc quyền không nhất thiết phải là trường hợp chỉ có một công ty sản xuất, kinh doanh hàng hóa hoặc cung cấp dịch vụ trên một thị trường. Độc quyền có thể bao gồm cả trường hợp doanh nghiệp chiếm lĩnh vị trí độc quyền trên thị trường có đối thủ cạnh tranh trên thị trường liên quan và có khả năng tác động đến giá cả và đầu ra. Các doanh nghiệp lạm dụng vị trí độc quyền để ngăn cản cạnh tranh bao gồm: (1) Giảm giá nhằm loại bỏ đối thủ; (2) Sản xuất ra sản phẩm không tương thích với sản phẩm của đối thủ cạnh tranh mà hoạt động kinh doanh của họ phụ thuộc vào sự tương thích này trong ngành công nghiệp. Tòa án sẽ không coi là vi phạm nếu sản phẩm của doanh nghiệp độc quyền là cải tiến mặc dù gây thiệt hại cho đối thủ cạnh tranh trên cơ sở rằng nếu làm khác đi sẽ bóp chẹt cạnh tranh; (3) Từ chối giao dịch: hành vi từ chối giao dịch chỉ được coi là vi phạm Luật Sherman nếu doanh nghiệp từ chối giao dịch đang chiếm lĩnh hoặc có khả năng chiếm lĩnh vị trí độc quyền và việc từ chối có khả năng gây ra hậu quả phản cạnh tranh trên một thị trường nhất định. Nỗ lực độc quyền là hành vi có đủ ba yếu tố sau: (1) Có mục đích kiểm soát giá cả hoặc hủy hoại cạnh tranh một cách rõ ràng; (2) Có hành vi bất chính (predatory conduct) để đạt được mục đích bất hợp pháp; (3) Sự thành công sẽ gây ra hậu quả nguy hiểm.

Phân biệt giá: Luật Clayton cấm người bán phân biệt giá bán giữa các người mua cạnh tranh cùng một mặt hàng hoặc dịch vụ. Người bán cũng bị cấm đề xuất hoặc nhận giá phân biệt. Phân biệt giá có thể được thực hiện thông qua nhiều hình thức như chiết khấu, đối trừ, hoàn lại, phụ cấp... Có một số ngoại lệ trong trường hợp áp dụng mức giá khác nhau cho người mua khác nhau: (1) Việc giảm giá do việc mua hàng của người mua làm cho người bán tiết kiệm được chi phí sản xuất và bán hàng; (2) Người bán áp dụng mức giá thấp một cách ngay tình để phù hợp với mức

giá cạnh tranh thấp của đối thủ; (3) Do sự thay đổi của điều kiện thị trường dẫn đến người bán phải giảm giá.

Mua bán và sáp nhập (M&A): Điều 7 Luật Clayton cấm các hoạt động “trực tiếp hoặc gián tiếp mua toàn bộ hoặc một phần vốn cổ phần... hoặc mua toàn bộ hoặc một phần tài sản của bất kỳ chủ thể kinh doanh nào... mà hậu quả của việc mua này làm giảm đáng kể cạnh tranh hoặc có mục đích tạo lập vị trí độc quyền... trực tiếp hoặc gián tiếp mua toàn bộ vốn cổ phần... mua một phần hoặc toàn bộ tài sản của một hoặc nhiều chủ thể kinh doanh... hậu quả của việc mua các cổ phần hoặc tài sản này hoặc việc sử dụng các cổ phần này thông qua hoạt động biểu quyết trực tiếp hoặc qua ủy quyền sẽ làm giảm đáng kể cạnh tranh hoặc có mục đích tạo lập vị trí độc quyền”¹⁶⁴. Như vậy, các giao dịch mua bán và sáp nhập tạo ra vị trí độc quyền hoặc làm giảm đáng kể cạnh tranh thuộc trường hợp bị cấm. Có ba hình thức giao dịch mua bán và sáp nhập phổ biến là sáp nhập ngang, sáp nhập dọc và sáp nhập tập đoàn.

Cơ quan có nhiệm vụ thực thi các luật chống độc quyền là Bộ Tư pháp (Department of Justice - DOJ) và Ủy ban Thương mại Liên bang (Federal Trade Commission - FTC). Theo sự phân công thì chỉ có DOJ mới có quyền cáo buộc hành vi vi phạm Luật Sherman bao gồm cả tội phạm hoặc vi phạm hành chính. Cả DOJ hoặc FTC đều có thẩm quyền xử lý hành vi vi phạm Luật Clayton, là những hành vi vi phạm hành chính. Các cơ quan thực thi có quyền yêu cầu Tòa án áp dụng nhiều biện pháp chế tài trong đó có chế tài buộc chấm dứt một hoặc một số hoạt động. Ngoài các biện pháp thực thi công thông qua cơ quan nhà nước có thẩm quyền, các luật chống độc quyền đều quy định các cá nhân hoặc pháp nhân bị xâm phạm bởi hành vi vi phạm một trong hai Luật có quyền khởi kiện ra Tòa án theo tố tụng dân sự.

¹⁶⁴15 U.S.C.A. § 7.

7.2. Quy chế pháp lý bảo vệ sức khỏe và an toàn cho người tiêu dùng

Liên quan đến vấn đề bảo vệ sức khỏe và an toàn của người tiêu dùng, ở cấp Liên bang, Hoa Kỳ có một số Luật chính sau:

Luật về thực phẩm, thuốc và mỹ phẩm (Federal Food, Drug and Cosmetic Act - FFDCA): ban đầu khi mới ban hành năm 1906, Luật có tên gọi là Luật về thực phẩm và thuốc an toàn (Pure Food and Drugs Act). Sau đó năm 1938, Luật này được sửa đổi và đổi tên thành Luật về thực phẩm, thuốc và mỹ phẩm. Ủy ban Quản lý Thực phẩm và Thuốc (Food and Drug Administration - FDA) chịu trách nhiệm thi hành luật này. Luật có mục đích bảo vệ người tiêu dùng khỏi các thực phẩm hoặc thuốc quá hạn sử dụng hoặc ghi nhãn sai theo các tiêu chuẩn về thực phẩm và thuốc được quy định trong luật. Đặc biệt, đối với thuốc, FDA chịu trách nhiệm bảo đảm thuốc được an toàn và hiệu quả trước khi được đưa ra thị trường. Vì vậy, thường phải mất một thời gian nhất định, thuốc mới được đưa ra thị trường.

Luật về sự an toàn của sản phẩm tiêu dùng (Consumer Product Safety Act) được ban hành vào năm 1972, theo đó thành lập Ủy ban An toàn Sản phẩm tiêu dùng (Consumer Product Safety Commission - CPSC). Theo quy định của luật, CPSC có thẩm quyền: (1) Xây dựng tiêu chuẩn an toàn cho các sản phẩm tiêu dùng (trừ các sản phẩm thuộc phạm vi điều chỉnh của các luật chuyên ngành khác và thuộc thẩm quyền quản lý của các cơ quan quản lý chuyên ngành khác); (2) Cấm sản xuất và bán những sản phẩm mà Ủy ban cho rằng gây rủi ro không hợp lý cho người tiêu dùng; (3) Loại bỏ khỏi thị trường bất kỳ sản phẩm nào mà Ủy ban cho rằng có tính nguy hiểm. Trong thực tiễn, Ủy ban thường đàm phán với nhà sản xuất để họ tự nguyện thu hồi các sản phẩm từ các cửa hàng; (4) Yêu cầu nhà sản xuất báo cáo về

sản phẩm đã bán hoặc có kế hoạch bán nếu có chứng cứ xác định sản phẩm nguy hiểm.

Ngoài ra, CPSC cũng được giao nhiệm vụ thực thi hai luật khác là Luật bảo vệ trẻ em và sự an toàn của đồ chơi trẻ em năm 1969 (Child Protection and Toy Safety Act of 1969) và Luật về các hóa chất nguy hiểm năm 1960 (Federal Hazardous Substances Act of 1960).

7.3. Pháp luật bảo vệ người tiêu dùng trong các hợp đồng vay tiêu dùng

Thẻ tín dụng được sử dụng rất phổ biến ở Hoa Kỳ, hầu hết các giao dịch mua sắm hàng tiêu dùng đều sử dụng thẻ tín dụng hoặc áp dụng các hình thức khác mà các tổ chức tài chính hỗ trợ tài chính cho người tiêu dùng mua sắm hàng hóa. Như vậy, tổ chức tài chính cho người tiêu dùng vay để mua sắm từ các hàng tiêu dùng hàng ngày đến ô tô và thậm chí người tiêu dùng vay để mua sắm bất động sản. Thẻ tín dụng và các hình thức cho vay tiêu dùng làm cho thị trường hàng hóa của Hoa Kỳ sôi động, sức mua tăng mạnh. Tuy nhiên, mặt tiêu cực của nó đối với người tiêu dùng và xã hội cũng được bộc lộ rõ. Người tiêu dùng trở thành nạn nhân của các hoạt động truy đòi nợ ráo riết, danh dự bị xâm phạm... để bảo vệ người tiêu dùng khỏi những tác động tiêu cực này, chính quyền Liên bang và bang ban hành rất nhiều văn bản quy phạm pháp luật.

7.3.1. Quy định thông tin trung thực về cho vay

Các quy định về thông tin trung thực về cho vay được quy định trong Luật trung thực trong cho vay năm 1968 (Truth in Lending Act - TILA). Văn bản thực hiện Luật này là Quy chế Z do Hội đồng Thống đốc Liên bang thuộc Cục Dự trữ Liên bang (FED) ban hành và có hiệu lực vào năm 1969. Cho đến nay, các văn bản này đã được sửa đổi, bổ sung nhiều lần cho phù hợp với thực tế cuộc sống. TILA là luật cơ bản về công bố thông tin, áp dụng đối

với người cho vay, người bán thẻ tín dụng và quy định về việc cấp thẻ tín dụng phục vụ cho mục đích tiêu dùng. Với mục đích bảo vệ người vay là cá nhân, tinh thần của Luật buộc người cho vay, người bán thẻ tín dụng hoặc người cấp thẻ tín dụng phải cung cấp các điều khoản của hợp đồng vay cho cá nhân để họ có thể tham khảo những chủ thể khác để lựa chọn giao dịch với chủ thể có điều kiện cho vay tốt nhất. Theo quy định, người cho vay phải công bố lãi suất hàng năm (APR), phí tín dụng, mức cho vay, số tiền phải trả (bao gồm gốc, phí, lãi và các khoản phí tín dụng khác khi đáo hạn). Nếu người cho vay vi phạm các quy định trong TILA, người tiêu dùng có quyền hủy bỏ hợp đồng trừ trường hợp những sai sót nhỏ do lỗi chính tả trong tài liệu. Văn phòng bảo vệ tài chính tiêu dùng (Consumer Financial Protection Bureau - CFPB) có thẩm quyền thi hành TILA được chuyển cho CFPB. Ngoài Quy chế Z còn có nhiều các quy định khác về công bố thông tin tín dụng.

7.3.2. Quyền được đối xử bình đẳng của người vay

Theo quy định của Luật về cơ hội tín dụng bình đẳng (Equal Credit Opportunity Act - ECOA) thì người cho vay không được phép từ chối cấp tín dụng trên cơ sở giới tính, sắc tộc, tôn giáo, nguồn gốc quốc tịch hoặc tuổi.

7.3.3. Quy định về quyền của người tiêu dùng trong hợp đồng vay

Các bang của Hoa Kỳ đều có các quy định về cấm cho vay nặng lãi (usury law). Theo đó, trong các hợp đồng vay, lãi suất không được phép vượt quá lãi suất tối đa mà luật của bang quy định. Luật trách nhiệm và công bố thông tin về thẻ tín dụng năm 2009 (Credit Card Accountability Responsibility and Disclosure Act - CARD) quy định trong trường hợp người vay hủy thẻ tín dụng thì người cho vay phải tạo cơ hội cho người vay trả hết nợ theo lãi suất tại thời điểm hủy mà không được tăng lãi suất vì lý do hủy thẻ. Ngoài ra, người cho vay còn phải thực hiện các nghĩa

vụ sau: (1) Lãi suất tăng không có hiệu lực hồi tố trên số dư nợ của thẻ trừ trường hợp khoản nợ đã quá 60 ngày không được chi trả; (2) Trả lãi suất trên dư nợ thẻ tín dụng trừ trường hợp đặc biệt; (3) Người cho vay không được đánh phí quá hạn trừ trường hợp đặc biệt; (4) Nếu người vay có các khoản dư nợ với các mức lãi suất khác nhau, các khoản phải trả vượt mức phải trả tối thiểu đến hạn phải được áp dụng cho các khoản dư nợ có lãi suất cao nhất trước; (5) Người cho vay không được tính phí tín dụng vào khoản phải trả của hóa đơn kỳ trước (hay còn được gọi là tính phí hai lần (double-cycle billing) gây thiệt hại cho người tiêu dùng vì họ phải trả lãi cho lần thanh toán trước vừa phải trả lãi cho toàn bộ hóa đơn)¹⁶⁵.

Đối với hoạt động cho vay thế chấp, Luật buộc các tổ chức cho vay phải bảo đảm người vay có khả năng trả nợ. Điều 1411 của Luật Dodd-Frank cấm việc cho vay mà không xem xét một cách hợp lý và ngay tình trên cơ sở tài liệu tin cậy về khả năng trả nợ của người vay. Luật Dodd-Frank không cấm các khoản vay thế chấp có dư nợ tăng dần mà đưa ra các điều kiện đối với khoản vay này. Theo quy định, trong trường hợp này, người cho vay phải bảo đảm người vay có khả năng thực hiện được khoản vay thế chấp có dư nợ tăng dần. Ngoài ra, người cho vay phải có nghĩa vụ công bố thông tin cho người vay về khoản vay này bao gồm giải thích các điều kiện của khoản vay, hậu quả của khoản vay và giải thích về mức dư nợ tăng dần. Trong trường hợp, người cho vay và người môi giới vi phạm các quy định về tiêu chuẩn cho vay thì sẽ phải bồi thường cho người vay bao gồm cả chi phí luật sư và phải chịu lãi trong ba năm. Người vay được bảo vệ khỏi việc xử lý tài sản bảo đảm nếu việc cho vay vi phạm tiêu chuẩn. Để thực hiện các nguyên tắc này, ngày 10/01/2013, CFPB đã sửa đổi Quy chế Z về tiêu chuẩn về khả năng trả nợ và khoản vay thế chấp chất lượng.

¹⁶⁵Kenneth W. Clarkson, Roger LeRoy Miller and Frank B. Cross, *Business Law Text and Cases - Legal, Ethical, Global, and Corporate Environment*, twelfth edition, Cengage Learning, 2011, tr. 888.

Luật hóa đơn thanh toán tín dụng hợp lý (Federal Fair Credit Billing Act - FCBA) trao cho người tiêu dùng quyền khiếu nại về hóa đơn thanh toán nợ hàng tháng đối với thẻ tín dụng (open-end credit). Theo quy định thì người cho vay phải ghi trong bản kê hàng tháng địa chỉ, điện thoại để người tiêu dùng viết hoặc gọi điện trong trường hợp họ có những câu hỏi hoặc thắc mắc liên quan đến hóa đơn. Trừ trường hợp vấn đề được giải quyết ngay, người cho vay phải xác nhận khiếu nại của người tiêu dùng trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày nhận được khiếu nại. Người cho vay phải giải quyết khiếu nại trong phạm vi hai đợt thanh toán nhưng không quá 90 ngày kể từ ngày nhận được khiếu nại. Trong thời hạn xem xét khiếu nại, các khoản phải trả và lãi đang được xem xét (các khoản đang tranh chấp) không phải thanh toán, nhưng các khoản khác vẫn phải thanh toán. Người cho vay không được thực hiện bất kỳ hành vi pháp lý nào để đòi các khoản đang tranh chấp trong thời gian đang xem xét khiếu nại. Người cho vay không được phép đe dọa tín nhiệm của người vay, thông tin người vay không trả nợ, tuyên bố đáo hạn khoản vay, hạn chế hoặc đóng tài khoản của người vay vì lý do khiếu nại. Người cho vay không được đối xử phân biệt về tín dụng giữa người đã và đang khiếu nại với những người khác. Nếu kết quả điều tra cho thấy hóa đơn có sai sót, người cho vay phải giải thích bằng văn bản cho người vay và phải sửa chữa sai sót. Ngoài ra, người cho vay phải loại bỏ tất cả các khoản phí tín dụng, phí quá hạn hoặc các khoản khác liên quan đến sai sót. Nếu người cho vay kết luận rằng người vay đang nợ một phần khoản đang tranh chấp thì phải giải thích bằng văn bản và chứng cứ chứng minh (nếu người vay yêu cầu). Nếu người cho vay xác định rằng hóa đơn chính xác, thì phải thông báo bằng văn bản ngay cho người vay, trong đó ghi rõ số tiền nợ và lý do. Người vay có quyền yêu cầu cung cấp tài liệu liên quan. Trong trường hợp này, người vay được coi là nợ khoản đang tranh chấp cộng với phí tín dụng được cộng dồn khi khoản này

đang được xem xét. Nếu không đồng ý với quyết định của người cho vay, người vay có quyền gửi thư cho người cho vay trong thời hạn 10 ngày kể từ ngày nhận được bản giải thích của người cho vay. Thư chỉ rõ rằng người vay từ chối thanh toán khoản đang tranh chấp. Trong trường hợp này, người cho vay có thể bắt đầu thủ tục thu hồi nợ. Tuy nhiên, nếu người cho vay gửi thông tin về việc không trả nợ cho công ty báo cáo tín dụng thì công ty này phải ghi rõ rằng người vay cho rằng mình không nợ. Bất kỳ chủ nợ nào không tuân thủ các quy định của FCBA thì mất quyền thu hồi khoản đang tranh chấp mặc dù hóa đơn chính xác.

7.3.4. Quyền hủy bỏ hợp đồng tín dụng tiêu dùng (cooling-off)

Quyền hủy hợp đồng được quy định tại Điều 15 U.S. Code §1635. Quyền hủy bỏ giao dịch là quyền của người vay tiêu dùng sử dụng tài sản bảo đảm là nhà ở chính. Khi thực hiện quyền này, người vay không phải chịu bất kỳ khoản tài chính nào, các lợi ích bảo đảm cũng chấm dứt hiệu lực kể từ thời điểm hủy bỏ. Trong thời hạn 20 ngày kể từ ngày nhận được thông báo hủy bỏ, người cho vay phải hoàn trả lại cho người vay bất kỳ khoản tiền hoặc tài sản nào mà người cho vay đã nhận như là khoản trả trước, thanh toán trước hoặc hình thức khác và phải thực hiện các thủ tục cần thiết và phù hợp để chấm dứt các lợi ích bảo đảm phát sinh từ giao dịch này.

7.3.5. Công bố thông tin về người vay

Luật công bố thông tin tín dụng (Fair Credit Reporting Act - FCRA) được ban hành để bảo vệ người tiêu dùng trước các thông tin không chính xác về tín dụng. Theo quy định của Luật này, người cho vay và các chủ nợ khác phải công bố thông tin chính xác, có liên quan và cập nhật. Tổ chức báo cáo thông tin tín dụng chỉ được cung cấp thông tin cho người sử dụng vì những mục đích nhất định: cấp tín dụng, ký hợp đồng bảo hiểm, lao động, theo

lệnh của Tòa án và giải quyết yêu cầu cung cấp thông tin của chính người tiêu dùng. Người tiêu dùng có quyền yêu cầu cung cấp nguồn thông tin được sử dụng bởi Tổ chức báo cáo thông tin tín dụng, cũng như thông tin về người yêu cầu cung cấp thông tin tín dụng. Nếu người tiêu dùng phát hiện ra sai sót thì có quyền khiếu nại yêu cầu tổ chức báo cáo thông tin tín dụng phải đính chính. Khi nhận được khiếu nại, Tổ chức báo cáo thông tin tín dụng phải kiểm tra lại thông tin. Nếu có sai sót thì phải loại bỏ sai sót trong thời gian hợp lý. Trong trường hợp bất kỳ chủ thể nào vi phạm các quy định của FCRA thì phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại thực tế cho người tiêu dùng với mức thấp nhất là \$100 và cao nhất là \$1,000. Tòa án cũng có thể buộc người vi phạm phải trả khoản bồi thường có tính chất phạt (punitive damages). Ngoài ra, người tiêu dùng được hoàn trả phí luật sư hợp lý.

7.3.6. Quy chế pháp lý về thu hồi nợ từ người tiêu dùng

Năm 1977, Nghị viện Hoa Kỳ ban hành Luật về thu hồi nợ lành mạnh (Fair Debt Collection Practices Act - FDCPA). Đạo luật áp dụng cho các khoản nợ tiêu dùng và người thu hồi nợ tiêu dùng mà không áp dụng cho các khoản nợ thương mại và người thu hồi nợ thương mại. FDCPA không áp dụng cho chủ nợ gốc mà áp dụng cho người thu hồi nợ. Ủy ban Thương mại Liên bang là cơ quan có thẩm quyền thực thi Luật này.

Theo FDCPA, người thu hồi nợ bị cấm thực hiện các nhóm hành vi sau đây:

Thứ nhất, không có sự đồng ý của người tiêu dùng hoặc chấp thuận của Tòa án có thẩm quyền, liên hệ với người tiêu dùng: (1) Tại thời điểm hoặc địa điểm bất thường hoặc tại thời điểm hoặc địa điểm mà người thu hồi nợ biết hoặc buộc phải biết là không tiện lợi cho người tiêu dùng. Thời điểm phù hợp để liên hệ với người tiêu dùng là sau 8 giờ sáng và trước 9 giờ tối, tính theo giờ địa phương; (2) Người tiêu dùng được đại diện bởi luật sư mà

người thu hồi nợ biết chính xác tên và địa chỉ trừ trường hợp luật sư này không trả lời yêu cầu của người thu hồi nợ trong thời gian hợp lý hoặc luật sư này đề nghị liên hệ trực tiếp với người tiêu dùng; hoặc (3) Tại nơi làm việc của người tiêu dùng mà người thu hồi nợ biết hoặc buộc phải biết người sử dụng lao động cấm người lao động có liên hệ này.

Thứ hai, trừ trường hợp có sự đồng ý của người tiêu dùng hoặc chấp thuận của Tòa án có thẩm quyền hoặc xét thấy cần thiết hợp lý để thi hành bản án, liên hệ với người thứ ba trừ luật sư đại diện của người tiêu dùng, tổ chức báo cáo thông tin tín dụng.

Thứ ba, liên hệ với người tiêu dùng tại bất kỳ thời điểm nào sau khi nhận được thông báo rằng người tiêu dùng từ chối trả nợ trừ trường hợp: (1) Thông báo với người tiêu dùng rằng người thu hồi nợ không còn kiên nhẫn thêm nữa; (2) Thông báo với người tiêu dùng rằng người thu hồi nợ hoặc chủ nợ có quyền dùng các biện pháp chế tài thường được áp dụng bởi người thu hồi nợ hoặc chủ nợ; hoặc (3) Thông báo với người tiêu dùng rằng người thu hồi nợ hoặc người tiêu dùng có ý định áp dụng các biện pháp chế tài cụ thể.

Thứ tư, thực hiện các hành vi đe dọa, gây áp lực, lạm dụng. Các hành vi có thể bao gồm: (1) Dùng vũ lực hoặc đe dọa dùng vũ lực hoặc các thủ đoạn phạm tội khác nhằm gây thiệt hại về thân thể, uy tín hoặc tài sản của bất kỳ ai; (2) Dùng ngôn ngữ thô tục; (3) Công bố rộng rãi danh sách người tiêu dùng từ chối trả nợ trừ trường hợp cung cấp thông tin cho tổ chức báo cáo thông tin tín dụng; (4) Quảng cáo chuyển nhượng khoản nợ nhằm ép buộc trả nợ; (5) Liên tục trực tiếp hoặc gián tiếp gọi điện thoại; (6) Sử dụng các cuộc điện thoại nặc danh.

Thứ năm, đưa ra những nhận định không đúng sự thật (false, deceptive, or misleading representation) như các hành vi: đưa thông tin giả là mình nhân danh Nhà nước, được Nhà nước

hỗ trợ, sử dụng trang phục để biểu thị thông tin không đúng sự thật này; dọa người tiêu dùng là nếu không trả nợ sẽ bị phạt tù, bị thu hồi lương hoặc bị áp dụng các biện pháp chế tài khác trừ trường hợp những biện pháp chế tài này là hợp pháp và người thu hồi nợ hoặc chủ nợ mong muốn sử dụng biện pháp này...

Thứ sáu, thực hiện các hành vi không lành mạnh trong thu hồi nợ như các hành vi: thu hồi các khoản mà hợp đồng làm phát sinh khoản nợ và pháp luật không quy định; thực hiện hoặc đe dọa thực hiện các hành vi (ngoài thủ tục tư pháp) (nonjudicial action) để định đoạt tài sản nếu không có quyền chiếm hữu tài sản trên cơ sở một giao dịch bảo đảm hoặc không có ý định chiếm hữu tài sản hoặc tài sản thuộc trường hợp miễn trừ quyền xử lý tài sản theo quy định của pháp luật; liên hệ với người tiêu dùng liên quan đến khoản nợ bằng bưu thiếp...

Ngoài ra, pháp luật Liên bang và luật của các bang có quy định về khấu trừ lương (garnishment of wages) với hướng cho phép được khấu trừ lương của người tiêu dùng nhưng nghiêm cấm các hành vi lạm dụng. Người tiêu dùng phải được thông báo về việc khấu trừ lương. Mức khấu trừ lương không được quá 25% lương sau thuế và phải bảo đảm người tiêu dùng có mức thu nhập tối thiểu.

Người tiêu dùng bị xâm phạm quyền có quyền khởi kiện để đòi bồi thường những thiệt hại thực tế, ví dụ thiệt hại do mất việc làm vì hành vi không lành mạnh của người thu hồi nợ, hoặc những tổn thất do bị xâm phạm về uy tín...

7.4. Hệ thống các cơ quan quản lý hệ thống tài chính

Đặc trưng của hệ thống cơ quan quản lý hệ thống tài chính của Hoa Kỳ là phân quyền, quyền quản lý thị trường được phân tách ra cho nhiều cơ quan khác nhau. Thậm chí trong cùng lĩnh vực ngân hàng nhưng có nhiều cơ quan cùng quản lý. Dưới đây

chúng tôi trình bày khái quát một số cơ quan quản lý nhà nước tiêu biểu.

Cục Dự trữ Liên bang Hoa Kỳ (Federal Reserve System - FED) là ngân hàng trung ương của Hoa Kỳ. Cấu trúc của FED gồm Hội đồng Thống đốc Liên bang và hệ thống 12 ngân hàng dự trữ khu vực. Cục được thành lập vào năm 1913 để bảo đảm sự an toàn, linh hoạt và ổn định cho hệ thống tài chính và tiền tệ quốc gia. Cùng theo thời gian, chức năng của FED đã được mở rộng. Cho đến nay, nhiệm vụ của FED được chia thành bốn nhóm sau: (1) Thực hiện chính sách tiền tệ quốc gia bằng cách tác động vào các điều kiện tiền tệ và tín dụng nhằm bảo đảm việc làm, ổn định giá cả và lãi suất trung bình dài hạn; (2) Giám sát và quản lý các định chế ngân hàng nhằm bảo đảm sự an toàn và bền vững của hệ thống ngân hàng và tài chính quốc gia nhằm bảo đảm quyền tín dụng của người tiêu dùng; (3) Bảo đảm sự ổn định của hệ thống tài chính và ngăn ngừa rủi ro hệ thống có thể phát sinh trên thị trường tài chính; (4) Cung cấp dịch vụ tài chính cho các tổ chức tiền gửi, Chính phủ Hoa Kỳ, và các cơ quan nước ngoài bao gồm cả việc thực hiện vai trò trong việc vận hành hệ thống thanh toán quốc gia.

Cơ quan Kiểm soát Tiền tệ (Office of the Comptroller of the Currency - OCC): Giám đốc cơ quan kiểm soát tiền tệ có nhiệm kỳ 05 năm do Tổng thống bổ nhiệm theo sự giới thiệu của Thượng nghị viện. Giám đốc cơ quan kiểm soát tiền tệ đồng thời là thành viên Hội đồng quản trị của Tổ chức Bảo hiểm Tiền gửi Liên bang. Cơ quan kiểm soát tiền tệ có trụ sở chính ở Washington D.C. và bốn văn phòng khu vực và một văn phòng ở London có nhiệm vụ giám sát hoạt động quốc tế của các ngân hàng quốc gia. OCC giám sát hoạt động các ngân hàng quốc gia và các tổ chức tiết kiệm Liên bang. Các kiểm soát viên phân tích danh mục các khoản vay và đầu tư, quỹ, vốn, thu nhập, tính thanh khoản, độ nhạy cảm

với rủi ro thị trường của tất cả các ngân hàng và tổ chức tiết kiệm quốc gia. Trong quản lý ngân hàng quốc gia và các tổ chức tiết kiệm Liên bang, OCC có các thẩm quyền sau: (1) Giám sát các ngân hàng quốc gia và các tổ chức tiết kiệm; (2) Phê chuẩn hoặc từ chối các đơn đề nghị thành lập ngân hàng, chi nhánh, thay đổi vốn hoặc những thay đổi trong cấu trúc công ty hoặc hoạt động ngân hàng; (3) Thực hiện các hành vi kiểm soát đối với các ngân hàng quốc gia hoặc tổ chức tiết kiệm không tuân thủ các luật và quy chế hoặc có các hành vi gây ra mất an toàn. Bã nhiệm thành viên Hội đồng quản trị và người điều hành của các tổ chức này, đàm phán các thỏa thuận nhằm thay đổi hoạt động ngân hàng, ban hành lệnh chấm dứt hoạt động cũng như áp dụng biện pháp phạt tiền; (4) Ban hành quy chế và giải thích luật, các quyết định nhằm quản lý các hoạt động đầu tư, cho vay và các hoạt động khác của các ngân hàng quốc gia và tổ chức tiết kiệm.

Tổ chức Bảo hiểm Tiền gửi Liên bang (Federal Deposit Insurance Corporation - FDIC) là cơ quan Liên bang có chức năng bảo hiểm tiền gửi cho người gửi tiền với mức tối thiểu là 250.000 USD cho một ngân hàng được bảo hiểm. Ngoài ra FDIC còn có thẩm quyền kiểm tra, giám sát các tổ chức tài chính nhằm bảo đảm hệ thống tài chính lành mạnh và giám sát hoạt động thu hồi tài sản.

Cục Quản lý Hợp tác xã Tín dụng (National Credit Union Administration - NCUA) là cơ quan quản lý, đăng ký và giám sát hoạt động của các hợp tác xã tín dụng. Với sự bảo đảm bằng uy tín của Chính phủ Hoa Kỳ, NCUA vận hành và quản lý Quỹ Bảo hiểm Hợp tác xã Tín dụng Quốc gia (National Credit Union Share Insurance Fund - NCUSIF) để bảo hiểm cho các khoản tiền gửi ở các hợp tác tín dụng Liên bang và các hợp tác xã tín dụng được đăng ký ở cấp bang.

Ủy ban Chứng khoán (Securities and Exchange Commission - SEC): Thị trường chứng khoán với hàng trăm tuổi của Hoa Kỳ

là một trong những thị trường chứng khoán phát triển hàng đầu thế giới. Thị trường chứng khoán là kênh thu hút vốn rất quan trọng của doanh nghiệp đồng thời cũng là kênh đầu tư hấp dẫn. Nhà đầu tư đầu tư vào thị trường chứng khoán với nhiều kỳ vọng trong đó có được thu nhập từ hoạt động đầu tư phục vụ cho những dự tính tương lai. “Thế giới đầu tư rất hấp dẫn và đa dạng, hứa hẹn nhiều lợi nhuận. Nhưng khác với thị trường ngân hàng, khi ở đó các khoản tiền gửi được bảo đảm bởi Chính phủ Liên bang, các cổ phiếu, trái phiếu và các chứng khoán khác có thể mất giá. Không có sự bảo đảm nào. Vì vậy, đầu tư chứng khoán không phải là “trò chơi” có thể dự đoán. Con đường tốt nhất cho nhà đầu tư khi bỏ tiền vào thị trường là tìm hiểu và đặt câu hỏi”¹⁶⁶. Sự sụp đổ của thị trường chứng khoán Hoa Kỳ năm 1929 đã làm mất niềm tin của các nhà đầu tư đối với thị trường chứng khoán. Bởi vì, tại thời kỳ đó, nhà đầu tư bị nhiều chủ thể trên thị trường lạm dụng bằng việc cung cấp những thông tin sai lệch làm thiệt hại lớn. Vì lẽ đó, các luật về chứng khoán của Hoa Kỳ được ban hành vào những năm 1930 với triết lý: Tất cả các nhà đầu tư từ các tổ chức lớn đến các cá nhân riêng lẻ, đều có quyền tiếp cận những thông tin cơ bản về đầu tư trước khi quyết định đầu tư và chỉ như vậy họ mới đầu tư¹⁶⁷. Để đưa được triết lý này vào thực tế cuộc sống, vai trò quản lý thị trường rất quan trọng nhằm bảo đảm các chủ thể trên thị trường tuân thủ các quy tắc về minh bạch thông tin, bình đẳng và lành mạnh. SEC được ra đời trên cơ sở Luật chứng khoán năm 1933 và Luật giao dịch chứng khoán năm 1934 để thực hiện vai trò này. SEC bao gồm 05 ủy viên, mỗi ủy viên có nhiệm kỳ 05 năm. Một trong số các ủy viên này do Tổng thống bổ nhiệm làm Chủ tịch - Giám đốc. Thẩm quyền của SEC bao gồm: (1) Giải thích và thực thi các luật chứng khoán; (2) Ban hành,

¹⁶⁶SEC, The Investor’s Advocate: How the SEC Protects Investors, Maintains Market Integrity, and Facilitates Capital Formation, <http://www.sec.gov/about/whatwedo.shtml#.YKNRb5lkbBs>, tải xuống lúc 9:12 a.m ngày 31/12/2104.

¹⁶⁷SEC, Dẫn trên.

sửa đổi, bổ sung quy chế; (3) Giám sát các chủ thể trên thị trường chứng khoán bao gồm: công ty chứng khoán, nhà môi giới, nhà tư vấn đầu tư và các tổ chức định mức tín nhiệm; (4) Giám sát các tổ chức tự quản về chứng khoán, kế toán và kiểm toán; (5) Làm đầu mối quản lý chứng khoán trong hợp tác với các cơ quan quản lý Liên bang và bang.

Ủy ban Giao dịch Hợp đồng Tương lai (Commodity Futures Trading Commission - CFTC): CFTC có nhiệm vụ bảo vệ các chủ thể tham gia thị trường và cộng đồng khỏi các hành vi lừa đảo, thao túng thị trường, và các hành vi lạm dụng liên quan đến các công cụ phái sinh bao gồm hợp đồng tương lai và hợp đồng hoán đổi - để bảo đảm thị trường minh bạch, mở, cạnh tranh và lành mạnh. Để thực hiện được vai trò trên, Ủy ban có thẩm quyền giám sát các thị trường hợp đồng tương lai, cơ sở giao dịch hợp đồng hoán đổi, các tổ chức bù trừ công cụ phái sinh, các tổ chức lưu ký, các nhà tự doanh công cụ phái sinh và các chủ thể trung gian khác.

VIII. PHÁP LUẬT VỀ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP

Pháp luật Hoa Kỳ phát triển nhiều phương thức giải quyết tranh chấp để các chủ thể lựa chọn trong giải quyết tranh chấp kinh doanh thương mại. Các phương thức giải quyết tranh chấp bao gồm giải quyết tranh chấp bằng con đường Tòa án và giải quyết tranh chấp ngoài Tòa án (Alternative Dispute Resolution - ADR).

8.1. Giải quyết tranh chấp bằng Tòa án

Giải quyết tranh chấp bằng Tòa án là phương thức giải quyết tranh chấp truyền thống. Thẩm quyền của Tòa án là nghe và quyết định vụ việc (to hear and decide a case). Hệ thống Tòa án Hoa Kỳ bao gồm hệ thống Tòa án Liên bang và 51 hệ thống Tòa án bang và quận Columbia. Hệ thống Tòa án Liên bang và

Tòa án bang độc lập với nhau, Tòa án Liên bang không phải là cấp trên của Tòa án bang.

Hệ thống Tòa án bang thường bao gồm Tòa sơ thẩm, Tòa phúc thẩm và Tòa án tối cao. Tòa sơ thẩm có thể bao gồm Tòa sơ thẩm địa phương có thẩm quyền riêng và Tòa sơ thẩm bang có thẩm quyền chung. Mỗi bang có cấu trúc hệ thống Tòa án riêng. Hệ thống Tòa án bang California gồm 58 Tòa sơ thẩm (Tòa án cấp cao - superior courts) ở 58 hạt có thẩm quyền xét xử sơ thẩm các vụ việc dân sự và hình sự và các vụ việc khác, 6 Tòa phúc thẩm có thẩm quyền phúc thẩm các bản án của Tòa sơ thẩm bị kháng cáo và một Tòa án tối cao có thẩm quyền giám đốc thẩm bản án, quyết định của Tòa phúc thẩm. Hệ thống Tòa án của bang New Jersey được chia thành Tòa sơ thẩm bao gồm các Tòa án địa phương (municipal courts), Tòa án thuế (tax court), Tòa án cấp cao (state superior court), Tòa phúc thẩm (appellate division) và Tòa án tối cao bang New Jersey¹⁶⁸.

Hệ thống Tòa án Liên bang bao gồm các Tòa án quận (U.S district courts) là Tòa sơ thẩm với thẩm quyền chung và các Tòa án thẩm quyền riêng (ví dụ: Tòa án phá sản, Tòa án thuế), Tòa phúc thẩm và Tòa án tối cao Hoa Kỳ.

Phần lớn các vụ việc thuộc thẩm quyền giải quyết tranh chấp của các Tòa án bang. Tòa án Liên bang chỉ có thẩm quyền giải quyết các vụ việc sau:

(1) Các vụ việc về Hiến pháp Liên bang, các hiệp định hoặc luật Liên bang. Ví dụ: các vụ việc phá sản thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án Liên bang, các tranh chấp liên quan đến việc thực thi các luật chứng khoán Liên bang thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án Liên bang;

(2) Các vụ tranh chấp mà nguyên đơn và bị đơn ở các bang khác nhau và giá trị tranh chấp trên 75.000 USD. Trong một số

¹⁶⁸http://www.judiciary.state.nj.us/nj_overview.htm.

ít trường hợp là tranh chấp giữa quốc gia nước ngoài với công dân của một bang và tranh chấp giữa công dân của một bang với một thể nhân hoặc pháp nhân nước ngoài.

Trong việc phân định thẩm quyền giữa Tòa án các bang, án lệ đưa ra nguyên tắc xác định thẩm quyền của Tòa án dựa trên nơi cư trú của bị đơn. Có nghĩa là Tòa án nơi bị đơn cư trú có thẩm quyền giải quyết tranh chấp. Ngoài ra, đối với các tranh chấp liên quan đến tài sản, Tòa án nơi có tài sản có thẩm quyền giải quyết tranh chấp. Tuy nhiên trong thực tiễn xét xử, các Tòa án còn áp dụng học thuyết “thẩm quyền trị ngoại” (long-arm statute). Theo học thuyết này, Tòa án của bang có mối liên hệ tối thiểu (minimum contacts) với bị đơn có thẩm quyền giải quyết tranh chấp dù bị đơn không cư trú ở bang này. Trong vụ *George S. May International Co. v. Xcentric Ventures, LLC*, 409 F.Supp.2d 1052 (N.D.Ill. 2006), Tòa án nhận định: “Như Tòa án đã chỉ ra, các bị đơn trong vụ này bán sách ở bang Illinois, nhận hỗ trợ từ những người cư trú của bang Illinois, và tích cực nỗ lực phát triển các mối quan hệ kinh doanh với các công ty luật của bang Illinois. Tòa án nhận định rằng các hoạt động này thể hiện mối liên hệ “liên tục và có hệ thống” với bang Illinois... Vì lẽ đó, Tòa án kết luận rằng Tòa án có thẩm quyền chung đối với các bị đơn trong vụ việc này là phù hợp”.

Về phân định thẩm quyền giữa Tòa sơ thẩm và Tòa án phá án (Tòa phúc thẩm và Tòa án giám đốc thẩm), Tòa sơ thẩm xét xử sơ thẩm các vụ tranh chấp, còn các Tòa phá án xem xét các bản án của tòa cấp dưới bị kháng cáo. Các Tòa sơ thẩm giải quyết cả vấn đề sự thật khách quan (question of fact) và vấn đề pháp lý (question of law). Trong khi đó các Tòa phá án không xem xét vấn đề sự thật khách quan mà chỉ giải quyết vấn đề pháp lý.

Ở Hoa Kỳ, thủ tục tố tụng dân sự do các Tòa án xây dựng khác nhau theo từng Tòa án và từng bang. Tuy nhiên, tất cả các

Tòa án của Hoa Kỳ theo mô hình tố tụng tranh tụng (adversarial system of justice). Theo mô hình này: (1) Người ra quyết định là người trung lập và thụ động; (2) Các đương sự tự thu thập và xuất trình chứng cứ và tranh luận về các vấn đề; (3) Thủ tục có tính tập trung cao, không gián đoạn và được thiết kế để tập trung vào việc xuất trình chứng cứ và tranh luận giữa các bên; (4) Các bên có cơ hội ngang nhau trong việc xuất trình chứng cứ và tranh luận trước người ra quyết định. Như vậy, theo mô hình tố tụng tranh tụng, Tòa án sẽ không làm công việc thu thập chứng cứ mà chỉ nghe các bên trình bày chứng cứ và tranh luận để quyết định. Mặc dù về mặt lý thuyết, các đương sự có thể tự mình thực hiện các công việc này, nhưng trên thực tế các bên thường thuê luật sư để hỗ trợ. Phí luật sư có thể được tính theo giờ (hourly fees), tính trọn gói (fixed fee), đặc biệt ở Hoa Kỳ phí điều kiện (contingency fee) được chấp nhận. Phí điều kiện là khoản phí được tính theo một tỷ lệ nhất định trên số tiền bồi thường hoặc khoản tiền khác mà đương sự được Tòa án tuyên cho hưởng. Nếu không thắng kiện, luật sư không được hưởng phí mà chỉ được chi trả những chi phí phát sinh (out-of-pocket costs).

Vụ kiện được bắt đầu bằng đơn khởi kiện của nguyên đơn. Về nguyên tắc, bị đơn phải được biết mình bị kiện và có cơ hội đáp lại đơn khởi kiện của nguyên đơn, do đó để thủ tục tố tụng có hiệu lực, Tòa án phải có chứng cứ rằng bị đơn đã được thông báo về vụ việc. Nguyên đơn có nghĩa vụ gửi đến cho bị đơn bản sao đơn khởi kiện và trát hầu tòa (summons). Đơn khởi kiện và trát hầu tòa có thể được gửi bởi một bên thứ ba thực hiện dịch vụ chuyển phát theo quy tắc tố tụng của Tòa án. Đơn khởi kiện và trát hầu tòa có thể gửi đến bị đơn bằng các phương thức: (1) Trao tay các tài liệu này cho bị đơn hoặc để tại nơi cư trú hoặc nơi làm việc của bị đơn; (2) Phương thức thông báo thay thế như thông báo trên báo địa phương hoặc trong một số trường hợp đặc biệt

như bị đơn cư trú ở nước ngoài, thì thông báo có thể được gửi qua email miễn rằng trong hoàn cảnh nhất định sau khi đã cân nhắc các phương thức khác thì đây là phương thức hợp lý. Trong vụ *Rio Properties, Inc. v. Rio International Interlink, Rio Properties, Inc. v. Rio International Interlink*, 284 F.3d 1007 (9th Cir. 2002), Tòa án nhận định: “Trong vụ này, RIO (Rio Properties, Inc.) đã nỗ lực thông báo cho RII (Rio International Interlink) bằng các phương thức truyền thống ở Hoa Kỳ. Mặc dù RII dẫn ra rằng địa chỉ ở bang Florida, nhưng tại địa chỉ đó chỉ có IEC, người nhận tin quốc tế của RII nhưng công ty này từ chối nhận thông báo cho RII. Luật sư của RII tư vấn trong vấn đề này cũng từ chối nhận thông báo. Người điều tra riêng của RIO cũng không tìm ra được địa chỉ của RII ở Costa Rica. Vì vậy, RIO đề nghị được áp dụng phương thức thông báo thay thế. Trái với khẳng định của RII, RIO không cần phải thử tất cả mọi phương thức thông báo được chấp nhận trước khi đề nghị áp dụng phương thức thông báo thay thế. Thay vào đó, RIO chỉ cần chỉ ra chứng cứ và hoàn cảnh cần thiết để Tòa án chấp thuận. Vì vậy, khi RIO trình bày với Tòa án về việc không thể thông báo cho bị đơn quốc tế đang tìm mọi cách để chối bỏ nhận thông báo, Tòa án quận chính xác khi chấp nhận phương thức thông báo thay thế”.

Sau khi nhận được thông báo mà quá thời hạn luật định, bị đơn không trả lời thì Tòa án sẽ ra phán quyết vì lợi ích của nguyên đơn (default judgment). Bị đơn trả lời đơn khởi kiện của nguyên đơn bằng việc chấp nhận hoặc không chấp nhận khởi kiện của nguyên đơn, thậm chí bị đơn có thể phản tố. Trong giai đoạn trước phiên tòa, các bên có thể yêu cầu Tòa án đình chỉ giải quyết vụ việc, ra phán quyết dựa vào các yêu cầu (motion for judgment on the pleadings), ra phán quyết rút gọn (motion for summary judgment).

Trước khi phiên tòa sơ thẩm được mở, các bên sẽ tiến hành các thủ tục để thu thập chứng cứ. Các công việc này bao gồm

lấy thông tin từ người làm chứng, thu thập tài liệu và các nguồn chứa đựng chứng cứ khác. Không phải thông tin nào các đương sự cũng có quyền thu thập. Chỉ những thông tin liên quan đến vụ việc hoặc những thông tin dẫn đến việc xác minh chứng cứ của vụ việc mới được thu thập. Đối với các thông tin thuộc trường hợp bảo mật thông tin, Tòa án có thể từ chối yêu cầu của một bên về việc thu thập thông tin này hoặc giới hạn phạm vi thông tin được thu thập. Về nguyên tắc để tránh những chứng cứ bất ngờ (chứng cứ bị giấu), một bên phải cung cấp chứng cứ theo yêu cầu của bên kia, nếu một bên không trả lời yêu cầu cung cấp chứng cứ hoặc bằng hỏi (interrogatories) của bên kia thì Tòa án có thể sẽ áp dụng biện pháp chế tài đối với bên này. Trong vụ *Computer Task Group, Inc. v. Broby*, 364 F.3D 1112 (9th Cir. 2004), Tòa án nhận định: “Thẩm phán cấp sơ thẩm đã chính xác khi xem xét các biện pháp chế tài nhẹ hơn. Ông đã năm lần lệnh cho Broby thực hiện theo yêu cầu cung cấp chứng cứ của CTG (Computer Task Group), thay vì tuân theo, Broby liên tiếp đề nghị xem xét lại. Thẩm phán cấp sơ thẩm cũng đã ra hai quyết định xử phạt Broby, nhưng không hiệu quả. Với trường hợp cố ý không tuân thủ của Broby, thẩm phán cấp sơ thẩm cho rằng áp dụng thêm các biện pháp chế tài nhẹ sẽ không phù hợp. Như chúng tôi đã quyết định trong vụ *Anheuser-Busch*: “Nếu Tòa án thấy rằng hành vi cố ý vi phạm vẫn tiếp tục, Tòa án hoàn toàn đúng khi không áp dụng các biện pháp chế tài nhẹ hơn”. Broby đã được thông báo đầy đủ rằng việc tiếp tục từ chối hợp tác sẽ dẫn đến một quyết định đình chỉ giải quyết. Thẩm phán cấp sơ thẩm đã cảnh báo anh ta rằng anh ta phải chấm dứt làm trò nếu muốn tiếp tục cuộc chơi. Với hai quyết định phạt tiền, năm lệnh buộc hợp tác và các cảnh báo bằng lời nói liên tiếp đủ để thông báo cho Broby rằng việc tiếp tục không hợp tác trong việc cung cấp chứng cứ sẽ dẫn đến việc đình chỉ vụ việc và quyết định có lợi cho bên đối tụng.”

Các phiên tòa sơ thẩm giải quyết các vụ tranh chấp dân sự có thể có sự tham gia của Bồi thẩm đoàn. Bồi thẩm đoàn có vai trò đánh giá chứng cứ. “Ở hầu hết Tòa án bang và Tòa án Liên bang, một trong các bên phải yêu cầu Bồi thẩm đoàn, nếu không Thẩm phán cho rằng các bên từ bỏ quyền được xem xét bởi Bồi thẩm đoàn. Nếu không có Bồi thẩm đoàn thì Thẩm phán sẽ xem xét sự thật khách quan của vụ việc”¹⁶⁹. Bồi thẩm đoàn trong các vụ việc dân sự thường gồm sáu người, trong một số trường hợp Bồi thẩm đoàn thường gồm mười hai người.

Tại phiên tòa sơ thẩm các bên xuất trình chứng cứ, trình bày quan điểm và tranh luận. Trong trường hợp cần thiết, các bên có thể xuất trình ý kiến của chuyên gia (expert witness). Sau khi kết thúc phần tranh luận, Thẩm phán sẽ hướng dẫn Bồi thẩm đoàn về luật áp dụng cho vụ việc. Sau đó, Bồi thẩm đoàn sẽ họp để thông qua kết luận (verdict). Sau khi Bồi thẩm đoàn ra kết luận, phiên tòa sơ thẩm kết thúc, các bên có thể yêu cầu Tòa án ra phán quyết (judgment) phù hợp với bản án; yêu cầu Tòa án mở phiên tòa sơ thẩm mới (trong một số trường hợp nhất định, ví dụ trường hợp áp dụng sai pháp luật, đánh giá sai chứng cứ, Bồi thẩm không vô tư khách quan khi xét xử...); hoặc yêu cầu Tòa án ra phán quyết khác với bản án trong trường hợp bản án không hợp lý và có sai sót.

Nếu không đồng ý với kết luận của Bồi thẩm đoàn hoặc bất kỳ quyết định hoặc phán quyết nào của Tòa án trước hoặc sau phiên tòa sơ thẩm, các đương sự có thể kháng cáo. Trong thời hạn luật định, bên kháng cáo phải nộp cho Thư ký Tòa sơ thẩm thông báo kháng cáo (notice of appeal). Thư ký Tòa sơ thẩm gửi cho Tòa phúc thẩm hồ sơ kháng cáo. Sau đó, bên kháng cáo sẽ nộp cho Tòa án cấp phúc thẩm bản trình bày kháng cáo (brief). Trong bản trình bày kháng cáo, bên kháng cáo phải nêu khái quát chứng cứ và các vấn đề của vụ việc và những kết luận của Thẩm phán cũng

¹⁶⁹Kenneth W. Clarkson, Roger LeRoy Miller and Frank B. Cross, *Business Law Text and Cases - Legal, Ethical, Global, and Corporate Environment*, twelfth edition, Cengage Learning, 2011, tr. 61.

như đánh giá chứng cứ của Bồi thẩm đoàn bị kháng cáo và các lập luận của bên kháng cáo. Bên còn lại sẽ nộp cho Tòa phúc thẩm bản trả lời kháng cáo. Tòa phúc thẩm có quyền:

- (1) Giữ nguyên quyết định của Tòa sơ thẩm;
- (2) Sửa quyết định của Tòa sơ thẩm nếu xét thấy rằng Tòa sơ thẩm sai sót hoặc Bồi thẩm đoàn không được hướng dẫn đầy đủ;
- (3) Chuyển vụ việc cho Tòa sơ thẩm xét xử lại theo quan điểm được đưa ra trong quyết định phúc thẩm;
- (4) Giữ nguyên một phần và sửa một phần quyết định sơ thẩm;
- (5) Điều chỉnh lại quyết định của Tòa sơ thẩm, ví dụ điều chỉnh lại mức bồi thường thiệt hại được ghi trong quyết định sơ thẩm.

Nếu không đồng ý với quyết định phúc thẩm, đương sự có thể kháng cáo lên Tòa án cấp cao hơn (thông thường là Tòa án tối cao) để giám đốc thẩm.

Sau khi bản án, quyết định của Tòa án có hiệu lực, việc thi hành các bản án, quyết định này còn phải phụ thuộc vào tình trạng tài sản của bên phải thi hành. Trong nhiều trường hợp, người được thi hành đề nghị Tòa án ra lệnh thi hành án (writ of execution) để lệnh cho cảnh sát tư pháp (sheriff) bắt giữ và bán tài sản không thuộc trường hợp miễn trừ của người phải thi hành.

8.2. Giải quyết tranh chấp ngoài Tòa án

Thực tiễn cho thấy, giải quyết tranh chấp bằng con đường Tòa án tốn kém về tiền bạc và thời gian. Có những vụ việc kéo dài nhiều năm mới ra được quyết định cuối cùng. Ngoài ra, quy trình tố tụng Tòa án cũng nhắc, các bên phải có mặt tại trụ sở của Tòa án để giải quyết với thời gian biểu không thuận tiện, những quy định này gây khó khăn cho các bên trong quá trình tham gia tố tụng, đặc biệt là đối với các đương sự là các chủ thể kinh doanh. Quyết định của Tòa án công khai vì vậy đôi khi không phù hợp với

nhu cầu bảo mật của các thương nhân. Vì lẽ đó, ngày càng nhiều các thương nhân lựa chọn các phương thức giải quyết tranh chấp ngoài Tòa án (ADR) vì các phương thức này khắc phục được các hạn chế của phương thức giải quyết tranh chấp bằng tố tụng Tòa án. Ngày nay, trên 90% các tranh chấp dân sự được giải quyết bằng ADR trước khi mở phiên tòa sơ thẩm¹⁷⁰.

8.2.1. Thương lượng

Phương thức giải quyết tranh chấp đơn giản và ít tốn kém nhất là thương lượng. Thương lượng là phương thức mà các bên trong tranh chấp cùng nhau tự bàn bạc, trao đổi và đàm phán để giải quyết tranh chấp, bất đồng phát sinh. Trong quá trình thương lượng, chỉ có các bên trong tranh chấp tham gia mà không có sự tham gia của bên thứ ba trung gian. Các luật sư tham gia với tư cách là các nhà tư vấn, thành viên của mỗi bên tham gia thương lượng để bảo vệ lợi ích của khách hàng. Kết quả thương lượng phụ thuộc vào ý chí của tất cả các bên. Nếu các bên không thống nhất được kết quả giải quyết, thương lượng được coi là không thành. Nếu một bên không muốn thương lượng thì bên hoặc các bên còn lại không có quyền buộc bên đó phải tham gia thương lượng.

8.2.2. Hòa giải

Cũng giống như thương lượng, hòa giải là một phương thức giải quyết tranh chấp dựa trên sự tự nguyện của các bên trong tranh chấp để cùng bàn bạc, trao đổi và đàm phán nhằm giải quyết tranh chấp phát sinh. Tuy nhiên, trong thủ tục hòa giải có sự tham gia của bên thứ ba trung lập, gọi là hòa giải viên. Hòa giải viên làm việc với cả hai bên để tìm ra phương án giải quyết tranh chấp. Hòa giải viên sẽ tổ chức các cuộc họp chung và trao đổi riêng với các bên nhằm giúp các bên phân tích, đánh giá quan điểm và thực trạng của mình. Qua đó, hòa giải viên sẽ đưa ra các

¹⁷⁰Kenneth W. Clarkson, Roger LeRoy Miller and Frank B. Cross, *Business Law Text and Cases - Legal, Ethical, Global, and Corporate Environment*, twelfth edition, Cengage Learning, 2011, tr. 41.

đề xuất về phương án giải quyết để các bên lựa chọn. Quyết định cuối cùng phụ thuộc vào ý chí của các bên. Như vậy, trong hòa giải, hòa giải viên không ra quyết định giải quyết tranh chấp.

8.2.3. Trọng tài

Trọng tài là phương thức giải quyết tranh chấp mà bên thứ ba trung gian (Trọng tài) gồm một trọng tài hoặc Hội đồng trọng tài nghe các bên trình bày chứng cứ, tranh luận, rồi sau đó ra quyết định giải quyết tranh chấp (award). Thông thường các bên thỏa thuận phán quyết của trọng tài có hiệu lực ràng buộc và chung thẩm. Nhưng trong một số ít trường hợp các bên thỏa thuận rằng phán quyết của trọng tài không có hiệu lực ràng buộc, trong trường hợp phán quyết của trọng tài không có hiệu lực ràng buộc, vụ việc có thể tiếp tục được giải quyết bằng con đường Tòa án.

Thẩm quyền của Trọng tài do các bên trao cho trên cơ sở thỏa thuận trọng tài. Vì các bên đã lựa chọn Trọng tài và trao cho Trọng tài quyền ra phán quyết về nội dung tranh chấp. Nên các bên không được kháng cáo quyết định trọng tài. Quyết định trọng tài có thể bị Tòa án hủy trong một số trường hợp hạn chế như trọng tài không vô tư, khách quan xâm hại quyền lợi của các bên hoặc quyết định trọng tài trái với trật tự công cộng...

Ngoài các phương thức giải quyết tranh chấp truyền thống vừa nêu trên, hiện nay ở Hoa Kỳ đã xuất hiện một số phương thức giải quyết tranh chấp mới như phiên xử mi-ni, phiên xử rút gọn bởi Bồi thẩm đoàn... Các phương thức giải quyết tranh chấp thông qua internet cũng đang phát triển ở Hoa Kỳ.

IX. ĐÁNH GIÁ CHUNG

Như đã phân tích ở trên, bộ phận pháp luật kinh tế điều chỉnh các quan hệ tư được hình thành từ các tập quán thương mại, chuẩn mực kinh doanh, thực tiễn đời sống kinh doanh và nguyên tắc hợp lý, phản ánh đúng văn hóa, thói quen kinh doanh

của thương nhân Hoa Kỳ nên bộ phận pháp luật này phù hợp với thực tiễn cuộc sống, có tính khả thi, tính ổn định và dự báo cao. Có những học thuyết pháp lý, quy tắc pháp lý tồn tại hàng nhiều thế kỷ; ví dụ như, trong lĩnh vực hợp đồng, các học thuyết như cam kết không thể từ bỏ (promissory estoppel), thiệt hại đặc thù (consequential damages)... đã tồn tại từ rất lâu rồi và cho đến nay nội dung pháp lý của những học thuyết này vẫn không thay đổi. Bởi vì gốc của các quy phạm pháp luật hay học thuyết pháp lý trong lĩnh vực tư là những tập quán, thói quen hình thành và được thừa nhận rộng rãi từ lâu đời. Vì vậy, những thay đổi trong bộ phận pháp luật này không nhiều hoặc chỉ là những thay đổi cục bộ đối với những học thuyết pháp lý hoặc quy phạm pháp luật đã không còn phù hợp với thực tiễn cuộc sống hoặc chỉ là sự bổ sung mới những học thuyết pháp lý mới, quy phạm pháp luật mới để điều chỉnh các quan hệ mới phát sinh từ đời sống kinh doanh - thương mại. Ví dụ, trước đòi hỏi phải bảo vệ người tiêu dùng, học thuyết trách nhiệm không cần chứng minh lỗi (strict liability) được áp dụng cho trách nhiệm sản phẩm từ án lệ *Greenman v. Yaba Power Products, Inc.* 27 Cal. Rptr. 697, 377 P.2d 897 (1963). Cho đến nay, học thuyết này vẫn được áp dụng cho trách nhiệm sản phẩm.

Bộ phận pháp luật điều chỉnh các quan hệ quản lý nhà nước trong lĩnh vực kinh tế cũng xuất phát từ thực tiễn cuộc sống. Vì vậy, tính khả thi của bộ phận pháp luật này cũng rất cao. Tính khả thi của các luật chứng khoán đã giúp cho thị trường chứng khoán của Hoa Kỳ phát triển nhất thế giới. Luật Sarbanes - Oxley (SOX) năm 2002 ra đời trong hoàn cảnh niềm tin của nhà đầu tư bị khủng hoảng nghiêm trọng khi một loạt các công ty lớn gặp bê bối về báo cáo tài chính. Sự ra đời của Luật đã tăng cường tính độc lập của kiểm toán độc lập, quy định rõ trách nhiệm của tổng giám đốc và giám đốc tài chính về tính trung thực của báo

cáo tài chính, giúp cho hoạt động kiểm soát tài chính công ty hiệu quả hơn, minh bạch hơn. Nhiều công ty đại chúng đã đánh giá cao hiệu quả của Luật Sarbanes-Oxley năm 2002 giúp họ lấp được lỗ hổng trong kiểm soát nội bộ của họ. Tuy nhiên, nhiều công ty lại phàn nàn về chi phí phát sinh. Việc tuân thủ quy định về kiểm soát nội bộ làm phát sinh chi phí cho các công ty này và phải sau nhiều năm chi phí tuân thủ mới giảm. “Mặc dù chi phí là đáng kể, nhưng phần doanh thu đạt được từ việc tuân thủ SOX là nhỏ”¹⁷¹. Chính vì vậy, Nghị viện đã thông qua những miễn trừ cho các công ty nhỏ vào năm 2010. Theo đó, “công ty đại chúng với giá trị vốn hóa trên thị trường, hoặc cổ phần hiện hữu trên thị trường thấp hơn 75 triệu USD không cần thiết phải có báo cáo kiểm toán đối với đánh giá về kiểm soát nội bộ của bộ máy điều hành của công ty”¹⁷². Luật Dodd-Frank ra đời để giải quyết những hậu quả của cuộc khủng hoảng tài chính năm 2007-2008 và ngăn ngừa một cuộc khủng hoảng tiếp theo. Mặc dù cho đến nay vẫn có nhiều quan điểm phê phán chính sách cải tổ hệ thống tài chính của chính quyền Tổng thống Obama. Theo Hester Peirce, Luật Dodd-Frank sẽ làm tổn thương nền kinh tế, ông cho rằng “cơ quan bảo vệ người tiêu dùng tài chính được thành lập bởi Luật Dodd-Frank không giúp được gì cho người tiêu dùng mà còn đe dọa tăng giá và giới hạn các sản phẩm dịch vụ và người cung cấp nhằm thỏa mãn mục tiêu tài chính của họ. Nhiều quy định, như quy định về kiểm soát giá đối với chi phí ghi nợ mà ngân hàng tính cho các thương nhân có thể sẽ làm tăng phí ngân hàng mà người tiêu dùng phải chịu và đẩy người tiêu dùng thu nhập thấp khỏi các dịch vụ ngân hàng cơ bản”¹⁷³. Tất nhiên, một chính sách cải tổ không phải lúc

¹⁷¹O. Lee Reed, Peter J. Shedd, Jere W. Morehead and Marisa Anne Pagnattaro, *The Legal and Regulatory environment of business*, fourteenth edition, McGraw-Hill/ Irwin, 2008 tr.428.

¹⁷²Kenneth W. Clarkson, Roger LeRoy Miller and Frank B. Cross, *Business Law Text and Cases - Legal, Ethical, Global, and Corporate Environment* twelfth edition, Cengage Learning, 2011, tr.831.

¹⁷³Hester Peirce, *10 Ways Dodd-Frank Will Hurt the Economy* in 2013,

<http://www.usnews.com/opinion/blogs/economic-intelligence/2013/01/07/10-ways-dodd-frank-will-hurt-the-economy-in-2013>, tải xuống lúc 9:40 ngày 4/5/2013.

nào cũng được sự ủng hộ của tất cả mọi người. Nhưng rõ ràng, chính sách cải tổ này là hoàn toàn cần thiết. Như Chủ tịch Tổ chức Bảo hiểm Tiền gửi Liên bang (Chairman of the Board of Directors of the Federal Deposit Insurance Corporation FDIC), Martin J. Guenberg khẳng định: “việc thực thi thành công các quy định của Luật Dodd-Frank sẽ tạo cơ sở cho hệ thống tài chính ổn định hơn, hạn chế nguy cơ khủng hoảng và xây dựng một hệ thống quản lý có khả năng ứng phó với khủng hoảng trong tương lai tốt hơn”¹⁷⁴. Đáp trả lại một số đòi hỏi bãi bỏ Luật Dodd-Frank, Mary Miller, Thứ trưởng Bộ Tài chính phụ trách tài chính nội địa phát biểu: “Nỗ lực bãi bỏ một phần hoặc toàn bộ Luật Dodd-Frank hoặc giảm ngân sách cho các cơ quan quản lý sẽ cản trở phát triển, tạo ra bất định đến thối nát và làm xói mòn sức khỏe và sự ổn định của hệ thống tài chính của chúng ta”¹⁷⁵. Một minh chứng không thể chối bỏ đó là nền kinh tế Hoa Kỳ đã dần hồi phục và ổn định trở lại.

So với bộ phận pháp luật điều chỉnh các quan hệ kinh tế trong lĩnh vực tư, bộ phận pháp luật về quản lý nhà nước đối với hoạt động kinh tế có tính động hơn. Điều này là hoàn toàn phù hợp với thực tiễn và đòi hỏi của hoạt động quản lý nhà nước trong lĩnh vực kinh tế. Đối tượng quản lý là những chủ thể kinh doanh, các hoạt động kinh doanh luôn năng động, biến động không ngừng. Vì vậy, chính sách quản lý phải luôn được điều chỉnh để phù hợp với thực tiễn, dẫn đến pháp luật phải thay đổi theo. Bởi lẽ bản chất của bộ phận pháp luật này là luật hóa các chính sách của Nhà nước. Mặc dù vậy, về mặt tổng thể bộ phận pháp luật vẫn có tính ổn định và dự báo. Các luật có sức sống cũng rất lâu đời, như

¹⁷⁴Cheyenne Hopkins, Dodd-Frank Implementation Defended by U.S. Regulators, <http://www.bloomberg.com/news/2013-02-14/dodd-frank-implementation-defended-by-u-s-regulators.html>, tải về lúc 14.00 ngày 3/5/2013

¹⁷⁵Cheyenne Hopkins, Dodd-Frank Implementation Defended by U.S. Regulators, <http://www.bloomberg.com/news/2013-02-14/dodd-frank-implementation-defended-by-u-s-regulators.html>, tải về lúc 14.00 ngày 3/5/2013

các luật về chứng khoán, chống độc quyền và bảo vệ môi trường. Nguyên nhân một phần là do nền kinh tế thị trường của Hoa Kỳ cũng đã hình thành và phát triển từ nhiều thế kỷ nay, các nhà làm luật nắm bắt được quy luật của thị trường và phản ánh quy luật đó trong các học thuyết pháp lý và văn bản quy phạm pháp luật. Ví dụ, các luật chống độc quyền được ra đời trên cơ sở đánh giá đúng quy luật tất yếu của thị trường đó là độc quyền. Vì vậy, về cơ bản các luật về chống độc quyền mặc dù đã có hàng trăm tuổi những vẫn còn phù hợp với thực tiễn hiện nay. Các luật về chứng khoán xuất phát từ một định hướng đúng là bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của nhà đầu tư. Bởi vì nếu nhà đầu tư không được bảo vệ họ sẽ mất niềm tin với thị trường chứng khoán dẫn đến tẩy chay thị trường và thị trường chứng khoán sẽ không thể tồn tại nếu không có nhà đầu tư. Ngoài ra, nhà đầu tư chủ yếu là công chúng đầu tư, sự tổn thương của nhà đầu tư dẫn đến sự mất ổn định của nền kinh tế. Vì vậy, các luật về chứng khoán được ban hành với mục tiêu chính là bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của nhà đầu tư. Định hướng đúng đó với những nội dung bám sát quy luật của thị trường chứng khoán đã làm cho các luật về chứng khoán có sức sống lâu dài.

Đặc trưng của hệ thống pháp luật Hoa Kỳ là án lệ đóng một vai trò rất quan trọng trong điều chỉnh các quan hệ xã hội, đặc biệt trong lĩnh vực kinh tế. Với việc áp dụng học thuyết *stare decisis* (Tiền lệ pháp), án lệ Hoa Kỳ vừa bảo đảm tính thống nhất, tính ổn định mà vẫn duy trì được tính cập nhật, thích ứng với sự thay đổi của đời sống kinh tế. Nguồn luật của pháp luật kinh tế Hoa Kỳ rất đa dạng gồm có cả nguồn luật chính thức và nguồn bổ trợ. Khi xét xử các Tòa án không chỉ căn cứ vào các nguồn luật chính thức như án lệ, văn bản quy phạm pháp luật mà còn tham khảo cả các sách, báo pháp lý, các công trình khoa học pháp lý, các tài liệu bình luận về pháp luật của các nhà khoa học. Ngoài ra, Thẩm

phán còn vận dụng các giá trị xã hội, trật tự công cộng để giải quyết vụ việc nếu chưa có quy phạm pháp luật hoặc học thuyết pháp lý tương ứng. Bên cạnh đó, Thẩm phán cũng có quyền tham khảo pháp luật nước ngoài (án lệ nước ngoài) để đưa ra phương hướng giải quyết nếu như luật trong nước chưa có quy phạm hoặc học thuyết tương ứng. Với sự linh hoạt trong áp dụng pháp luật khiến cho các vụ việc được đem ra xét xử tại Tòa án Hoa Kỳ hầu như không bị bế tắc về hướng giải quyết. Đồng thời thông qua con đường xét xử và thực hiện pháp luật, những học thuyết pháp lý mới lại được hình thành và phát triển đáp ứng được nhu cầu của đời sống kinh tế. Như vậy, áp dụng án lệ không chỉ đơn thuần là sử dụng các quyết định của Tòa án trước để giải quyết các vụ việc giống hoặc tương tự sau này, mà còn là các quy tắc để Tòa án phát triển các học thuyết pháp lý mới trong quá trình xét xử. Án lệ cũng góp phần quan trọng trong việc giải thích các quy định của các luật.

Về nguồn luật thành văn bao gồm các luật và các quy chế hành chính. Nguồn luật này đang ngày càng chiếm vị trí quan trọng trong hệ thống pháp luật kinh tế của Hoa Kỳ. Nguồn này có một bộ phận được hình thành thông qua con đường pháp điển hóa các án lệ và tập quán thương mại, điển hình như các luật về các tổ chức kinh doanh, Bộ luật Thương mại Thống nhất (Uniform Commercial Code - UCC)... Tất nhiên trong quá trình pháp điển hóa, các luật này có nhiều quy định mới hơn so với quan điểm truyền thống trong án lệ. Tuy nhiên, về mặt tổng thể những học thuyết pháp lý lâu đời được hình thành từ án lệ vẫn tiếp tục được pháp điển hóa trong các luật. Do vậy, các luật này rất dễ dàng đi vào cuộc sống và có sức sống lâu dài. Một nhóm các văn bản quy phạm pháp luật khác mặc dù không hình thành thông qua con đường pháp điển hóa nhưng chúng được hình thành từ nhu cầu của thực tiễn và gắn chặt với thực tiễn nên cũng dễ dàng đi vào

cuộc sống. Các luật về cạnh tranh, các luật về bảo vệ môi trường... là những ví dụ điển hình của nhóm các luật này. Các luật mặc dù được soạn thảo khá công phu, tuy nhiên vẫn mang tính chất khung. Vì vậy hoạt động hướng dẫn và giải thích các luật này vẫn rất cần thiết. Các cơ quan quản lý hành chính và Tòa án đều được giao nhiệm vụ giải thích pháp luật. Quy định như vậy là hợp lý nhằm bảo đảm những giải thích pháp luật phù hợp với thực tiễn khách quan. Pháp luật Hoa Kỳ đưa ra những quy tắc giải thích pháp luật rất chặt chẽ trong đó có quy tắc giải quyết sự xung đột và chồng chéo trong giải thích giữa Tòa án và cơ quan quản lý hành chính.

Chương III

THỂ CHẾ PHÁP LUẬT KINH TẾ CỘNG HÒA LIÊN BANG ĐỨC

I. TỔNG QUAN

Về lịch sử, Cộng hòa Liên bang Đức từng là một đế chế hùng mạnh và rộng lớn thời kỳ trung cổ với nền tảng văn hóa và chính trị pháp lý của Nhà nước La Mã. Tuy nhiên, trong lịch sử của mình, nước Đức cũng từng đối mặt với rất nhiều khó khăn nặng nề bởi hậu quả do cuộc Chiến tranh thế giới lần thứ hai gây ra. Sau khi Hitler đầu hàng, nước Đức bị chia cắt thành 2 miền Đông Đức và Tây Đức với sự chiếm đóng của phe đồng minh trong Chiến tranh thế giới lần thứ hai. Sau đó, Cộng hòa Liên bang Đức (Tây Đức) được thiết lập trên cơ sở của khu vực bị chiếm đóng bởi đồng minh, phần lãnh thổ còn lại là Cộng hòa Dân chủ Đức (Đông Đức) thuộc quyền quản lý của Liên Xô. Thời kỳ Chiến tranh Lạnh sau đó không những chia cắt Tây Âu và Đông Âu mà còn chia cắt cả Tây Đức và Đông Đức, khiến cho nền kinh tế của hai khu vực phát triển theo hai định hướng khác nhau. Nếu ở Cộng hòa Dân chủ Đức, một nền kinh tế kế hoạch rập khuôn theo Liên Xô được thực hiện thì tại Cộng hòa Liên bang Đức, chính quyền quyết định đi theo con đường kinh tế thị trường mang tính xã hội. Lịch sử cho thấy, nhờ những đường lối đúng đắn của Thủ tướng đầu tiên Konrad Adenauer, Tây Đức đã đạt được những thành tựu kinh tế đáng kinh ngạc mặc dù các cải cách này được tiếp quản bởi một nước Đức bị tàn phá nặng nề sau chiến tranh, thất nghiệp

gia tăng, thiếu việc làm, thiếu công xưởng. Năm 1989, cùng với sự sụp đổ của Liên Xô và các nước Đông Âu dẫn đến sự sụp đổ của Bức tường Berlin chia cắt hai miền Đông Đức và Tây Đức. Sau đó, Nghị viện nước Đức thống nhất được thiết lập, quyết định về hệ thống pháp luật của Cộng hòa Liên bang Đức có hiệu lực từ ngày 03/10/1990.

Về hành chính, theo Điều 20 Hiến pháp Đức, Cộng hòa Liên bang Đức là một quốc gia dân chủ, xã hội và pháp quyền. Nước Đức có tất cả 16 bang mà trong đó có 5 bang được chia thành 22 vùng hành chính (Regierungsbezirk). Mỗi bang trong số 16 bang, tùy theo số dân, có 3,4 hoặc 6 đại biểu của mình trong Thượng viện (Hội đồng Liên bang). Thượng viện (Bundesrat) gồm 68 thành viên được bổ nhiệm với nhiệm kỳ nhất định. Hạ viện (Nghị viện Liên bang - Bundestag) gồm 656 thành viên có nhiệm kỳ 4 năm, được bầu thông qua hình thức tuyển cử phổ thông đầu phiếu theo nguyên tắc kết hợp giữa chế độ đại diện cử tri duy nhất và đại diện cử tri theo tỷ lệ.

Hiến pháp quy định trật tự quốc gia. Theo đó, Nguyên thủ quốc gia là Tổng thống Liên bang với nhiệm vụ đại diện. Nhìn theo trật tự nghi thức thì sau Tổng thống là Chủ tịch Nghị viện Liên bang, Thủ tướng, Chủ tịch Hội đồng Liên bang là người đại diện cho Tổng thống. Lãnh đạo Chính phủ là Thủ tướng Liên bang, người có thẩm quyền quyết định đường lối chính trị của Chính phủ Liên bang. Thủ tướng do Nghị viện Liên bang bầu ra.

Nước Đức là một Liên bang. Hệ thống chính trị của Đức được chia làm hai cấp: cấp Liên bang, đại diện cho quốc gia về mặt đối ngoại và cấp bang của từng bang. Mỗi cấp đều tổ chức hệ thống cơ quan nhà nước riêng theo các nhánh hành pháp, lập pháp và tư pháp.

Về lập pháp, Thượng viện và Hạ viện cùng quyết định về luật lệ của Liên bang và có quyền sửa đổi Hiến pháp với tỷ lệ tối

thiểu 2/3 biểu quyết thông qua trong cả hai viện. Nghị viện của bang quyết định về luật lệ cho từng bang.

Về hành pháp, cơ quan hành pháp ở cấp Liên bang được hình thành bởi Chính phủ Liên bang do Thủ tướng Liên bang lãnh đạo. Thủ hiến bang (Ministerpräsident) lãnh đạo hành pháp ở cấp bang. Các cơ quan hành chính ở cấp Liên bang và bang được điều hành bởi các bộ trưởng đứng đầu các cơ quan nhà nước.

Tòa án Hiến pháp Liên bang Đức tại Karlsruhe giám sát việc tuân thủ hiến pháp. Các Tòa án tối cao của Đức là Tòa án Liên bang (Bundesgerichtshof) với trụ sở chính tại Karlsruhe, Tòa án Hành chính Liên bang tại Leipzig, Tòa án Lao động Liên bang tại Erfurt, Tòa án Xã hội Liên bang tại Kassel và Tòa án Tài chính Liên bang tại Muenich. Việc thực hiện pháp luật chủ yếu là trách nhiệm của các bang. Các Tòa án Liên bang là các Tòa án kháng cáo thượng thẩm và xem xét tính hợp pháp về hình thức, tính hợp lệ về nội dung của các quyết định của Tòa án bang.

Về mô hình kinh tế, Cộng hòa Liên bang Đức tiếp tục phát triển theo định hướng kinh tế thị trường xã hội. Đây không chỉ còn là một tuyên bố có tính chính trị mà đã trở thành một học thuyết kinh tế đang được nhiều quốc gia nghiên cứu và áp dụng. Bài học từ Đức cho thấy chính học thuyết này là một trong những yếu tố góp phần vào giai đoạn tăng trưởng thần kỳ của Tây Đức sau chiến tranh thế giới lần thứ hai. Nội dung cơ bản của chủ thuyết này tập trung xây dựng một nền kinh tế dựa trên các nguyên tắc cơ bản của tự do thị trường, tự do kinh doanh, khống chế độc quyền, bảo vệ quyền sở hữu tư nhân, bảo vệ hệ thống kinh tế tư bản chủ nghĩa, thừa nhận vai trò nhất định của Nhà nước đối với nền kinh tế. Mô hình kinh tế thị trường xã hội được minh họa như một “sân bóng” mà trong đó xã hội là “sân bóng”, các giai cấp, các tầng lớp xã hội là các “cầu thủ” và Nhà nước đóng vai trò là “trọng tài” bảo đảm cho “trận đấu” diễn ra theo luật, tránh

những vi phạm hoặc thiệt hại. Nhà nước can thiệp đúng lúc và ở mức độ hợp lý, thích hợp với thị trường, phù hợp và tương thích với các quy luật của thị trường. Nền kinh tế thị trường xã hội đã giúp cho Tây Đức, sau này là Cộng hòa Liên bang Đức từ một nước thua trận trong Chiến tranh thế giới thứ hai trở thành một cường quốc kinh tế với một nền công nghiệp lớn mạnh và một nền thương mại rộng mở.

Về truyền thống pháp luật, Cộng hòa Liên bang Đức chịu nhiều ảnh hưởng của pháp luật La Mã, hay còn được gọi là họ pháp luật Châu Âu lục địa. Họ pháp luật này cũng còn được gọi là dân luật hoặc luật Đức - La Mã. Hệ thống dân luật chú trọng vào các quy phạm pháp luật, ban hành các quy tắc trừu tượng trước, sau đó các quan tòa áp dụng các quy tắc đó vào các vụ việc cụ thể; ngược lại, hệ thống thông luật Anh - Mỹ lại đưa ra các quy tắc trừu tượng từ các vụ việc cụ thể. Điều đó cho thấy, hệ thống pháp luật của Đức rất chú trọng việc ban hành các văn bản quy phạm pháp luật. Hệ thống các văn bản này được mở rộng và sắp xếp theo các nguyên tắc của pháp điển hóa để phù hợp với sự biến đổi của hệ thống pháp luật. Hệ thống dân luật Đức là một trong bốn phân nhóm của hệ thống pháp luật Châu Âu lục địa, được áp dụng rộng rãi tại Đức, Áo, Thụy Sĩ, Hy Lạp, Bồ Đào Nha, Thổ Nhĩ Kỳ, Nhật Bản, Hàn Quốc và Đài Loan.

Về nguồn luật, so với nhiều quốc gia Châu Âu lục địa khác, hệ thống dân luật ở Đức hình thành khá muộn, phải đến năm 1900, Bộ luật dân sự đầu tiên của Đức mới có hiệu lực. Tuy nhiên, do ảnh hưởng bởi những tư tưởng chính trị pháp lý của Nhà nước La Mã, vai trò của pháp luật nói chung có một vị trí quan trọng trong đời sống chính trị, kinh tế - xã hội của Đức dựa trên các nền tảng dân chủ, tiến bộ của Nhà nước La Mã. Nguồn luật chủ yếu của Đức là các văn bản pháp luật; tuy nhiên, xu hướng hiện nay cho thấy bên cạnh việc coi trọng vai trò của các văn bản pháp

luật, Thẩm phán của Đức trong quá trình xét xử cũng đã vận dụng linh hoạt các nguyên tắc của pháp luật trong những án lệ nhất định để làm cơ sở cho các phán xét của mình. Vì vậy, án lệ cũng được sử dụng để giải quyết các vụ việc.

Bên cạnh đó, Cộng hòa Liên bang Đức là thành viên của Liên minh Châu Âu, do đó, ngoài hệ thống pháp luật trong nước, Cộng hòa Liên bang Đức còn chịu sự điều chỉnh của pháp luật của Liên minh Châu Âu; đặc biệt, trong lĩnh vực kinh tế, hướng tới một thị trường kinh tế chung, hợp nhất, tạo sự tự do luân chuyển cho hàng hóa, dịch vụ, lao động. Pháp luật kinh tế của Cộng hòa Liên bang Đức cũng vận động và phát triển cùng với sự vận động và phát triển của pháp luật Liên minh châu Âu.

II. PHÁP LUẬT VỀ CHÍNH SÁCH ĐẦU TƯ, SẢN XUẤT, KINH DOANH

Về nguyên tắc, các chủ thể được tự do hoạt động kinh doanh. Nhìn chung, pháp luật về đầu tư tại Đức không có sự phân biệt giữa công dân Đức và các quốc gia khác, đặc biệt là vấn đề đầu tư và thành lập công ty tại Đức. Quyền sở hữu trí tuệ cũng được bảo vệ theo pháp luật về sáng chế, mở rộng các điều kiện bảo hộ đối với công dân Đức cũng như các công ty nước ngoài. Một hệ thống pháp luật đáng tin cậy có thể cho phép các công ty thực hiện các kế hoạch đầu tư của mình một cách có hiệu quả và đối với các dự án có sử dụng đất, xây dựng và vận hành thì được cơ quan nhà nước có thẩm quyền bảo đảm thực hiện.

2.1. Các quy định về thanh toán quốc tế

Các quy định của Luật thương mại và thanh toán nước ngoài (Foreign Trade and Payment Act) cho thấy Đức có một thái độ cởi mở và chào đón đối với hoạt động đầu tư trực tiếp nước ngoài (FDI). Khung pháp lý cho FDI ủng hộ các nguyên tắc tự do của các giao dịch thương mại và thanh toán quốc tế. Luật thương mại và thanh

toán quốc tế chỉ cho phép áp đặt các hạn chế đầu tư trực tiếp nước ngoài vì những lý do đối ngoại, ngoại hối hoặc an ninh quốc gia. Tuy nhiên, trên thực tế các hạn chế này rất ít khi được áp dụng.

2.2. Các quy định về nhập khẩu

Nhà nhập khẩu tại Đức không cần phải xin giấy phép nhập khẩu cũng như bị kiểm soát nhập khẩu. Điều này áp dụng cho cá nhân cư trú tại Đức cũng như các thực thể pháp lý có trụ sở hoặc trụ sở chính nằm trong lãnh thổ nước Đức. Đối với một số mặt hàng nhập khẩu nhất định, thuế nhập khẩu liên tục được giảm. Một số hàng hóa như các nông sản, thức ăn, thuốc, hóa chất hoặc hàng hóa phải chịu những hạn chế nhập khẩu nhất định. Trong những trường hợp đó, giấy phép nhập khẩu và các văn bản giám sát được yêu cầu phải có trước khi nhập khẩu vào Đức.

2.3. Các quy định về hiện diện thương mại

2.3.1. Công ty

Bất kỳ người nào cũng có thể thiết lập hoạt động kinh doanh tại Đức không kể quốc tịch hoặc nơi cư trú. Không có một quy định đầu tư đặc biệt nào tại Đức cũng như mức quy định phần vốn tối thiểu mà các công ty cổ phần yêu cầu đối với một nhà đầu tư nước ngoài. Nhà đầu tư có thể chọn hình thức công ty phù hợp thông qua việc thành lập công ty đối vốn, hợp danh hoặc hoạt động kinh doanh thông qua các chi nhánh đặt tại Đức. Dù thành lập theo hình thức nào thì thủ tục đầu tư tương đối đơn giản với các bước được xác định rõ. Tiêu chí để nhà đầu tư có thể lựa chọn được hình thức công ty phù hợp là trách nhiệm của các cổ đông, trách nhiệm và các điều khoản về thuế. Các hình thức pháp lý áp dụng tương tự cho các doanh nghiệp trong và ngoài nước. Cấu trúc cơ bản của các công ty đều được quy định trong Luật nhằm bảo đảm tính dự báo và ổn định trong cấu trúc của các hình thức công ty.

Việc thành lập một liên doanh (joint venture) giữa công ty trong nước và công ty nước ngoài không phải là một pháp nhân

đặc biệt. Hình thức liên doanh có thể thực hiện dưới các hình thức công ty đã đề cập ở trên hoặc hình thức công ty hợp danh. Ví dụ, trong hình thức các công ty hữu hạn, về trách nhiệm, công ty nước ngoài chỉ phải chịu trách nhiệm trong phần vốn góp. Trong hình thức hợp danh, trách nhiệm của thành viên hữu hạn có thể bị hạn chế hơn, chỉ có một thành viên là có trách nhiệm đầy đủ. Các công ty liên doanh phải tuân thủ các quy định của Luật chống độc quyền Châu Âu và Đức cũng như pháp luật của nước tiếp nhận đầu tư khi họ thực hiện các yêu cầu cụ thể liên quan đến doanh thu và thị phần. Họ có thể bị kiểm soát sát nhập cũng như cấm việc tạo thành các tập đoàn độc quyền.

2.3.2. Chi nhánh của công ty nước ngoài tại Đức

Bất kỳ công ty nước ngoài có trụ sở hoặc đăng ký kinh doanh ngoài nước Đức đều có thể thành lập chi nhánh ở Đức. Chi nhánh là loại hình kinh doanh phù hợp với các công ty nước ngoài muốn có đại diện tại Đức để quảng bá hoạt động kinh doanh và duy trì mối hợp tác với các đối tác kinh doanh. Ở Đức, có hai loại chi nhánh được thiết lập với những khác nhau về mức độ độc lập so với trụ sở chính của công ty, gồm:

Chi nhánh độc lập thực hiện các chức năng và nhiệm vụ nhất định và các hoạt động hỗ trợ. Nó độc lập với trụ sở chính của công ty ở mức độ nội bộ khi thực hiện các hoạt động kinh doanh. Tuy nhiên, công ty nước ngoài có trách nhiệm với các giao dịch được thực hiện bởi chi nhánh. Ở mức độ tổ chức, chi nhánh có sự độc lập với công ty mẹ và có đầy đủ thẩm quyền như quyền ký kết hợp đồng...), có nguồn vốn riêng, tài khoản ngân hàng riêng và chế độ kế toán độc lập. Chi nhánh độc lập có thể sử dụng tên riêng của nó nhưng tên của công ty mẹ cũng phải được xuất hiện cùng với địa chỉ pháp lý của chi nhánh. Quyết định thành lập chi nhánh phải có sự đồng thuận của các giám đốc quản lý trụ sở chính. Chi

nhánh độc lập phải đăng ký thương mại và đăng ký với văn phòng thương mại địa phương. Đơn đăng ký thương mại trên trang đăng ký thương mại online gồm các thông tin cụ thể về nhà đầu tư nước ngoài, kèm theo đó là bản sao công chứng của đăng ký thương mại của công ty mẹ cho thấy sự tồn tại của công ty nước ngoài cũng như thẩm quyền đại diện của các giám đốc quản lý và Hội đồng quản trị cũng các biên bản ghi nhớ, các thỏa thuận hợp tác. Tất cả tài liệu phải được dịch sang tiếng Đức và phải được hợp pháp hóa lãnh sự. Chi nhánh độc lập phải đăng ký với Văn phòng Thương mại trước khi tiến hành hoạt động kinh doanh.

Chi nhánh phụ thuộc là một bộ phận của trụ sở chính và không có bất kỳ một sự độc lập nào so với trụ sở chính, chủ yếu tập trung vào việc duy trì các mối quan hệ hợp tác và xúc tiến các hoạt động kinh doanh đầu tiên tại Đức. Vì không phải là chi nhánh độc lập nên chi nhánh phụ thuộc không cần thiết phải đăng ký thương mại. Yêu cầu duy nhất là chi nhánh phụ thuộc phải đăng ký với Văn phòng Thương mại địa phương; tuy nhiên, các giấy tờ liên quan đến công ty nước ngoài cũng cần thiết. Đặc điểm chính của chi nhánh là văn phòng chi nhánh không có sự độc lập hoặc có trách nhiệm riêng lẻ khác so với trụ sở chính. Với các điều khoản về tổ chức và pháp lý thì chi nhánh là một phần của trụ sở chính và do đó, cũng chịu sự điều chỉnh của các quy định như đối với trụ sở chính. Trong trường hợp này, công ty nước ngoài phải có đầy đủ trách nhiệm mở rộng bằng các tài sản của chính nó đối với những khiếu nại của chủ nợ liên quan đến chi nhánh. Điều này có nghĩa là bất kỳ khoản nợ hoặc nghĩa vụ nào của chi nhánh cũng sẽ là nghĩa vụ và trách nhiệm của công ty nước ngoài.

2.3.3. Văn phòng đại diện của công ty nước ngoài tại Đức

Văn phòng đại diện chỉ được sử dụng cho các hoạt động thương mại (coi đó là một phần của công ty nước ngoài). Nhìn

chung, văn phòng đại diện phải đăng ký ít nhất dưới tư cách là một chi nhánh phụ thuộc tại Đức. Điều này là đương nhiên nếu công ty nước ngoài có một đại diện thường trực, là người thực hiện các hoạt động thương mại của công ty thường xuyên, liên tục và ổn định.

Văn phòng đại diện còn có thể được quản lý bởi bên thứ ba (ví dụ như đại lý thương mại được ủy quyền bởi công ty nước ngoài). Đây là trường hợp mà hoạt động kinh doanh của công ty nước ngoài được thực hiện thông qua việc ủy quyền cho một đại lý thương mại. Trong trường hợp này, việc đăng ký của công ty nước ngoài với Văn phòng Thương mại địa phương là không cần thiết. Do đó, các mức độ độc lập của các đại lý và quyền tự do kinh doanh của các đại lý đối với công ty nước ngoài sẽ được thiết lập khác nhau.

2.4. Các quy định về ưu đãi, khuyến khích đầu tư

Chương trình ưu đãi và khuyến khích đầu tư tại Đức được thực hiện dưới nhiều công cụ khác nhau và sử dụng cho nhiều mục đích khác nhau như ưu đãi liên quan đến kết quả đầu tư, liên quan đến các hoạt động nghiên cứu và phát triển (R&D), liên quan đến tuyển dụng lao động hoặc nhu cầu về vốn. Các công cụ ưu đãi có thể là khoản hỗ trợ, khoản vay hoặc các bảo đảm tài chính phù hợp với nhu cầu của các hoạt động kinh doanh khác nhau và vào các giai đoạn phát triển khác nhau của công ty. Như vậy, việc hỗ trợ đầu tư ở Đức là căn cứ vào quy mô, mức độ kinh doanh của công ty để có sự ưu đãi phù hợp.

Đức đã xây dựng những tiêu chuẩn nhất định để xác định một công ty có được nhận hỗ trợ hay không và tiêu chuẩn này không có sự phân biệt giữa nhà đầu tư nước ngoài và nhà đầu tư quốc tịch Đức. Các hỗ trợ đầu tư đều được cân nhắc trên cơ sở xem xét các yếu tố của dự án như kế hoạch đầu tư, địa điểm đầu tư, vốn đầu tư, quy mô của công ty đầu tư và cấu trúc vốn đầu tư.

Tại Châu Âu, quy mô của công ty được xác định thống nhất theo Bộ tiêu chuẩn Châu Âu. Các công ty phân loại thành công ty nhỏ, công ty vừa và công ty lớn dựa trên 3 yếu tố: số lượng người lao động, doanh thu và bảng cân đối kế toán của công ty. Theo đó, công ty nhỏ là công ty có ít hơn 50 lao động, doanh thu dưới 10 triệu EUR. Công ty vừa có từ 50 đến ít hơn 250 lao động và doanh thu từ 10-50 triệu EUR. Công ty lớn có từ 250 lao động trở lên và doanh thu từ 50 triệu EUR trở lên.

2.4.1. Hỗ trợ về địa điểm, khu vực đầu tư

Các hỗ trợ về đầu tư liên quan đến địa điểm sản xuất hoặc phát triển địa điểm dịch vụ được hỗ trợ dưới dạng một khoản tiền nhất định. Chương trình hỗ trợ đầu tư quan trọng nhất là “Nhiệm vụ chung về cải thiện cơ cấu kinh tế vùng” (Joint Task Improving Regional Economic Structure). Đây là Chương trình ưu đãi quốc gia nhằm hỗ trợ cho các dự án đầu tư trong một số lĩnh vực nhất định. Mức hỗ trợ tối đa của ưu đãi này là rất khác nhau, phụ thuộc lớn vào mức độ phát triển kinh tế của khu vực. Trong các lĩnh vực được hỗ trợ cao nhất, các công ty lớn có thể nhận được tới 20% tổng chi phí đầu tư; công ty vừa nhận khoảng 30% và công ty nhỏ thì có thể nhận tới 40%. Các khu vực được hỗ trợ nhiều thường nằm ở phía Đông nước Đức. Ngược lại, các khu vực ở phía Tây Đức như Berlin thì mức hỗ trợ thường thấp nhất. Tại đây, các công ty lớn chỉ nhận được khoảng 10%, công ty vừa là 20% và công ty nhỏ là 30%.

Chi phí đầu tư được nói đến ở đây là trong bối cảnh xây dựng địa điểm sản xuất hoặc cung cấp dịch vụ là nói tới chi phí vốn liên quan đến đầu tư cho xây dựng trụ sở, hạ tầng, nhà máy, thiết bị, máy móc hoặc chi phí nhân sự trong giai đoạn thiết lập một hoạt động kinh doanh mới.

2.4.2. Hỗ trợ cho các dự án nghiên cứu và phát triển (R&D projects)

Các hỗ trợ cho hoạt động nghiên cứu và phát triển tại Đức là khoản hỗ trợ tài chính không mang tính hoàn trả và nó tập trung vào việc hỗ trợ các chi phí về nhân sự cho các dự án R&D. Các chi phí cho thiết bị hoặc dụng cụ cũng có thể được tính đến nếu chúng rõ ràng là có liên quan tới dự án R&D.

Về đối tượng, tất cả các chương trình nghiên cứu nằm trong chiến lược về công nghệ cao của Chính phủ Liên bang đều có thể được hỗ trợ. Mức hỗ trợ có thể là 50% chi phí dự án. Trong một số trường hợp cụ thể, các doanh nghiệp vừa và nhỏ có thể có mức hỗ trợ cao hơn. Chính phủ Liên bang sẽ lựa chọn các dự án tốt nhất để hỗ trợ, trong đó, việc hợp tác giữa công ty và viện nghiên cứu thường được hoan nghênh hơn.

Ngoài các dự án nằm trong chiến lược công nghệ cao, chương trình hỗ trợ không nhằm vào một công nghệ cụ thể nào cũng là đối tượng được hỗ trợ. Đơn xin ưu đãi luôn có giá trị đối với chương trình này vào bất cứ thời điểm nào. Chương trình đổi mới cơ bản cho các doanh nghiệp vừa và nhỏ là chương trình nổi bật nhất thuộc dạng này.

Ngoài các chương trình hỗ trợ của Liên bang, từng bang cũng có chương trình hỗ trợ riêng, chủ yếu hướng tới các doanh nghiệp vừa và thông thường là đổi mới công nghệ. Mức độ hỗ trợ trong các dự án này cũng phụ thuộc nhiều vào tính chất của dự án R&D.

2.4.3. Hỗ trợ về nhân sự

Hỗ trợ chi phí nhân sự có một vai trò quan trọng trong việc giảm thiểu chi phí hành chính, nhân sự cho các doanh nghiệp khi thiết lập một hoạt động kinh doanh mới. Văn phòng Lao động Liên bang (Federal Employment Agency) và chính quyền Liên

bang đã đưa ra một loạt các chương trình ưu đãi liên quan đến lao động được thiết lập để phù hợp với nhu cầu khác nhau của các công ty khi xây dựng lực lượng lao động. Chúng gồm 4 loại:

- Hỗ trợ tuyển dụng
- Hỗ trợ đào tạo trước khi tuyển dụng
- Hỗ trợ lương
- Đào tạo nghề

Hỗ trợ hấp dẫn nhất là trợ cấp về tiền lương dưới dạng khoản tiền khi thuê những người thất nghiệp. Trong trường hợp này, nhiều nhất là 50% chi phí lao động có thể được đồng tài trợ từ trung tâm việc làm địa phương trong khoảng thời gian lên tới một năm.

Ưu đãi về chi phí nhân sự là yếu tố độc lập với quy mô công ty hay các lĩnh vực công nghiệp hoặc các địa điểm đầu tư dự án. Chương trình được thực hiện và điều chỉnh bởi trung tâm việc làm địa phương theo nhu cầu của nhà đầu tư. Việc thuê các lao động vừa tốt nghiệp đại học cũng có thể được hỗ trợ thông qua ưu đãi này, được gọi là khoản “hỗ trợ sáng tạo” (innovation assistant). Một khoản hỗ trợ lên tới 50% chi phí nhân sự sẽ được tài trợ trong thời hạn từ một đến hai năm.

2.4.4. Hỗ trợ tín dụng của Nhà nước

Các khoản tín dụng của Nhà nước có một vị trí quan trọng trong hệ thống hỗ trợ của Đức ở cấp độ Liên bang và liên minh Châu Âu. Thời hạn cho vay dài, lãi suất hấp dẫn và thời hạn thanh toán linh động là những yếu tố quan trọng nhất của công cụ hỗ trợ này. Các doanh nghiệp vừa và nhỏ là đối tượng được ưu tiên trước hết.

2.4.5. Bảo lãnh của Nhà nước

Một doanh nghiệp mới được thành lập phải đối diện với rất nhiều khó khăn, trong đó có khó khăn tài chính. Việc bảo lãnh

của Nhà nước đối với các công ty này giúp gia tăng niềm tin đối với các ngân hàng khi muốn vay vốn. Có rất nhiều mức bảo lãnh khác nhau, phụ thuộc khoản tài chính được bảo đảm và quy mô của doanh nghiệp và địa điểm đầu tư. Thông thường, giá trị bảo đảm có thể lên tới 80% khoản vay.

Như vậy, có thể thấy, các chính sách khuyến khích đầu tư của Đức rất khác so với Việt Nam. Các hỗ trợ đầu tư được xây dựng trên một tiêu chí rõ ràng và định hướng vào những chi phí thực tế một doanh nghiệp sẽ gặp phải khi bắt đầu hoạt động kinh doanh mới, do đó, tránh được hiện tượng trùng lặp, lãng phí, không thống nhất như hệ thống ưu đãi đầu tư hiện nay của Việt Nam.

III. PHÁP LUẬT VỀ PHÁT TRIỂN CÁC LOẠI THỊ TRƯỜNG

3.1. Pháp luật về thị trường hàng hóa

3.1.1. Pháp luật về dịch vụ logistics

Cộng hòa Liên bang Đức là quốc gia dẫn đầu Châu Âu về hoạt động logistic¹⁷⁶ cũng như đứng đầu thế giới¹⁷⁷. Logistic là một trong những bộ phận kinh tế lớn nhất của Đức, chỉ đứng sau ngành công nghiệp kỹ thuật cơ khí, điện tử và ngành công nghiệp ô tô tại Đức. Có khoảng 2.8 triệu người lao động làm việc trong lĩnh vực này. Về thị phần, dịch vụ logistics chiếm 41% thị phần trên toàn thị trường châu Âu năm 2012. Nguyên nhân dẫn tới thành công của ngành công nghiệp này tại Đức là do Đức có một hệ thống cơ sở hạ tầng giao thông được phát triển khá tốt. Về mặt chính sách, hệ thống hạ tầng giao thông tại Đức được phát triển theo từng bước cùng với sự gia tăng, lớn mạnh của các giao dịch thương mại. Một đối tượng rất quan trọng của Chính phủ Đức và cũng là một yếu tố quan trọng trong sự phát triển của logistics là chính sách vận tải thống nhất và toàn diện với mục đích làm cho

¹⁷⁶Germany - Leader in logistics, Magazine of the international Federation of Freight Forwards Association No. 103, July 2014.

¹⁷⁷World Bank's 2014 Logistics Performance Index report.

hệ thống cơ sở hạ tầng giao thông ngày càng thông minh, hiệu quả và an toàn hơn khi sử dụng. Mặt khác, về vị trí địa lý, với vị trí nằm ở trung tâm của Châu Âu, Đức là nền kinh tế lớn nhất và dịch vụ logistics đóng vai trò quan trọng trong nền kinh tế này.

Về hệ thống văn bản pháp luật điều chỉnh dịch vụ logistics gồm:

- (1) Luật không gian hoạt động (Act on Space Activities);
- (2) Luật đường sắt chung (General Railway Act);
- (3) Quy chế về giao thông đường sắt (Railway Traffic Regulations);
- (4) Luật vận chuyển các hàng hóa nguy hiểm (Law on Transport of Dangerous Goods);
- (5) Luật trách nhiệm và chi phí bồi thường đối với sự cố tràn dầu từ các tàu chở hàng hóa;
- (6) Quy chế về thời gian xếp hàng và bốc dỡ hàng hóa;
- (7) Luật giao thông đường bộ (Road Traffic Act);
- (8) Luật quyền đăng ký vận chuyển hàng hóa (Law on rights of Registered Ships).

Các quy định về logistics tương đối phức tạp. Các hợp đồng logistics không được quy định trong các văn bản chuyên ngành cụ thể mà được thể hiện như là một dạng hợp đồng hỗn hợp nhiều loại. Điều này có nghĩa hợp đồng logistic có thể là sự tổng hợp của rất nhiều loại hợp đồng khác nhau như hợp đồng vận tải, hợp đồng lưu kho hoặc hợp đồng bốc dỡ, và mỗi một phần này lại chịu sự điều chỉnh cụ thể của các quy định pháp luật như Bộ luật dân sự, Bộ luật thương mại...

3.1.2. Pháp luật về thương mại

Đại lý ủy quyền (Authorized Dealer) tự tiến hành hoạt động kinh doanh bằng cách bán các sản phẩm của công ty khác hoặc

được hỗ trợ kinh doanh từ phía công ty khác. Hợp đồng đại lý được pháp luật quy định khung và chứa các điều khoản hỗn hợp phù hợp với từng loại hợp đồng. Các đại lý có thể không sử dụng tên của nhà sản xuất và thường được nhà sản xuất cho phép bán các sản phẩm của mình trong phạm vi lãnh thổ được bảo hộ như một nhà cung cấp duy nhất. Ví dụ điển hình cho đại lý ủy quyền chính là đại lý xe mô tô. Hợp đồng đại lý ủy quyền có thể kéo dài trong một thời gian. Đại lý ủy quyền trực tiếp chỉ đạo hoạt động phân phối sản phẩm của nó và là một phần trong mạng lưới phân phối của công ty phân phối. Do đó, đại lý ủy quyền có sự phụ thuộc rất cao vào công ty sản xuất; các điều khoản của hợp đồng đại lý ràng buộc rất lớn về nghĩa vụ của công ty sản xuất phải thực hiện các nghĩa vụ của mình vì lợi ích của nhà đại lý.

Đại diện thương mại (Commercial Agency) có sự hiện diện rất lớn trong hoạt động kinh doanh ngày nay. Chúng xuất hiện trong rất nhiều lĩnh vực như đại diện bán hàng, đại lý bảo hiểm, đại diện quảng cáo, đại lý thương mại, đại diện thương mại. Đại diện thương mại là bất kỳ người nào thực hiện hoạt động thương mại một cách độc lập và tự gánh chịu những rủi ro trong kinh doanh. Đó là những người có nghĩa vụ thực hiện một cách liên tục và theo thỏa thuận để làm trung gian hoặc hoàn thành giao dịch cho các chủ thể kinh doanh khác và thực hiện dưới danh nghĩa của một bên thứ ba và thông qua một tài khoản của bên thứ ba. Đại diện thương mại được hưởng hoa hồng.

Hoạt động phân phối (Distribution): Pháp luật quy định điều chỉnh hoạt động phân phối hàng hóa và dịch vụ xảy ra giữa doanh nghiệp, các đại diện thương mại và nhà phân phối, đồng thời điều chỉnh giữa bên nhượng quyền và bên nhận nhượng quyền. Quyền phân phối được xem xét đồng thời thông qua nhiều tiêu chuẩn pháp lý.

Mua bán hàng hóa (Sale of goods): Trong tất cả các lĩnh vực dân sự, mục tiêu chung là điều tiết và kiểm soát xung đột lợi ích. Vấn đề này đặc biệt rất hay xảy ra trong hoạt động mua bán hàng hóa. Các vấn đề về chất lượng, khuyết tật của hàng hóa thường xuyên xảy ra. Trong trường hợp này, pháp luật cần thiết phải quy định các phương thức để giải quyết xung đột lợi ích giữa các bên.

3.2. Pháp luật về thị trường tài chính; thị trường dịch vụ ngoài tài chính

Một số văn bản pháp luật điều chỉnh lĩnh vực tài chính và ngân hàng gồm¹⁷⁸:

- (1) Luật ngân hàng (Banking Act);
- (2) Luật giám sát dịch vụ thanh toán (Payment Services Supervision Act);
- (3) Luật đầu tư (Investment Act);
- (4) Luật giao dịch chứng khoán (Securities Trading Act);
- (5) Luật cơ quan giám sát tài chính Liên bang;
- (6) Luật lập, phê duyệt, công bố bản cáo bạch để được phát hành khi chào bán chứng khoán ra công chúng (Securities Prospectus Act);
- (7) Luật thành lập Quỹ ổn định thị trường tài chính (Act on Establishment of a Financial Market Stabilisation Fund);
- (8) Luật thực thi giám sát bảo hiểm (Act on the Supervision of Insurance Undertakings);
- (9) Luật thuế bảo hiểm (Insurance Tax Act);
- (10) Luật chống rửa tiền (Money Laundering Act);
- (11) Luật chuyển nhượng và mua bán chứng khoán (Securities Acquisition and Takeover Act);
- (12) Luật giao dịch chứng khoán (Securities Trading Act).

¹⁷⁸Website của BaFin.

3.2.1. Về hoạt động ngân hàng

Ở Đức không có sự giới hạn đối với ngân hàng trong hoạt động thương mại cũng như đầu tư; do đó, phần lớn các ngân hàng ở Đức đều là ngân hàng có tính toàn cầu¹⁷⁹. Các ngân hàng được chia thành 3 nhóm chính gồm: ngân hàng tư nhân (chiếm khoảng 38% giá trị tài sản ngân hàng năm 2012), ngân hàng tiết kiệm thuộc sở hữu của công chúng (chiếm 29,4%) và ngân hàng hợp tác (chiếm 11,8%). Mặc dù mức độ định hướng hoạt động của 3 loại ngân hàng này là khác nhau nhưng nhìn chung chúng đều thực hiện các hoạt động ngân hàng (vay và cho vay) cũng như các hoạt động đầu tư tài chính. Để tránh sự nhầm lẫn, những ngân hàng hoạt động vì mục tiêu lợi nhuận sẽ nằm trong nhóm các ngân hàng tư nhân.

Ngân hàng tư nhân (Private Banks): Như đã đề cập trước đó, ngân hàng tư nhân ở Đức được hiểu là các ngân hàng hoạt động vì mục tiêu lợi nhuận. Tùy vào mức độ và quy mô mà có sự khác nhau cơ bản giữa những ngân hàng lớn, ngân hàng khu vực và chi nhánh của ngân hàng nước ngoài. Các ngân hàng lớn hiện nay là kết quả của quá trình mua bán, sáp nhập trong những năm 1980, có vai trò quan trọng đối với sự phát triển của nền kinh tế Đức nói riêng cũng như hệ thống tài chính của toàn EU. Phần lớn các ngân hàng tư nhân nhỏ hoạt động trên một phạm vi khu vực nhất định. Các ngân hàng này thực hiện các hoạt động ngân hàng gắn với một hoặc một số lĩnh vực công nghiệp nhất định. Các chi nhánh của ngân hàng nước ngoài chiếm một thị phần nhỏ trên thị trường tài chính - ngân hàng của Đức.

Ngân hàng tiết kiệm (Savings Banks): Dạng thứ nhất là các ngân hàng tiết kiệm thuộc sở hữu của địa phương được thành lập nhằm phục vụ các lợi ích công cộng của cộng đồng địa phương,

¹⁷⁹EU, Báo cáo nghiên cứu về Hệ thống tài chính của Đức, Viện nghiên cứu kinh tế chính trị quốc tế, Trường luật và kinh tế Berlin, 2013.

hoạt động không vì mục tiêu lợi nhuận (Sparkassen). Tuy nhiên, cơ cấu và các yêu cầu hoạt động của ngân hàng tiết kiệm giống như một ngân hàng thương mại nhằm tiếp cận đối tượng là các doanh nghiệp vừa và nhỏ cũng như các cư dân địa phương. Mỗi ngân hàng tiết kiệm chỉ hoạt động trong một khu vực địa lý nhất định. Chúng có thể có chi nhánh nhưng không được vượt quá khu vực địa lý cũng như không cạnh tranh với các ngân hàng tiết kiệm ở các khu vực khác.

Đối tượng mà các ngân hàng tiết kiệm hướng tới là các doanh nghiệp vừa và nhỏ nhằm bảo đảm cho các doanh nghiệp này có thể tiếp cận nguồn vốn tín dụng nhiều hơn so với các quốc gia tư bản phát triển khác và là yếu tố then chốt quyết định sự thành công của loại hình doanh nghiệp này. Các ngân hàng tiết kiệm có xu hướng sẵn sàng cho các doanh nghiệp vừa và nhỏ vay hơn là các ngân hàng tư nhân. Cũng vì vậy, các ngân hàng tiết kiệm ít bị tác động bởi cuộc khủng hoảng tài chính năm 2008 và hoạt động ổn định, trong khi đó, các ngân hàng tư nhân đã bị tác động khủng hoảng rất lớn.

Dạng thứ hai là các ngân hàng tiết kiệm được thành lập dưới dạng các ngân hàng khu vực, thuộc sở hữu bởi liên kết có tính khu vực giữa các Sparkassen và chính quyền bang (Landesbanken). Các ngân hàng này có hai chức năng: (1) hoạt động như một ngân hàng đối với bang khu vực, (2) là ngân hàng trung ương cho các Sparkassen tại khu vực của Sparkassen đó. Tuy nhiên, các ngân hàng này cũng phát triển các hoạt động ngân hàng đầu tư và thương mại cạnh tranh trực tiếp với các ngân hàng tư nhân lớn trong hoạt động kinh doanh. Sự gia tăng tầm quan trọng các hoạt động ngân hàng đầu tư của Landesbanken những năm gần đây phản ánh sự suy giảm vai trò của các hoạt động kinh doanh mà dựa trên việc cho vay không mang tính chất ngân hàng.

Dạng thứ ba là Deka Bank thuộc sở hữu của các Landesbanken và Hiệp hội Ngân hàng Tiết kiệm Đức (German Savings Banks Association) với nhiệm vụ quản lý tài sản của chính quyền trung ương tại tất cả các ngân hàng tiết kiệm.

Ngân hàng hợp tác (Cooperative Banks): Bộ phận ngân hàng hợp tác gồm 2 mức đó là ngân hàng hợp tác sơ cấp và tổ chức khu vực cấp 2. Ngân hàng hợp tác sơ cấp chủ yếu cho vay không mang tính chất tín dụng, chiếm khoảng 70% tài sản vào năm 1980. Tổ chức khu vực cấp 2 (two regional institutions) hoạt động giống như là ngân hàng trung ương của các ngân hàng hợp tác sơ cấp. Các ngân hàng này cũng cạnh tranh với các ngân hàng tư nhân trong hoạt động tín dụng thương mại và đầu tư. Tuy nhiên, vai trò cho vay không mang tính chất ngân hàng ngày càng gia tăng.

Các ngân hàng đặc biệt: được chia làm 3 nhóm: (1) Nhóm các ngân hàng thế chấp là ngân hàng chuyên cung cấp các khoản vay mua sắm tài sản và phát sinh tiền từ các khoản tiền gửi dài hạn và phát hành trái phiếu. Số lượng các ngân hàng này đang có xu hướng giảm dần, từ 39 ngân hàng xuống còn 18 ngân hàng vào năm 2009. (2) Nhóm các ngân hàng chuyên cung cấp các khoản vay nhà ở, là các tổ chức mà mỗi hộ gia đình cam kết tiết kiệm một khoản tiền trong một khoảng thời gian và sau khi có đủ một khoản tiết kiệm cần thiết thì được thế chấp để mua nhà. Năm 2012 có 23 ngân hàng như vậy và chiếm 2,3% tổng tài sản của ngân hàng. (3) Nhóm các ngân hàng cung cấp hỗ trợ để thúc đẩy đầu tư trong một số lĩnh vực kinh tế nhất định, chủ yếu trong lĩnh vực đầu tư cơ sở hạ tầng hoặc các dự án hỗ trợ cần sự hỗ trợ của Chính phủ tại Đức cũng như nước ngoài. Các doanh nghiệp vừa và nhỏ cũng là đối tượng hỗ trợ đối với nhóm ngân hàng này. Năm 2012, có 17 ngân hàng thuộc nhóm này và chiếm khoảng 11,2% tổng tài sản lĩnh vực ngân hàng.

3.2.2. Thị trường chứng khoán

Thị trường chứng khoán chủ yếu của Đức là tại Frankfurt, mặc dù có một số sở giao dịch nhỏ hơn tại một số thành phố khác. Sàn giao dịch chứng khoán Frankfurt được thiết lập vào thế kỷ 16 và được điều hành bởi Hội đồng thương mại Frankfurt. Năm 1990, một công ty tên là Frankfurter Wertpapier AG được thành lập và đặt tên lại là Deutsche Borse AG vào năm 1992. Deutsche Borse điều hành sàn giao dịch chứng khoán Frankfurt và hệ thống giao dịch điện tử là Xetra. Deutsche Borse thuộc sở hữu của các ngân hàng (81,9%) với các cổ đông nhỏ hơn của các sàn giao dịch khu vực (10,1%) và nhà thương mại (5,3%).

Thị trường chứng khoán đã góp phần quan trọng vào quá trình tư nhân hóa một số doanh nghiệp nhà nước vào những năm 1990 và được thúc đẩy bởi luồng vốn đầu tư từ nhà đầu tư nước ngoài. Để thúc đẩy vai trò của thị trường chứng khoán, Đức đã cải cách chế độ lương hưu. Mức lương của Đức tương đối cao, chiếm 10-11% GDP trong khi tỷ lệ này ở Hoa Kỳ, Anh là 6-7%. Tuy nhiên, cải cách lương hưu đã gặp phải một số vấn đề như tuổi thọ của dân số, tỷ lệ về hưu sớm, tỷ lệ thất nghiệp. Những năm 1990, mặc dù có những cải cách nhưng vai trò của thị trường chứng khoán Đức vẫn có hạn chế. Những mục tiêu nhằm thúc đẩy việc sở hữu chứng khoán của Đức gặp nhiều rào cản, đặc biệt là sau sự sụp đổ của bong bóng thị trường, số lượng người dân sở hữu cổ phiếu giảm đáng kể. Thị trường trái phiếu công ty còn nhỏ, các hộ gia đình có tài sản chủ yếu là tiền gửi tiết kiệm ngân hàng hoặc quỹ bảo hiểm.

3.3 Pháp luật về thị trường bất động sản

Hệ thống văn bản pháp luật điều chỉnh lĩnh vực bất động sản gồm:

- (1) Bộ luật dân sự (Civil Code);
- (2) Luật công chứng (Notarisation Act);

- (3) Thông tư đăng ký đất đai (Land Register Ordinance);
- (4) Luật về chuyển nhượng bất động sản (Act on Transfer of Real Property);
- (5) Bộ luật xây dựng Liên bang (Federal Building Code);
- (6) Quy chế Liên bang về quy hoạch thị trấn (Federal Town Planning Regulation);
- (7) Luật đầu tư vốn (Capital Investment Act).

Về chế độ sở hữu đất đai, Cộng hòa Liên bang Đức thừa nhận quyền tư hữu đất đai và thực hiện mô hình sở hữu đa sở hữu, vừa ghi nhận và bảo đảm quyền sở hữu tư nhân đất đai, vừa thừa nhận quyền sở hữu đất đai của Nhà nước. Tại Đức, quyền tư hữu đất đai được chính quyền Liên bang bảo hộ và khu vực đất công được coi là sở hữu của Nhà nước gồm chính quyền Liên bang và chính quyền các bang. Quyền sở hữu bất động sản ở Đức gồm đất và các công trình xây dựng gắn liền với đất (Phần 90 Bộ luật dân sự). Do đó, các công trình xây dựng được mặc định bao gồm cả quyền sở hữu đối với đất. Trong một số trường hợp, quyền sở hữu công trình xây dựng và quyền sở hữu đất là riêng biệt, ví dụ: khi có sự xuất hiện của quyền thừa kế hoặc công trình xây dựng trên đất do người thuê đất xây dựng. Tuy nhiên, về mặt thủ tục, trong trường hợp này, việc đăng ký quyền sở hữu đối với công trình gắn liền với đất thì cũng không tách riêng.

Thị trường bất động sản ở Đức được đánh giá là tương đối ổn định. Thời điểm những năm 2000 khi phần lớn các quốc gia đều chịu tác động của khủng hoảng kinh tế, thị trường bất động sản của Đức không bị ảnh hưởng. Nhiều chuyên gia cho rằng đó là do Đức đã có sự kết hợp của các thiết chế, định chế cụ thể. Trước tiên là sự can thiệp của Nhà nước vào thị trường bất động sản nhằm bảo đảm sự đa dạng trong nguồn cung nhà ở tại tất cả các phân khúc. Sự can thiệp của Nhà nước thể hiện ở việc thiết

lập các chính sách ưu đãi nhằm định hướng thị trường, đồng thời trực tiếp phân phối nhà ở thông qua các hiệp hội công cộng. Mặc dù việc can thiệp này hiện nay có xu hướng giảm dần nhưng nhờ những nền tảng ổn định ban đầu nên thị trường bất động sản của Đức vẫn giữ được những đặc tính đó. Do có một nguồn cung đầy đủ về nhà ở cho thuê, các hộ gia đình chỉ quyết định mua nhà riêng khi họ có đủ tiền. Bên cạnh đó, sự duy trì một hệ thống tài chính tương đối khắt khe đối với thị trường bất động sản Đức cũng góp phần làm nên sự ổn định của thị trường này. Các ngân hàng được tiếp cận với nguồn quỹ hỗ trợ chi phí thấp, ổn định và dài hạn nhằm cung cấp các khoản tài chính trong thời gian dài cho các hộ gia đình. Đồng thời, các ngân hàng thường yêu cầu về nguồn vốn tự có trước khi họ tài trợ cho các khoản vay về nhà ở cho hộ gia đình. Các yếu tố này hỗ trợ lẫn nhau và góp phần tạo ra sự ổn định của thị trường bất động sản.

Về đặc tính chung, phần lớn dân số Đức sống trong các nhà ở cho thuê (khoảng 60%). Nguồn cung tài chính cho nhà ở được quy định cụ thể và ở mức yêu cầu rất cao. Điều này tạo nên sự ổn định của thị trường bất động sản. Nhìn lại quá khứ, ban đầu, lĩnh vực kinh doanh bất động sản được coi thuần túy là kinh tế tư nhân và việc cung cấp các không gian nhà ở ngay lập tức được đưa ra thị trường. Vì thế, giá thuê nhà thuần túy là vấn đề của kinh tế thị trường. Cùng với quá trình công nghiệp hóa cuối thế kỷ 19, nhu cầu về nhà ở tại các thành phố công nghiệp gia tăng nhanh chóng dẫn tới sự phát triển mạnh mẽ trong ngành xây dựng tư nhân tại các thành phố này. Thị phần của thị trường thời gian này chủ yếu hướng tới đối tượng có thu nhập thấp. Tuy nhiên, sự phát triển ồ ạt và thiếu quy hoạch cũng như thiếu các quy định của Nhà nước, tình trạng quá tải đã nhanh chóng xảy ra ở các thành phố lớn. Sự đầu cơ, việc tăng giá đất ở các thành phố lớn, dẫn đến giá cả bất động sản không còn phù hợp với phần lớn những người lao động.

Số lượng căn hộ nhỏ không đủ cung cấp cho những người lao động và giá thuê khá cao. Điều này đòi hỏi phải có sự thúc đẩy về việc thiết lập một bộ phận thị trường không vì mục tiêu lợi nhuận. Đối với một ngành công nghiệp, việc thiếu nhà ở và chi phí thuê cao có nghĩa là thiếu công nhân lao động và đương nhiên dẫn đến tiền thuê nhân công cao hơn. Do vậy, việc xây dựng và cung cấp nhà ở được tổ chức bởi các công ty nhỏ mà sau này chuyển thành các hiệp hội nhà ở phi lợi nhuận. Bên cạnh đó, nhằm đáp ứng nhu cầu về nhà ở của các hộ gia đình có thu nhập thấp, một chương trình nhằm thúc đẩy xây dựng các căn hộ cho người lao động thu nhập thấp đã được thực hiện, dẫn tới việc hình thành các hiệp hội nhà ở phi thương mại đầu tiên vào năm 1848 tại Berlin. Các hợp tác xã nhà ở đầu tiên được thành lập 1862 và có vai trò quan trọng trong việc xây dựng nhà ở, đặc biệt là sau năm 1918.

Sau Chiến tranh thế giới lần I, cách tiếp cận đối với thị trường nhà ở có nhiều thay đổi. Nhà ở một mặt vẫn là một loại hàng hóa thuần túy của nền kinh tế thị trường, mặt khác được xem như một loại hàng hóa xã hội. Vì thế, dưới chế độ dân chủ, Nhà nước can thiệp tương đối mạnh mẽ vào thị trường nhà ở và kiểm soát chặt chẽ hơn. Ví dụ: giá thuê nhà được cố định và căn hộ được phân phối theo kế hoạch của Nhà nước. Các quy định liên quan đến bảo hộ người thuê nhà cũng được thông qua. Điều này làm giảm lợi nhuận tư nhân, do đó, việc xây dựng nhà ở cũng giảm bớt. Nhà nước đã phải đưa ra những trợ cấp và ưu đãi về thuế để đáp ứng kịp thời nhu cầu về nhà ở. Đặc biệt, các hoạt động liên kết hợp tác được khuyến khích và các hiệp hội nhà ở phi lợi nhuận được hỗ trợ để trở thành một nhân tố quan trọng trong chính sách nhà ở công cộng. Đầu năm 1930, kiểm soát của Nhà nước đối với thị trường nhà ở đã được dỡ bỏ; tuy nhiên, đến đầu năm 1935, việc kiểm soát giá thuê lại được tái thiết để huy động cho cuộc chiến tranh năm 1935.

Sau Chiến tranh thế giới lần thứ hai, phần lớn các tòa nhà ở tại các thành phố lớn đã bị phá hủy nghiêm trọng, dẫn tới việc Chính phủ phải thiết lập sự kiểm soát chặt chẽ đối với thị trường nhà ở. Lúc này, chủ thuyết về một nền kinh tế thị trường xã hội ra đời, theo đó, thực hiện chính sách nhà ở theo nguyên tắc kinh tế thị trường nhà ở xã hội. Nhà nước tiếp tục duy trì việc cung cấp nhà ở cho khu vực tư nhân; tuy nhiên, Nhà nước cũng chi phối giá thuê nhà bảo đảm phù hợp với nhu cầu của các nhóm đối tượng có thu nhập thấp. Từ năm 1950, các kiểm soát trở nên ít hạn chế hơn. Sự ra đời của Luật thuê nhà Liên bang đầu tiên cho phép giá thuê nhà được tăng dần. Tiếp theo đó, năm 1960, Luật cắt giảm hạn chế đối với thị trường nhà ở và Luật nhà ở và nhà thuê xã hội được thông qua, đã phần nào tạo điều kiện thuận lợi cho việc đầu tư vào nhà ở có lợi nhuận hơn và cùng với đó, việc gia tăng giá thuê nhà cũng nhận được sự đồng thuận nhiều hơn từ phía xã hội. Đặc biệt, các hạn chế về chấm dứt hợp đồng thuê nhà được đổi mới, thân thiện hơn với bên chủ nhà, các quy định về kiểm soát tiền thuê nhà cũng bị bãi bỏ và cân bằng lợi ích hơn. Sau Chiến tranh thế giới lần thứ hai, Chính phủ hạn chế việc thương mại hóa nhà ở tư nhân. Chính phủ đưa ra một số giải pháp nhằm gia tăng hoạt động đầu tư nhà ở tư nhân, do đó, tăng nguồn cung nhà ở. Năm 1954, Luật về thúc đẩy xây dựng nhà ở được thông qua, hướng tới sự liên kết hợp tác giữa các hiệp hội nhà ở phi lợi nhuận và là cơ sở cho việc thực hiện các trợ cấp của Nhà nước đối với hoạt động xây dựng nhà ở cho thuê. Các Chương trình này có hai đặc điểm: (1) chúng được thiết kế nhằm thúc đẩy các hoạt động xây dựng nhà ở cho thuê của khu vực tư nhân; (2) chất lượng của các sản phẩm này tương đối cao, do đó, đáp ứng được nhu cầu của các hộ gia đình trung lưu. Chính vì thế, thị trường nhà ở cho thuê của Đức tương đối đa dạng (khác với ở Anh, có sự phân biệt giữa nhà cho thuê và nhà sở hữu). Giai đoạn 1990 trở đi, các cơ quan công quyền Đức

vấn sở hữu 11% thị phần nhà ở. Tuy nhiên, không chỉ chính quyền Liên bang mà cả chính quyền các bang và các khu tự trị cũng đã quyết định giảm sự ảnh hưởng trực tiếp của mình tới thị trường và bắt đầu bán từng phần thị phần nhà ở cho khu vực tư nhân.

Các nhà đầu tư tổ chức vào thị trường bất động sản theo các hình thức đầu tư đa dạng. Ngoài hình thức đầu tư gián tiếp, một số lượng lớn các tổ chức tài chính được thành lập cho phép nhà đầu tư tham gia vào thị trường vốn đầu tư gián tiếp vào thị trường bất động sản. Phần lớn các hoạt động đầu tư gián tiếp quan trọng được thiết lập dưới hình thức các quỹ đóng và mở, các cổ phần bất động sản, các quỹ đầu tư tín thác vào lĩnh vực bất động sản và các nhà đầu tư cổ phần tư nhân. Trong số đó, quỹ đầu tư đóng là hình thức đầu tư gián tiếp quan trọng nhất. Quỹ đóng được thiết lập trên quan hệ đối tác với một dự án cụ thể và là dạng quỹ đơn do công ty ban đầu thiết lập. Do đó, số lượng quỹ này tương đối cao. Năm 2006, số lượng quỹ này là 1865 quỹ, trong đó 701 quỹ đầu tư vào nhà ở và 1164 quỹ đầu tư vào bất động sản thương mại. Các ngân hàng Đức có vai trò quan trọng trong phân khúc này và có mối liên hệ chặt chẽ với 3 công ty lớn chiếm khoảng 35% thị phần. Quỹ bất động sản mở là hình thức quan trọng thứ hai, được thiết lập và quản lý bởi một công ty quản lý tài sản. Một cách thức khác là nhà đầu tư có thể tham gia gián tiếp vào lĩnh vực bất động sản thông qua các công ty chứng khoán bất động sản. Tuy nhiên, ở Đức, hình thức đầu tư này không đóng một vai trò lớn. Cổ phần tư nhân trong lĩnh vực bất động sản là hình thức đầu tư của các ngân hàng, các công ty bảo hiểm hoặc các cá nhân giàu có áp dụng chiến lược đầu tư vào bất động sản bị định giá thấp, cơ cấu lại để tăng lợi nhuận và bán chúng với giá cao hơn. Hình thức này được sử dụng như là đòn bẩy kinh tế trong các giai đoạn nền kinh tế kém sức mua. Tuy nhiên, cuộc khủng hoảng tài chính, thị trường khiến cho các công ty cổ phần này bị phá vỡ vì

các ngân hàng không sẵn sàng tài trợ cho các khoản vay của họ nữa. Vì thế, có thể thấy, các hình thức đầu tư qua các quỹ đầu tư tín thác, quỹ bất động sản mở hoặc đóng sẽ mang lại sự minh bạch hơn và an toàn hơn cho hoạt động đầu tư vào thị trường bất động sản tại Đức.

Như vậy, có thể thấy, thị trường bất động sản Đức là một thị trường rộng lớn và thị trường cho thuê nhà ở tương đối đa dạng. Một bộ phận lớn được quản lý bởi các hiệp hội trong thị trường cho thuê vì thế thị trường bất động sản khó có thể nói là hoàn toàn theo định hướng lợi nhuận. Tuy nhiên, chính đặc điểm này cũng tạo ra sự ổn định tương đối cho thị bất động sản. Giá thuê phù hợp và chất lượng căn hộ cao tác động rất lớn tới các quyết định mua nhà ở của hộ gia đình. Và các hộ gia đình chỉ được mua bất động sản nếu có đủ vốn chủ sở hữu.

3.4. Pháp luật về thị trường khoa học - công nghệ

Thị trường khoa học - công nghệ ở Đức được hình thành có sự hỗ trợ về cơ sở pháp lý thông qua hệ thống pháp luật về sở hữu trí tuệ, trong đó, đề cập tới các nội dung chủ yếu sau:

Sáng chế: Sáng chế thuộc đối tượng điều chỉnh của Luật sáng chế và được cấp bởi Văn phòng Tên thương mại và Sáng chế Đức có trụ sở tại Munich. Thủ tục để cấp bằng sáng chế hoàn toàn miễn phí. Chỉ những phát minh, sáng chế sử dụng cho mục đích thương mại mới có thể được xem xét cấp bằng sáng chế. Và chỉ người nộp đơn ban đầu mới được cấp bằng sáng chế (trừ quyền ưu tiên theo Công ước Paris). Điều kiện áp dụng cho một sáng chế của người nước ngoài cũng tương tự như đối với công dân Đức. Thời hạn bảo hộ là 20 năm kể từ ngày đăng ký. Trong một thỏa thuận cấp phép độc quyền, người chuyển giao có thể yêu cầu chống lại việc sử dụng không hợp pháp sáng chế của bên thứ ba. Quyền ngăn chặn này được bảo vệ tạm thời và có hiệu lực cùng lúc với việc đăng ký.

Các áp dụng đối với sáng chế quốc tế có thể cũng được đề trình lên Văn phòng Sáng chế Đức. Theo quy định của Công ước Sáng chế Cộng đồng, các sáng chế của Châu Âu có giá trị ở một số quốc gia cũng có thể được đăng ký tại Văn phòng Sáng chế Châu Âu đặt tại Munich. Các thỏa thuận tiên quyết trong thỏa thuận cấp phép sử dụng phải được lập thành văn bản nếu trong các thỏa thuận đó có các hạn chế cạnh tranh quy định trong Luật chống hạn chế cạnh tranh.

Tên thương mại: Đăng ký tên thương mại được bảo vệ theo Bộ luật thương mại. Tên thương mại được bảo hộ gồm các dấu hiệu và tên gọi mà nhà sản xuất hoặc đại lý sử dụng để phân biệt sản phẩm của mình với các sản phẩm khác. Để được bảo hộ, tên thương mại phải mới và có đặc trưng khác biệt khi đăng ký tại Văn phòng Tên thương mại và Sáng chế. Thời hạn bảo hộ là 10 năm kể từ ngày đăng ký và có thể được gia hạn thêm 10 năm. Nếu tên thương mại muốn được bảo vệ ngoài lãnh thổ Đức thì phải đăng ký quốc tế. Trong trường hợp này, thời gian bảo hộ là 10 hoặc 20 năm và có thể được kéo dài.

Phát minh nhỏ (Utility models): Theo Luật về các phát minh nhỏ (Act on Utility Models)¹⁸⁰, tác giả của những cải tiến kỹ thuật nhất định đối với các công vụ và sản phẩm sử dụng hàng ngày có quyền sử dụng độc quyền trong thời hạn là 8 năm. Việc bảo hộ các phát minh nhỏ được yêu cầu phải được đăng ký tại Văn phòng Tên thương mại và Sáng chế.

Kiểu dáng: Đối với kiểu dáng, việc bảo hộ được thực hiện theo Luật đăng ký kiểu dáng (Registered Design Act), áp dụng cho tất cả các hình thức nghệ thuật của các loại hàng hóa tiêu dùng như vải, sản phẩm âm thanh, kính. Việc đăng ký kiểu dáng được thực hiện tại Tòa án địa phương nơi cư trú của tác giả. Thời hạn bảo hộ kéo dài khác nhau từ 1 đến 3 năm nhưng có thể kéo

¹⁸⁰Một dạng bảo hộ tương tự như đối với sáng chế nhưng có thời gian bảo hộ ngắn hơn

dài tối đa là 15 năm. Người nộp đơn nước ngoài yêu cầu phải có đại diện trong nước để nộp đơn đăng ký.

Tên miền: Việc đăng ký và bảo hộ tên miền không quy định trong một văn bản pháp luật riêng. Khiếu kiện liên quan đến tên miền quốc tế được thực hiện theo quy định tại Điều 12 Bộ luật dân sự, bao gồm cả khiếu kiện liên quan đến bảo hộ tên; khiếu kiện đối với các hành vi vi phạm tên thương mại được thực hiện theo quy định tại Điều 14 Luật tên thương mại và Điều 15 Luật thương mại liên quan hành vi vi phạm tên thương mại. Ngoài ra, đăng ký và sử dụng tên miền phải tuân theo các quy định của Luật chống cạnh tranh không lành mạnh với các hành vi không đúng chuẩn mực đạo đức hoặc liên quan đến hành vi báo cáo sai lệch.

3.5. Pháp luật về thị trường lao động

Quan hệ lao động giữa người lao động và người sử dụng lao động phải tuân theo pháp luật, thỏa ước tập thể và hợp đồng lao động. Các quy định về lao động chủ yếu là quy định của Liên bang và bao quát rất nhiều hành vi khác nhau. Đức không có Luật Lao động thống nhất; các tiêu chuẩn lao động tối thiểu được quy định tại nhiều luật khác nhau điều chỉnh nhiều vấn đề khác nhau có liên quan đến lao động. Có thể điểm tên một số văn bản luật cơ bản như sau:

- (1) Bộ luật dân sự (Civil Code);
- (2) Luật hiến pháp về việc làm (Works Constitution Act);
- (3) Luật về thỏa ước lao động tập thể (Act on Collective Agreement);
- (4) Luật về thời giờ làm việc (Working Time Act);
- (5) Luật xúc tiến lao động (Employment Promotion Act);
- (6) Luật bảo vệ lao động (Employment Protection Act);
- (7) Hướng dẫn của EU về thời giờ làm việc (European Working Time Directive);

(8) Hướng dẫn của EU về công việc bán thời gian (European Directive on Part-Time-Work).

Hợp đồng lao động được coi là một dạng đặc biệt của hợp đồng dịch vụ và thuộc đối tượng điều chỉnh của Bộ luật dân sự. Việc sắp xếp các lợi ích của người lao động trong các thỏa ước tập thể, nội quy công ty cũng như những nguyên tắc an toàn của ngành cũng được xem xét khi thiết lập các khuôn khổ pháp lý cho hợp đồng lao động. Điều 3 Hiến pháp Liên bang bảo đảm cho cái gọi là tự do thỏa thuận của người lao động và người sử dụng lao động. Điều này bảo đảm cho việc tự do trong thương lượng thỏa ước lao động tập thể. Phần lớn các thỏa ước lao động tập thể bị giới hạn trong những khu vực cụ thể.

Về hình thức, hợp đồng lao động thông thường được ký bằng văn bản vì nó phản ánh thiết thực các khía cạnh cơ bản của mối quan hệ lao động. Tuy nhiên, hình thức này không bắt buộc, các thỏa thuận lao động bằng miệng cũng có giá trị pháp lý.

Về thời gian làm việc, tất cả các ngày trong tuần trừ chủ nhật và các nghỉ lễ đều được coi là ngày làm việc. Tuy nhiên, phần lớn lao động Đức thường làm việc 5 ngày (từ thứ 2 đến thứ 6). Thời gian làm việc trung bình là từ 35 đến 40 giờ và không quá 8 tiếng/ngày. Thời gian làm việc có thể kéo dài tới 10 tiếng/ngày nhưng trong phạm vi 6 tháng thì thời gian làm việc trung bình của khoảng thời gian này là không quá 8 tiếng/ngày. Làm việc trong những ngày nghỉ lễ về nguyên tắc là cấm. Tuy nhiên, Luật về thời giờ làm việc cho phép một số trường hợp ngoại lệ và khi đó, phải có sự chấp thuận của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Phần lớn các trường hợp ngoại lệ là vì một số kỹ thuật như phải duy trì hoạt động sản xuất, vì lý do kinh tế để bảo đảm an toàn và tạo việc làm, các lý do xã hội như gia tăng lợi ích công.

Về thời gian nghỉ ngơi, Luật quy định người lao động được nghỉ 20 ngày làm việc/năm, tương đương với 4 tuần làm việc (đối

với những người làm việc 5 ngày/tuần). Tuy nhiên, thông thường người lao động chỉ được chấp thuận cho nghỉ từ 25-30 ngày trong năm. Số lượng ngày được nghỉ phụ thuộc vào thâm niên và lĩnh vực kinh doanh của người lao động. Bên cạnh đó, quan hệ lao động tại Đức còn bị chi phối bởi các quy định của EU như quy định về thời giờ nghỉ ngơi từ 3-4 tuần/năm hoặc yêu cầu việc đối xử bình đẳng đối với công việc bán thời gian.

Về hợp đồng lao động có thời hạn, mặc dù thỏa thuận lao động không có thời hạn là một điển hình ở Đức, tuy nhiên, hợp đồng lao động có xác định thời gian cũng có thể được tiến hành. Hợp đồng lao động xác định thời hạn, bị giới hạn theo các quy định pháp luật về lao động. Nhìn chung, hợp đồng xác định có thời hạn được cho phép chỉ khi có một lý do nào đó cho việc giới hạn thời hạn (ví dụ, bệnh tật, công việc có tính chất vụ việc). Tuy nhiên, người lao động có thể tham gia vào một hợp đồng lao động xác định thời hạn lên tới 2 năm mà không có sự hạn chế nào. Ngoài ra, một công ty mới thành lập cũng có thể được phép thiết lập hợp đồng lao động không xác định thời hạn lên tới 4 năm. Hợp đồng lao động xác định thời hạn phải được lập thành văn bản.

Một số nội dung liên quan đến quyền của người lao động là bắt buộc theo quy định của luật, vì thế không nhất thiết phải quy định trong hợp đồng lao động, gồm:

(1) Thanh toán trong trường hợp ốm đau: các quy định pháp luật đề cập rằng việc thanh toán vẫn được tiếp tục thực hiện trong thời hạn 6 tuần với mức lương đầy đủ kể từ ngày đầu tiên xảy ra sự kiện ốm đau. Trong một số trường hợp bất khả kháng cụ thể, người sử dụng lao động có nghĩa vụ thanh toán tiền lương, có thể lên tới 12 tuần.

Hệ thống an sinh xã hội bắt buộc tại Đức gồm bảo hiểm y tế, bảo hiểm y tá và chăm sóc tại nhà, bảo hiểm lương hưu và bảo hiểm thất nghiệp. Nhìn chung, người lao động ở Đức đều phải

được bảo đảm quyền lợi an sinh xã hội. Phí bảo hiểm được chi trả trên cơ sở phân chia trách nhiệm giữa người lao động và người sử dụng lao động (50%) và khoảng 22% trên tổng tiền lương của người lao động và người sử dụng lao động.

Lao động nữ được quyền nghỉ thai sản hưởng nguyên lương. Thời gian nghỉ được tính từ 6 tuần trước ngày dự kiến sinh và kéo dài tới 8 tuần sau khi sinh con. Tiền chi cho người lao động nằm một phần trong chi phí bảo hiểm y tế và một phần của người sử dụng lao động. Trong khoảng thời gian mang thai và 4 tháng sau khi sinh, pháp luật nghiêm cấm việc chấm dứt hợp đồng lao động với đối tượng này.

Tất cả người lao động, nam và nữ, được quyền hưởng số ngày phép tối đa của cha mẹ trong thời gian 3 năm cho mỗi đứa con. Trong thời gian này, người sử dụng lao động không có nghĩa vụ phải thanh toán khoản nào cho người lao động. Tuy nhiên, người sử dụng lao động không có quyền chấm dứt hợp đồng lao động. Người lao động có quyền làm việc bán thời gian (30 giờ/tuần) trong khoảng thời gian này. Sau khi hết khoảng thời gian này, người sử dụng lao động bố trí công việc phù hợp cho người lao động.

Trong các doanh nghiệp có từ 5 người lao động trở lên, người lao động có thể bầu Hội đồng việc làm (Works Council) đại diện cho những người lao động tham gia vào việc đàm phán với người sử dụng lao động trong các tình huống như thuê lao động mới, thay đổi địa điểm kinh doanh, đóng cửa hoạt động kinh doanh...

Pháp luật về chấm dứt hợp đồng lao động của Đức hướng tới việc bảo vệ quyền lợi cho người lao động nhằm chống lại sự sa thải bất công, chấm dứt hoạt động trái pháp luật từ phía người sử dụng lao động. Về thông báo chấm dứt hợp đồng, người sử dụng lao động phải tuân thủ thời hạn thông báo, có thể từ 4 tuần đến 7 tháng tùy thuộc vào thời gian của công việc. Nếu người sử dụng lao động và người lao động thống nhất về thời hạn thông báo kéo dài hơn thì

thỏa thuận về thời hạn thông báo kéo dài sẽ được ưu tiên áp dụng. Bất kỳ thỏa thuận nào về thời hạn thông báo ngắn hơn so với thời hạn đã quy định đều không có hiệu lực. Thông thường, một quan hệ lao động chấm dứt vào thời điểm cuối của tháng dương lịch. Người sử dụng lao động phải nhằm tính ngày đưa ra thông báo để bảo đảm tính có hiệu lực của việc chấm dứt hợp đồng lao động.

Người sử dụng lao động phải đưa ra thông báo bằng văn bản về việc chấm dứt hợp đồng và có đầy đủ chữ ký của người sử dụng lao động. Tất cả các hình thức thông báo chấm dứt khác như bằng miệng, email hoặc fax đều bị coi là không hợp lệ. Trong các trường hợp như vậy, việc thông báo chấm dứt hợp đồng lao động phải được làm lại.

Chấm dứt hợp đồng lao động bị hạn chế trong trường hợp một người lao động làm việc nhiều hơn 6 tháng tính đến ngày thông báo chấm dứt được đưa ra và người sử dụng lao động sử dụng từ 10 lao động toàn thời gian trở lên. Người lao động đáp ứng đủ các yêu cầu này có thể bị chấm dứt hợp đồng lao động vì những lý do đặc biệt như liên quan tình trạng của cá nhân, sức khỏe; liên quan đến hành vi của người đó (ăn trộm hoặc gây thiệt hại cho lợi ích của người sử dụng lao động); liên quan đến hoạt động kinh doanh của người sử dụng lao động (tái cơ cấu kinh doanh, cắt giảm công việc).

Đối với các đối tượng như người khuyết tật, lao động nữ đang mang thai hay lao động đang nghỉ trong thời gian thai sản, việc chấm dứt hợp đồng phải được sự chấp thuận từ nhiều cơ quan có thẩm quyền của Đức. Tuy nhiên, thực tế cho thấy rất khó đạt được sự đồng thuận từ phía các cơ quan này cho phép chấm dứt hợp đồng lao động đối với các đối tượng nêu trên. Trường hợp công ty có ý định cắt giảm một số lượng lớn người lao động trong thời gian một tháng thì công ty phải xin chấp thuận từ Văn phòng Việc làm.

IV. PHÁP LUẬT VỀ SỞ HỮU

Về nguồn luật, các quy định cơ bản về quyền sở hữu tài sản được ghi nhận tại Bộ luật dân sự. Các nội dung điều chỉnh về quyền sở hữu tài sản nằm ở Quyển thứ ba trong Bộ luật dân sự, quy định các nguyên tắc, hình thức, chuyển nhượng, và bảo vệ quyền sở hữu. Tuy nhiên, có sự khác nhau nhất định giữa quyền sở hữu động sản và quyền sở hữu đối với bất động sản, giữa trái quyền và vật quyền. Các quy định về vật quyền và trái quyền có sự đan xen nhau; theo đó, bản thân vật quyền, chuyển dịch quyền, hưởng thụ quyền liên quan mật thiết tới việc thực hiện các quyền đó nên các nhà lập pháp Đức cho rằng các quy định về trái quyền tổng quan hơn so với vật quyền và được quy định ở phần trước (Quyển 1). Ngoài các quy định của Bộ luật dân sự, các luật chuyên ngành quy định cụ thể điều chỉnh các loại vật quyền.

Về khái niệm tài sản, pháp luật Đức không đưa ra khái niệm tài sản mà chỉ đưa ra khái niệm “vật”. Điều này được lý giải rằng nếu đưa ra khái niệm về tài sản thì trong thực tế bất kỳ vật gì cũng có thể trở thành tài sản nếu các bên chấp nhận trao đổi, mua bán. Trong sự phát triển của nền kinh tế, xu hướng các loại tài sản mới ngày càng gia tăng, do đó, không thể có một điều khoản nào có thể liệt kê được tất cả các tài sản. Vì vậy, trong phần vật quyền, Đức chỉ đưa ra khái niệm “vật” nhằm phân biệt giữa “vật” và “không phải vật”.

Giao dịch vật quyền đòi hỏi phải có sự thống nhất về việc chuyển quyền sở hữu từ người này sang người kia và có sự chuyển giao vật trực tiếp; do đó, pháp luật Đức xác định một trong những nguyên tắc quan trọng trong các quan hệ về tài sản là bảo đảm tính công khai của các giao dịch. Ở đây, có sự khác nhau giữa chuyển dịch quyền sở hữu giữa động sản và bất động sản. Đối với động sản, ngoài thỏa thuận chuyển giao vật, phải có hành vi thực tế là giao vật, tức là chuyển giao quyền chiếm giữ vật; ví dụ: khi

vật được giao từ người bán sang người mua, có nghĩa là đã thay đổi sự chiếm giữ vật từ người bán sang người mua. Trong trường hợp người mua đã nắm giữ vật, quyền sở hữu đã được chuyển dịch từ người bán sang người mua thì chỉ cần có thỏa thuận mà không cần bước thứ hai là chuyển giao vật. Trường hợp vật không nằm trong tay chủ sở hữu, việc chuyển giao vật từ người bán sang người mua được thực hiện theo hình thức chuyển quyền yêu cầu bên thứ ba chuyển giao vật cho người mua. Để bảo đảm an toàn pháp lý cho các giao dịch chuyển quyền sở hữu tài sản nói chung phải bảo đảm nguyên tắc công khai. Áp dụng cho tài sản là động sản thì phải bảo đảm nguyên tắc công khai trong việc chuyển giao vật.

Một số văn bản pháp luật về sở hữu bất động sản gồm:

- (1) Bộ luật dân sự Đức (Civil Code);
- (2) Luật sở hữu căn hộ;
- (3) Luật xây dựng trên đất của người khác;
- (4) Luật về đăng ký bất động sản;
- (5) Luật liên quan thủ tục định đoạt bất động sản.

Đối với bất động sản, thời điểm giao vật là thời điểm đăng ký vào sổ địa bạ. Ở Đức, quyền sở hữu đối với bất động sản được quản lý một cách chặt chẽ về nội dung và hình thức. Khi hợp đồng được ký kết và có hiệu lực, quyền và nghĩa vụ của các bên phát sinh. Một bên có nghĩa vụ giao đất, một bên có nghĩa vụ trả tiền và cũng phát sinh quyền và nghĩa vụ thực hiện giao dịch vật quyền. Sau khi ký hợp đồng, hai bên xác định những vật quyền liên quan đến mảnh đất. Công chứng viên xem xét tình trạng pháp lý ghi trong sổ địa bạ và giải thích hậu quả phát sinh sau khi hợp đồng được công chứng. Hợp đồng có thể được ký tại bất cứ đâu miễn là có mặt các bên.

Ở giai đoạn tiếp theo, giao dịch vật quyền, tức là việc chuyển giao tài sản chưa thực hiện ngay mà phải có một khoảng thời

gian xem xét tình trạng pháp lý của mảnh đất xem mảnh đất đó có thuộc trường hợp Nhà nước có quyền mua trước hay không hoặc có phải nộp thuế hay không, có giấy phép của cơ quan nhà nước có thẩm quyền hay không... Trong giai đoạn này, công chứng viên là người có vai trò quan trọng nhằm bảo đảm an toàn pháp lý cũng như tính hợp pháp của toàn bộ giao dịch, đặc biệt là bảo đảm quyền lợi cho người mua khi trả tiền sẽ được quyền sở hữu mảnh đất.

Để bảo đảm quyền lợi của người mua trong trường hợp thời gian đó, các quy định pháp luật cho phép người mua gửi tiền vào một tài khoản riêng của công chứng viên dành cho khách hàng và công chứng viên sẽ trả tiền cho người bán khi khả năng người mua là chủ sở hữu là chắc chắn và tên người mua được ghi chú trước trong sổ địa bạ, điều kiện trở thành chủ sở hữu đã được đáp ứng. Trường hợp khác, người mua có thể không gửi tiền vào một tài khoản riêng của công chứng viên mà công chứng viên sẽ thông báo cho người mua trả tiền trực tiếp cho người bán. Ở đây, công chứng viên có vai trò rất lớn trong việc bảo đảm tính trung thực và an toàn trong quá trình thực hiện giao dịch.

Việc đăng ký được thực hiện theo sổ địa bạ do cơ quan đăng ký sổ địa bạ thuộc Tòa án thực hiện. Công chứng viên có thể công chứng tại mọi nơi nhưng phải đến cơ quan đăng ký địa bạ tại địa hạt có mảnh đất để kiểm tra, xem xét. Thực hiện đăng ký xong thì cơ quan đăng ký thông báo cho các bên có quyền, nghĩa vụ liên quan về những thay đổi trong sổ địa bạ mà không phải cấp bất cứ giấy tờ chứng nhận quyền sở hữu nào.

V. PHÁP LUẬT VỀ CÁC THÀNH PHẦN KINH TẾ, CÁC LOẠI HÌNH DOANH NGHIỆP, CÁC TỔ CHỨC KINH TẾ KHÁC

Có thể nói, pháp luật về công ty của Đức là một hình mẫu lý tưởng về việc thiết lập các quy phạm pháp luật có tính linh động

và hiệu quả điều chỉnh những vấn đề pháp lý phát sinh trong hoạt động của doanh nghiệp. Có thể thấy, hệ thống công ty tại Đức có những đặc điểm nhất định cả về chủng loại và phương thức quản trị. *Một là* hệ thống doanh nghiệp của Đức tương đối phức tạp với nhiều loại hình công ty khác nhau, *hai là* các mô hình quản trị công ty của Đức có tính chuẩn mực cao¹⁸¹. Đặc điểm này hiện nay cũng ảnh hưởng rất lớn tới nhiều quốc gia trên thế giới trong quá trình hoàn thiện pháp luật công ty. Sự phân loại các hình thức công ty của pháp luật Đức được thiết lập trên cơ sở sự kết hợp linh hoạt vừa có tính phân chia vừa có tính liên kết giữa hai loại chế độ chịu trách nhiệm của các thành viên là hữu hạn và vô hạn. Các văn bản pháp luật trong hệ thống pháp luật về công ty hiện nay gồm:

- (1) Bộ luật dân sự (quy định về công ty hợp danh);
- (2) Bộ luật thương mại (quy định về công ty hợp danh thương mại);
- (3) Luật công ty hợp danh chuyên nghiệp;
- (4) Luật công ty cổ phần;
- (5) Luật công ty trách nhiệm hữu hạn;
- (6) Luật đồng quyết 1976 (bổ sung quy định về mô hình quản trị của công ty cổ phần và công ty trách nhiệm hữu hạn).

5.1. Pháp luật về công ty

5.1.1. Công ty trách nhiệm hữu hạn

Là một quốc gia khá hùng mạnh về kinh tế nhưng về phương diện quy mô doanh nghiệp, sức mạnh của nền kinh tế Đức lại được tạo thành chủ yếu bởi các doanh nghiệp vừa và nhỏ thường tổ chức theo loại hình công ty trách nhiệm hữu hạn. Mô hình công ty trách nhiệm hữu hạn là mô hình công ty do các nhà làm luật người Đức sáng tạo trên cơ sở kết hợp ưu điểm của mô hình công

¹⁸¹Overview of German Business or Enterprise Law and the one-tier and two-tier board System Contrasted.

ty hợp doanh và công ty cổ phần. Nội dung về công ty trách nhiệm hữu hạn được điều chỉnh bởi Luật công ty trách nhiệm hữu hạn.

Theo quy định của Luật công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty trách nhiệm hữu hạn chỉ có tư cách pháp nhân sau khi được đăng ký. Thành viên góp vốn vào công ty trách nhiệm hữu hạn phải chịu trách nhiệm về các khoản nợ của công ty trong phần vốn góp của mình. Số vốn tối thiểu để thành lập một công ty trách nhiệm hữu hạn là 25.000 EUR và tại thời điểm đăng ký, ít nhất số vốn tối thiểu phải được góp vào một tài khoản tại ngân hàng. Tuy nhiên, các quy định pháp luật cũng cho phép nhà đầu tư có thể thành lập một công ty trách nhiệm hữu hạn với quy mô nhỏ hơn (Limited Liability Entrepreneurial Company) với số vốn điều lệ ban đầu có thể chỉ là 1 EUR nhằm khuyến khích hoạt động kinh doanh. Đây không phải là một hình thức công ty độc lập mà chỉ là một dạng đặc biệt của hình thức công ty trách nhiệm hữu hạn. Để bù lại sự thiếu hụt số vốn ban đầu, công ty phải giữ lại một phần lợi nhuận hàng năm cho đến khi đạt được số vốn tối thiểu của một công ty trách nhiệm hữu hạn thông thường (tức là 25.000 EUR) và khi đó sẽ tự động chuyển đổi sang công ty trách nhiệm hữu hạn thông thường.

Thủ tục thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn tương đối dễ dàng. Công ty trách nhiệm hữu hạn được thành lập trên cơ sở một bản thỏa thuận hợp tác kinh doanh giữa các thành viên trước sự có mặt của công chứng viên. Văn phòng Thương mại và Công nghiệp sẽ cung cấp mẫu thỏa thuận về hợp tác kinh doanh cho các nhà đầu tư quan tâm. Đơn đăng ký công ty tại trang đăng ký phải có chữ ký của Giám đốc điều hành với sự chứng kiến của công chứng viên, người sẽ xác nhận và điền đầy đủ thông tin tại trang web đăng ký thương mại dưới hình thức điện tử. Thời gian thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn là từ khoảng 2-3 tuần với chi phí ước tính là 700-800 EUR cộng với phí cho luật sư nếu như

việc soạn thảo thỏa thuận về hợp tác kinh doanh do luật sư đưa ra. Trước khi công ty bắt đầu hoạt động, Văn phòng Thương mại và Công nghiệp phải được thông báo về các hoạt động kinh doanh. Các khoản thuế phải nộp gồm thuế thu nhập doanh nghiệp, thuế thương mại và phụ phí hiệp hội (solidarity surcharge), tổng cộng trung bình tối đa là 30% thu nhập doanh nghiệp, một số bang thì tối đa 23% thu nhập doanh nghiệp.

Về quản trị, pháp luật quy định hai mô hình tổ chức quản lý công ty trách nhiệm hữu hạn gồm mô hình hai cấp (gồm Hội đồng thành viên và Giám đốc/Ban giám đốc) và mô hình ba cấp (gồm Hội đồng thành viên, Giám đốc/Ban giám đốc và Ban kiểm soát).

Hội đồng thành viên gồm tất cả các thành viên của công ty, là cơ quan có quyền lực cao nhất trong công ty trách nhiệm hữu hạn, quyết định các vấn đề quan trọng của công ty như sửa đổi, bổ sung điều lệ, tăng, giảm vốn điều lệ... Hội đồng thành viên quyết định các vấn đề của công ty thông qua biểu quyết, hoạt động không thường xuyên (họp ít nhất một lần/năm).

Giám đốc phải là cá nhân có đầy đủ năng lực, có trách nhiệm điều hành các hoạt động thường xuyên của doanh nghiệp và là người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp. Một công ty có thể có nhiều Giám đốc và do đó có nhiều người đại diện. Thẩm quyền đại diện của từng Giám đốc được phân chia rõ ràng và người này không phải chịu trách nhiệm liên đới về hậu quả từ hành vi sai trái của người kia nhưng vẫn có thể bị xem xét về nghĩa vụ giám sát trong quản trị nội bộ công ty. Theo quy định, nếu công ty có trên 2.000 lao động thì phải có ít nhất 02 Giám đốc.

Về Ban kiểm soát, theo quy định của Luật đồng quyết năm 1976, công ty có trên 2.000 lao động thì phải có Ban kiểm soát và phải có đại diện của Công đoàn hoặc của người lao động tham gia Ban kiểm soát. Công ty có trên 500 lao động và ít hơn 2.000 lao động phải có Ban kiểm soát theo quy định của Luật về sự tham

gia của bên thứ ba năm 2004; theo đó, số lượng thành viên của Ban kiểm soát phải có ít nhất là 3, trong đó 1/3 số lượng thành viên phải là đại diện của người lao động. Luật đồng quyết năm 1976 cũng quy định về số lượng thành viên Ban kiểm soát. Nếu công ty có từ 2.000 - 10.000 lao động thì Ban kiểm soát có 12 thành viên; công ty có từ 10.000 - 20.000 lao động thì Ban kiểm soát có 16 thành viên. Và nếu công ty có trên 20.000 lao động thì Ban kiểm soát phải có 20 thành viên.

5.1.2. Công ty cổ phần

Nền kinh tế của Cộng hòa Liên bang Đức cũng là một minh chứng mạnh mẽ cho sự phát triển của mô hình công ty cổ phần. Đây là hình thức phù hợp với quy mô đầu tư lớn, khi huy động được một lượng vốn khá lớn để kinh doanh. Nội dung cụ thể về công ty cổ phần được quy định cụ thể tại Luật công ty cổ phần.

Về pháp lý, công ty cổ phần có tư cách pháp nhân sau khi đăng ký. Công ty có tài sản riêng và tự chịu trách nhiệm bằng các tài sản đó. Quyền và nghĩa vụ của công ty độc lập với quyền và nghĩa vụ của các cổ đông của công ty. Vốn tối thiểu khi thành lập một công ty cổ phần là 50.000 EUR. Mệnh giá thấp nhất của một cổ phần có thể là 1 EUR.

Về thủ tục thành lập, bất kỳ cá nhân hoặc tổ chức nào cũng có thể trở thành cổ đông của công ty cổ phần. Việc đăng ký thành lập công ty cổ phần dựa trên thỏa thuận hợp tác kinh doanh giữa các cổ đông sáng lập và có xác nhận của công chứng. Trên thực tế, các thỏa thuận thành lập này có sự tham gia rất mật thiết của các nhà tư vấn luật. Cổ đông sáng lập phải chuẩn bị một báo cáo thành lập với những nội dung liên quan đến việc thành lập công ty cổ phần. Báo cáo này phải được xem xét cẩn thận bởi các cơ quan quản lý.

Về quản trị, công ty cổ phần được quản lý bởi Đại hội đồng cổ đông, Hội đồng quản trị và Ban kiểm soát.

Đại hội đồng cổ đông, gồm tất cả cổ đông có quyền biểu quyết, có quyền quyết định cao nhất trong công ty cổ phần. Các quyết định của Đại hội đồng cổ đông được thông qua khi có ít nhất 75% phiếu biểu quyết đồng ý. Các quyết định này thường là về những vấn đề quan trọng của công ty như thay đổi điều lệ, tăng vốn điều lệ, thay đổi nhân sự cấp cao...

Hội đồng quản trị là cơ quan quản lý của công ty cổ phần, gồm thành viên do Ban kiểm soát bầu. Hội đồng quản trị có trách nhiệm điều hành các hoạt động kinh doanh hàng ngày của công ty và đại diện cho công ty trong quan hệ với bên thứ ba.

Về Ban kiểm soát, trường hợp công ty có ít hơn 500 lao động thì không cần có đại diện của người lao động trong Ban kiểm soát. Công ty có từ 500 - 2.000 lao động phải có 1/3 số thành viên Ban kiểm soát là đại diện cho người lao động. Công ty có trên 2.000 lao động thì 1/2 số thành viên Ban kiểm soát phải là đại diện của người lao động.

5.1.3. Công ty hợp danh

Đặc điểm chính của công ty hợp danh là sự cam kết giữa các cá nhân về nhiệm vụ và công việc của họ trong công ty hợp danh. Bất kỳ một công ty hợp danh nào cũng phải có ít nhất 2 thành viên. Công ty hợp danh là một hình thức liên kết hợp tác kinh doanh dành cho các lĩnh vực tự do nhưng cần thiết phải hoạt động một cách chuyên nghiệp, ví dụ như kiến trúc sư. Khác với công ty thông thường, công ty hợp danh không phải là một pháp nhân độc lập mà chỉ thể hiện tính liên kết giữa các thành viên. Trong công ty hợp danh, các thành viên hợp danh cá nhân có trách nhiệm đối với công ty bằng cả các tài sản cá nhân, hoạt động vì lợi ích công ty. Không có bất kỳ quy định nào về số vốn tối thiểu, trách nhiệm về kiểm toán, kế toán và yêu cầu công bố thông tin ít hơn so với các loại hình công ty khác. Việc thành lập công ty hợp danh rất đơn giản, không đòi hỏi về tăng số vốn tối

thiếu. Việc quản lý công ty hợp danh chỉ có thể thực hiện bởi các thành viên hợp danh. Dựa vào từng loại hình công ty hợp danh, việc đăng ký thương mại được yêu cầu khác nhau. Đơn đăng ký phải có chữ ký của tất cả các thành viên, phải được điền đầy đủ thông tin trước sự chứng kiến của công chứng viên và phải đăng ký điện tử tại trang đăng ký thương mại. Về thuế, bản thân công ty hợp danh không phải chịu thuế như các loại công ty khác mà do cá nhân các thành viên hợp danh thực hiện. Doanh thu chịu thuế được xác định theo mức doanh thu của công ty và được phân bổ cho các thành viên tương ứng với tỷ lệ vốn của họ. Công ty hợp danh chỉ có nghĩa vụ nộp thuế thương mại. Thông thường, tổng thuế của một công ty hợp danh khoảng 30%. Trong một số vùng của Đức, do tỷ lệ thuế khác nhau giữa các bang nên tổng thuế của công ty hợp danh có thể thấp hơn 23%. Tỷ lệ thuế mà một thành viên của công ty hợp danh phải nộp có thể được điều chỉnh nhiều mức dựa vào thuế suất của công ty.

Công ty hợp danh dân sự (Civil Law Partnership - Gesellschaft des buergerlichen Rechts - GbR) được quy định tại Bộ luật dân sự là sự liên kết giữa các cá nhân hoặc doanh nghiệp trên cơ sở một thỏa thuận hợp tác nhằm đạt được mục đích lợi nhuận có tính cùng hưởng lợi ích, cùng chịu trách nhiệm.

Công ty hợp danh dân sự không có tư cách pháp nhân và không phải đăng ký thành lập. Công ty hợp danh dân sự chỉ có một loại thành viên là thành viên hợp danh. Các thành viên chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với các khoản nợ của công ty. Trách nhiệm vô hạn của thành viên hợp danh bắt đầu từ khi gia nhập công ty và kéo dài sau 5 năm kể từ khi việc chấm dứt tư cách thành viên được thông báo cho các chủ nợ. Công ty hợp danh dân sự chỉ được phép thực hiện các hoạt động kinh doanh quy mô nhỏ. Khi doanh thu của công ty vượt quá thu nhập hàng năm, nguồn vốn và số lượng người lao động hoặc áp

dụng các chuẩn mực kế toán thương mại cao hơn khi công ty có hoạt động kinh doanh mang tính thương mại cao thì công ty phải chuyển sang đăng ký thương mại và tự động trở thành công ty hợp danh mang tính thương mại.

Về thủ tục thành lập, việc thành lập công ty hợp danh dân sự không phức tạp. Chỉ cần ít nhất 2 thành viên hợp danh đồng ý thiết lập một công ty hợp danh và thực hiện các thỏa thuận hợp tác, mà không bắt buộc phải có thỏa thuận bằng văn bản. Nếu một công ty hợp danh thực hiện các hoạt động kinh doanh quy mô nhỏ thì chỉ cần đăng ký tại Văn phòng Thương mại địa phương mà không cần phải đăng ký trên trang thương mại.

Về quản trị, việc điều hành công ty hợp danh dân sự do các thành viên thỏa thuận cùng thực hiện. Mọi thành viên đều có quyền đại diện theo pháp luật cho công ty hợp danh trừ trường hợp các thành viên có thỏa thuận khác.

Công ty hợp danh thương mại (General Commercial Partnership - Offene Handelsgesellschaft - OHG) là hình thức công ty hợp danh chủ yếu phù hợp với các doanh nghiệp vừa và nhỏ, có cấu trúc giống như công ty hợp danh dân sự, là sự phát triển với quy mô rộng hơn và lớn hơn so với công ty hợp danh dân sự. Tuy nhiên, về thủ tục, công ty hợp danh thương mại phải đăng ký tại Phòng Đăng ký thương mại. Ngoài các quy định chung về công ty hợp danh trong Bộ luật dân sự, công ty hợp danh thương mại còn chịu sự điều chỉnh của Bộ luật thương mại.

Công ty hợp danh thương mại có tư cách pháp nhân, gồm các thành viên hợp danh có quyền quản lý công ty và đại diện cho công ty, có trách nhiệm liên đới về tất cả các khoản nợ và nghĩa vụ của công ty. Công ty phải đăng ký thương mại với Văn phòng Thương mại địa phương. Đơn đăng ký thương mại phải được lập bởi tất cả các thành viên hợp danh, được xác nhận và ký trước sự

chứng kiến của công chứng viên. Chi phí cho việc thành lập nhìn chung khoảng 400EUR.

Công ty hợp danh hữu hạn (Limited Partnership - Kommanditgesellschaft - KG) là hình thức gần giống như công ty hợp danh thương mại nhưng trách nhiệm của các thành viên hợp danh bị giới hạn hơn. Hình thức công ty phù hợp với các doanh nghiệp vừa và nhỏ mong muốn tìm thêm các nguồn vốn tại thời điểm mới thành lập nhưng giới hạn trách nhiệm của các thành viên. Công ty hợp danh hữu hạn thường linh hoạt hơn so với các hình thức công ty hợp danh khác như vốn có thể được gia tăng bằng cách thêm các thành viên trách nhiệm hữu hạn.

Khác với công ty hợp danh thương mại, công ty hợp danh hữu hạn có hai loại thành viên là thành viên hợp danh và thành viên góp vốn. Phải có ít nhất một thành viên hợp danh chịu trách nhiệm vô hạn bằng toàn bộ tài sản của mình đối với nghĩa vụ của công ty. Thành viên góp vốn chỉ chịu trách nhiệm về các khoản nợ trong phần vốn của mình nhưng không được tham gia quản lý công ty. Đơn đăng ký thương mại phải được lập bởi tất cả thành viên hợp danh và được xác nhận trước một công chứng viên. Chi phí cho việc đăng ký có thể khác nhau nhưng ở mức chung là 400 EUR.

Công ty hợp danh ẩn danh (Stille Gesellschaft - SG) là một dạng của công ty hợp vốn đơn giản. Điểm khác biệt với công ty hợp vốn đơn giản là công ty hợp danh ẩn danh có thành viên hiện hữu và thành viên ẩn danh. Thành viên hiện hữu có các quyền và nghĩa vụ như thành viên hợp danh của công ty hợp vốn đơn giản còn thành viên ẩn danh chỉ thực hiện việc góp vốn vào công ty mà không được ghi tên trong danh sách thành viên và không được quyền quản lý công ty.

Công ty hợp danh chuyên nghiệp (Partnerschaftsgesetz - PartG) về bản chất giống như công ty hợp danh nhưng thành

viên hợp danh chỉ có thể là các cá nhân hoạt động trong các lĩnh vực đặc biệt như pháp luật, khám chữa bệnh... Công ty hợp danh chuyên nghiệp không có tư cách pháp nhân nhưng phải được đăng ký thành lập tại một cơ quan đăng ký riêng và chịu sự kiểm tra nghiêm ngặt. Chế độ chịu trách nhiệm của các thành viên hợp danh cũng giống như công ty hợp danh thông thường, chỉ khác là trách nhiệm được gắn liền với hành vi mà thành viên thực hiện. Một thành viên không phải liên đới chịu trách nhiệm về hành vi do thành viên khác thực hiện nếu không liên quan đến việc thực hiện hành vi đó.

Công ty hợp danh cổ phần (Kommanditgesellschaft auf Aktien - KGaA) là sự kết hợp cấu trúc của công ty cổ phần và công ty hợp vốn đơn giản; giữa những thỏa thuận mang tính kinh doanh, vai trò, vị trí của trách nhiệm cá nhân của cổ đông và đặc tính về cơ cấu tổ chức, nguồn vốn của một công ty cổ phần đại chúng. Ưu điểm của công ty hợp danh cổ phần là được quyền phát hành cổ phần để huy động vốn của công chúng theo các quy định của Luật chứng khoán. Công ty hợp danh cổ phần hoạt động theo quy định của Luật công ty cổ phần.

Công ty đối vốn hợp danh không có sự giới hạn về số lượng nhà đầu tư (các thành viên có trách nhiệm hữu hạn), là thành viên có trách nhiệm pháp lý tương ứng với tỷ lệ vốn góp của từng người. Thành viên trách nhiệm hữu hạn ít nhiều có quyền như cổ đông trong công ty cổ phần, tuy nhiên, không được tham gia vào quá trình quản lý công ty. Mỗi công ty hợp danh cổ phần có ít nhất một thành viên hợp danh (thành viên trách nhiệm chung) có nghĩa vụ đối với nợ và trách nhiệm của công ty hợp danh đối vốn. Công ty hợp danh đối vốn có tư cách pháp lý sau khi được đăng ký thương mại với Văn phòng Thương mại địa phương.

Bên cạnh hệ thống pháp luật trong nước, các công ty tại Đức còn phải tuân theo các quy định pháp luật của Liên minh Châu

Âu, cụ thể ở đây là Luật công ty của Liên minh Châu Âu. Theo đó, công ty của Liên minh Châu Âu có thể được thành lập và hoạt động kinh doanh tại Đức, tổ chức theo loại hình công ty cổ phần chịu sự điều chỉnh của Luật công ty cổ phần.

Nhìn chung, các quy định về công ty của Đức phản ánh rõ nét sự linh hoạt và mềm dẻo của hệ thống các quy phạm pháp luật, phù hợp sự biến chuyển không ngừng của nền kinh tế. Các quy định này không chỉ phục vụ cho mục tiêu quản lý của Nhà nước mà còn phục vụ đắc lực cho sự phát triển một cách trật tự, minh bạch của nền kinh tế. Các hình thức công ty được thiết lập phù hợp với nhu cầu đầu tư và kinh doanh đa dạng của cá nhân, tổ chức, tạo điều kiện và khuyến khích nhà đầu tư bỏ vốn đầu tư kinh doanh, qua đó, thúc đẩy sự phát triển của nền kinh tế.

5.2. Pháp luật về mua bán, sáp nhập, giải thể, phá sản

5.2.1. Các quy định về mua bán, sáp nhập

Ở Đức không có luật riêng quy định về việc sáp nhập và mua bán công ty. Mỗi giao dịch sẽ được thực hiện theo các quy định pháp luật chung có liên quan. Một số văn bản điều chỉnh vấn đề mua bán, sáp nhập công ty gồm:

- (1) Bộ luật thương mại;
- (2) Luật công ty cổ phần;
- (3) Luật công ty trách nhiệm hữu hạn;
- (4) Luật về các giao dịch;
- (5) Luật kinh doanh chứng khoán;
- (6) Luật về sổ giao dịch chứng khoán;
- (7) Bộ luật dân sự.

Các giao dịch mua bán giữa các công ty Đức với nhau hoặc giữa một công ty nước ngoài và công ty trong nước có thể được phân thành hai loại là (1) mua bán cổ phần/phần vốn và (2)

mua tài sản. Giao dịch mua tài sản có đặc trưng là có sự chuyển nhượng một tài sản nhất định giữa người bán và người mua. Các bên quyết định tài sản sẽ được bán và được mua, có thể quyết định toàn bộ hoặc một phần giao dịch. Để có giá trị pháp lý, mỗi giao dịch mua bán tài sản phải xác định các tài sản mua bán và nghĩa vụ, trách nhiệm của từng bên. Thông thường, những nội dung này sẽ được xác định rõ trong hợp đồng mua bán hoặc thỏa thuận chuyển giao tài sản. Theo quy định của pháp luật Đức, các loại giấy phép hoặc sự chấp thuận của cơ quan nhà nước có thẩm quyền cũng phải được chuyển giao khi thực hiện mua bán, sáp nhập công ty. Đối với các giao dịch mà một bên là nhà đầu tư nước ngoài thì bên nước ngoài tốt hơn hết là nên thành lập một công ty ở Đức để thực hiện việc mua bán.

Mua bán cổ phần/phần vốn thường đơn giản hơn so với mua bán tài sản vì chỉ gồm việc chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ cổ phần/phần vốn trong công ty. Trong thỏa thuận mua bán cổ phần/phần vốn, các tài sản, quyền và trách nhiệm của công ty mục tiêu cũng được chuyển giao. Giao dịch mua bán phần vốn/vốn góp thường phổ biến ở Đức vì yêu cầu rất ít các loại giấy tờ và công ty mục tiêu có thể tiếp tục các hoạt động kinh doanh như trước.

Luật chuyển đổi Đức (German Transformation Act) là khung pháp lý quan trọng liên quan đến sáp nhập công ty. Một công ty Đức có thể được tái cơ cấu thông qua sáp nhập, chia tách, chuyển nhượng tài sản bằng tiền hoặc thay đổi hình thức pháp lý theo quy định của Luật chuyển đổi Đức. Với bất kể hình thức nào thì thỏa thuận giữa các bên phải được dự thảo trước. Bước thứ hai là báo cáo hoàn thiện các thông tin về tái cấu trúc phải được đệ trình lên chủ sở hữu. Dựa vào báo cáo, quyết định tái cấu trúc sẽ được thông qua. Khi việc sáp nhập hoàn thành thì Cơ quan đăng ký Thương mại phải được thông báo về giao dịch này.

5.2.2. Các quy định về giải thể

Công ty có thể giải thể thông qua thủ tục giải thể bắt buộc hoặc thủ tục giải thể tự nguyện. Trình tự thủ tục giải thể tự nguyện được đưa ra chỉ bởi thành viên của công ty trong một cuộc họp thành viên, trong khi đó, thủ tục giải thể bắt buộc được đưa ra bởi Tòa án có thẩm quyền. Một số văn bản điều chỉnh quá trình giải thể của công ty gồm:

- (1) Bộ luật thương mại;
- (2) Bộ luật dân sự;
- (3) Luật công ty cổ phần;
- (4) Luật công ty trách nhiệm hữu hạn;
- (5) Bộ luật công nghiệp.

Giải thể tự nguyện, về trình tự thủ tục, được quyết định bởi ít nhất 50% số phiếu có quyền biểu quyết tại cuộc họp thành viên, trừ khi điều lệ công ty quy định một tỷ lệ khác. Trước khi bắt đầu quá trình giải thể, việc cần thiết là phải chuẩn bị một báo cáo cân đối, trong đó có chứa tên và địa chỉ của giải thể viên là người phụ trách việc giải thể (liquidator) cũng như tên và địa chỉ của người có trách nhiệm giữ sổ sách của công ty sau khi giải thể. Giải thể viên thường là thành viên tiên nhiệm trong các hội đồng quản lý của công ty và có cùng thẩm quyền quản lý các lợi ích có thể phát sinh trong quá trình giải thể công ty.

Bước đầu tiên trong tiến trình giải thể công ty là phải gửi thông báo cho Cơ quan đăng ký thương mại Đức, trong đó tuyên bố việc giải thể hoặc không thể có lý do nào khác để không giải thể công ty. Quyết định giải thể phải được công khai tại Hệ thống thông tin điện tử của Đức (German Electronic Federal Gazette) và các chủ nợ phải được thông báo về quyết định giải thể và trình tự đệ trình các yêu cầu đòi nợ.

Các yêu cầu đòi nợ từ các chủ nợ đầu tiên phải được thống kê và nếu trong vòng một năm từ khi có quyết định giải thể mà vẫn

còn tài sản thì tài sản phải được phân phối lại cho các chủ sở hữu theo các thỏa thuận quy định trong điều lệ công ty.

Cơ quan đăng ký kinh doanh chỉ chấp nhận việc giải thể nếu thông báo về giải thể được gửi tới các chủ nợ trong vòng thời hạn một năm trước đó. Trong trường hợp này, công ty phải đệ trình quyết định giải thể và phải có bằng chứng chứng minh rằng các chủ nợ đã được thông báo về việc giải thể công ty.

Giải thể công ty bắt buộc, về trình tự thủ tục cũng giống như giải thể tự nguyện nhưng quyết định giải thể do Tòa án đưa ra và Tòa án là người giám sát toàn bộ quá trình đó. Công ty có nghĩa vụ thông báo cho các cơ quan địa phương như cơ quan bảo hiểm tiền lương Đức (German pension insurance scheme), Cơ quan lao động Liên bang (Federal Employment Agency) và các cơ quan thuế địa phương.

Giải thể công ty tại Đức thông thường kéo dài trên 1 năm vì chấp thuận từ cơ quan đăng ký kinh doanh không thể thực hiện sớm hơn một năm từ khi thông báo đầu tiên tới các chủ nợ.

5.2.3. Các quy định về phá sản

Luật phá sản hiện hành có hiệu lực từ ngày 1/1/1999 trên cơ sở kế thừa những hạt nhân hợp lý từ Luật phá sản (Bankruptcy Statute), Luật giải quyết tranh chấp (Settlement Statute), Luật thực thi tổng thể (Act on Collective Enforcement) và chính thức tạo ra một luật duy nhất về phá sản cho Đức. Khác với các quy định của luật cũ, Luật phá sản mới chỉ quy định về một loại trình tự phá sản; khi thực hiện thủ tục phá sản sẽ dẫn tới một trong hai hậu quả pháp lý, tổ chức lại doanh nghiệp hoặc thanh lý doanh nghiệp phá sản.

Các thủ tục phá sản được bắt đầu theo yêu cầu của doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản (debtor) hoặc của chủ nợ (creditor) nếu con nợ bị lâm vào tình trạng phá sản. Trình trạng nợ quá hạn là một trong các căn cứ để đưa ra yêu cầu. Tuy nhiên, nếu

doanh nghiệp lâm vào phá sản tự đưa ra yêu cầu thì các thủ tục có thể bắt đầu ngay, thậm chí ngay khi mới chỉ có nguy cơ phá sản.

Sau khi nhận được yêu cầu, Tòa phá sản¹⁸² (Insolvency Court) sẽ ngay lập tức bổ nhiệm một Quản tài viên, đồng thời ban hành lệnh cấm các chủ nợ có hành vi gây áp lực cũng như cấm con nợ chuyển quyền sở hữu hoặc phải có sự đồng ý của Quản tài viên về chuyển quyền sở hữu tài sản cho đến khi một quyết định về trình tự phá sản được thực hiện. Quản tài viên có trách nhiệm duy trì và bảo vệ các tài sản của con nợ trừ khi Tòa phá sản quyết định và xác định rằng tài sản của con nợ không đủ để trang trải các chi phí cho thủ tục phá sản.

Thông thường, Quản tài viên được bổ nhiệm ngay khi trình tự phá sản bắt đầu. Tòa phá sản cũng có thể bãi bỏ sự bổ nhiệm này nếu các chủ nợ ủy thác cho một người khác. Ít nhất 3 tháng sau khi trình tự phá sản được khởi động, trên cơ sở báo cáo do Quản tài viên chuẩn bị, các chủ nợ sẽ họp để quyết định về vấn đề doanh nghiệp được thanh lý hay được tổ chức lại.

Có sự phân biệt giữa hai loại chủ nợ là chủ nợ có bảo đảm và chủ nợ không có bảo đảm. Bên cạnh đó, trong một số giao dịch của công ty liên quan đến bán hàng hóa mà chưa thu tiền hoặc đã vận chuyển hàng mà chưa thanh toán thì các động sản này vẫn được xem là tài sản của công ty. Vì khi đó, tiền chưa thanh toán cũng được coi là khoản nợ của công ty với bên thứ ba, là một tài sản của công ty. Các tài sản sẽ được giao cho Quản tài viên quản lý. Quản tài viên có trách nhiệm xác định giá trị tài sản bảo đảm và các loại thuế thu nhập phải nộp trong quá trình bán tài sản. Trường hợp doanh nghiệp phá sản bị thanh lý thì các chủ nợ có bảo đảm sẽ được ưu tiên trước, còn các chủ nợ không có bảo đảm chỉ có thể được trả nợ theo một tỷ lệ nhất định.

¹⁸²Khái niệm “Tòa phá sản” được sử dụng để thể hiện thẩm quyền của một loại cơ quan Tòa án chứ không có có Tòa đặc biệt và riêng rẽ về phá sản. Theo pháp luật Đức, thẩm quyền giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản (doanh nghiệp và dân sự) thuộc Tòa án khu vực (Amtsgericht).

Người lao động nhận được sự bảo đảm từ khoản tiền phá sản, gồm tiền lương trong khoảng thời gian tối đa 3 tháng. Ngoài ra, theo thông lệ, người lao động phải được trả khoản lương dự phòng khi doanh nghiệp đóng cửa (Chương trình thanh toán dự phòng - Redundancy payment scheme). Ngoài ra, Luật phá sản cũng đưa ra trình tự đặc biệt để tổ chức lại doanh nghiệp. Kế hoạch này được đưa ra bởi Quản tài viên và các chủ nợ và được thông qua theo quyết định của đa số chủ nợ.

Quy trình phá sản gồm 3 giai đoạn. Đầu tiên, doanh nghiệp bị lâm vào tình trạng phá sản phải đạt được một thỏa thuận ngoài Tòa án với các chủ nợ. Nếu quá trình này không thành công thì thủ tục phá sản sẽ được tiếp tục diễn ra tại Tòa án. Tiếp đó, Tòa án sẽ cố gắng một lần nữa nhằm giúp doanh nghiệp phá sản và các chủ nợ đạt được thỏa thuận về tổ chức lại doanh nghiệp theo yêu cầu của doanh nghiệp phá sản. Tại đây, nếu thỏa thuận về tổ chức lại doanh nghiệp đạt được thì doanh nghiệp phá sản sẽ được giải trừ khỏi các nghĩa vụ. Nếu không, trình tự phá sản sẽ được thực hiện.

Việc thực hiện thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp có yếu tố nước ngoài được thực hiện theo quy định của Điều 102 Luật phá sản. Quá trình này có thể bao gồm cả các tài sản của con nợ tại quốc gia khác nếu Tòa án xử lý phá sản có thẩm quyền tài phán quốc tế.

VI. PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG

Hệ thống pháp luật về hợp đồng của Đức chịu nhiều ảnh hưởng bởi các triết lý về hợp đồng của pháp luật La Mã. Hệ thống này lấy Bộ luật dân sự là bộ luật gốc, từ đó phát triển các luật chuyên ngành. Các văn bản pháp luật điều chỉnh về hợp đồng hiện nay tại Đức gồm:

- (1) Bộ luật dân sự;

- (2) Bộ luật thương mại;
- (3) Luật các điều kiện giao dịch chung;
- (4) Luật tín dụng tiêu dùng;
- (5) Luật công ty cổ phần;
- (6) Luật công ty trách nhiệm hữu hạn;
- (7) Luật hoạt động kinh tế tập thể;
- (8) Luật chống các hành vi cạnh tranh không lành mạnh;
- (9) Luật chống hạn chế cạnh tranh.

Bên cạnh pháp luật quốc gia, các nguồn luật quốc tế cũng có một vị trí nhất định khi điều chỉnh các vấn đề về hợp đồng như Công ước Viên về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế. Ngoài ra, Đức còn là thành viên của Liên minh Châu Âu nên các quan hệ hợp đồng còn chịu sự điều chỉnh của các văn bản pháp luật của Liên minh Châu Âu như các quy định về thương mại điện tử, thanh toán trong giao dịch thương mại. Bên cạnh đó, các án lệ cũng có vai trò trong việc điều chỉnh các quan hệ hợp đồng tại Đức.

Về nội dung, pháp luật về hợp đồng của Đức điều chỉnh các nội dung cơ bản gồm các quy định chung về hợp đồng, các yếu tố ảnh hưởng đến hiệu lực của hợp đồng, các loại nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng, giao kết hợp đồng, thực hiện hợp đồng và trách nhiệm do vi phạm nghĩa vụ theo hợp đồng...

Về khái niệm hợp đồng, không có điều khoản trực tiếp đưa ra khái niệm hợp đồng mà khái niệm này được xem xét trên cơ sở các quy định về giao dịch pháp lý và nghĩa vụ. Do đó, hợp đồng được hiểu là giao dịch pháp lý hình thành từ sự thỏa thuận giữa ít nhất hai bên, trong đó thể hiện ý chí của bên này đối với bên kia¹⁸³.

Yếu tố tự do giao kết hợp đồng có vai trò quan trọng trong chế định hợp đồng của Đức. Đây là một trong những quyền cơ bản

¹⁸³TS. Võ Thị Lan Anh, "Chế định hợp đồng trong pháp luật của Cộng hòa Liên bang Đức", Tạp chí Luật học số 9/2011

của công dân được tuyên bố trong Luật cơ bản và được Nhà nước bảo vệ. Đương nhiên, tự do hợp đồng không phải là không có giới hạn. Pháp luật về cạnh tranh cũng đưa ra một số trường hợp giới hạn sự thỏa thuận giữa các công ty có vị trí độc quyền khi thỏa thuận đó có nguy cơ ảnh hưởng đến môi trường kinh doanh hoặc quyền lợi của người tiêu dùng.

Về giao kết hợp đồng, pháp luật Đức giống với pháp luật của các quốc gia theo dòng họ pháp luật Châu Âu lục địa khác, quy định về thời điểm hợp đồng hình thành là thời điểm bên đề nghị nhận được chấp nhận đề nghị với điều kiện chấp nhận đó không bị rút lại trước hoặc tại thời điểm nhận được chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng. Đề nghị được coi là đã nhận được nếu đã được chuyển vào hộp thư của bên được đề nghị và có hiệu lực từ ngày hôm sau, cho dù có thể ngày hôm đó bên được đề nghị hoàn toàn không mở hộp thư.

Về hình thức hợp đồng, nếu pháp luật quy định hình thức hợp đồng phải bằng được lập thành văn bản thì hợp đồng phải có chữ ký tay hoặc chữ ký tắt và được công chứng. Một số hợp đồng bắt buộc lập thành văn bản là: hợp đồng tặng cho tài sản, thế chấp, cho thuê tài sản với thời hạn trên một năm, hợp đồng bảo đảm... Ngoài ra, một số hợp đồng phải được công chứng như hợp đồng liên quan đến bất động sản. Các hợp đồng mà pháp luật không có yêu cầu phải lập thành văn bản thì có thể được giao kết bằng lời nói hoặc hành vi, có thể được thể hiện dưới hình thức điện tử.

Ngoài các quy định của Bộ luật dân sự, quan hệ hợp đồng tại Đức còn chịu sự điều chỉnh của khá nhiều quy định pháp luật chuyên ngành, đặc biệt là các quy định của Bộ luật thương mại Đức. Về lịch sử hình thành, vào thời trung cổ, hệ thống các nguyên tắc điều chỉnh giao dịch của thương nhân tồn tại độc lập, được quy định thống nhất tại Luật thương nhân với phạm vi áp dụng trên toàn Châu Âu. Sau này, tại Anh, các nguyên tắc được sáp nhập vào luật chung (thông luật); tại các quốc gia khác, trong

đó có Cộng hòa Liên bang Đức, đây vẫn là một bộ phận độc lập. Bộ luật thương mại chung của Đức là hiện thân của Luật thương nhân. Khi Bộ luật dân sự năm 1897 được ban hành, có nhiều quy tắc áp dụng chỉ dành cho các giao dịch của thương nhân thể hiện trong luật chung; do đó, cần thiết phải sửa đổi lại Bộ luật thương mại Đức trên cơ sở điều chỉnh các vấn đề cụ thể hơn.

Trong mối quan hệ với Bộ luật dân sự, Bộ luật thương mại là một bộ phận của Bộ luật dân sự điều chỉnh các quan hệ thương mại (luật chuyên ngành), là tập hợp các quy định pháp luật liên quan đến mối quan hệ giữa thương nhân và đối tác kinh doanh của thương nhân cũng như sự cạnh tranh và mối quan hệ liên kết giữa các chủ thể kinh doanh. Ngoài ra, các nội dung về tài chính kế toán cũng được thực hiện theo quy định tại Bộ luật thương mại. Lý do cần có sự phân biệt là vì giao dịch giữa các thương nhân với nhau không giống như giao dịch giữa thương nhân và người tiêu dùng; thời gian giao dịch ngắn; có sự khác biệt về năng lực, quy mô và đặc biệt là mâu thuẫn về lợi ích thường phát sinh trong các quan hệ pháp luật thương mại. Nếu những vấn đề này không được giải quyết thì có thể xảy ra bất đồng giữa các bên và dẫn tới thiệt hại tới lợi ích của cả hai bên. Do đó, so với các quy định của Bộ luật dân sự, các quy định của Bộ luật thương mại Đức chủ yếu tập trung giải quyết vấn đề này. Đây được coi là “Bộ luật dân sự đặc biệt” điều chỉnh các vấn đề đặc trưng của quan hệ pháp luật thương mại.

VII. PHÁP LUẬT VỀ CÁC CƠ QUAN QUẢN LÝ, ĐIỀU TIẾT KINH TẾ

7.1. Cơ quan chống độc quyền

7.1.1. Pháp luật về cạnh tranh và chống độc quyền

Trong nền kinh tế thị trường, các hành vi cạnh tranh không lành mạnh có nguy cơ gây ra sự bất ổn rất lớn tới trật tự của thị trường. Các hành vi này không chỉ xâm hại lợi ích của các tổ chức,

cá nhân mà còn trực tiếp ảnh hưởng đến lợi ích của Nhà nước. Pháp luật về cạnh tranh và chống độc quyền được xem là công cụ hữu hiệu để điều chỉnh vấn đề này.

Ở Đức, pháp luật về cạnh tranh và chống độc quyền là lĩnh vực tư, khác với quan niệm hiện nay ở Việt Nam cho rằng pháp luật về cạnh tranh và chống độc quyền là pháp luật công, nghĩa là chủ yếu điều chỉnh mối quan hệ giữa Nhà nước với các chủ thể có hành vi vi phạm. Pháp luật về cạnh tranh của Đức là một bộ phận của pháp luật kinh doanh, điều chỉnh sự can thiệp của Nhà nước vào các tiến trình kinh tế và cạnh tranh¹⁸⁴. Ở đây, có thể nhận thấy vai trò rất lớn của Tòa án trong việc giải quyết các vụ kiện dân sự về các hành vi cạnh tranh không lành mạnh.

Khác với Pháp và Anh, Đức sử dụng pháp luật chuyên ngành để điều chỉnh hành vi cạnh tranh không lành mạnh thông qua Luật cạnh tranh không lành mạnh. Rất nhiều hành vi cạnh tranh không lành mạnh điển hình đã được quy định trong Luật và Luật đã trở thành cơ sở pháp lý quan trọng trong cho việc ngăn ngừa và xử phạt những cạnh tranh không lành mạnh. Tùy thuộc vào mức độ điều tiết kinh tế trong từng thời kỳ khác nhau mà quy định về các hành vi cạnh tranh không lành mạnh sẽ được sửa đổi, bổ sung tương ứng.

Một số văn bản điều chỉnh vấn đề cạnh tranh và chống độc quyền gồm:

- (1) Luật cạnh tranh không lành mạnh;
- (2) Quy chế kiểm soát sáp nhập và bình đẳng của Liên minh Châu Âu;
- (3) Luật chống độc quyền;
- (4) Luật chống độc quyền của Liên minh Châu Âu;

¹⁸⁴PGS.TS Bùi Nguyên Khánh, “Chức năng của luật tư trong việc bảo vệ trật tự cạnh tranh từ góc độ nghiên cứu so sánh giữa pháp luật cạnh tranh không lành mạnh của Việt Nam và CHLB Đức”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 10/2007.

Các hành vi thương mại không lành mạnh được điều chỉnh bởi Luật cạnh tranh không lành mạnh. Bên cạnh đó, một số nội dung liên quan đến quá trình tự do hóa và bãi bỏ trong một số ngành công nghiệp đặc thù còn chịu sự điều chỉnh của các luật chuyên ngành. Ví dụ, các ngành công nghệ viễn thông tuân theo các quy định của Luật viễn thông và một số thông tư liên quan ban hành bởi Cơ quan về viễn thông và bưu điện. Hoặc vấn đề năng lượng thuộc đối tượng điều chỉnh của Luật năng lượng. Ngoài ra, việc bãi bỏ và tự do hóa các ngành công nghiệp chịu sự điều chỉnh của Luật chống độc quyền của Cộng hòa Liên bang Đức, Luật chống độc quyền của Châu Âu.

Về chế tài, Điều 1 Luật cạnh tranh không lành mạnh quy định rằng trong thương mại, vì mục đích cạnh tranh, các hành vi xâm phạm các chuẩn mực đạo đức kinh doanh đều là đối tượng của yêu cầu bồi thường thiệt hại. Ở Đức, các chế tài áp dụng với các hành vi cạnh tranh không lành mạnh chủ yếu là chế tài dân sự và chế tài hình sự. Tuy nhiên, chế tài hình sự chỉ áp dụng trong số ít các trường hợp và ngày càng có xu hướng giảm vai trò; trong khi đó, các chế tài dân sự ngày càng được sử dụng nhiều hơn. Các hành vi cạnh tranh không lành mạnh được ngăn ngừa thông qua cơ chế tự giám sát lẫn nhau giữa các đối thủ cạnh tranh và nguyên tắc tự vận hành của thị trường. Do đó, các hành vi cạnh tranh không lành mạnh chủ yếu được ngăn chặn bởi trách nhiệm dân sự và được coi là nhánh phát triển đặc biệt của pháp luật về trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng¹⁸⁵. Hệ thống trách nhiệm pháp lý này được quy định rất chi tiết và cụ thể.

Bên cạnh việc áp dụng chủ yếu trách nhiệm dân sự, nhằm huy động sức mạnh của nhiều lực lượng tham gia vào công tác chống hành vi cạnh tranh không lành mạnh, các quy định pháp

¹⁸⁵PGS.TS Bùi Nguyên Khánh, Chức năng của luật tư trong việc bảo vệ trật tự cạnh tranh từ góc độ nghiên cứu so sánh giữa pháp luật cạnh tranh không lành mạnh của Việt Nam và CHLB Đức, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 10/2007.

luật còn cho phép không chỉ người bị thiệt hại mà các đối thủ cạnh tranh, các hiệp hội nghề nghiệp, hiệp hội bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng đều có thể khởi kiện các hành vi cạnh tranh không lành mạnh. Thông qua đó, các hành vi cạnh tranh không lành mạnh của các doanh nghiệp bị giám sát và kiểm tra, theo dõi từ nhiều kênh thông tin và sức mạnh thị trường, đủ để gây sức ép với các doanh nghiệp.

Ở Đức không tồn tại cơ quan chuyên biệt có trách nhiệm giám sát và xử lý các hành vi cạnh tranh không lành mạnh. Dù có một cơ quan gọi là Văn phòng Chống Các-ten Liên bang Đức nhưng cơ quan này chỉ có trách nhiệm thi hành Luật chống độc quyền của Đức và Luật chống độc quyền của Liên minh Châu Âu mà không phải là cơ quan chuyên biệt giám sát và xử lý các hành vi cạnh tranh không lành mạnh. Sở dĩ có điều này là vì việc xử lý các hành vi cạnh tranh không lành mạnh chủ yếu được thực hiện qua cơ chế của thị trường và theo trách nhiệm dân sự, trong một môi trường mà các quy tắc cơ bản của nền kinh tế thị trường đã được định hình và trở thành chuẩn mực cũng như ý thức pháp luật của các chủ thể tham gia thị trường đã phát triển ở một mức độ nhất định. Do đó, việc ngăn ngừa các hành vi cạnh tranh không lành mạnh không phải là trách nhiệm của một cơ quan mà là trách nhiệm của toàn xã hội và cộng đồng.

7.1.2. Cục Chống độc quyền Liên bang (Cục Các-ten)

Cục Chống độc quyền Liên bang (Federal Cartel Office) là cơ quan Liên bang độc lập có nhiệm vụ bảo đảm sự cạnh tranh lành mạnh của nền kinh tế thị trường tại Đức, là yếu tố cơ bản và quan trọng hàng đầu của nền kinh tế thị trường xã hội. Cục Chống độc quyền được phân cấp thẩm quyền bởi Bộ Kinh tế và Năng lượng Liên bang, có trụ sở tại thành phố Bonn với khoảng 330 nhân viên.

Nhiệm vụ chính của Cục Chống độc quyền Liên bang là tổ chức thực hiện và thực thi các quy định của Luật chống hạn chế cạnh tranh (Act against Restraint of Competition - ARC); cụ thể như: cấm việc thành lập các các-ten là các tập đoàn có tính độc quyền lũng đoạn; cấm các thỏa thuận về giá; kiểm soát việc sáp nhập tạo ra vị trí độc quyền; kiểm soát các hành vi lạm dụng của các công ty độc quyền; kiểm tra, rà soát các trình tự thủ tục của các hợp đồng công (public contract) của Liên bang. Ngoài ra, từ năm 2005, Cục Chống độc quyền Liên bang còn thực hiện việc kiểm tra ngành để theo dõi mức độ cạnh tranh trong khu vực tư.

Cục Chống độc quyền Liên bang hoàn toàn độc lập trong việc đưa ra các quyết định của mình, dựa trên các tiêu chí về cạnh tranh. Có quan điểm cho rằng, có nhiều vấn đề và mục tiêu chính trị, kinh tế, xã hội quan trọng hơn là bảo đảm tính cạnh tranh của thị trường; tuy nhiên, đó không phải là trách nhiệm của Cục Chống độc quyền Liên bang. Nhiệm vụ duy nhất của cơ quan này là bảo đảm sự cạnh tranh lành mạnh của nền kinh tế.

7.2. Cơ quan Giám sát Ngân hàng Liên bang

Cơ quan Giám sát Tài chính Liên bang (Federal Finance Supervision Authority - BaFin) là thiết chế độc lập hoạt động theo quy định của luật (by-laws), thành lập ngày 01/5/2002 trên cơ sở hợp nhất Văn phòng Giám sát Ngân hàng Liên bang, Văn phòng Giám sát Chứng khoán Liên bang và Văn phòng Giám sát Bảo hiểm Liên bang. BaFin tổ chức và hoạt động theo các quy định của Luật dịch vụ tài chính và tài chính hợp nhất (Financial Services and Integration Act). Các hoạt động giám sát của BaFin được ghi nhận tại Mission Statement. Theo đó, chức năng của BaFin là giới hạn thấp các rủi ro từ hệ thống tài chính của Đức ở cấp độ quốc gia và quốc tế để bảo đảm sự hoạt động bình thường, ổn định và minh bạch của hệ thống tài chính Đức, duy trì niềm tin của các khách hàng tín dụng, khách hàng bảo hiểm và nhà

đầu tư. BaFin thực hiện chức năng giám sát hoạt động của ngân hàng và các thiết chế cung cấp dịch vụ tài chính, thực hiện bảo hiểm và các giao dịch chứng khoán. Với sự giám sát độc lập của mình, BaFin giúp bảo đảm khả năng thanh khoản của các ngân hàng, các dịch vụ tài chính và khoản tiền bảo đảm cho các công ty bảo hiểm. Thông qua việc giám sát các hoạt động ngân hàng, BaFin thực thi các tiêu chuẩn chuyên nghiệp để bảo đảm niềm tin của nhà đầu tư vào thị trường tài chính. BaFin cũng ngăn chặn các hoạt động kinh doanh tài chính không được phép.

Cơ quan Giám sát Tài chính Liên bang chịu sự giám sát pháp lý của Bộ Tài chính đối với các vấn đề kỹ thuật; hoạt động bằng các khoản phí thu từ các tổ chức và đơn vị là đối tượng giám sát của cơ quan này. BaFin có khoảng 2.535 nhân viên làm việc tại thành phố Bonn và Frankfurt. Tính đến 31/12/2014, BaFin giám sát 1.780 ngân hàng, 676 thiết chế cung cấp dịch vụ tài chính, 537 công ty bảo hiểm và 31 quỹ hưu trí cũng như 6.000 quỹ đầu tư và khoảng 260 công ty quản lý tài sản.

7.3. Ngân hàng Dự trữ Liên bang

Ngân hàng Dự trữ Liên bang (Federal Reserve Bank) là ngân hàng trung ương của Cộng hòa Liên bang Đức, còn gọi là ngân hàng của các ngân hàng. Từ năm 1999, nó là một bộ phận của hệ thống Châu Âu, chia sẻ trách nhiệm với các ngân hàng trung ương khác và ngân hàng trung ương Châu Âu đối với đồng tiền chung EUR. Hội đồng quản trị của Ngân hàng trung ương hiện nay gồm 6 thành viên, một nửa được cử ra bởi chính quyền trung ương và một nửa được cử ra bởi Hội đồng địa phương (Bundesrat), tất cả các thành viên sẽ được bổ nhiệm bởi Thủ tướng. Ngân hàng Dự trữ Trung ương là một cấu trúc đặc biệt với chính quyền Liên bang. Về tổ chức, Ngân hàng Dự trữ Trung ương có khoảng 10.000 nhân viên, có trụ sở chính tại Frankfurt an Main và 9 văn phòng khu vực và 38 chi nhánh ở khắp nước Đức. Ngân hàng Dự trữ Trung

ương sử dụng mạng thông tin quốc gia để thực hiện các hoạt động của mình trong lĩnh vực tái cấu trúc tài chính, cung cấp tiền mặt, thanh toán không tiền mặt và giám sát ngân hàng.

Quan trọng hơn các mục tiêu bảo đảm sự ổn định mức giá chung và hệ thống tài chính Ngân hàng Dự trữ Trung ương, chủ yếu tập trung vào các mục tiêu dài hạn và sự công bằng hướng tới bảo đảm các lợi ích cá nhân. Ngân hàng Dự trữ Trung ương cũng hỗ trợ tài chính cho nền kinh tế và chính sách tiền tệ. Khi Ngân hàng Dự trữ Trung ương Đức tham gia của Ngân hàng Dự trữ Trung ương Đức vào hệ thống Châu Âu, việc thống nhất thị trường tài chính quốc tế và những tiến bộ trong lĩnh vực thanh toán và tài chính đã đặt ra những thách thức mới đối với các chính sách ổn định. Để đối diện với các thách thức, Ngân hàng xác định 5 lĩnh vực hoạt động chính, gồm:

Điều hành chính sách tiền tệ: nhiệm vụ cơ bản của Ngân hàng Dự trữ Trung ương là điều hành chính sách tiền tệ trong hệ thống kinh tế Cộng đồng Châu Âu, có sự phối hợp với Ngân hàng Trung ương Châu Âu (ECB), nhằm duy trì sự ổn định về tỷ giá trong khu vực Châu Âu. Sự ổn định về giá cả sẽ thúc đẩy phát triển kinh tế và các vấn đề an sinh xã hội trong ngắn hạn, bảo vệ người tiết kiệm và những chủ thể khác với một mức lợi tức nhất định khi xảy ra lạm phát. Chủ tịch của Ngân hàng Dự trữ Trung ương Đức là một thành viên độc lập, đại diện cho Cộng hòa Liên bang Đức có quyền phủ quyết trong Hội đồng Giám sát của ECB và tham gia vào quá trình quyết định các chính sách tiền tệ hàng tháng. Để thực hiện công việc này, Chủ tịch được cố vấn bởi một đội ngũ các chuyên gia kinh tế, chuyên gia phân tích thống kê và chuyên gia tiền tệ.

Hệ thống tiền tệ và tài chính: một lĩnh vực hoạt động khác nữa của Ngân hàng Dự trữ Trung ương là ngăn chặn các khủng hoảng tài chính ở cấp độ quốc tế và quốc gia. Các khủng hoảng tài

chính như sự phá sản hàng loạt các ngân hàng đã tác động đến tăng trưởng và việc làm. Ngoài ra, các khủng hoảng tài chính nếu xảy ra sẽ làm bế tắc chính sách tiền tệ vì các ngân hàng sẽ không thể thay đổi tỷ lệ lãi suất. Với các khủng hoảng này, Ngân hàng Trung ương có vai trò là người cho vay cuối cùng để ngăn chặn sự đổ vỡ hệ thống của các ngân hàng. Tuy nhiên, trong hệ thống Châu Âu, các ngân hàng trung ương trên cơ sở mức tài sản dự trữ của mình có thể đưa ra các thỏa thuận song phương, khu vực hoặc quốc tế để có mức hỗ trợ hợp lý.

Giám sát ngân hàng: cơ chế giám sát ngân hàng hiệu quả là một trong những nền tảng pháp lý quan trọng, cần thiết trong bất kỳ hệ thống tài chính nào. Các cuộc khủng hoảng kinh tế gần đây cho thấy sự lỏng lẻo trong quản lý và giám sát hoạt động ngân hàng sẽ gây ra những hậu quả kinh tế khôn lường. Do đó, chỉ khi có một hệ thống tài chính ổn định thì mới có thể thực hiện tốt các chức năng quản lý kinh tế vĩ mô và cung cấp các nguồn lực tài chính cho nền kinh tế với chi phí thấp.

Về cơ bản, giám sát ngân hàng đòi hỏi về cơ bản phải tuân thủ các nguyên tắc trong việc thiết lập hệ thống ngân hàng cũng như trong quá trình kinh doanh và hoạt động của các ngân hàng. Việc tự do hóa thị trường tài chính đã tạo cơ hội kinh doanh mới cho các ngân hàng. Để có thể giám sát hoạt động ngân hàng, ngăn ngừa các đổ vỡ, tình trạng phá sản ngân hàng và các rủi ro thì đòi hỏi phải có những phương pháp giám sát mới. Cơ sở pháp lý cho việc giám sát ngân hàng là Luật ngân hàng (Banking Act) và Luật giám sát dịch vụ thanh toán (Payment Services Oversight Act). Hai luật này có nhiệm vụ bảo đảm sự ổn định của bộ phận tài chính, vốn là khu vực rất nhạy cảm về lòng tin của công chúng, thông qua việc bảo vệ những người cho vay. Mục tiêu của các luật này là thực hiện tự do hóa thanh khoản theo các nguyên tắc thị trường; ví dụ như trách nhiệm của các quyết định kinh doanh

thuộc về những người quản lý. Giám sát ngân hàng không trực tiếp can thiệp vào các hoạt động cá nhân của các tổ chức. Hoạt động của các tổ chức tín dụng bị giới hạn chỉ bởi các điều luật chung về số lượng và chất lượng các dịch vụ cũng như nghĩa vụ đăng ký của họ đối với cơ quan giám sát. Mức độ giám sát phụ thuộc vào loại, quy mô của từng doanh nghiệp trong lĩnh vực ngân hàng. Việc mở rộng hoạt động kinh doanh của các tổ chức tín dụng bên ngoài nước Đức đã sớm đặt ra câu hỏi làm thế nào để các công cụ giám sát ngân hàng có thể phát huy hiệu quả.

Hệ thống thanh toán qua thẻ: Việc thanh toán giữa các ngân hàng, các doanh nghiệp và các tổ chức, cá nhân với số lượng tiền lớn thường được thực hiện theo phương thức không dùng tiền mặt. Phương thức này an toàn và thuận tiện hơn nhiều so với sử dụng tiền mặt. Sự gián đoạn trong việc thanh toán có thể làm suy giảm niềm tin vào đồng tiền, do đó, giữ cho hệ thống thanh toán ổn định và nhanh chóng là một trong những nhiệm vụ của ECB nói chung và Ngân hàng Dự trữ Liên bang Đức nói riêng. Ngân hàng Dự trữ Liên bang với thẩm quyền được giao nhằm giải quyết ổn thỏa các giao dịch thanh toán trong nước Đức và nước ngoài, điều hành hoạt động thanh toán của chính nó. Trong những giao dịch tranh toán giữa các tài khoản liên ngân hàng của cá nhân, đặc biệt trong trường hợp khẩn cấp, thì yêu cầu sự điều chỉnh chính sách tiền tệ của ngân hàng trung ương phải nhanh và bảo đảm an toàn cho hệ thống thanh toán.

Quản lý và phát hành tiền mặt (cash management): Thực tế cho thấy, các hình thức thanh toán không dùng tiền mặt đã trở nên phổ biến; tuy nhiên, tiền mặt vẫn là phương tiện phổ biến nhất được sử dụng thanh toán tại các nhà hàng và siêu thị ở Đức, đặc biệt là các loại tiền có mệnh giá nhỏ. Cùng với Ngân hàng Trung ương Quốc gia, Ngân hàng Trung ương Châu Âu được giao nhiệm vụ phát hành tiền giấy trong khu vực đồng EUR. Tại Đức,

Ngân hàng Dự trữ Liên bang cũng được giao nhiệm vụ phát hành tiền giấy. Thông qua mạng lưới chi nhánh của mình, Ngân hàng Dự trữ Liên bang Đức bảo đảm cung cấp đủ lượng tiền giấy chất lượng cho tất cả các khu vực. Ngân hàng Dự trữ Liên bang sẽ phát hành tiền cho doanh nghiệp và các hộ gia đình theo chu kỳ kinh tế. Ngược lại, các đại lý bán lẻ và người tiêu dùng trả lại tiền mặt cho các ngân hàng thương mại. Việc vận chuyển tiền giấy và tiền kim loại thường được chuyển giao cho các công ty vận chuyển tiền tư nhân. Ngân hàng Dự trữ Liên bang Đức cũng có nhiệm vụ kiểm soát và ngăn chặn hiện tượng tiền giả.

Để duy trì mức độ tín nhiệm đối với đồng EUR, các chính sách duy trì sự cung cấp ổn định và thống nhất chất lượng của đồng tiền tại bất kỳ thời điểm nào là điều rất quan trọng. Hạn chế việc làm giả tiền hoặc các hành vi bất lợi cho đồng tiền hoặc các loại giấy tờ ngân hàng khác là các biện pháp nhằm đạt được mục tiêu này.

7.4. Văn phòng Tên thương mại và Sáng chế Đức

Văn phòng Tên thương mại và Sáng chế Đức (German Patent and Trademark Office - DPMA) là cơ quan của chính quyền trung ương bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ tại Đức, hoạt động dưới sự giám sát của Bộ Công bằng và Bảo vệ Người tiêu dùng Liên bang. DPMA có khoảng 2.500 nhân viên, có trụ sở chính tại Munich. Về cơ cấu tổ chức, DPMA gồm có 5 bộ phận gồm: (1) Bộ phận Sáng chế 1, (2) Bộ phận Sáng chế 2 và các sáng chế nhỏ, (3) Bộ phận Thông tin, (4) Bộ phận Thiết kế và thương hiệu thương mại, (5) Bộ phận Quản lý hành chính và pháp luật. Ngoài ra, một cơ quan giải quyết tranh chấp là Hội đồng Trọng tài được thành lập tại DPMA theo Luật về sáng chế tư (Law on Employee's Inventions) có vai trò giải quyết các tranh chấp về sáng chế trong sáng chế tư.

DPMA được thành lập hơn 130 năm lịch sử và nhiệm vụ chủ yếu tập trung vào bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ. Cụ thể, DPMA

được cấp phép và quản lý về quyền sở hữu trí tuệ cũng như cung cấp các thông tin về các quyền sở hữu trí tuệ. Với vai trò là người cung cấp dịch vụ hiện đại, DPMA đưa ra các bảo hộ hiệu quả đối với các sáng chế, thương hiệu thương mại và kiểu dáng sản phẩm. Các công ty vừa và nhỏ, các ngành công nghiệp rộng lớn, các tổ chức nghiên cứu và các nhà phát minh cá nhân đều nhận được bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ. DPMA có mối liên hệ hợp tác với hệ thống sở hữu công nghiệp quốc tế và Liên minh Châu Âu.

Ngoài cấp bằng và quản lý quyền sở hữu trí tuệ, DPMA còn có vai trò rất lớn trong việc bảo đảm cạnh tranh lành mạnh tại Đức. Các hoạt động trong môi trường quốc gia và quốc tế có vai trò quan trọng trong việc nâng cao tầm quan trọng của bảo hộ sở hữu trí tuệ và cung cấp các thông tin về sự phát triển của quyền sở hữu trí tuệ trong kỷ nguyên toàn cầu hóa.

DPMA còn thực hiện chức năng công khai, cung cấp thông tin về sở hữu trí tuệ bằng cách đưa ra các thông cáo báo chí và các dịch vụ tìm kiếm có sẵn trên Internet. Việc cung cấp thông tin có thể được thực hiện theo yêu cầu, người yêu cầu có thể được cung cấp thông tin bởi DPMA hoặc bởi 20 trung tâm thông tin về sáng chế mà có mối quan hệ với DPMA.

VIII. PHÁP LUẬT VỀ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP

Các phương thức giải quyết tranh chấp dân sự và thương mại ở Đức gồm tố tụng Tòa án, tố tụng Trọng tài và hòa giải. Ngoài ra, do Đức là thành viên của Liên minh Châu Âu nên các tranh chấp kinh tế quốc tế còn được thực hiện theo Quy tắc giải quyết tranh chấp trong khuôn khổ Liên minh Châu Âu.

Một số văn bản pháp luật trong lĩnh vực giải quyết tranh chấp gồm:

- (1) Bộ luật tố tụng dân sự (Code of Civil Procedure);
- (2) Luật tư pháp (German Judiciary Act);

- (3) Luật trọng tài Đức (German Arbitration Act);
- (4) Luật hòa giải (Mediation Law);
- (5) Công ước New York về công nhận và cho thi hành các quyết định của Trọng tài nước ngoài;
- (6) Quy chế của Hội đồng Châu Âu số 44/2001 về công nhận và cho thi hành các bản án của Tòa án các quốc gia thành viên.

8.1. Tố tụng Tòa án

Đức không có Tòa thương mại độc lập, do đó, các tranh chấp về kinh tế, dân sự được giải quyết thông qua hệ thống Tòa án thông thường. Trong các Tòa án thông thường có một bộ phận chuyên giải quyết các tranh chấp thường mại và dân sự (Tòa dân sự). Hệ thống tòa thông thường này gồm 4 cấp là Tòa án khu vực, Tòa án liên khu vực, Tòa án cấp cao của Bang và Tòa án Liên bang về dân sự và hình sự¹⁸⁶.

8.1.1. Về phân định thẩm quyền giữa các cấp Tòa án

Về dân sự, Tòa án địa phương có thẩm quyền xét xử các tranh chấp có giá trị đến 5.000 EUR¹⁸⁷. Việc giải quyết các tranh chấp về dân sự tại Tòa án khu vực thông thường do một Thẩm phán thực hiện (không có Hội thẩm, kể cả các vụ việc hôn nhân và gia đình). Một điểm đáng lưu ý trong pháp luật về tố tụng dân sự của Đức là không phải mọi phán quyết sơ thẩm đều có thể yêu cầu xét xử phúc thẩm và chỉ có thể yêu cầu phúc thẩm nếu nội dung yêu cầu phúc thẩm có giá ngạch từ 5.000 EUR trở lên hoặc Tòa sơ thẩm cho phép phúc thẩm và ghi rõ trong bản án. Ngoài ra, thủ tục tố tụng dân sự Đức có quy định Tòa án khu vực có thẩm quyền thực hiện thủ tục đòi tiền nhanh đối với các yêu cầu đòi tiền mà ở đó quyền yêu cầu đòi tiền là rõ ràng.

¹⁸⁶Xem Phụ lục 1.

¹⁸⁷<http://www.iclg.co.uk/practice-areas/litigation-and-dispute-resolution/litigation-and-dispute-resolution-2015/germany>.

Tòa án khu vực (Landgericht), có thẩm quyền xét xử dân sự đối với các vụ tranh chấp có giá ngạch từ 5.000 EUR trở lên¹⁸⁸, xét xử phúc thẩm các bản án sơ thẩm của Tòa án khu vực. Các Hội đồng xét xử dân sự sơ thẩm cũng như phúc thẩm tại Tòa án khu vực bao gồm ba Thẩm phán chuyên nghiệp (Hội đồng xét xử các tranh chấp về thương mại gồm một Thẩm phán chuyên nghiệp và hai Hội thẩm là thương gia). Cá biệt, có thể giao các vụ việc xét xử sơ thẩm cũng như phúc thẩm tại Tòa án liên khu vực cho một Thẩm phán. Việc giám đốc thẩm phán quyết của Tòa án khu vực chỉ được thực hiện khi đáp ứng những điều kiện nhất định như: có những vấn đề mới phát sinh đòi hỏi phải có đường lối xét xử thống nhất của Tòa án cấp cao hơn; về cùng một vấn đề nhưng có sự vận dụng pháp luật khác nhau của các Tòa án khác nhau ở cùng một cấp xét xử; việc một bản án có được giám đốc thẩm hay không được Tòa án xét xử phúc thẩm xác định rõ trong bản án phúc thẩm.

Tòa phúc thẩm khu vực là Tòa án xét xử phúc thẩm các bản án sơ thẩm dân sự của Tòa án liên khu vực. Thông thường mỗi bang có một Tòa án cấp cao của bang, cá biệt, một số bang có 2 hoặc 3 Tòa án cấp cao. Ở cấp Liên bang, Tòa án xét xử dân sự và hình sự có tên gọi là Tòa án Liên bang về hình sự và dân sự (Bundesgerichtshof). Về dân sự, Tòa án cấp cao của bang chủ yếu xét xử giám đốc thẩm.

8.1.2. Về trình tự

Các tranh chấp thương mại được giải quyết theo các quy tắc và trình tự thủ tục của Bộ luật tố tụng dân sự gồm các quy định điều chỉnh trình tự, thủ tục giải quyết các tranh chấp dân sự và thương mại tại Tòa án và các quy tắc chung về thực hành nghề Thẩm phán. Thời gian trung bình cho các trình tự thủ tục tại Tòa

¹⁸⁸<http://www.iclg.co.uk/practice-areas/litigation-and-dispute-resolution/litigation-and-dispute-resolution-2015/germany>.

án cấp khu vực thường kéo dài từ 8-12 tháng¹⁸⁹. Với một số vụ việc thương mại phức tạp hơn, thời gian xử lý có thể kéo dài hơn; tuy nhiên, một bản án sơ thẩm đầu tiên có thể được hoàn thiện trong thời hạn từ 1-2 năm.

Việc công nhận và cho thi hành bản án nước ngoài được điều chỉnh bởi pháp luật của Liên minh Châu Âu, các hiệp ước đa phương, song phương và các quy tắc về thủ tục của Đức. Trong mối quan hệ với các quốc gia thành viên của Liên minh Châu Âu, theo Quy chế của Hội đồng châu Âu số 44/2001, phán quyết trong một nước thành viên Liên minh Châu Âu sẽ được tuyên bố có hiệu lực tại Đức vì lợi ích của các bên mà không cần có sự kiểm tra lại bản án, trừ trường hợp vi phạm trật tự công của Đức. Trong trường hợp không có điều ước quốc tế, luật pháp trong nước được áp dụng. Công nhận bản án nước ngoài phụ thuộc vào một số yêu cầu như không vi phạm chính sách công của Đức, không có sự không tương thích giữa bản án với bản án trước đó của Tòa án trong nước về cùng một vấn đề, bảo đảm nguyên tắc có đi có lại và quyền tài phán phù hợp của Tòa án nước ngoài.

8.2. Tố tụng Trọng tài và hòa giải

Ngoài tố tụng Tòa án, hiện nay, phương pháp giải quyết tranh chấp phổ biến ở Đức là thông qua tố tụng Trọng tài và hòa giải. Hòa giải có thể xảy ra bên ngoài Tòa án hoặc trong quá trình diễn ra tố tụng Tòa án. Về nguyên tắc, pháp luật tố tụng dân sự đòi hỏi Tòa án cố gắng đạt được một giải pháp hòa giải giữa các bên trong tiến trình tố tụng Tòa án.

Về việc công nhận quyết định của Trọng tài nước ngoài, Đức là thành viên của Công ước New York về công nhận và cho thi hành quyết định của Trọng tài nước ngoài. Tòa án ở Đức thực hiện các biện pháp tạm thời hoặc hỗ trợ cho việc thu thập chứng

¹⁸⁹<http://www.iclg.co.uk/practice-areas/litigation-and-dispute-resolution/litigation-and-dispute-resolution-2015/germany>.

cứ trong tố tụng trọng tài, cho dù Hội đồng trọng tài đặt ở Đức hay ở bất kể nơi nào khác.

Thủ tục tố tụng Trọng tài ở Đức tuân theo các quy định của Luật trọng tài Đức, là một phần của Bộ luật tố tụng dân sự. Phần lớn các quy định thủ tục tố tụng trọng tài Đức được dựa theo Luật mẫu của Ủy ban Liên Hợp quốc về Luật Thương mại Quốc tế (UNCITRAL). Ngoài ra, Luật hòa giải có hiệu lực từ 26/7/2012 quy định về một dạng hòa giải trong tố tụng nhằm cung cấp cơ sở pháp lý chắc chắn hơn cho các bên tranh chấp.

Tố tụng trọng tài được bảo đảm bởi các Tòa án địa phương. Theo yêu cầu của một bên trước và trong quá trình tố tụng trọng tài, Tòa án địa phương có thể đưa ra các biện pháp tạm thời liên quan đến vấn đề tranh chấp. Nếu một bên khởi kiện tại Tòa án mặc dù thỏa thuận trọng tài là hợp lệ thì Tòa án sẽ từ chối trừ khi Tòa án thấy rằng thỏa thuận trọng tài vô hiệu hoặc không thể thực hiện. Quyết định của Trọng tài có tính bắt buộc phải thi hành và được thi hành theo Công ước New York, các bên tranh chấp không có quyền kháng cáo quyết định trọng tài. Theo Luật hòa giải, thỏa thuận giải quyết tranh chấp trong hòa giải có tính chất bắt buộc với các bên và được thi hành theo các nguyên tắc của pháp luật hợp đồng tại Đức. Nếu một bên từ chối không thực hiện biên bản hòa giải thì không có biện pháp bắt buộc hoặc trừng phạt. Viện Trọng tài Đức là tổ chức ban hành các quy tắc tố tụng trọng tài và các nguyên tắc hòa giải tại Đức.

IX. ĐÁNH GIÁ CHUNG

Nhìn chung, pháp luật kinh doanh của Cộng hòa Liên bang Đức tương đối ổn định, có tính thống nhất cao, tính minh bạch và tính khả thi đều được bảo đảm ở mức độ tốt. Theo Báo cáo Môi trường kinh doanh 2015 của Ngân hàng Thế giới (WB), Cộng hòa Liên bang Đức xếp ở vị trí thứ 14/189 quốc gia về chỉ số Tiếp cận

thị trường. Điều này cho thấy hệ thống pháp luật kinh doanh của Cộng hòa Liên bang Đức đã tạo điều kiện rất thuận lợi cho việc phát triển hoạt động đầu tư trong nước cũng như hoạt động đầu tư nước ngoài. Sở dĩ, pháp luật kinh doanh của Cộng hòa Liên bang Đức có được vai trò như vậy bởi trước hết, chúng được tiếp thu và xây dựng trên nền tảng của pháp luật La Mã-là hệ lý thuyết tiên tiến nhất của loài người trong khoa học pháp lý. Các nguyên tắc cơ bản của hệ thống pháp luật La Mã không chỉ được tiếp thu một cách thụ động thành những văn bản pháp luật có tính cưỡng chế, được bất kỳ thương nhân nào ở Đức tuân thủ và coi là kim chỉ nam khi thực hiện các hoạt động kinh doanh mà đã thực sự xâm nhập vào đời sống kinh tế, tạo thành những tập quán thương mại kinh doanh và xây dựng triết lý, đạo đức kinh doanh tại Đức.

Bên cạnh đó, việc xây dựng hệ thống pháp luật về kinh doanh của Đức nằm trong một tổng thể xây dựng nền kinh tế nhất định, đó là “kinh tế thị trường xã hội” mà trong đó yếu tố cạnh tranh lành mạnh được xem là yếu tố hàng đầu và chi phối tất cả các lĩnh vực lập pháp khác. Vì vậy, khi xây dựng các văn bản pháp luật chuyên ngành, mục tiêu của nhà làm luật là chỉ hướng tới mục tiêu duy nhất: bảo đảm yếu tố tự do cạnh tranh lành mạnh. Ngay cả sự tham gia của Nhà nước cũng được xem xét trên yếu tố này. Do đó, mặc dù số lượng các văn bản pháp luật kinh doanh của Đức không phải là ít nhưng các quy định pháp luật đều nằm trong một chỉnh thể thống nhất vì chúng đều hướng tới bảo đảm một nền kinh tế tự do cạnh tranh và lành mạnh.

Mặt khác, pháp luật kinh doanh của Đức cũng cho thấy đây không phải là hệ thống pháp luật đóng khung mà luôn có tính mở để phù hợp với sự vận động của nền kinh tế. Có thể lấy một ví dụ đó là quy định về các loại hình công ty tại Đức phù hợp với đa dạng các mục tiêu đầu tư, quy mô đầu tư của nhà đầu tư, nhà

đầu tư có thể thành lập công ty tại Đức chỉ với một EUR. Khi quy mô kinh doanh lớn hơn thì nhà đầu tư bắt buộc phải chuyển sang hình thức công ty tương ứng với quy mô lớn hơn... Pháp luật kinh doanh tại Đức không phải là hệ thống pháp luật “áp đặt” lên đời sống kinh tế mà là để “phục vụ” nền kinh tế. Các quy định của pháp luật chỉ đóng vai trò cung cấp các “phương tiện” - các hình thức pháp lý cụ thể để nhà đầu tư công khai và minh bạch hoạt động kinh doanh của mình. Điều này cũng là nằm trong mục tiêu chung của định hướng phát triển nền “kinh tế thị trường xã hội” mà Cộng hòa Liên bang Đức thực hiện.

Chương IV

THỂ CHẾ PHÁP LUẬT KINH TẾ ÚC

I. TỔNG QUAN

1.1. Vài nét về nước Úc và truyền thống pháp luật Úc

1.1.1. Úc - một đảo quốc, một Châu lục, một đất nước thịnh vượng, đa dạng văn hóa và sắc tộc

Úc là quốc gia có nhiều điều thú vị và độc nhất. Đó vừa là hòn đảo lớn nhất vừa là Châu lục nhỏ nhất thế giới - Châu Úc. Là quốc gia có diện tích lớn thứ 6 trên thế giới - khoảng 7.692 triệu km², sau Nga, Canada, Trung Quốc, Hoa Kỳ và Brazil,¹⁹⁰ nhưng Úc có tổng số dân chỉ xếp thứ 51/196 quốc gia với khoảng 23 triệu người. Úc còn là một đất nước tươi đẹp và thịnh vượng, đứng thứ 2 trên thế giới theo xếp hạng của Báo cáo về phát triển nhân quyền thuộc Chương trình phát triển của Liên Hợp Quốc năm 2014.

Về mặt lịch sử, dấu rằng thổ dân Úc đã cư trú, sinh sống trên Châu Úc từ ít nhất 60.000 năm về trước¹⁹¹, thế giới vẫn quen với cách nhìn nước Úc như một quốc gia trẻ, mới hơn 200 năm tuổi kể từ khi những người Anh đầu tiên đổ bộ tới Châu lục này vào năm 1788. Ấn tượng ấy cũng phần nào có lý bởi lẽ chỉ khi người Anh tới định cư và khai phá Châu Úc, những hình thức buôn bán, giao thương mới bắt đầu xuất hiện, khác hẳn với việc cư ngụ, sinh sống đơn giản và sơ khai của những thổ dân đã ở Úc trước đó. Sau hơn 100 năm là thuộc địa của Anh, Úc trở thành quốc gia độc lập

¹⁹⁰<http://www.australia.gov.au/about-australia/our-country/the-australian-continent>, truy cập lần cuối ngày 28/7/2015.

¹⁹¹<http://dfat.gov.au/about-australia/land-its-people/Pages/history.aspx>, truy cập lần cuối ngày 28/7/2015.

vào năm 1901, hiện gồm 6 bang (New South Wales, Queensland, Nam Úc, Tasmania, Victoria và Tây Úc) và 2 vùng lãnh thổ (Lãnh thổ phía Bắc và Lãnh thổ Thủ đô Úc).

Úc còn được biết đến như một quốc gia đa văn hóa và đa sắc tộc nhất trên thế giới. Ngoài cộng đồng thổ dân bản địa và những người gốc Anh, nước Úc còn là mái nhà chung của nhiều cộng đồng sắc tộc trên thế giới tới định cư và lập nghiệp. Gần một phần tư dân số Úc không được sinh ra trên lãnh thổ quốc gia này và phần lớn dân cư chỉ mới ở Úc một đến hai đời - con và cháu những người mới nhập cư hay tị nạn¹⁹². Đặc biệt từ sau Chiến tranh thế giới lần thứ hai, nước Úc đã có thêm hơn 6 triệu người nhập cư¹⁹³.

1.1.2. Truyền thống pháp luật

Pháp luật và thể chế chính trị Úc được thiết lập từ thuở khai quốc chịu ảnh hưởng lớn bởi mô hình tổ chức bộ máy nhà nước và pháp luật của Anh - cha đẻ của hệ thống thông luật (Common law system). Sự đổ bộ và áp đặt luật lệ của người Anh trong suốt hơn một thế kỷ hẳn là lý giải xác đáng nhất cho những ảnh hưởng mạnh mẽ này. James Cook, thuyền trưởng người Anh, được coi là người Châu Âu đầu tiên khám phá và đặt chân tới Châu Úc vào năm 1770. Tuy vậy, khởi điểm cho sự thuộc địa hoá Châu lục này thành một phần của nước Anh bắt đầu từ năm 1788 khi con thuyền chở nhóm người Anh đầu tiên tới định cư ở Úc - gồm các tù nhân, hải quân Anh và gia đình họ - dẫn đầu bởi Thuyền trưởng Arthur Phillip cập bến cảng Sydney. Khi Chính phủ Anh quyết định đưa tù nhân tới Úc, họ vốn đã coi Châu lục này không thuộc chủ quyền của bất kì ai (*terra nullius*) và vì thế đồng nghĩa với việc pháp luật Anh được tiếp nhận và áp dụng ở mảnh đất này một cách đương nhiên. Điều này rõ ràng phủ nhận sự có mặt của những thổ dân Úc trên mảnh đất này tới hơn 60.000 năm lịch

¹⁹²<http://www.australia.gov.au/about-australia/our-country/our-people>, truy cập lần cuối ngày 28/7/2015.

¹⁹³<http://www.infoplease.com/spot/aboriginal1.html>, truy cập lần cuối ngày 28/7/2015.

sử. Chỉ đến năm 1992, trong vụ kiện mang tính lịch sử *Mabo v. Queensland*¹⁹⁴, Tòa án tối cao Úc mới chính thức xác nhận sai sót này và tuyên bố nước Úc vốn thuộc chủ quyền của thổ dân Úc và công nhận quyền sở hữu đất đai của họ. Cũng từ thời điểm ấy, Chính phủ Úc đã có những nhìn nhận cởi mở hơn và chú trọng tới quyền lợi của thổ dân Úc. Tuy nhiên, những ưu ái này không thể xóa bỏ truyền thống pháp luật Anh đã trở thành gốc rễ và nền tảng trong mọi khía cạnh chính trị và xã hội Úc.

Hệ thống thông luật có khởi nguồn từ các Tòa án địa phương ở Anh vào thế kỉ 11. Các Tòa án địa phương vào thời điểm này thường do tầng lớp quý tộc làm chủ tọa và để tránh sự chuyên quyền, nguyên tắc “viện dẫn đến tranh chấp như nhau sẽ được Tòa phán xét như nhau” (*like cases be treated alike*) được áp dụng. Nguyên tắc này là then chốt và đem lại thành công lớn cho hệ thống pháp luật còn sơ khai và nhiều biến đổi ở Anh thời bấy giờ bởi sự nhất quán trong các phán xét của Tòa án đã hỗ trợ cho tính minh bạch và công bằng của hệ thống pháp luật. Cũng chính từ nguyên tắc này, án lệ được hình thành và trở thành một nguồn luật quan trọng, phát triển đồng hành với các luật được ban hành bởi Nghị viện. Đây là một đặc trưng của hệ thống thông luật với các quốc gia điển hình như Anh, Hoa Kỳ và Úc.

1.2. Mô hình tổ chức nhà nước Úc

1.2.1. Hiến pháp năm 1901 - Luật khai quốc và hiến định cách thức tổ chức nhà nước theo học thuyết tam quyền phân lập

Nước Úc - tên gọi chính thức là “Commonwealth of Australia”, được khai sinh vào năm 1901 với bản Hiến pháp đầu tiên và duy nhất cho tới nay của đất nước này (The Commonwealth of Australia Constitution Act 1901 (Cth)). Hiến pháp Úc được Chính phủ Anh thông qua đã đánh dấu hai cột mốc quan trọng trong

¹⁹⁴Mabo v. Queensland (1992) 175 CLR 1.

lịch sử nước Úc: sự đoàn kết của sáu bang và hai vùng lãnh thổ của Úc thành một khối Liên bang thống nhất cũng như sự độc lập chính trị của khối Liên bang này với nước Anh¹⁹⁵. Hiến pháp Úc gồm 128 Điều, được kết cấu thành 8 chương: ba chương đầu tiên định hình rõ ràng việc tổ chức nhà nước theo cơ chế tam quyền phân lập; lần lượt quy định về cơ cấu, chức năng và quyền hạn của cơ quan lập pháp (the Parliament), cơ quan hành pháp (the Executive Government) và cơ quan Tòa án (the Judicature); bốn chương còn lại của Hiến pháp Úc gồm: Chương 4 “Tài chính và Thương mại”, Chương 5 “Quy định về các bang ở Úc”, Chương 6 “Thành lập bang mới”, Chương 7 “Quy định khác” và Chương 8 “Sửa đổi Hiến pháp”.

1.2.2. Cơ quan lập pháp

Cơ quan lập pháp của Úc là Nghị viện Liên bang (Parliament) được quy định tại Chương 1 Hiến pháp với hai nội dung quan trọng: (i) quy định cấu trúc chính trị, (ii) xác định quyền lập pháp của Nghị viện.

Về mặt cấu trúc chính trị, theo truyền thống chính trị Anh quốc được du nhập vào Úc, Nghị viện Úc là nghị viện lưỡng viện (bicameral legislature) gồm Thượng nghị viện (Senate) và Hạ nghị viện (House of Representatives). Với tính chất Liên bang của hệ thống chính trị Úc, Thượng nghị viện được coi như cơ quan lập pháp đại diện cho các bang và hai vùng lãnh thổ. Theo Điều 7 Hiến pháp Úc, số nghị sĩ ở Thượng nghị viện phải gồm ít nhất là 6 người đại diện cho mỗi bang. Hiện tại, mỗi bang đều được cử 12 nghị sĩ và mỗi lãnh thổ được cử 2 nghị sĩ (số nghị sĩ đại diện cho vùng lãnh thổ không được nhắc tới trong Hiến pháp nhưng được thực hiện theo thông lệ của Chính phủ Úc). Tổng cộng hiện có 76 nghị sĩ ở Thượng nghị viện với nhiệm kỳ 6 năm. Việc phân bổ số

¹⁹⁵Clive Turner and John Trone, “Australian Commercial Law”, 13th edition, Lawbook Co., 2015, Thomson Reuters, Chapter I, tr.5.

ngại sĩ đại diện cho mỗi bang ở Thượng nghị viện như nhau nhằm bảo đảm sự bình đẳng về quyền lợi và đại diện của các bang trong cơ quan lập pháp của Chính phủ Liên bang.

Theo Điều 24 Hiến pháp Úc, số nghị sĩ ở Hạ nghị viện phải nhiều hơn số nghị sĩ ở Thượng nghị viện khoảng hai lần, bởi vậy hiện có 150 ghế dành cho các nghị sĩ được bầu cử với nhiệm kỳ 3 năm¹⁹⁶. Mỗi nghị sĩ đại diện cho một khu bầu cử và mỗi khu vực bầu cử lại được chia theo số lượng dân số của từng khu, bởi vậy bang nào đông dân hơn thì sẽ có nhiều nghị sĩ góp mặt hơn trong Hạ nghị viện. Quan trọng hơn, thành viên của Hạ nghị viện thuộc nhiều đảng phái khác nhau và đảng nào có số đại biểu nhiều hơn trong Hạ nghị viện sẽ nắm quyền lãnh đạo nước Úc. Hiện Úc được lãnh đạo bởi Liên đảng Tự do và Quốc gia (the Liberal/National Coalition) với 90 ghế trong Hạ nghị viện. Luôn ở thế đối đầu với Liên đảng Tự do và Quốc gia là Đảng Lao động (Australian Labor Party) với 55 ghế, 5 ghế còn lại thuộc về các đảng nhỏ. Suốt chiều dài lịch sử của mình, Chính phủ Úc luôn nằm dưới sự lãnh đạo của một trong hai đảng lớn là Đảng Lao động và Liên đảng Tự do và Quốc gia.

Về quyền lập pháp, Điều 51 Hiến pháp Úc cho phép Nghị viện Liên bang ban hành luật đối với 39 vấn đề, những vấn đề không thuộc phạm vi của Điều 51 sẽ thuộc quyền ban hành luật của các bang. Đặt trong bối cảnh 6 bang riêng rẽ đã cùng thống nhất lập nên Liên bang Úc và khai sinh Chính phủ Liên bang bằng Hiến pháp năm 1901 thì rõ ràng Điều 51 có ý nghĩa giới hạn quyền lực của Nghị viện Liên bang trong tương quan so sánh với các bang. Tuy nhiên, với tính chất là một văn bản pháp luật, Hiến pháp Úc và ý nghĩa của Hiến pháp còn phụ thuộc vào sự giải thích của Tòa án tối cao Úc (the High Court of Australia). Đây là đặc điểm quan trọng của Luật Hiến pháp Úc, bởi theo thời gian,

¹⁹⁶http://www.aph.gov.au/About_Parliament/House_of_Representatives, truy cập lần cuối ngày 29/7/2015.

Tòa án tối cao Úc đã dần mở rộng quyền hạn của Nghị viện Liên bang, đồng thời thu hẹp quyền hạn của Chính phủ bang nhằm xây dựng một nền tảng pháp luật đồng nhất và xuyên suốt toàn quốc. Điều này thể hiện rất rõ trong lĩnh vực Luật doanh nghiệp, Luật cạnh tranh và bảo vệ người tiêu dùng hay Luật lao động¹⁹⁷.

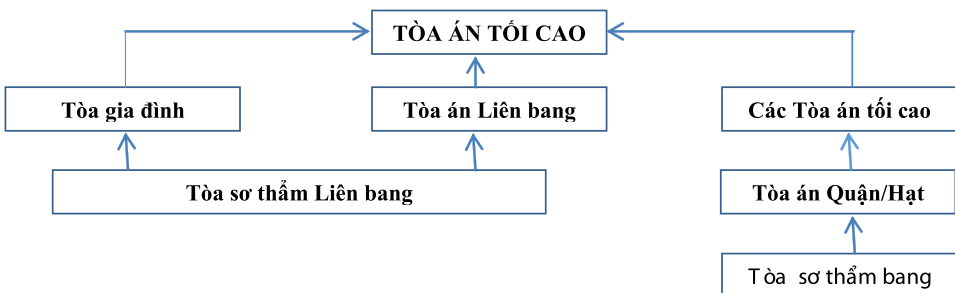
1.2.3. Cơ quan hành pháp

Cơ quan hành pháp chính là Chính phủ Úc, gồm những người nắm giữ chức vụ từ Thủ tướng xuống Bộ trưởng. Những người này đều phải là đại biểu Nghị viện theo Điều 64 Hiến pháp. Điều này có nghĩa là đảng có số đông nghị sỹ tại Hạ nghị viện (thuộc nhánh lập pháp) sẽ nắm quyền thành lập Chính phủ Úc (hành pháp). Bởi vậy, nước Úc được nhận xét là không có một hệ thống tam quyền phân lập chặt chẽ (strict separation of powers)¹⁹⁸. Các nghị sỹ không thuộc đảng lãnh đạo sẽ liên hợp tạo thành Chính phủ đối lập - họ không có quyền hành pháp trực tiếp nhưng có vai trò giám sát quan trọng đối với hoạt động của Chính phủ đương nhiệm trong việc thực hiện quyền hành pháp, ban hành các văn bản hành pháp và tranh luận các vấn đề pháp luật.

1.2.4. Hệ thống Tòa án

Úc là Nhà nước Liên bang vì thế hệ thống Tòa án Úc cũng được chia làm hai cấp độ là Liên bang và các bang/vùng lãnh thổ.

Hình 1: Sơ đồ hệ thống Tòa án Úc



¹⁹⁷Xem chi tiết ở các phần sau.

¹⁹⁸Hoa Kỳ là nước có cơ chế tam quyền phân lập chặt chẽ, Nghị viện Hoa Kỳ hoàn toàn tách biệt và độc lập với Chính phủ.

Tòa án Tối cao Úc (the High Court of Australia) được thành lập từ năm 1901, với 7 Thẩm phán tối cao, là Tòa án có thẩm quyền cao nhất trong hệ thống Tòa án Úc¹⁹⁹. Thẩm phán Tòa án tối cao được Chính phủ bổ nhiệm và không thể bị tước bỏ chức vụ nếu không có sự thông qua của cả Thượng nghị viện và Hạ nghị viện, thực tế chưa từng xảy ra trong lịch sử nước Úc²⁰⁰. Tòa án tối cao Úc là Tòa án duy nhất có thẩm quyền giải thích và bảo vệ Hiến pháp. Bởi vậy, bất kì vụ kiện nào về quyền hạn pháp lý của Chính phủ hay bất kì vấn đề vi hiến nào đều thuộc thẩm quyền xét xử của Tòa án tối cao. Các vụ án quan trọng gây nhiều tranh luận về nguyên tắc pháp luật (legal principles) thường được kháng cáo lên Tòa án tối cao để làm sáng tỏ. Phán quyết của Tòa án tối cao luôn dành được sự chú ý của giới luật sư, báo chí và người dân bởi đó là quyết định tối cao, có thể làm thay đổi hoặc định hướng cho sự phát triển của các lĩnh vực pháp luật. Đối với một đất nước có truyền thống thông luật thì vị trí của Tòa án tối cao Úc lại càng đặc biệt quan trọng trong việc minh định và thi hành pháp luật.

1.3. Khái quát về hệ thống pháp luật kinh tế Úc

1.3.1. Mô hình kinh tế và sự hình thành hệ thống pháp luật kinh tế Úc

Kinh tế Úc phát triển theo mô hình kinh tế thị trường và là một trong những nền kinh tế thịnh vượng nhất trên thế giới, đứng thứ 12 toàn cầu về tổng sản phẩm quốc nội với hơn 1.453 tỷ USD trong năm 2014²⁰¹. Pháp luật và các thể chế chính trị đóng vai trò quan trọng trong việc cải cách, mở cửa và thúc đẩy thị trường, tự do kinh tế. Điều này được thể hiện rõ nhất vào năm 1983, dưới thời Thủ tướng Đảng Lao động Bob Hawke và Bộ trưởng Bộ Tài chính Paul Keating, Úc đã cho “thả nổi” đồng AUD đồng thời tiến hành bãi bỏ nhiều quy định pháp luật về tài chính

¹⁹⁹Chương 3 Hiến pháp Úc, Commonwealth of Australia Constitution Act 1901 (Cth), s73.

²⁰⁰Commonwealth of Australia Constitution Act 1901 (Cth), s72.

²⁰¹<http://www.worldbank.org/data/download/GDP.pdf>, truy cập lần cuối ngày 29/7/2015.

(financial deregulation), tạo điều kiện cho thị trường mở cửa và phát triển tự do hơn.

Lịch sử phát triển pháp luật kinh tế Úc gắn liền với sự hình thành và phát triển của pháp luật về hợp đồng, bồi thường và quản lý các hình thức doanh nghiệp. Nguồn pháp luật hợp đồng và pháp luật bồi thường chủ yếu từ các quyết định của Tòa án (case law). Kế thừa hệ thống pháp luật Anh, khởi điểm của hệ thống pháp luật kinh tế Úc là sự tiếp nhận phần lớn các án lệ pháp luật hợp đồng và pháp luật bồi thường từ Anh và phát triển thêm cho phù hợp với bối cảnh nước Úc. Ngoài ra, Chính phủ ban hành Luật quản lý và đăng ký doanh nghiệp, được bổ sung bởi các phán quyết của Tòa án.

1.3.2. Vai trò của pháp luật đối với phát triển kinh tế

Vai trò của pháp luật trong việc phát triển kinh tế là một điều tất yếu. Bất kì doanh nghiệp hay chủ thể kinh doanh nào cũng phải hoạt động trong khuôn khổ pháp luật. Một hệ thống pháp luật nhanh nhạy, cập nhật và nhạy bén với xu thế và các vấn đề kinh tế - xã hội sẽ là động lực cho sự phát triển của nền kinh tế quốc gia. Mục tiêu của pháp luật kinh tế trong hệ thống pháp luật Úc nói chung là chú trọng việc bảo đảm chất lượng, uy tín kinh doanh cũng như điều chỉnh hành vi của các loại hình doanh nghiệp khi tham gia hoạt động đầu tư kinh doanh và cạnh tranh trên thị trường, mang lại lợi ích cho nền kinh tế nói chung.

Tính khách quan, minh bạch và công bằng trong việc kiện tụng và giải quyết tranh chấp cũng là một yếu tố được coi trọng để bảo đảm các hoạt động kinh tế diễn ra thuận lợi, khuyến khích các chủ thể kinh tế mạnh dạn đầu tư, sản xuất, kinh doanh bằng sự sáng tạo và cạnh tranh lành mạnh. Trên thực tế, trong bản Báo cáo Tiêu chuẩn (Benchmark Report) 2015 của Ủy ban Thương mại Úc (Australian Trade Commission - Austrade)²⁰², hai

²⁰²Australian Trade Commission, Why Australia - Benchmark Report 2015.

yếu tố hệ thống pháp luật và môi trường chính trị ổn định được coi là lý do chính khiến việc vận hành kinh tế ở Úc được thuận lợi và thành công. Đồng thời, chỉ số biểu thị độ mạnh của quyền lợi pháp lý (strenght of legal rights indicator) cũng là một yếu tố quan trọng trong việc đánh giá môi trường pháp luật thuận lợi cho kinh doanh: Úc đạt 11/12 điểm, cao thứ 2 trên thế giới (chỉ xếp sau New Zealand và đồng hạng với Hoa Kỳ)²⁰³. Đây là nhân tố tiêu biểu khiến cho các chủ thể đầu tư và sản xuất - kinh doanh tự tin hơn khi tham gia hay đầu tư vào thị trường Úc.

1.3.3. Số lượng văn bản quy phạm pháp luật về pháp luật kinh tế

Theo báo cáo của Chính phủ đương nhiệm dưới sự lãnh đạo của Thủ tướng Tony Abbott, Úc hiện có khoảng 800 luật và 21.000 thông tư pháp luật về kinh tế²⁰⁴. Các luật và thông tư này đang bị chỉ trích là gây ra quá nhiều chi phí tuân thủ (compliance cost), ảnh hưởng tới năng suất của doanh nghiệp và của cả nền kinh tế. Lẽ dĩ nhiên, các quy định pháp luật hợp lý sẽ có hiệu ứng tích cực lên thị trường, chẳng hạn như pháp luật về bảo vệ người tiêu dùng, an toàn và vệ sinh thực phẩm... Tuy nhiên, khi những quy định pháp luật trở nên lỗi thời và không theo kịp sự phát triển của hoạt động kinh tế sẽ tạo nên sự gò bó, tốn kém và đè nặng lên nguồn máy hoạt động của doanh nghiệp và doanh nhân²⁰⁵. Vì thế, Chính phủ Úc đang rất sát sao trong việc rà soát và điều chỉnh các quy định pháp luật kinh tế với hứa hẹn tạo nên cuộc cải cách nhằm tiết kiệm cho ngân sách quốc gia một tỉ AUD mỗi năm²⁰⁶.

²⁰³WB, Strengh of Legal Rights Index (0-12), 2014. Chỉ số biểu thị độ mạnh của quyền lợi pháp lý ở Singapore là 8/12, Hồng Kông được 7/12 điểm, Hàn quốc 5/12 điểm.

²⁰⁴Australian Government, The Coalition's Deregulation Reform Discussion Paper, November 2012, tr.3.

²⁰⁵Australian Government, Dẫn trên.

²⁰⁶<http://www.liberal.org.au/boosting-productivity-and-reducing-regulation>;

<http://cuttingredtape.gov.au/annual-reports/annual-deregulation-report-2014/introduction>, truy cập lần cuối ngày 30/7/2015.

II. PHÁP LUẬT VỀ CHÍNH SÁCH ĐẦU TƯ, SẢN XUẤT, KINH DOANH

2.1. Môi trường kinh doanh

Với xu hướng phát triển toàn cầu và thu hút các doanh nghiệp nước ngoài đầu tư vào thị trường nội địa, Chính phủ Úc rất chú trọng xem xét và đánh giá ảnh hưởng của các quy phạm pháp luật để môi trường kinh doanh luôn có được sự cạnh tranh lành mạnh, giảm thiểu rủi ro kinh doanh đồng thời tương thích với các cam kết quốc tế. Minh chứng sinh động cho sự chú trọng này là Úc được xếp thứ 10/189 nền kinh tế trên thế giới về Chỉ số thuận lợi kinh doanh (*ease of doing business*), qua đó cho thấy Úc có được một hệ thống pháp luật ổn định và hiệu quả, tạo thuận lợi cho việc khởi nghiệp và tiến hành các hoạt động sản xuất - kinh doanh.

2.2. Đầu tư nước ngoài

Đầu tư nước ngoài được coi là yếu tố quan trọng, kích thích nền kinh tế và làm giàu cho nước Úc, tạo công ăn việc làm, tăng tính cạnh tranh và mang tới nước Úc công nghệ và kỹ thuật hiện đại²⁰⁷. Bất kì hình thức đầu tư nước ngoài nào vào Úc đều được xem xét bởi Chính phủ Liên bang trên cơ sở lợi ích quốc gia. Ủy ban Đánh giá Đầu tư Nước ngoài (Foreign Investment Review Board - FIRB) được thiết lập với vai trò cố vấn cho Chính phủ về các đề xuất đầu tư từ doanh nghiệp hay cá nhân nước ngoài. Quyền hạn pháp lý của Ủy ban được quy định bởi Luật đầu tư và sáp nhập Liên bang năm 1975 (Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975) và quyết định của Ủy ban luôn phù hợp với chính sách của Chính phủ. Các yếu tố thường được cân nhắc khi FIRB xem xét một đề xuất đầu tư bao gồm: lợi ích quốc gia, an ninh quốc gia khi cho phép đầu tư, ảnh hưởng của đề xuất đầu tư tới thị trường và cạnh tranh của thị trường trong nước, ảnh

²⁰⁷Treaser, Australia's Foreign Investment Policy (June 2015), http://www.firb.gov.au/content/_downloads/Australia's_Foreign_Investment_Policy_June_2015.pdf, truy cập lần cuối ngày 30/7/2015.

hưởng đến nền kinh tế và tín nhiệm của doanh nghiệp/cá nhân muốn đầu tư. Sau khi đơn đề xuất đầu tư được FIRB xem xét, Bộ trưởng Bộ Tài chính sẽ là người đưa ra quyết định cuối cùng xem đơn có được duyệt hay không²⁰⁸.

Để khuyến khích thu hút đầu tư trực tiếp, Ủy ban Thương mại Úc được thiết lập dưới sự giám sát của Bộ Thương mại và Đầu tư (Ministry for Trade and Investment). Với tư cách là cầu nối giữa doanh nghiệp nước ngoài và Chính phủ, Ủy ban thương mại Úc nắm giữ 3 vai trò chủ chốt: trợ giúp các doanh nghiệp Úc muốn mở rộng mạng lưới kinh doanh ra thị trường ngoài nước; trợ giúp bằng thông tin và điều cử chuyên gia cố vấn cho các chủ thể muốn đầu tư vào thị trường Úc; và hỗ trợ quảng bá giáo dục và du lịch của Úc. Ủy ban Thương mại Úc có 11 cơ sở trong nước, 84 cơ sở trên toàn thế giới và tất cả các dịch vụ của Ủy ban dành cho các nhà đầu tư quốc tế là hoàn toàn miễn phí. Theo Báo cáo tiêu chuẩn 2015 của Ủy ban này, có 18.000 công ty nước ngoài đăng kí kinh doanh và hoạt động tại Úc tính đến thời điểm đầu năm 2015.

Chính phủ Úc đặc biệt khuyến khích đầu tư trực tiếp vào các lĩnh vực như xây dựng cơ sở hạ tầng, du lịch, khai thác khoáng sản, năng lượng sạch và bảo vệ môi trường, chế biến thực phẩm, nông nghiệp, các ngành công nghiệp cao cấp, công nghệ thông tin, khoa học đời sống và rộng hơn là bất kì nghiên cứu phát triển có tính đột phá, sáng tạo. Các doanh nghiệp muốn đầu tư trực tiếp vào thị trường Úc sẽ nhận được sự trợ giúp từ Ủy ban Thương mại Úc về tình hình thị trường, chọn lựa địa điểm kinh doanh/đầu tư, giúp đỡ nộp đơn xin trợ giúp của các chương trình Chính phủ (bao gồm trợ giúp phát triển kĩ năng cho doanh nghiệp, trợ giúp cho các hoạt động nghiên cứu và sáng tạo)...²⁰⁹

²⁰⁸Treasurer, Dẫn trên.

²⁰⁹Tuy nhiên, Ủy ban Thương mại Úc không đưa ra trợ giúp cho các cá nhân và không tư vấn về đầu tư bất động sản hay mua bán, sát nhập doanh nghiệp.

Ngoài ra, Bộ Thương mại và Đầu tư của từng bang ở Úc cũng có chương trình hỗ trợ nếu doanh nghiệp muốn đầu tư vào lãnh thổ của bang. Như vậy, các doanh nghiệp (trong và ngoài nước) muốn đầu tư trực tiếp vào thị trường của Úc sẽ nhận được sự trợ giúp của cả Chính phủ Liên bang lẫn bang. Tùy thuộc vào tính chất và quy mô của dự án đầu tư nước ngoài vào từng bang, Chính phủ các bang có thể chiết giảm thuế đất và các loại thuế khác. Các chiết giảm này phụ thuộc vào quyết định của từng bang trong từng thời điểm cũng như tùy theo chính sách của Chính phủ đương nhiệm.

Các chính sách thuế đặc biệt được áp dụng cho các hoạt động đầu tư vốn của các doanh nghiệp nước ngoài để khuyến khích đầu tư khai khoáng. Chính sách chiết giảm thuế nhanh (accelerated deductions) cho phép doanh nghiệp khấu trừ vào khoản thuế các khoản đầu tư cho máy móc, thiết bị khai khoáng. Các khoản đầu tư thiết bị cơ bản cho hoạt động khai khoáng địa chất phát sinh sau ngày 16/8/1989 còn được hưởng nhiều lợi ích khấu trừ hơn.

III. PHÁP LUẬT VỀ PHÁT TRIỂN CÁC LOẠI THỊ TRƯỜNG

3.1. Pháp luật về thị trường hàng hóa

3.1.1. Pháp luật về xuất xứ hàng hóa

Luật cạnh tranh và người tiêu dùng (Competition and Consumer Act 2010) quy định rất rõ ràng về nhãn mác, nguồn gốc xuất xứ của hàng hóa được tiêu dùng ở Úc. Tuy nhiên, không phải tất cả hàng hóa đều cần nhãn mác ghi rõ xuất xứ. Những hàng hóa phải tuân thủ quy định chặt chẽ về nhãn mác là thực phẩm, dược phẩm và các loại đồ dùng điện tử có dùng sóng điện trường (như máy thu phát sóng FM, tivi, lò vi sóng) hoặc các thiết bị có sử dụng sóng laser. Riêng đối với các đồ dùng điện tử thì còn phải tuân thủ các luật khác, với các quy định nhãn mác riêng và chi tiết hơn²¹⁰.

²¹⁰<http://www.business.gov.au/business-topics/selling-products-and-services/selling-products/Pages/product-labelling.aspx>, truy cập lần cuối ngày 03/8/2015.

Nếu một sản phẩm được dán nhãn “sản xuất tại Úc” (Made in Australia), sản phẩm đó phải thỏa mãn hai điều kiện: (1) sản phẩm bắt buộc phải được chế biến/chế tạo/cải biến một cách đáng kể (substantially transformed) ở Úc; (2) ít nhất 50% chi phí sản xuất sản phẩm là ở Úc. Các sản phẩm không mang nhãn mác “sản xuất tại Úc” cần ghi rõ nguồn gốc xuất xứ. Nếu sản phẩm mang nhãn mác sản xuất tại một quốc gia nào thì mỗi thành phần quan trọng hoặc nguyên liệu chủ chốt của sản phẩm và toàn bộ (hoặc gần như toàn bộ) quá trình sản xuất sản phẩm phải diễn ra ở quốc gia đó. Bất kì thông tin sai lệch nào về xuất xứ hàng hóa có thể bị xử phạt theo Luật cạnh tranh và người tiêu dùng²¹¹. Cơ quan có quyền quản lý và thi hành Luật cạnh tranh và người tiêu dùng là Ủy ban Cạnh tranh và Người tiêu dùng Úc (Australian Competition and Consumer Commission - ACCC) với chức năng quản lý và bảo đảm Luật cạnh tranh và người tiêu dùng được tuân thủ nghiêm ngặt, đáp ứng nhu cầu khuyến khích cạnh tranh lành mạnh, mang lại lợi ích cho nền kinh tế nói chung và người tiêu dùng nói riêng²¹².

Úc đặc biệt quan tâm tới vấn đề nhãn mác của thực phẩm. Đầu năm 2015, hoa quả (cụ thể là quả dâu dại - ”berries”) đông lạnh nhập khẩu từ Trung Quốc vào Úc bị nghi là nguồn lây nhiễm bệnh Viêm gan A đã làm kinh động đến thị trường thực phẩm sạch ở Úc. Theo thông tin mới nhất vào tháng 7/2015, Chính phủ Úc đã phản hồi bằng cách thắt chặt hơn nữa quy định về nhãn mác (labelling), quy định mới bắt buộc các nhà sản xuất và nhập khẩu phải ghi rõ phần trăm nguyên liệu xuất xứ nhập khẩu hoặc nội địa được dùng để chế biến sản phẩm²¹³. Theo quy định cũ, các

²¹¹<http://www.accc.gov.au/consumers/groceries/country-of-origin>, truy cập lần cuối 03/08/2015.

²¹²<http://www.accc.gov.au/about-us>, truy cập lần cuối ngày 03/8/2015.

²¹³The Sydney Morning Herald, Labels to show country of origin on food following frozen berry hepatitis A outbreak, 2015, xem <http://www.smh.com.au/federal-politics/political-news/labels-to-show-country-of-origin-on-food-following-frozen-berry-hepatitis-a-outbreak-20150721-gih1g9.html>, truy cập lần cuối ngày 30/7/2015.

nhà sản xuất/nhập khẩu không cần phải ghi rõ số phần trăm này, mà chỉ cần nêu rõ sản phẩm có sử dụng nguyên liệu nhập khẩu. Sự thay đổi quy định trên được dự đoán sẽ làm tăng giá thành của thực phẩm, nhưng đổi lại là sự chặt chẽ hơn trong vấn đề quản lý chất lượng tiêu dùng.

Hình 2: Mẫu các nhãn cho thấy hàng hóa được sản xuất ở Úc với tỷ lệ phần trăm thành phần xuất xứ ở Úc

‘Made in’ country of origin claims



3.1.2. Pháp luật về tiêu chuẩn chất lượng hàng hóa

Từ những năm đầu thập kỉ 90, người tiêu dùng Úc có nhận thức ngày một rõ ràng hơn về quyền lợi của người tiêu dùng và ngày một nhanh nhạy trong việc nắm bắt thông tin bảo vệ quyền lợi của mình. Bằng chứng là trong hai thập kỉ qua, các trường hợp người tiêu dùng khởi kiện doanh nghiệp về việc sản phẩm không bảo đảm chất lượng, không an toàn, gây tổn hại cho người tiêu dùng hoặc các dược phẩm và các dụng cụ y tế bị lỗi đã thu hút sự chú ý của dư luận và khiến Chính phủ phải tiến hành cải cách pháp luật trong lĩnh vực này. Đặc biệt trong những vụ kiện lớn đã có sự giúp đỡ về tài chính từ các công ty chuyên hỗ trợ chi phí kiện tụng (litigation funding) để giúp người tiêu dùng bảo vệ quyền lợi của mình trước Tòa án hoặc có những vụ kiện có nhiều nguyên đơn (class action) kiện cùng một bị đơn. Sự kết hợp của nhiều yếu

tố này đã tạo tiền đề cho việc ban hành các quy định pháp luật yêu cầu doanh nghiệp chịu trách nhiệm tuyệt đối (strict liability)²¹⁴ và đặt ra thủ tục chính thức cho phép kết hợp nguyên đơn (class action) trong các vụ kiện liên quan đến sản phẩm bị lỗi.

Nhìn chung, để giải quyết vấn đề hàng hóa không đạt chất lượng, không thỏa mãn tiêu chí người dùng hoặc bị lỗi, người tiêu dùng có thể thông qua 3 lựa chọn về mặt pháp lý: Luật bảo vệ người tiêu dùng²¹⁵, Luật hợp đồng và Luật bồi thường dân sự. Trên thực tế, Luật bảo vệ người tiêu dùng của Úc, đặc biệt sau những sửa đổi, bổ sung năm 2010, đã thiết lập một hành lang pháp lý chặt chẽ, đầy đủ và minh bạch về quyền lợi của người tiêu dùng. Những điều khoản quan trọng nhất bao gồm: các tiêu chuẩn an toàn bắt buộc; các cam kết bảo đảm chất lượng sản phẩm phù hợp với mục đích sử dụng; cam kết thông tin sản phẩm chính xác trên bao bì²¹⁶ và trách nhiệm tuyệt đối với sản phẩm bị lỗi và có khả năng gây nguy hại. Việc bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng được áp dụng đối với cả hàng hóa và dịch vụ. Khi doanh nghiệp biết được thông tin khách hàng tử vong, thương tích nặng hoặc mắc bệnh nguy hiểm (serious injury or illness) do có liên quan đến sản phẩm của mình, trong vòng hai ngày, doanh nghiệp đó phải gửi báo cáo cho Bộ trưởng²¹⁷.

Ngoài Luật bảo vệ người tiêu dùng 2010²¹⁸ của Liên bang áp dụng trên toàn quốc, các bang còn có các quy định riêng về vấn đề thu hồi những sản phẩm có nguy cơ gây hại. Trước khi có Luật

²¹⁴<http://www.productsafety.gov.au/content/index.phtml/tag/productliability>, truy cập lần cuối ngày 03/8/2015.

²¹⁵Luật bảo vệ người tiêu dùng nằm ở Phần 2 của Luật cạnh tranh và người tiêu dùng 2010 (Competition and Consumer Act 2010 (Cth), Schedule 2).

²¹⁶Mục 1, Phần 3-2, Chương 3, các Điều từ 51-54, Luật bảo vệ người tiêu dùng 2010.

²¹⁷Điều 131 Luật bảo vệ người tiêu dùng 2010.

²¹⁸Do tính chất Liên bang và Hiến pháp của Úc cho phép các bang có quyền ban hành luật riêng nên nhiều trường hợp các luật bang và Liên bang trùng nhau, mỗi bang lại có luật quản lý riêng, có tính tương đồng nhưng không hoàn toàn giống, gây nhiều mơ hồ và khúc mắc trong quản lý. Điều này từng gây khó khăn cho các doanh nghiệp nước ngoài khi đầu tư vào Úc - khi muốn mở rộng hoạt động sản xuất - kinh doanh tới một bang nhất định lại cần tìm hiểu hệ thống pháp luật riêng của bang đó.

quy định về quản lý vấn đề thu hồi sản phẩm, các án lệ cũng đã đặt ra quy tắc rõ ràng rằng nhà sản xuất có trách nhiệm bảo đảm an toàn của sản phẩm, yêu cầu nhà sản xuất cẩn trọng trong khâu sản xuất cũng như khi sản phẩm được đưa ra thị trường.

Để ra quyết định thu hồi sản phẩm hay không nhà sản xuất cần cân nhắc khả năng gây hại của sản phẩm, khả năng thương tích nặng hay nhẹ của người tiêu dùng nếu sản phẩm bị lỗi. Nếu những khả năng này không cao, nhà sản xuất có toàn quyền quyết định việc có nên thu hồi sản phẩm hay không. Ngược lại, nếu có thương tích xảy ra, họ sẽ phải chịu trách nhiệm nặng nề hơn. Có thể nói, sự chặt chẽ của hệ thống quản lý và các quy định pháp luật bảo đảm trong những tình huống như vậy, cân nhắc quan trọng nhất của nhà sản xuất khi đưa ra quyết định phải là bảo đảm sự an toàn tối ưu cho khách hàng. Trong trường hợp có nghi vấn về sự cố ý (intention) trong khâu sản xuất khiến sản phẩm bị lỗi, luật của bang buộc doanh nghiệp phải báo cáo với cơ quan có thẩm quyền.

Tiêu chuẩn hàng hóa Úc được Cơ quan tiêu chuẩn Úc (Australian Standards) đảm trách. Là một tổ chức phi chính phủ, độc lập và phi lợi nhuận, Cơ quan này gồm các chuyên viên, chuyên gia đến từ nhiều ngành công nghiệp khác nhau, cùng tham gia đóng góp xây dựng và thường xuyên cập nhật hệ thống tiêu chuẩn cho các mặt hàng sản xuất tại Úc. Với tư cách là thành viên đại diện cho Úc tại Tổ chức Tiêu chuẩn hóa Quốc tế (International Organisation for Standardisation - ISO), Cơ quan Tiêu chuẩn Úc còn đảm trách việc bảo đảm tiêu chuẩn hàng hóa Úc được phát triển phù hợp và đạt chuẩn với xu hướng quốc tế. Có khoảng 2.400 tiêu chuẩn hiện thuộc sự quản lý của Cơ quan Tiêu chuẩn Úc. Các tiêu chuẩn được Cơ quan này đề ra hoàn toàn không phải do Chính phủ hay ban ngành nào trực tiếp thiết lập và quản lý, các tài liệu về tiêu chuẩn hàng hóa Úc không mang

tính pháp lý. Tuy nhiên, Luật bảo vệ người tiêu dùng 2010 công nhận hầu hết những tiêu chuẩn do Cơ quan tiêu chuẩn Úc đề ra trong lĩnh vực sản phẩm tiêu dùng và đặc biệt yêu cầu áp dụng tiêu chuẩn bắt buộc với một số mặt hàng như thiết bị gia dụng, xe đạp, quần áo trẻ em và kính mát...

3.2. Pháp luật về thị trường tài chính

3.2.1. Vai trò của pháp luật đối với thị trường tài chính

Thị trường tài chính là nền tảng cơ bản và thiết yếu cho sự phát triển của bất kỳ nền kinh tế nào. Thị trường tài chính ở Úc cũng không là ngoại lệ. Theo Ủy ban Đầu tư và Chứng khoán Úc, một thị trường tài chính vững mạnh sẽ tạo điều kiện thuận lợi cho phát triển kinh tế và nâng cao chất lượng đời sống²¹⁹. Vì thế Úc đã thiết lập một hệ thống pháp luật về quản lý thị trường tài chính chặt chẽ và nghiêm ngặt. Đồng thời các cơ quan nhà nước về lĩnh vực này cũng rất sát sao trong vấn đề thực thi, bảo đảm các nhân tố tham gia thị trường tài chính nắm rõ luật lệ giảm thiểu rủi ro trên thị trường. Thực tế cho thấy, thị trường tài chính Úc đã trải qua thử thách khủng hoảng tài chính toàn cầu vào năm 2008 một cách thành công chính nhờ vào việc xây dựng các quy định pháp luật phù hợp, thực thi pháp luật hiệu quả cùng với những phản ứng nhanh nhạy và kịp thời của Chính phủ trong việc sử dụng hai gói kích cầu thị trường - lần đầu vào cuối năm 2008 và lần cuối vào đầu năm 2009. Giáo sư John Bunting thuộc Đại học Quốc gia Úc nhận định: “Theo dự đoán chung lúc đó (kể cả theo Bộ Tài chính), Úc sẽ phải chịu ảnh hưởng nặng nề của cuộc khủng hoảng, không chỉ là sự thắt chặt tín dụng hết mức và giảm phát tài sản mà còn là tỉ lệ thất nghiệp rất cao, nguồn cầu sụt giảm, sụp đổ thị trường chứng khoán và sự bắt đầu của một cuộc suy thoái hoàn toàn. Úc đã thoát khỏi ảnh hưởng tổng thể của những ước đoán khủng

²¹⁹Khung chiến lược của Ủy ban Đầu tư và Chứng khoán Úc (ASIC's Strategic Framework), <http://asic.gov.au/about-asic/what-we-do/our-role/strategic-framework/>, truy cập lần cuối ngày 31/7/2015.

khấp như thế ở mức tốt nhất bởi chúng ta có một khuôn khổ pháp luật tốt hơn và sự giám sát thận trọng đối với lĩnh vực tài chính, thực thi chính sách cho vay của ngân hàng một cách thận trọng hơn, lãi suất thấp (3%) từ Ngân hàng Dự trữ và các hành động nhanh nhạy của Chính phủ Liên bang và bang, đặc biệt là 2 gói kích cầu vào cuối năm 2008 và đầu năm 2009²²⁰.

Nhìn vào thực tế của thị trường tài chính Úc hậu khủng hoảng tài chính, có thể nói vai trò của hệ thống pháp luật quản lý thị trường tài chính (từng bị chỉ trích là quá khắt khe) là hết sức quan trọng. Pháp luật và các chính sách của Chính phủ nếu hiệu quả có thể phòng ngừa và “cứu nguy” cho khủng hoảng thị trường. Theo các báo cáo thị trường và nhận định của các chuyên gia tài chính, bài học từ khủng hoảng kinh tế của nước Hoa Kỳ chính là sự thiếu quản lý của cơ quan chức năng và sự lệ thuộc/tin tưởng vào khả năng tự điều chỉnh (self-regulation) của các chủ thể trên thị trường²²¹.

3.2.2. Pháp luật về quản lý thị trường tài chính ở Úc

Từ cuộc khủng hoảng tài chính năm 2008, rất nhiều diễn đàn, hội nghị trên thế giới đều hướng tới việc tìm câu trả lời cho câu hỏi là làm thế nào để ngăn chặn một cuộc khủng hoảng tài chính tương tự xảy ra trong tương lai? Câu trả lời đòi hỏi sự kết hợp thông tin từ nhiều chuyên gia trong các lĩnh vực kinh tế, tài chính, kế toán, quản lý và lời giải đáp chắc chắn không thể thiếu yếu tố pháp luật và vai trò của nó trong việc ngăn chặn, xử lý rủi ro. Đây chính là bài học của Hoa Kỳ khi gỡ bỏ nhiều luật, nới lỏng quản lý và thả nổi thị trường tài chính, cho phép các doanh nghiệp tài chính lớn tự thiết lập tiêu chuẩn đánh giá định mức rủi ro của các gói đầu tư mà không có sự theo dõi sát sao của bất

²²⁰John Bunting, “The Global Financial Crisis of 2008-09: Learning How Not to Repeat the Mistakes, Public Administration Today - Government Advice and Accountability”, Số tháng 1-3 năm 2010, tr.16.

²²¹Paul Latimer, “How to Ensure Disclosure of Information in Securities Markets” Post-GFC, 42 Common Law World Review 111, 2013, tr.117[1].

kì cơ quan lập pháp nào vào năm 2004²²². Nói cách khác, vai trò bảo vệ và giám sát thị trường lẽ ra không nên bị thả nổi theo nhu cầu của thị trường hay bị chi phối theo đánh giá của các doanh nghiệp tư mà cần có sự can thiệp của các cơ quan chuyên ngành có thẩm quyền, bảo đảm sự chặt chẽ và hiệu quả trong các đánh giá tài chính/rủi ro.

Riêng với nước Úc, câu hỏi có phần đơn giản hơn: làm thế nào để duy trì tính hiệu quả của hệ thống pháp luật và quản lý thị trường tài chính nhằm giữ vững thế mạnh của hệ thống sẵn có trong bối cảnh thị trường thay đổi nhanh chóng và thường xuyên có các thay đổi/cải tiến trong phương thức đầu tư? Trước năm 1997, thị trường tài chính Úc được quản lý bởi nhiều cơ quan khác nhau, theo nhiều luật khác nhau do việc quản lý mỗi sản phẩm tài chính tùy thuộc vào ngành công nghiệp đưa ra sản phẩm chứ không phụ thuộc vào sản phẩm. Ví dụ, cùng là cổ phiếu nhưng cổ phiếu từng ngành công nghiệp sẽ do pháp luật ngành điều chỉnh. Mặc dù có tính tương đồng nhất định, nhưng có sự chông chéo giữa các luật cũng như các cơ quan thi hành luật, bộ máy rườm rà công kênh và kém hiệu quả. Đây chính là nút thắt thúc đẩy những cải cách lớn trong pháp luật tài chính ở Úc sau năm 1997²²³.

Sau cải cách tài chính năm 1997, trọng trách quản lý thị trường tài chính được giao cho hai cơ quan chính: Cơ quan Giám sát Tài chính Úc (Australian Prudential Regulation Authority - APRA) và Ủy ban Đầu tư và Chứng khoán Úc (Australian Securities and Investments Commission - ASIC). APRA được thành lập vào tháng 7/1998 với vai trò chính quản lý hoạt động của các ngân hàng, quỹ tín dụng, quỹ bảo hiểm và quỹ lương hưu ở Úc; giám sát tiêu chuẩn và bảo đảm cam kết tín dụng được

²²²Thomas Clarke, "The global financial crisis and the implication for corporate governance and regulation", 61 Keeping Good Companies 70, 2009, 73(3).

²²³Australian Parliament, "The Wallis Report on the Australian Financial System: Summary and Critique", Research Paper 16, 1996-97, Major Issues Summary, tr.3.

thực thi theo tiêu chuẩn²²⁴. ASIC được thành lập vào năm 2001 với vai trò quản lý rộng và có phần nặng nề hơn: giám sát tất cả các doanh nghiệp (không phải ngân hàng) và hoạt động của các doanh nghiệp trên thị trường tài chính theo khuôn khổ của Luật doanh nghiệp Úc năm 2001 (Corporations Act 2001). Luật doanh nghiệp năm 2001 không chỉ là trụ cột chính cho pháp luật về doanh nghiệp của Úc, mà còn là cơ sở pháp luật quan trọng cho việc quản lý thị trường tài chính Úc. ASIC tồn tại để bảo đảm Luật doanh nghiệp được thực thi đúng quy định. Cũng có thể nói, Luật doanh nghiệp đã trao cho ASIC một vị thế quan trọng, nòng cốt²²⁵ với trọng trách lèo lái thị trường tài chính, quản lý các chủ thể tham gia thị trường với mục tiêu bảo đảm tín nhiệm tài chính cho một thị trường hoạt động hiệu quả²²⁶. Theo quy định của Luật doanh nghiệp năm 2001, quyền hạn của ASIC thể hiện ở 2 khía cạnh chính: giám sát thị trường tài chính và cấp phép cho các chủ thể cung cấp dịch vụ tài chính.

Giám sát thị trường tài chính: như đã nói ở trên, ASIC là cơ quan thuộc Chính phủ có đầy đủ quyền hạn pháp lý để bao quát, giám sát và quản lý thị trường tài chính, các dịch vụ tài chính, các chủ thể tham gia thị trường tài chính và tất cả các hoạt động trên sàn chứng khoán Úc (Australian Securities Exchange - ASX)²²⁷. ASX được thiết lập bởi chính công ty cổ phần mang tên ASX. Thành lập vào năm 1987, ASX khởi nguồn là một công ty trách nhiệm hữu hạn, chuyển đổi thành công ty cổ phần năm 1998 với trọng trách bảo đảm giao dịch trên sàn chứng khoán ASX phải công bằng, minh bạch, hiệu quả và theo đúng các quy tắc do ASX tự đặt ra²²⁸. Trước tháng 8/2010, ASIC và ASX cùng có quyền

²²⁴<http://www.apra.gov.au/aboutapra/Pages/default.aspx>.

²²⁵Các điều luật nhắc tới trong bài mặc định là điều luật từ Luật doanh nghiệp Úc 2001, trừ khi ghi rõ ràng là từ Luật khác.

²²⁶Australian Securities and Investments Commission Act 2001 (Cth), s1(2).

²²⁷Phillip Lipton, Abe Herzberg và Michelle Welsh, "Understanding Company Law", Thompson Reuters, 17th edition, 2014, Chương 19, tr.713[4].

²²⁸<http://www.asx.com.au/prices/company-information.htm>, truy cập lần cuối ngày 1/8/2015.

giám sát các giao dịch chứng khoán trên sàn ASX. Nhưng ASX với tư cách vừa quản lý sàn giao dịch vừa có cổ phần trên sàn giao dịch đã dẫn tới nhiều quan ngại về tính vô tư của cơ quan này trong vai trò giám sát thị trường. Quan ngại này đã được giải tỏa bằng sự thay đổi của luật vào năm 2010; theo đó, chuyển giao toàn bộ trách nhiệm giám sát thị trường tài chính cho ASIC²²⁹.

Cấp phép cho các chủ thể cung cấp dịch vụ tài chính: theo quy định tại Điều 911A(1), bất kỳ cá nhân/chủ thể nào muốn cung cấp dịch vụ tài chính ở Úc đều phải có giấy cấp phép của ASIC²³⁰. Điều 912A quy định rõ các yêu cầu cần có đối với chủ thể muốn cung cấp dịch vụ tài chính như yêu cầu dịch vụ cung cấp phải trung thực, công bằng, tuân thủ pháp luật đồng thời phải có các nội quy để đối phó với các trường hợp xung đột quyền lợi (conflict of interests) khi cung cấp dịch vụ tài chính²³¹. Các nội quy đối phó với xung đột quyền lợi của bên cung cấp dịch vụ tài chính có thể bao gồm các quy định đơn giản cho tới hình thức quản lý có hệ thống như tường bảo mật thông tin “Chinese Walls” thường được các công ty lớn sử dụng.

Vấn đề mâu thuẫn quyền lợi cần đặc biệt chú ý bởi giá trị của các thông tin liên quan đến tài chính có vai trò mấu chốt trong đầu tư và thu lợi nhuận chứng khoán. Hơn nữa, các bên cung cấp nhiều loại hình dịch vụ tài chính thường làm việc với nhiều chủ thể tham gia thị trường, thông tin nắm bắt được có thể bị lạm dụng gây mất cân bằng thông tin, ảnh hưởng đến uy tín, đạo đức kinh doanh của doanh nghiệp và nghiêm trọng hơn là gây mất tin tưởng đối với các nhà đầu tư tài chính. Trên cơ sở này, ASIC có thể cấm và rút giấy cấp phép của các chủ thể vi phạm các yêu cầu của Điều 912A nói trên.

²²⁹Phillip Lipton, Abe Herzberg và Michelle Welsh, “Understanding Company Law”, Thomson Reuters, 17th edition, 2014, Chương 19, tr.712[6].

²³⁰Corporations Act 2001 (Cth), s 911A(1).

²³¹Corporations Act 2001 (Cth), ss 912A(1)(a)-(c), ss912B - 912F.

Luật yêu cầu các bên cung cấp dịch vụ tài chính phải cung cấp một số thông tin bắt buộc; một khi được cấp phép hoạt động, các chủ thể cung cấp dịch vụ tài chính cần biết những thông tin/hướng dẫn bắt buộc phải kê khai/trình bày với người sử dụng dịch vụ. Các hướng dẫn chính bao gồm “Hướng dẫn tìm hiểu dịch vụ tài chính” (Financial Services Guide), “Bản tư vấn” (Statement of Advice) - trừ khi khoản đầu tư ít hơn 15.000 AUD, “Bản kê khai thông tin sản phẩm” (Product Disclosure Statement)²³². Ngoài ra, Luật doanh nghiệp sửa đổi năm 2012 bổ sung Điều 961B(1), yêu cầu bên cung cấp dịch vụ tài chính phải đặt quyền lợi tài chính của khách hàng lên hàng đầu²³³. Quy định mới này đòi hỏi bên cung cấp dịch vụ phải tìm hiểu kỹ tiềm lực, nhu cầu và khả năng đầu tư của khách hàng đồng thời vận dụng hết những kỹ năng kinh nghiệm cần thiết để đưa ra lời khuyên phù hợp. Có thể nói, quy định mới này ngoài tính pháp lý còn mang tính chất hướng dẫn và nâng tầm tiêu chuẩn của dịch vụ tài chính.

Đánh giá chung

Lĩnh vực tài chính là một trong những lĩnh vực mà pháp luật cần thay đổi và cập nhật thường xuyên để bắt kịp xu hướng thị trường bên cạnh các lĩnh vực phát triển nhanh và nóng như công nghệ thông tin và sở hữu trí tuệ²³⁴. Như phân tích ở trên, để vận hành trong thị trường tài chính Úc, các chủ thể phải bảo đảm các yêu cầu khắt khe của Luật doanh nghiệp và sự giám sát chặt chẽ của ASIC. Điều này hết sức cần thiết trong bối cảnh thị trường tài chính với sự hỗ trợ của công nghệ thông tin đang ngày càng phát triển vượt trội. Lượng đầu tư tài chính²³⁵ tăng hơn gấp đôi

²³²Corporations Act 2001 (Cth), Chapter 7, Part 7.7 Financial Services Disclosure.

²³³Phillip Lipton, Abe Herzberg và Michelle Welsh, “Understanding Company Law”, Thompson Reuters, 17th edition, 2014, Chương 19, tr.721[1].

²³⁴Thomas Clarke, “The global financial crisis and the implication for corporate governance and regulation”, 61 Keeping Good Companies 70, 2009, tr.73(5).

²³⁵Thường những lượng đầu tư tài chính này bao gồm tiền mặt và các khoản chứng khoán chính phủ được dự trữ để đầu tư vào thị trường khi cần thiết.

trong vòng 20 năm qua ở Anh và Hoa Kỳ²³⁶ và tăng gần gấp 3 ở Úc chỉ trong khoảng thời gian 5 năm²³⁷. Sự phát triển này có đóng góp lớn của những nỗ lực cải cách công nghiệp, của sự phát triển của các kỹ thuật tiên tiến, của việc tháo gỡ những rào cản pháp luật tài chính và không thể không nhắc tới yếu tố toàn cầu hóa²³⁸. Đi đôi với sự phát triển nhanh chóng của thị trường tài chính là các cải tiến và kỹ thuật mới trong khâu đầu tư tài chính²³⁹, đây là khía cạnh cần đặc biệt chú ý về mặt quản lý pháp luật²⁴⁰. Rõ ràng, sự phát triển này nếu không có sự nắm bắt và tìm kiếm cương nhất định của pháp luật sẽ có thể dẫn tới sự lạm dụng của các chủ thể và mang lại hệ lụy kinh tế nghiêm trọng, một trong những bài học đắt giá từ khủng hoảng kinh tế Hoa Kỳ năm 2008.

3.3. Pháp luật về thị trường bất động sản

3.3.1. Khái lược về thị trường bất động sản Úc

Theo những thông tin mới nhất về thị trường bất động sản Úc, giá nhà đất ở Úc nói chung đang tăng một cách chóng mặt chỉ trong vòng 12 tháng từ tháng 07/2014 đến tháng 07/2015. Sự tăng trưởng này nhanh và mạnh nhất là ở Sydney, giá nhà tăng 14% trong vòng 12 tháng²⁴¹. Một phân tích kinh tế cho thấy giá nhà đất tăng là do nhu cầu của thị trường tăng nhanh hơn so với khả năng đáp ứng của thị trường.

Một trong những nguyên nhân chính dẫn tới nhu cầu nhà đất tăng cao là sự đầu tư mạnh mẽ từ các nhà đầu tư nước ngoài²⁴².

²³⁶Thomas Clarke, "The global financial crisis and the implication for corporate governance and regulation", 61 Keeping Good Companies 70, 2009, tr.71(4).

²³⁷Alexandra Heath and Mark Manning, "Financial Regulation and Australian Dollar Liquid Assets", Reserve Bank of Australia Bulletin, September Quarter 2012, tr.45.

²³⁸Thomas Clarke, "The global financial crisis and the implication for corporate governance and regulation", 61 Keeping Good Companies 70, 2009, tr.71(4).

²³⁹Các cải cách tài chính không chỉ gói gọn trong khía cạnh đầu tư mà còn bao gồm cải tiến trong khâu thanh toán tài chính, chuyển khoản dễ dàng, quản lý tài khoản, bảo hiểm tài chính, các dịch vụ cho vay - đều là những cải tiến cần thiết và thỏa đáng với nhu cầu xã hội.

²⁴⁰World Economic Forum, The Role of Financial Services in Society: Towards Responsible Financial Innovation May 2014, tr.5.

²⁴¹Antony Lawes, All eyes are on what will happen next, The Sydney Morning Herald, 4 July 2015.

²⁴²Michael Bleby, Property boom may give RBA pause, The Australian Financial Review, 4 May 2015.

Các nhà đầu tư nước ngoài đặc biệt ưa thích thị trường Sydney, nếu giá nhà ở Sydney tăng 14% thì giá nhà ở Melbourne tăng 6.5%, Brisbane tăng 2%, Adelaide chỉ tăng 1% trong khoảng một năm trở lại đây (theo số liệu tháng 5/2015)²⁴³. Dù hệ thống quản lý đầu tư hiện tại không cung cấp đủ dữ liệu thông tin để đánh giá một cách đúng đắn ảnh hưởng của đầu tư nước ngoài tới thị trường bất động sản Úc, thực tế là nhu cầu nhà đất tăng quá mạnh trong khi các yếu tố kinh tế khác như lạm phát, lãi suất, tỉ lệ thất nghiệp và tỉ giá đô la Úc chỉ thay đổi ở mức khiêm tốn²⁴⁴. Đây chính là một trong những căn nguyên khiến Chính phủ Liên bang và các bang đều đề xuất thu phí của các nhà đầu tư nước ngoài nhiều hơn.

3.3.2. Pháp luật về đầu tư nước ngoài vào thị trường bất động sản Úc

Đối với các nhà đầu tư vào thị trường đất nông nghiệp, bất kì nhà đầu tư nước ngoài nào muốn mua đất nông nghiệp ở Úc đều phải nộp đơn tới Ủy ban Đánh giá Đầu tư Nước ngoài (Foreign Investment Review Board - FIRB) nếu giá trị tích lũy (cumulative value) của toàn bộ đất nông nghiệp nhà đầu tư đó sở hữu sau giao dịch vượt quá 15 triệu đô la Úc (nhưng có ngoại lệ dành cho nhà đầu tư là công dân các quốc gia Chile, Singapore, Thái Lan, New Zealand và Hoa Kỳ)²⁴⁵. Thủ tục nộp đơn hoàn toàn miễn phí. Điều đáng nói là với chủ trương khuyến khích và mở cửa kinh tế thu hút đầu tư, Úc không có luật hay những quy định rõ ràng cho quá trình xem xét đơn xin đầu tư²⁴⁶ mà chỉ có một cơ

²⁴³Michael Bleby, Property boom may give RBA pause, "The Australian Financial Review", 4 May 2015.

²⁴⁴Jennifer Harris and Tomoyuki Hachigo, New fees and fines proposed for foreign investors in residential real estate, 5/3/2015

http://www.claytonutz.com/publications/edition/05_march_2015/20150305/new_fees_and_fines_proposed_for_foreign_investors_in_residential_real_estate.page, truy cập lần cuối ngày 31/7/2015.

²⁴⁵Treasurer, Australia's Foreign Investment Policy, June 2015, tr.4.

²⁴⁶Luật mua lại và tiếp quản công ty nước ngoài năm 1975 (Foreign Acquisitions and Takeover Act 1975) đưa ra những định nghĩa về đất nông nghiệp và các hình thức đầu tư, đồng thời là cơ sở pháp lý cho Bộ trưởng Bộ Tài chính quyết định kết quả của các đơn xin đầu tư (theo Điều 35 và 36 của Luật mua lại và tiếp quản công ty nước ngoài 1975).

sở chung là lợi ích quốc gia (national interests)²⁴⁷. FIRB, dưới sự chỉ đạo Bộ trưởng Bộ Tài chính, có thẩm quyền đưa ra quyết định chấp thuận hay từ chối đơn xin đầu tư dựa trên cơ sở này.

Đối với các nhà đầu tư vào thị trường nhà đất, khác với đầu tư vào đất nông nghiệp, nhà đầu tư nước ngoài bắt buộc phải nộp đơn đệ trình xét duyệt trước khi được phép giao dịch mua đất bất kể giá trị của mảnh đất hay bất động sản đó²⁴⁸. Không có lệ phí nào cho thủ tục này. Yêu cầu nộp đơn xét duyệt cũng áp dụng trong trường hợp nhà đầu tư muốn tham gia đầu tư phát triển bất động sản thương mại (commercial real estate) có tổng giá trị từ 55 triệu AUD trở lên hoặc bất động sản cố cần bảo tồn có giá trị từ 5 triệu AUD trở lên.

3.3.3. Những đề xuất thay đổi đang được Chính phủ Úc cân nhắc

Theo đề xuất đang được Chính phủ đương thời xem xét, bất kỳ nhà đầu tư nước ngoài nào muốn mua bất động sản ở Úc có giá trị thấp hơn hoặc bằng một triệu AUD bắt buộc phải nộp 5.000 AUD lệ phí cho FIRB. Cũng theo đề xuất này, lệ phí 10.000 AUD sẽ được áp dụng cho các giao dịch mua bán bất động sản có giá trị hơn một triệu AUD. Mức lệ phí có thể là 100.000 AUD nếu giá trị bất động sản lên tới một tỉ AUD. Nếu vi phạm, nhà đầu tư có thể bị phạt bằng 25% giá trị của bất động sản và có thể bị yêu cầu bán lại tài sản đó²⁴⁹. Những đề xuất thay đổi về lệ phí này đã gặp không ít sự phản đối từ phía các nhà đầu tư và cả bên có nhu cầu bán bất động sản. Hiện tại vẫn chưa có câu trả lời chính thức liệu đề xuất thu thêm lệ phí có được áp dụng hay không. Cho đến nay, các nhà đầu tư chỉ cần nộp đơn đệ trình lên FIRB xét duyệt và không có chi phí xét hồ sơ. Bộ trưởng Bộ Tài chính Joe Hockey

²⁴⁷Financial Services Institute of Australia, "Regulating Foreign Direct Investment in Australia" Discussion Paper", February 2014, tr.7(2).

²⁴⁸Treasurer, Australia's Foreign Investment Policy, June 2015, tr.4.

²⁴⁹Australian Parliament, Parliamentary Budget Office, Report on Foreign Investment in Residential Real Estate, Appendix C - Parliamentary Budget Office Costings for a proposed FIRP application fee.

cho rằng đây là sự lãng phí tiền thuế của người dân Úc để cung cấp dịch vụ miễn phí cho người nước ngoài²⁵⁰.

Trong khi đề xuất thay đổi trên đang được xem xét, một bước thắt chặt quản lý đầu tư nước ngoài đã được Chính phủ đưa ra, đó là việc mở văn phòng đăng kí kê khai (Register) thuộc quản lý của FIRB, chính thức được thành lập vào tháng 3/2015 với mục tiêu ghi nhận có bao nhiêu nhà đầu tư nước ngoài đang sinh sống, sở hữu đất nông trại ở Úc. Tạm thời vẫn chưa có văn bản quyết định quyền quản lý bất động sản tư của Văn phòng đăng kí, nhưng điều này chắc chắn sẽ được cân nhắc trong hoạch định của Chính phủ²⁵¹. Một thay đổi đặc biệt rõ rệt nữa từ tháng 3/2015 là với mức đầu tư vượt quá hoặc tương đương 15 triệu AUD vào đất nông nghiệp, FIRB sẽ xem xét sát sao hơn (trước tháng 3/2015 mức sàn cho việc xem xét này là 252 triệu AUD)²⁵². Thêm nữa, bắt đầu từ ngày 1/7/2015, Sở Thuế vụ Úc (Australian Tax Office - ATO) sẽ thu thập thông tin về các đầu tư nước ngoài vào đất nông nghiệp ở Úc bất kể giá trị của các mảnh đất này²⁵³.

Sự kết hợp giữa FIRB và Sở Thuế vụ Úc (Australian Tax Office) cho thấy nhu cầu quản lý sát sao thị trường bất động sản của Chính phủ trong bối cảnh thị trường bất động sản đang nóng lên. Việc thắt chặt quản lý đầu tư nước ngoài vào đất nông nghiệp chính là bước đầu trong kế hoạch của Chính phủ. Câu hỏi vẫn còn bỏ ngỏ là liệu Chính phủ có thông qua quy định về thu lệ phí đối với các nhà đầu tư nước ngoài mua bất động sản hay không và nếu có thì liệu quyết định này sẽ ảnh hưởng thế nào đến thị trường bất động sản nói riêng và nền kinh tế Úc nói chung?

²⁵⁰Michael Janda, Foreign real estate buyers to pay fees of at least \$5,000 under foreign investment review system, 25 February 2015, xem <http://www.abc.net.au/news/2015-02-25/foreign-real-estate-buyers-to-pay-fees-up-to-10000-dollars/6260748>, truy cập lần cuối này 31/7/2015.

²⁵¹FIRB, Recent Changes to Policy <http://www.firb.gov.au/content/policy.asp>, truy cập lần cuối ngày 31/7/2015.

²⁵²FIRB, Dẫn trên.

²⁵³FIRB, Dẫn trên.

3.4. Pháp luật về thị trường khoa học - công nghệ

Chính phủ các quốc gia phát triển, trong đó có Úc, đặc biệt quan tâm đến đầu tư phát triển khoa học - công nghệ và xem đây yếu tố không thể thiếu trong việc bảo đảm tính cạnh tranh của nền kinh tế quốc gia. Nhìn một cách tổng thể, một thị trường khoa học - công nghệ phát triển đem đến nhiều hứa hẹn việc làm cho thị trường lao động, nâng cao đời sống xã hội, chất lượng dịch vụ; cải thiện năng suất lao động; thu hút đầu tư và thúc đẩy tiềm năng kinh tế hiệu quả.

Úc luôn là một trong những thị trường cập nhập nhanh nhất các tiến bộ trong công nghệ thiết bị công nghiệp và tiêu dùng. Rất nhiều công ty điện tử hàng đầu trên thế giới chọn Úc làm vị trí chiến lược cho đầu tư, nghiên cứu công nghệ thông tin. Điều này dựa trên nhiều yếu tố hấp dẫn như tiềm năng kinh tế, tiềm năng nghiên cứu, sức mua của người tiêu dùng, thủ tục pháp lý nhanh gọn, các ưu đãi về thuế²⁵⁴, đồng thời vị thế của nước Úc cũng hỗ trợ việc mở rộng trong khu vực Châu Á - Thái Bình Dương²⁵⁵.

Pháp luật về sở hữu trí tuệ đóng vai trò không thể thiếu trong việc bảo vệ, nuôi dưỡng và khuyến khích phát triển thị trường khoa học - công nghệ. Từ đầu thế kỉ 20, nền tảng của pháp luật về sở hữu trí tuệ đã được tạo dựng, đáp ứng nhu cầu của các phát kiến khoa học. Các bộ phận chính của pháp luật về sở hữu trí tuệ là: Luật quyền tác giả (Copyright Law), Luật nhãn hiệu (Trademark Law), Luật về kiểu dáng công nghiệp (Design Law) và Luật sáng chế (Patent Law).

Mỗi bộ phận nói trên của pháp luật về sở hữu trí tuệ được quy định trong một luật riêng. Cơ quan sở hữu trí tuệ Úc (IP

²⁵⁴Các ưu đãi về thuế dành cho hoạt động Nghiên cứu và Phát triển (R&D Tax Incentive) là chương trình hỗ trợ của Sở Thuế vụ Úc (Australian Tax Office) cho phép các doanh nghiệp khấu trừ thuế đối với những chi phí phát sinh từ hoạt động nghiên cứu, phát triển và cải tiến kĩ thuật.

²⁵⁵Xem website của Ủy ban thương mại Úc < <http://www.austrade.gov.au/Invest/Opportunities-by-Sector/digital-technologies#.VWfAp5PGqoo>>, truy cập lần cuối ngày 31/7/2015.

Australia) là cơ quan trực thuộc Chính phủ, có trách nhiệm kiểm tra và xem xét các đơn đăng kí bảo hộ sáng chế, kiểu dáng công nghiệp và nhãn hiệu ở Úc. Tòa án Liên bang Úc (Federal Court of Australia) là Tòa án có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp liên quan đến sở hữu trí tuệ.

3.4.1. Luật quyền tác giả

Hiện nay vấn đề quyền tác giả ở Úc được bảo hộ theo Luật quyền tác giả năm 1968 (Copyright Act 1968). Các tác phẩm văn học, nghệ thuật, khoa học đều có thể được bảo hộ theo Luật quyền tác giả. Quyền tác giả là quyền được bảo hộ mà không cần phải đăng kí.

Từ những năm 1990 trở lại đây, sự đột phá của công nghệ số đã góp phần xóa bỏ ranh giới địa lý, thay đổi phương thức tiếp cận người dùng, cho phép các sản phẩm công nghệ thương mại xâm nhập nhiều thị trường địa lý khác nhau một cách nhanh chóng. Điều này mang tới lợi thế rõ ràng cho các nhà phân phối, nhưng cũng dẫn đến nguy cơ xảy ra khai thác trái phép các sản phẩm công nghệ, trong đó có vấn đề vi phạm quyền tác giả. Vì thế, quyền tác giả cũng là một trong những vấn đề được quan tâm hàng đầu của các quốc gia phát triển, trong đó có Úc, khi đàm phán, ký kết các hiệp định thương mại với các quốc gia đang phát triển.

3.4.2. Luật về kiểu dáng công nghiệp

Theo Luật kiểu dáng công nghiệp Úc năm 2003 (Designs Act 2003), “kiểu dáng công nghiệp” (design) được pháp luật bảo vệ là ngoại hình của một sản phẩm, có thể là hình dáng, mẫu mã, kiểu cách trang trí mang tính độc đáo (distinctive) và mới lạ (new). Kiểu dáng công nghiệp đã được quảng cáo, trưng bày hoặc lưu thông thì có thể không đăng ký bảo hộ được nữa. Kiểu dáng công nghiệp muốn đăng kí bảo hộ thành công thì ngoài yếu tố độc đáo và mới lạ, còn phải đáp ứng nhu cầu thẩm mỹ, không có hình dáng gây sốc hoặc xúc phạm tới người xem. Việc đăng kí thành

công sẽ cho phép kiểu dáng công nghiệp được pháp luật bảo hộ trong vòng 10 năm. Hết hạn 10 năm, kiểu dáng công nghiệp sẽ trở thành kiến thức cộng đồng (public knowledge).

3.4.3. Luật nhãn hiệu

Để bảo vệ nhãn hiệu, các doanh nghiệp Úc hay các doanh nghiệp nước ngoài có hoạt động kinh doanh tại Úc có những lựa chọn khác nhau. Doanh nghiệp có thể đăng ký và có được sự bảo hộ nhãn hiệu thông qua Luật nhãn hiệu năm 1995 (Trade Marks Act 1995). Luật này cho phép nhãn hiệu được sử dụng độc quyền trong vòng 10 năm và doanh nghiệp có thể gia hạn bảo hộ nhãn hiệu mỗi khi hết hạn 10 năm tiếp theo và không giới hạn số lần gia hạn. Với các nhãn hiệu được đăng ký và có tên trong hồ sơ lưu giữ của cơ quan sở hữu trí tuệ Úc nhưng có dấu hiệu bị “bỏ quên”, doanh nghiệp khác có thể nộp đơn yêu cầu Cơ quan sở hữu trí tuệ Úc thu hồi nhãn hiệu và tái cấp phép quyền sở hữu nhãn hiệu đó cho họ.

Với các nhãn hiệu không đăng ký (hoặc văn bằng bảo hộ đã hết hạn), trên cơ sở yêu cầu bảo vệ uy tín kinh doanh, chống gian lận trên thị trường, các doanh nghiệp vẫn có quyền kiện tới Tòa án để bảo đảm quyền và lợi ích chính đáng của mình. Tuy nhiên, thực tế thì việc thưa kiện như vậy sẽ đòi hỏi các bằng chứng rất đầy đủ và rõ ràng về uy tín và thương hiệu của doanh nghiệp/doanh nhân trong một thị trường và khu vực nhất định. Bởi vậy, thường chỉ những doanh nghiệp lâu năm, có tên tuổi mới có thể sử dụng phương thức kiện tụng này thành công.

3.4.4. Luật sáng chế

Luật sáng chế năm 1990 (Patents Act 1990) cho phép hai loại sáng chế được đăng ký bảo hộ: sáng chế tiêu chuẩn (standard patent) và sáng chế cải tiến (innovation patent). Sáng chế tiêu chuẩn là các sáng chế mới, chưa từng có trên thị trường, đạt các kiểm tra kỹ thuật, kiểm định cho thấy sáng chế đó là một bước sáng

tạo mới (inventive step)²⁵⁶ và có khả năng áp dụng công nghiệp. Sáng chế tiêu chuẩn nếu được đăng ký thành công sẽ có thời hạn bảo hộ là 20 năm (hoặc 25 năm cho các dược phẩm hóa liệu).

Cơ quan sở hữu trí tuệ Úc có trách nhiệm kiểm tra và xem xét các đơn đăng kí bảo hộ sáng chế. Quá trình kiểm tra, xét duyệt đơn đăng kí sáng chế có thể kéo dài từ 6 tháng tới vài năm. Điều này cho thấy đây là lĩnh vực phức tạp và chuyên sâu, một sáng chế đăng kí thành công không chỉ đòi hỏi tiềm năng sáng tạo và đầu tư của doanh nghiệp mà còn đòi hỏi thời gian và hợp tác của cả các chuyên gia về luật và về khoa học kĩ thuật.

Từ đầu thế kỉ 19 tới nay, từ cách mạng công nghiệp Anh thay đổi các phương pháp sản xuất công nghiệp tới cách mạng công nghệ thông tin với sự lột xác của khoa học kĩ thuật công nghệ thì việc tìm ra một sáng chế thực sự mới mẻ là một thử thách đầy khó khăn. Bởi vậy, pháp luật cho phép đăng kí các sáng chế cải tiến (sáng chế có sự sáng tạo ở mức thấp hơn sáng chế tiêu chuẩn) được phép đăng kí bảo hộ trong vòng 8 năm nếu sáng chế có một bước cải tiến (innovative step) so với các sáng chế trước đó. Khác với sáng chế tiêu chuẩn, sáng chế cải tiến có thể được cấp phép trong vòng một tháng và không cần qua bước kiểm tra. Nếu người nộp đơn hoặc cá nhân/doanh nghiệp khác yêu cầu kiểm tra sáng chế cải tiến thì quá trình kiểm tra chỉ mất tối đa 6 tháng.

3.4.5. Hợp tác quốc tế về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ

Trong hơn một thập kỉ qua, vấn đề sở hữu trí tuệ và phát triển thị trường khoa học - công nghệ luôn là chủ đề nóng và gây nhiều tranh cãi trên các diễn đàn khu vực và thế giới, bởi song hành với sự phát triển của khoa học - công nghệ là vấn nạn nhức nhối về khai thác trái phép và vi phạm quyền sở hữu trí tuệ. Các vấn đề pháp luật liên quan đến lĩnh vực này đòi hỏi sự hợp tác

²⁵⁶Sáng chế sẽ phải qua kiểm định của các chuyên gia trong ngành để xem nó có phải thực sự khác lạ, là một bước sáng tạo mới hay không.

thiện chí và chặt chẽ giữa các quốc gia nhằm kiến tạo một khuôn khổ pháp luật liên quốc gia đồng bộ và các biện pháp thực thi hiệu quả.

Úc là thành viên của hai điều ước quốc tế quan trọng về sở hữu trí tuệ là Công ước Paris 1883 về bảo hộ sở hữu công nghiệp (Paris Convention for the Protection of Industrial Property) và Hiệp ước hợp tác sáng chế 1970 (the Patent Co-operation Treaty). Cả hai điều ước quốc tế này đều thuộc sự quản lý của Tổ chức Sở hữu trí tuệ thế giới (World Intellectual Property Organisation - WIPO) với mục tiêu đẩy mạnh trí tuệ sáng tạo thông qua việc bảo vệ và thúc đẩy hợp tác giữa các quốc gia thành viên, tạo một hành lang pháp lý mang tính quốc tế bảo vệ sở hữu trí tuệ. Đặc biệt, với tư cách là thành viên của Tổ chức Thương mại thế giới (WTO), Úc còn chịu sự ràng buộc của một điều ước quốc tế hết sức phổ quát và hiệu lực đó là Hiệp định về các khía cạnh thương mại liên quan tới quyền sở hữu trí tuệ (TRIPs).

3.5. Pháp luật về thị trường lao động

Dưới thời Thủ tướng Julia Gillard (nhiệm kì 2010 - 2013), một trong những cải cách lớn nhất mà Bà mang lại là cải cách về luật lao động được thể hiện trong Luật công bằng lao động (Fair Work Act 2009). Luật này thiết lập một Ủy ban bảo vệ quyền lợi lao động duy nhất hoạt động trên toàn bộ nước Úc với tên gọi Ủy ban Công bằng Lao động (Fair Work Commission). Ủy ban này hoạt động với tiêu chí bảo đảm quyền lợi tối thiểu về lương bổng và điều kiện làm việc của người lao động, đồng thời là trung gian kết nối, giúp đỡ giải quyết các bất đồng giữa người lao động và người sử dụng lao động²⁵⁷. Song hành với Ủy ban Công bằng Lao động là Thanh tra Lao động (Fair Work Ombudsman) có thẩm quyền hoạt động trên toàn quốc với vai trò điều tra những trường hợp chủ sử dụng lao động vi phạm pháp luật.

²⁵⁷<https://www.fwc.gov.au/about-us/overview>, truy cập lần cuối ngày 1/8/2015.

Luật công bằng lao động đưa ra 10 tiêu chuẩn về quyền lợi lao động tối thiểu dành cho người lao động chính thức của doanh nghiệp (thường là lao động toàn thời gian) tại Úc: (1) Người lao động toàn thời gian (full-time) chỉ phải làm tối đa 38 tiếng/tuần và chỉ phải làm thêm giờ trong tình huống hợp lý; (2) Có quyền yêu cầu thời gian làm việc linh hoạt. (3) Người lao động có quyền xin nghỉ phép từ 12-24 tháng không hưởng lương để sinh con; (4) Mỗi năm người lao động có 4 tuần nghỉ phép được hưởng lương; (5) Mỗi năm có 10 tới 12 ngày nghỉ phép được hưởng lương vì lý do riêng; (6) Nếu bị yêu cầu làm nghĩa vụ bồi thẩm đoàn (jury duties) tại Tòa án thì được nghỉ nhưng vẫn hưởng lương trong những ngày làm nghĩa vụ; (7) Được hưởng chế độ nghỉ thâm niên (long service leave); (8) Lương làm ngày lễ (public holiday) phải cao hơn ngày thường; (9) Phải có thông báo nghỉ việc trước khi quyết định cho nghỉ việc và có lương đền bù (redundancy pay); (10) Các nhân viên mới đều phải được nhận thông tin về 10 tiêu chuẩn tối thiểu này²⁵⁸.

Mức lương tối thiểu theo giờ của người lao động toàn thời gian là 17,29 AUD, tức là 656,90 AUD/tuần (38 tiếng/tuần). Mức lương theo giờ của người lao động tạm thời (casual) là 21,61 AUD, cao hơn 1/4 lương của người lao động toàn thời gian với lý do người lao động tạm thời không được hưởng một số quyền lợi như nghỉ ăn lương, nghỉ phép sinh con và nghỉ thâm niên. Thường nhóm tuổi từ 15 tuổi (tuổi tối thiểu để lao động) - 24 tuổi là nhóm tuổi cấu thành lực lượng lao động tạm thời nhiều nhất²⁵⁹.

Một khía cạnh quan trọng của Luật công bằng lao động, như đề cập ở trên, là thiết lập nên một khuôn khổ pháp luật cũng như một Ủy ban duy nhất giải đáp mọi thắc mắc về pháp luật quyền

²⁵⁸Fair Work Ombudsman, Fair Work Information Statement, xem <http://www.fairwork.gov.au/employment-entitlements/national-employment-standards>, truy cập lần cuối ngày 1/8/2015.

²⁵⁹Greg Jericho, The casualisation of Australia's workforce is nothing to panic about, The Guardian, 17 Oct 2014, <http://www.theguardian.com/business/grognomics/2014/oct/17/the-casualisation-of-Úcs-workforce-is-nothing-to-panic-about>, truy cập lần cuối ngày 1/8/2015.

lợi của người lao động như mức lương, nghỉ phép, nghỉ việc, hợp đồng. Điều này cho phép các thông tin pháp luật về lao động được cập nhật và tìm hiểu một cách nhanh chóng và thuận lợi, cùng với đó là sự dễ dàng trong việc kiểm định và xử lý những trường hợp vi phạm. Website chính thức của Ủy ban Công bằng Lao động chứa đựng thông tin đầy đủ, dễ hiểu và thậm chí còn cung cấp khóa học online miễn phí dành cho bất kỳ người lao động nào muốn tìm hiểu quyền lợi lao động của mình.

Một trong những thay đổi mới nhất trong vấn đề việc làm ở Úc là tuổi về hưu cho người dân Úc tăng từ 65 tới 70 tuổi (áp dụng cho những người sinh sau năm 1965). Những người sinh từ năm 1965 trở về trước có thể nghỉ hưu ở tuổi 65. Sự thay đổi về độ tuổi về hưu này đã chính thức đẩy Úc thành quốc gia có độ tuổi về hưu già nhất trên thế giới (ở Hoa Kỳ tuổi về hưu là 65, Phần Lan là 68, Đan Mạch là 67, Ấn Độ là 60, Trung Quốc là 60...) ²⁶⁰. Dự kiến Bản báo cáo thế hệ (Intergeneration Report, phát hành 5 năm một lần) ²⁶¹ được Chính phủ công bố vào cuối năm 2015 sẽ cung cấp các thông số đầy đủ cho thấy việc tăng độ tuổi về hưu là cần thiết để bù đắp cho lực lượng lao động có xu hướng già hóa ²⁶².

IV. PHÁP LUẬT VỀ SỞ HỮU

4.1. Quyền sở hữu đối với các loại tài sản

Quyền sở hữu luôn được tôn trọng và bảo vệ ở các quốc gia theo truyền thống thông luật, nước Úc cũng không phải là ngoại lệ ²⁶³. Quyền sở hữu tài sản là quyền cơ bản được ghi nhận trong

²⁶⁰<http://www.news.com.au/finance/Australias-official-retirement-age-of-70-highest-in-the-world/story-e6frfm1i-1226903204989>, truy cập lần cuối ngày 1/8/2015.

²⁶¹<http://archive.treasury.gov.au/igr/>, truy cập lần cuối ngày 1/8/2015.

²⁶²Greg Jericho, As Australia's population ages, the burden on the workforce is growing, The Guardian, 18 Dec 2014, xem <http://www.theguardian.com/business/grogonomics/2014/dec/18/as-Úcs-population-ages-the-burden-on-the-workforce-is-growing>, truy cập lần cuối ngày 1/8/2015.

²⁶³Chánh án Tòa án tối cao Liên bang Úc Robert French, Property, Planning and Human Rights, 25 March 2013, xem <http://www.hcourt.gov.au/publications/speeches/current/speeches-by-chief-justice-french-ac>, truy cập lần cuối ngày 1/8/2015.

Hiến pháp Úc²⁶⁴. Điều 51(xxxi) Hiến pháp Úc quy định Nghị viện Liên bang được ban hành Luật thu hồi tài sản trên cơ sở thu hồi và bồi thường một cách công bằng²⁶⁵. Điều 51(xxxi) theo đó đã gián tiếp cho thấy một sự bảo đảm mang tính hiến định đối với quyền sở hữu tài sản tư của công dân. Các quyền cơ bản khác được Hiến pháp Úc công nhận bao gồm quyền tự do ngôn luận²⁶⁶, quyền tự do hợp đồng²⁶⁷, quyền tự do trao đổi thương mại giữa các bang²⁶⁸, quyền bầu cử²⁶⁹ và quyền tự do tôn giáo²⁷⁰.

4.1.1. Tài sản cá nhân

Tài sản cá nhân (personal property) có thể được hình thành/ chuyển giao qua hình thức quà tặng (gift), mua (purchase) hoặc được thừa kế (by will or descent)²⁷¹. Tài sản cá nhân có thể dùng để bảo đảm cho một khoản nợ theo Luật bảo đảm tài sản tư năm 2009 (Personal Property Securities Act 2009). Các hình thức bảo đảm tài sản tư đều được đăng ký theo hệ thống quản lý online (online register) là hình thức quản lý tiên tiến và mới được Chính phủ Úc áp dụng từ tháng 1/2012²⁷². Hệ thống này cho phép tất cả giao dịch bảo đảm tài sản cá nhân được thông báo, đăng ký vào hệ thống sổ online, hỗ trợ cho các giao dịch chuyển giao tài sản và phòng chống một cách hiệu quả việc gian lận²⁷³.

²⁶⁴The Constitution of Australia 1901 (Cth), s51(xxxi).

²⁶⁵"The Parliament shall, subject to this Constitution, have power to make laws for the peace, order, and good government of the Commonwealth with respect to the acquisition of property on just terms from any State or person for any purpose in respect of which the Parliament has power to make laws".

²⁶⁶Vụ *Australian Capital Television v Commonwealth* (1992) 177 CLR 106.

²⁶⁷Vụ *Australian Communist Party v Commonwealth* (1951) 83 CLR 1.

²⁶⁸The Constitution of Australia, s92.

²⁶⁹The Constitution of Australia, s24.

²⁷⁰The Constitution of Australia, s116.

²⁷¹Clive Turner và John Trone, *Australian Commercial Law*, 13th edition, Lawbook Co. 2015, Thomson Reuters, Chapter 22 Property, tr.497.

²⁷²Clive Turner và John Trone, *Australian Commercial Law*, 13th edition, Lawbook Co., 2015, Thomson Reuters, Chapter 22 Property, tr.500.

²⁷³Thông tin chi tiết hơn về Hệ thống quản lý PPSR có thể tìm thấy tại website: <https://www.ppsr.gov.au/about-ppsr>, truy cập lần cuối ngày 1/8/2015.

4.1.2. Bất động sản

Luật bất động sản ở Úc rất phức tạp vì không những được vận hành bởi hai hệ thống luật là hệ thống luật cũ kế thừa pháp luật Anh (Old System Title) và hệ thống luật Torrens (do Ngài Robert Torrens cải tổ vào năm 1858)²⁷⁴ mà hai hệ thống luật cũ và mới này lại được phân bổ vào từng bang và áp dụng theo Luật bất động sản của từng bang. Có thể thấy, với các lĩnh vực như Luật cạnh tranh, Luật bảo vệ người tiêu dùng và Luật doanh nghiệp, Chính phủ Liên bang và Chính phủ bang phối hợp với nhau khá nhuần nhuyễn, thiết lập một khuôn khổ pháp luật chặt chẽ áp dụng trên cả nước. Riêng trong lĩnh vực bất động sản, Chính phủ các bang không hề nói lỏng quyền hạn của mình trong việc quản lý bởi hai lý do chính. *Thứ nhất*, nguồn thu thuế của Chính phủ bang phụ thuộc rất nhiều vào thuế đất và các giao dịch liên quan, điều này làm cho Chính phủ bang có phần ngần ngại khi đàm phán chia sẻ quyền hạn về quản lý đất.²⁷⁵ *Thứ hai*, việc gỡ bỏ và chuyển đổi công tác quản lý giao dịch đất đai đồ sộ ở Úc từ hệ thống bang lên hệ thống Liên bang sẽ rất tốn kém; sự không đồng bộ trong Luật quản lý bất động sản ở các bang cũng không ảnh hưởng tới giao thương kinh tế nhiều như sự không đồng bộ trong Luật doanh nghiệp hay Luật cạnh tranh. Chính bởi vậy, Luật bất động sản là một trong những luật đã, đang và sẽ nằm trong sự quản lý lâu dài của Chính phủ cấp bang.

Theo hệ thống luật cũ (Old System Title), người mua đất bắt buộc phải kiểm tra và tìm hiểu lịch sử giao dịch của bất động sản. Phần lớn những giao dịch này được cơ quan quản lý lưu trữ nhưng không hoàn thiện và chỉ mang tính tham khảo, người mua thường vẫn phải bỏ chi phí luật sư rất cao để tìm hiểu chính xác

²⁷⁴Clive Turner và John Trone, Australian Commercial Law, 13th edition, Lawbook Co., 2015, Thomson Reuters, Chapter 22 Property, tr.505.

²⁷⁵Thông tin về các loại thuế khác do Chính phủ bang quản lý có thể tìm thấy tại website của các cơ quan ngân khố thuộc các bang New South Wales, Victoria... Xem <http://www.osr.nsw.gov.au/taxes> hay <http://www.sro.vic.gov.au/individuals>, truy cập lần cuối ngày 1/8/2015.

chủ đất là ai và có thể giao dịch được không. Hệ thống luật cũ này là một trong những mảng luật được kế thừa trực tiếp từ nước Anh, không thực sự phù hợp với hoàn cảnh nước Úc nhưng lại cần thiết để lấp những khoảng trống trong hệ thống pháp luật những ngày đầu lập quốc.

Từ năm 1858 ở Nam Úc (South Australia), Thủ hiến tiểu bang Nam Úc là Robert Torrens đã tiến hành cải tổ hệ thống quản lý đất bằng cách thống kê toàn bộ các giao dịch bất động sản vào một Hệ thống sao kê chung (the Register). Điểm khác ở Hệ thống sao kê mới này là người mua đất không cần phải tìm hiểu thông tin nào khác ngoài Hệ thống sao kê chung. Mọi thông tin từ Hệ thống sao kê được coi là chính xác và mang tính quyết định cho giao dịch mua bán đất²⁷⁶. Đây là một trong những cải cách quan trọng trong quản lý bất động sản ở Úc. Lợi thế của hệ thống quản lý mới này nhanh chóng được công nhận và áp dụng trong các bang khác ở Úc làm cho các giao dịch mua bán bất động sản dễ dàng và thuận tiện hơn²⁷⁷.

Hệ thống quản lý tài chính ở Úc được coi là một trong những hệ thống đi đầu trên thế giới trong quản lý rủi ro²⁷⁸. Hệ thống tài chính này đóng vai trò chủ chốt trong các giao dịch bất động sản. Rất hiếm khi một ngôi nhà hay một mảnh đất ở Úc được mua theo phương pháp trả dứt mà giao dịch thông thường là người mua đặt cọc ít nhất 20% và vay ngân hàng toàn bộ số còn lại và trả góp dần cho bất động sản được mua. Với đối tượng người mua là nhà đầu tư hoặc doanh nghiệp, lãi suất hàng năm của khoản vay ngân hàng có thể được khai trừ vào thuế thu nhập, đây là một yếu tố khuyến khích giao dịch bằng tín dụng.

²⁷⁶Peter Butt, *Land Law*, 6th edition, Lawbook Co., 2010, Thomson Reuters, Chapter 20: Torrens Title, at [20 15].

²⁷⁷Peter Butt, Dẫn trên.

²⁷⁸Paul Latimer, "How to Ensure Disclosure of Information in Securities Markets" Post-GFC, 42 *Common Law World Review* 111, 2013, tr.117[1].

Đồng thời, giao dịch tín dụng trong mua bán nhà đất cũng đặc biệt hữu dụng với người tiêu dùng nói chung khi giao dịch liên quan tới bất động sản. Người Úc không chỉ mua bất động sản để đầu tư. Rất nhiều người mới đi làm có nhu cầu mua căn nhà đầu tiên để ở (first home buyer). Bởi vậy, pháp luật quản lý giao dịch tín dụng đóng vai trò quan trọng để bảo đảm sự tin tưởng và nghiêm chỉnh của hệ thống tín dụng - mục tiêu tổng quát của Luật bảo vệ tín dụng cho người tiêu dùng trong nước năm 2009 (National Consumer Credit Protection Act 2009).

V. PHÁP LUẬT VỀ CÁC THÀNH PHẦN KINH TẾ, CÁC LOẠI HÌNH DOANH NGHIỆP, CÁC TỔ CHỨC KINH TẾ KHÁC

5.1. Các loại hình doanh nghiệp

5.1.1. Cơ sở kinh doanh một chủ

Cơ sở kinh doanh một chủ (sole trader) là hình thức kinh doanh khá phổ biến ở Úc, với 29% trong tổng số 2.100.162 cơ sở kinh doanh ở Úc hoạt động dưới hình thức này²⁷⁹. Về mặt pháp lý, cơ sở này không có tư cách pháp nhân, người chủ và cơ sở kinh doanh được coi là một, không có sự tách biệt về quyền sở hữu tài sản của người chủ và cơ sở kinh doanh²⁸⁰. Tính chất này đặc biệt quan trọng bởi trong trường hợp cơ sở kinh doanh phá sản, toàn bộ nợ nần của cơ sở kinh doanh được coi là nợ riêng của chủ cơ sở, dẫn đến khả năng chủ cơ sở có thể phá sản nếu cơ sở làm ăn không tốt. Vì thế, đây là hình thức kinh doanh khá rủi ro nếu không có sự tính toán và cân nhắc kỹ lưỡng. Thêm nữa, xét về thuế thì thu nhập của cơ sở kinh doanh sẽ phải chịu mức thuế thu nhập cá nhân, có thể lên tới 45%, trong khi mức thuế dành cho doanh nghiệp chỉ là 28,5%²⁸¹.

²⁷⁹Theo số liệu của Cục Thống kê Úc (Australian Bureau of Statistics), xem <http://www.abs.gov.au/ausstats/abs@.nsf/mf/8165.0>, truy cập lần cuối ngày 1/8/2015.

²⁸⁰Brett Freudenberg, "Tax on my mind: Advisors' recommendation for choice of business forms", 42 AT Rev 33, 2013, tr.34(8).

²⁸¹Brett Freudenberg, Dẫn trên, tr.34(9).

Mặc dù có những rủi ro và bất lợi, hình thức kinh doanh này vẫn khá phổ biến, chỉ sau hình thức công ty, bởi chi phí khởi nghiệp và quản lý cơ sở kinh doanh một chủ không quá cao, người chủ có toàn quyền quyết định hoạt động của cơ sở trong khi một công ty hay một hợp danh thường phải theo quyết định chung và hình thức cơ sở kinh doanh một chủ là hình thức ít bị quản lý bởi pháp luật nhà nước về mặt chia sẻ thông tin (disclosure requirement)²⁸². Đây là hình thức kinh doanh mà chủ cơ sở kinh doanh có quyền độc lập tối đa trong quyết định sản xuất - kinh doanh và phổ biến nhất với các mô hình kinh doanh nhỏ (mô hình kinh doanh nhỏ được định nghĩa là có tổng thu nhập ít hơn 10 triệu AUD/năm). Số liệu cho thấy 99,9% cơ sở kinh doanh một chủ có tổng thu nhập ít hơn 2 triệu AUD/năm²⁸³.

5.1.2. Hợp danh

Theo Điều 115 Luật doanh nghiệp Úc²⁸⁴, một hợp danh (partnership) phải có tối thiểu 2 thành viên và tối đa là 20 người. Nếu số thành viên vượt quá 20 người, hợp danh đó buộc phải đăng ký chuyển đổi thành công ty cổ phần, nhưng cũng có ngoại lệ. Nếu công ty ở Úc được quản lý chung bằng Luật Liên bang thì hình thức hợp danh được quản lý “chồng chéo” bởi cả luật Liên bang và luật của từng bang²⁸⁵. Do tính đặc thù của Nhà nước Liên bang, sự “chồng chéo” về quản lý này không hiếm và cũng không khó để “đồng bộ hóa” bằng cách sáp nhập luật của các bang riêng lẻ vào thành một. Nhưng sự “đồng bộ hóa” như vậy chưa xảy ra bởi hình thức hợp danh không phải hình thức tổ chức kinh doanh phổ biến (chỉ 16% cơ sở kinh doanh ở Úc hoạt động theo hình thức

²⁸²Brett Freudenberg, Dẫn trên.

²⁸³Brett Freudenberg, Dẫn trên, note 47.

²⁸⁴Corporation Act 2001 (Cth), s115.

²⁸⁵Brett Freudenberg, “Tax on my mind: Advisors’ recommendation for choice of business forms”, 42 AT Rev 33, 2013, note 15.

này)²⁸⁶ và cũng không được chú trọng trong pháp luật về quản lý như trường hợp quản lý công ty.

Tính chất pháp lý của một hợp danh không mấy khác biệt so với cơ sở kinh doanh một chủ, điểm khác biệt lớn nhất là hợp danh có sự góp vốn từ nhiều hơn một thành viên. Hợp danh cũng không có sự tách biệt về tư cách pháp lý đối với các thành viên, đồng nghĩa với việc bất kì khoản nợ nào của hợp danh cũng là nợ của các thành viên (trách nhiệm vô hạn - unlimited liability). Tuy nhiên, một số bang cho phép một số thành viên của hợp danh chỉ góp vốn đầu tư thu lợi nhuận, không tham gia quản lý điều hành và chỉ chịu trách nhiệm hữu hạn trong phần vốn góp của mình vào hợp danh²⁸⁷.

5.1.3. Công ty

Mô hình kinh doanh phổ biến nhất ở Úc cho đến nay là các công ty (corporations/companies) thành lập theo Luật doanh nghiệp Úc năm 2001 (Corporation Act 2001). Mô hình công ty được đánh giá là một trong những “khám phá vĩ đại nhất của thời hiện đại”, vượt xa hơn cả các khám phá như năng lượng điện, động cơ hơi nước...²⁸⁸. Trong số 2.100.162 cơ sở kinh doanh hiện có ở Úc, 33% là các công ty đăng ký hoạt động theo Luật doanh nghiệp²⁸⁹. Nếu nhìn vào số liệu này thì mô hình công ty có vượt trội nhưng không quá cách biệt so với loại hình cơ sở kinh doanh một chủ (chiếm 29%). Nhưng sở dĩ mô hình công ty được đánh giá cao là bởi tính chất trách nhiệm hữu hạn (limited liability) của nó, các công ty chỉ chịu trách nhiệm trong phạm vi phần vốn góp của các thành viên. Đặc điểm này cho phép các nhà đầu tư quản

²⁸⁶Theo số liệu của Cục Thống kê Úc (Australian Bureau of Statistics), xem <http://www.abs.gov.au/ausstats/abs@.nsf/mf/8165.0>, truy cập lần cuối ngày 1/8/2015.

²⁸⁷Andrew Terry and Des Giugni, “Business and the Law”, CENGAGE Learning, 2009), tr.369.

²⁸⁸Brett Freudenberg, “Tax on my mind: Advisors’ recommendation for choice of business forms” (2013) 42 AT Rev 33, note 3.

²⁸⁹Theo số liệu của Cục Thống kê Úc (Úc Bureau of Statistics), cập nhập mới nhất vào tháng 6 2014, xem <http://www.abs.gov.au/ausstats/abs@.nsf/mf/8165.0>, truy cập lần cuối ngày 1/8/2015.

lý được khoản nợ của mình đối với công ty theo giá trị phần vốn góp và dễ dàng trong việc kêu gọi vốn đầu tư.

Công ty có tư cách pháp nhân (separate legal entity) và chịu trách nhiệm độc lập với các thành viên²⁹⁰. Đặc điểm này gắn liền với tính chất trách nhiệm hữu hạn của công ty. Là một pháp nhân độc lập, Công ty được coi là “có tính chuyển tiếp liên tục” (perpetual succession) và vì thế giảm thiểu thủ tục chuyển giao khi người thành lập công ty qua đời, tăng tính dài hạn cho công ty nói chung. Đây là một lợi thế lớn so với cơ sở kinh doanh một chủ người cần phải chuyển giao hoạt động kinh doanh cho người khác nếu muốn mô hình kinh doanh tiếp tục phát triển²⁹¹.

Để phát triển một nền kinh tế thị trường, cũng như mọi quốc gia, Chính phủ Úc luôn khuyến khích và tạo môi trường thuận lợi cho việc thành lập và hoạt động của các công ty. Thủ tục thành lập công ty ở Úc rất nhanh và thuận tiện, người nộp đơn thành lập công ty chỉ cần hoàn tất các thủ tục theo mẫu có sẵn trên website của Ủy ban Đầu tư và Chứng khoán Úc (ASIC), nộp lệ phí tùy theo loại đơn (dao động từ 382 đến 463 AUD²⁹²). Thủ tục đăng ký doanh nghiệp có thể hoàn tất chỉ trong vòng hai ngày kể từ ngày nộp đơn.

Đặc biệt, trong Kế hoạch ngân sách Liên bang năm 2015 (Federal Budget), Chính phủ Úc công bố sẽ cắt giảm thuế cho các công ty nhỏ có thu nhập dưới 2 triệu AUD/năm²⁹³ từ 30% xuống 28,5% với kỳ vọng mức thuế mới sẽ giúp các công ty phát triển mạnh hơn, thu hút nhiều đầu tư hơn, thúc đẩy nền kinh tế và tạo nhiều cơ hội việc làm. Kèm theo thay đổi này là luật thuế mới

²⁹⁰Phillip Lipton, Abe Herzberg và Michelle Welsh, *Understanding Company Law*, 17th edition, Lawbook Co., 2014, Thomson Reuters, tr.33[4].

²⁹¹Phillip Lipton, Abe Herzberg và Michelle Welsh, *Dẫn trên*, tr.29(3).

²⁹²Application for registration as an Australian company (Form 201), xem <http://asic.gov.au/for-business/starting-a-company/how-to-start-a-company/>, truy cập lần cuối ngày 1/8/2015.

²⁹³<https://www.ato.gov.au/General/New-legislation/In-detail/Direct-taxes/Income-tax-for-businesses/Small-Business---tax-cuts-for-small-business/>, truy cập lần cuối ngày 03/8/2015.

cho phép các công ty nhỏ như vậy được phép khấu trừ tới 20.000 đô la Úc tiền mua dụng cụ, thiết bị phục vụ hoạt động sản xuất - kinh doanh trong khoảng thời gian từ ngày 30/06/2015 tới ngày 30/06/2017²⁹⁴. Đây là thay đổi lớn so với Luật thuế trước đây, theo đó, dụng cụ và thiết bị phục vụ mục đích kinh doanh chỉ được kê khai khấu hao theo từng năm cho tới hết thời gian sử dụng²⁹⁵.

5.2. Mua bán, sáp nhập doanh nghiệp

Môi trường kinh doanh có tính cạnh tranh cao luôn tiềm ẩn rủi ro kinh tế đối với các doanh nghiệp. Nếu doanh nghiệp đã vận hành và có quy mô hoạt động nhất định, dù có thể không hiệu quả thì việc rút lui khỏi thị trường là một tổn thất đối với doanh nghiệp, với nền kinh tế nói chung và với thị trường lao động. Bởi vậy, mua bán và sáp nhập doanh nghiệp là giải pháp được pháp luật Úc khuyến khích. Khi sáp nhập, các doanh nghiệp có cơ hội kết nối năng lực và tài nguyên để vận hành hiệu quả hơn.

Tuy nhiên, nếu doanh nghiệp được mua bán, sáp nhập không chỉ để hoạt động hiệu quả hơn mà còn nhằm thao túng thị trường thì lại đi ngược với mục tiêu phát triển kinh tế chung của Chính phủ. Bởi vậy Điều 50 Luật cạnh tranh và người tiêu dùng năm 2010 (Competition and Consumer Act 2010) có điều khoản cấm các hoạt động mua bán, sáp nhập có thể làm giảm đáng kể mức độ cạnh tranh trên thị trường (substantial lessening of competition)²⁹⁶.

Cơ quan được giao trọng trách kiểm tra và cho phép mua bán, sáp nhập doanh nghiệp là Ban Hội thẩm Tiếp quản Công ty (Takeovers Panel) được thành lập trên cơ sở Điều 171 của Luật Ủy ban Đầu tư và Chứng khoán (ASIC Act)²⁹⁷ và thực hiện các

²⁹⁴Australian Government Budget 2015, xem <http://budget.gov.au/2015-16/content/highlights/job-sands-smallbusiness.html>, truy cập lần cuối ngày 1/8/2015.

²⁹⁵<https://www.ato.gov.au/Rates/Company-tax/>, truy cập lần cuối ngày 1/8/2015.

²⁹⁶Competition and Consumer Act 2010 (Cth), s50.

²⁹⁷Australian Securities and Investments Commission Act 2001 (Cth), s171.

quyền hạn theo quy định tại Phần 6.10 của Luật doanh nghiệp Úc²⁹⁸. Một trong những quyền hạn quan trọng nhất của Ban Hội thẩm là quyền đưa ra quyết định các trường hợp không thể sáp nhập công ty (s657A Declaration of unacceptable circumstances). Trong trường hợp các bên liên quan có nhu cầu xét lại đơn xin sáp nhập, Điều 657A cho phép nội bộ Ban Hội thẩm xem lại quyết định của mình và có thể thay đổi quyết định.

5.3. Phá sản doanh nghiệp

Việc phá sản doanh nghiệp phụ thuộc vào hình thức của cơ sở kinh doanh. Nếu cơ sở kinh doanh theo hình thức cơ sở kinh doanh một chủ hoặc hợp danh, thì Luật phá sản (Bankruptcy Act 1966 (Cth)) được áp dụng vì nợ của cơ sở kinh doanh cũng chính là nợ của chủ cơ sở kinh doanh²⁹⁹. Nếu cơ sở kinh doanh hoạt động theo hình thức công ty thì Luật vỡ nợ (insolvency) được áp dụng theo Chương 5.3A của Luật doanh nghiệp (Corporation Act 2001 (Cth))³⁰⁰.

Luật phá sản được Cơ quan An ninh Tài chính Úc (Australian Financial Security Authority - AFSA) thi hành và quản lý, hỗ trợ những người tuyên bố hoặc bị tuyên bố phá sản bán dần tài sản và thỏa thuận với chủ nợ. Một khi một người đã bị tuyên bố phá sản, hồ sơ phá sản sẽ được lưu vào Sổ thông tin phá sản quốc gia (National Personal Insolvency Index). Sổ này được lưu giữ online và thông tin phá sản có thể được truy cập bởi bất kỳ cá nhân nào. Bởi vậy quyết định tuyên bố phá sản là một quyết định lớn có ảnh hưởng lâu dài đến hồ sơ tài chính của một người. Sau khi đã tuyên bố phá sản, Cơ quan An ninh Tài chính Úc sẽ bổ nhiệm nhân viên tiếp quản tài sản (Trustee) để giám sát hoạt động kinh tế của người tuyên bố/bị tuyên bố phá sản và trừ nợ dần, đồng thời điều tra xem liệu có các giao dịch tẩu tán tài sản hay không³⁰¹.

²⁹⁸Corporations Act 2001 (Cth), Phần 6.10.

²⁹⁹Bankruptcy Act 1966 (Cth).

³⁰⁰Corporation Act 2001 (Cth), Phần 5.3A.

³⁰¹<https://www.afsa.gov.au/debtors/bankruptcy>, truy cập lần cuối ngày 1/8/2015.

Luật vỡ nợ gói gọn trong Chương 5 Luật doanh nghiệp Úc và cơ quan giám sát việc phá sản công ty là ASIC. Khi một công ty phá sản, hậu quả để lại cho người lao động, chủ nợ, cổ đông, thành viên góp vốn và xã hội nói chung là nghiêm trọng và tốn kém; bởi vậy, Luật vỡ nợ quy định hết sức chặt chẽ trong vấn đề tìm hiểu trách nhiệm liên đới của giám đốc điều hành công ty. Nếu một công ty tuyên bố phá sản ở Úc, lập tức giám đốc điều hành của công ty sẽ phải đối mặt với các cuộc điều tra của ASIC để tìm hiểu xem giám đốc điều hành có thực hiện đầy đủ trách nhiệm của mình trong việc quản lý và điều hành công ty hay không, đặc biệt là về tài chính. Nếu có bằng chứng cho thấy giám đốc điều hành vẫn để công ty hoạt động dù đang vỡ nợ (insolvent trading) thì có thể bị phạt tới 200.000 AUD hoặc buộc phải đền bù thiệt hại cho công ty hoặc nặng nhất là bị phạt tù tới 5 năm³⁰².

VI. PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG

6.1. Khái quát về pháp luật hợp đồng của Úc

Luật hợp đồng của Úc dựa trên hệ thống pháp luật Anh với nguồn luật chủ yếu là các án lệ. Khác với các quốc gia theo hệ thống dân luật, Úc không ban hành các luật để định nghĩa hay giải thích về hợp đồng. Điều này có nghĩa là các quy tắc pháp lý về hợp đồng hoàn toàn nằm ngoài tầm với của những người không chuyên về luật và không có sự trợ giúp của các luật sư bởi lẽ luật pháp liên quan đến định nghĩa, thực hiện, giải thích hợp đồng đều nằm trong những phán quyết của Tòa án.

Với một đất nước hết sức năng động trong việc thu hút đầu tư và phát triển kinh tế, việc liệu có nên ban hành luật ghi rõ các quy tắc về hợp đồng cũng từng được các nhà làm luật Úc cân nhắc. Về cơ bản, hợp đồng là thỏa thuận giữa các bên tham gia

³⁰²Theo tài liệu về giải thể số 42, xem

http://download.asic.gov.au/media/1339286/Insolvency_guide_for_directors.pdf, truy cập lần cuối ngày 1/8/2015.

hợp đồng với mục đích trao đổi các lợi ích. Thỏa thuận này (nếu không vi phạm pháp luật) được pháp luật công nhận và Tòa án có quyền bảo đảm sự tôn trọng và tuân theo hợp đồng nếu một trong hai bên muốn rút lui mà không có sự đồng ý của bên kia³⁰³.

Nhìn chung, Luật hợp đồng của Úc chứa đựng ba đặc trưng cơ bản: (i) các nguyên tắc pháp luật về hợp đồng nằm trong phán quyết của Tòa án (cả Tòa án Anh và Úc) trải dài hơn 100 năm vẫn có giá trị để đánh giá tính hợp pháp của hợp đồng; (ii) các quy định về luật hợp đồng (kể cả các nguyên tắc pháp luật được đặt ra bởi Tòa án) đều có thể bị thay đổi bởi luật; và (iii) sự thay đổi của khái niệm “tự do hợp đồng” qua hơn 100 năm phát triển của nền kinh tế Úc, cụ thể là dưới những ảnh hưởng của các văn bản pháp luật đối với luật hợp đồng. Bởi lẽ, dù không có văn bản quy định pháp luật trực tiếp vào các khía cạnh pháp lý của hợp đồng, nhưng rất nhiều văn bản có ảnh hưởng tới nội dung và hành xử của hai bên trong quá trình đàm phán, kí kết và thực hiện hợp đồng.

6.2. Tự do hợp đồng

Tự do hợp đồng (freedom of contract) là nguyên tắc cơ bản trong nền kinh tế thị trường và là nguyên tắc then chốt trong luật hợp đồng Úc. Nguyên tắc tự do hợp đồng cho phép các bên tham gia hợp đồng được toàn quyền quyết định thoả thuận hợp đồng, toàn ý thoả hiệp trách nhiệm và quyền hạn giữa hai bên. Nguyên tắc tự do hợp đồng bắt đầu phát triển và thịnh hành ở Hoa Kỳ và Châu Âu vào thế kỉ 20, song hành với những cuộc cách mạng công nghiệp và sự mở cửa thị trường tự do ở các quốc gia này. Là đất nước chịu ảnh hưởng mạnh mẽ từ nước Anh, Úc không nằm ngoài xu thế phát triển luật hợp đồng cũng như nguyên tắc tự do hợp đồng ở Anh và Hoa Kỳ. Tuy nhiên, nguyên tắc tự do hợp đồng đang dần có sự phát triển phù hợp hơn với xã hội và thị trường đã phát triển, nhất là trong các trường hợp hai bên thoả thuận hợp

³⁰³Clive Turner và John Trone, *Australian Commercial Law*, 13th edition, Lawbook Co., 2015, Thomson Reuters, tr.50[1].

đồng có sự mất cân bằng về quyền năng thương lượng (imbalance of bargaining power). Ví dụ điển hình cho vấn đề mất cân bằng quyền năng thương lượng giữa các bên tham gia hợp đồng trở nên đáng lo ngại đó là tính đại trà của các dịch vụ/sản phẩm dành cho người tiêu dùng khiến người tiêu dùng không có khả năng, vị thế để thương lượng hợp đồng với bên cung cấp dịch vụ như trong hợp đồng điện, nước, điện thoại, internet... Nếu áp dụng quy tắc tự do hợp đồng theo nguyên nghĩa thì thiệt hại hoàn toàn thuộc về người tiêu dùng khi các điều khoản trong hợp đồng thiên vị hơn cho bên cung cấp dịch vụ.

Đây chính là lý do cho cải cách lớn trong Luật bảo vệ người tiêu dùng ở Úc, ảnh hưởng trực tiếp tới luật hợp đồng. Năm 2010, Chính phủ Úc đã sửa đổi Luật cạnh tranh và người tiêu dùng năm 2010 (Competition and Consumer Act 2010). Luật này có ảnh hưởng lớn tới nguyên tắc tự do hợp đồng, cụ thể hơn, đã “giới hạn” nguyên tắc tự do hợp đồng. Bởi lẽ nguyên tắc tự do hợp đồng theo nguyên nghĩa từ chỗ hỗ trợ mở cửa thị trường, khuyến khích tự do giao thương đã bị bên tham gia hợp đồng có quyền lực kinh tế mạnh hơn lạm dụng để áp đặt và giành được thỏa thuận có lợi hơn cho mình. Vấn đề này khá nghiêm trọng, nhất là trong các trường hợp ký kết hợp đồng với người tiêu dùng (consumer contracts). Điều này cho thấy nguyên tắc tự do hợp đồng chỉ thực sự giữ được ý nghĩa sơ khai (khuyến khích thỏa thuận dân sự, thương mại) nếu các bên tham gia thỏa thuận hợp đồng có thể vị thế thương lượng ngang nhau. Vì thế, Chính phủ Úc đã rất nhạy bén trong việc ban hành luật để đối phó với sự lạm dụng nguyên tắc tự do hợp đồng và bảo đảm các loại hình hợp đồng đều giữ được yếu tố cơ bản là sự thỏa hiệp đích thực của các bên tham gia.

6.3. Hình thức hợp đồng

Pháp luật Úc không yêu cầu thủ tục hay quy định bất biến một hình thức hợp đồng nhất định. Hợp đồng bằng miệng hay hợp

đồng bằng văn bản đều được chấp nhận bởi Tòa án nếu có đầy đủ yếu tố tạo nên hợp đồng³⁰⁴. Tuy vậy, hợp đồng bằng văn bản sẽ tạo thuận lợi hơn cho quá trình giải quyết tranh chấp. Tòa án sẽ dễ dàng xem xét ý định của hai bên khi tham gia hợp đồng và cân nhắc một cách khách quan nhất hợp đồng đòi hỏi trách nhiệm hay giao phó quyền lợi gì cho các bên tham gia. Thực tế cũng hiếm thấy một hợp đồng thương mại ở Úc không kèm theo một chứng cứ giấy tờ nhất định³⁰⁵.

VII. PHÁP LUẬT VỀ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP

Việc giải quyết tranh chấp thương mại ở Úc có thể thông qua Tòa án, Trọng tài hay các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế khác (Alternative Dispute Resolution - ADR).

7.1. Tòa án

Hệ thống Tòa án Úc đóng vai trò chủ đạo trong việc giải quyết tranh chấp kinh doanh. Một trong những nguyên tắc được đặt lên hàng đầu của hệ thống Tòa án Úc là giải quyết tranh chấp một cách “công bằng, nhanh gọn và ít tốn kém” (just, quick and cheap resolution)³⁰⁶. Với mô hình Tòa án theo hệ thống thông luật, quy trình xét xử của Tòa án Úc mang nhiều tính tranh tụng (adversarial) giữa luật sư của các bên hầu kiện. Cụ thể, Thẩm phán thường không trực tiếp tham gia vào việc xét hỏi hay thẩm vấn mà luật sư đại diện của hai bên sẽ trình bày và tranh luận các lý lẽ lập luận được đưa ra. Thẩm phán chỉ can dự vào cuộc tranh luận của hai bên khi những tranh luận đi quá xa vấn đề pháp lý trọng tâm.

Như đã đề cập ở phần trước, Tòa án cao nhất của Úc cho cả hệ thống Tòa án Liên bang cũng như bang là Tòa án Tối cao

³⁰⁴Clive Turner và John Trone, Dẫn trên, Chapter 5 Consideration, Promissory Estoppel and Formalities, tr.79[2].

³⁰⁵Clive Turner và John Trone, Dẫn trên, tr.79[2].

³⁰⁶Có thể tìm thấy nguyên tắc này trong Luật tố tụng dân sự của bang New South Wales, Civil Procedure Act 2005 (NSW), s56.

(High Court of Australia). Trừ những vụ kiện có liên quan tới Hiến pháp (có thể kiện thẳng tới Tòa), Tòa án tối cao chỉ xét xử các vụ phúc thẩm quan trọng, cần làm rõ cơ sở và nguyên tắc pháp lý để giải quyết. Có thứ tự cấp bậc riêng cho Tòa án thuộc hệ thống Liên bang hay hệ thống bang - hiện có 9 hệ thống Tòa án ở Úc (6 hệ thống của 6 bang, 2 hệ thống của 2 vùng lãnh thổ và 1 hệ thống tòa Liên bang) - và tất cả hệ thống Tòa án này đều có thẩm quyền xét xử tùy theo phạm vi địa lý cũng như phạm vi quyền hạn riêng. Thứ tự cấp bậc thẩm quyền của từng hệ thống Tòa án đặc biệt quan trọng bởi về nguyên tắc quyết định của Tòa án có thẩm quyền cao hơn sẽ tạo thành án lệ bắt buộc Tòa án cấp dưới phải tuân theo.

Khác với các quốc gia theo hệ thống dân luật, ở các quốc gia theo hệ thống thông luật như Úc, nguồn luật không chỉ là văn bản pháp luật mà còn là án lệ được tạo nên bởi các phán quyết của Tòa án. Bởi vậy, ngoài vai trò giải quyết tranh chấp, các Tòa án ở Úc còn đóng vai trò đặc biệt quan trọng trong việc xây dựng pháp luật thông qua án lệ. Điển hình là các Tòa án cấp cao như Tòa án Tối cao và các Tòa Phúc thẩm (Court of Appeals) (ở cả hệ thống Tòa án Liên bang và bang) thường có những quyết định quan trọng và được chú ý bởi chúng có thể ảnh hưởng, làm rõ hoặc thay đổi các nguyên tắc pháp lý đã định, bắt buộc các Tòa án cấp dưới phải áp dụng và tuân thủ trong việc xét các đơn kiện.

7.2. Trọng tài

Việc giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài cùng với các phương thức giải quyết tranh chấp ngoài Tòa án khác đang dần khẳng định vai trò quan trọng trong việc giải quyết tranh chấp thương mại ở Úc. Bằng chứng là 90% các vụ thưa kiện lên các tòa ở Úc đều được giải quyết trước khi chính thức được Tòa án xét xử³⁰⁷.

³⁰⁷Krista Mahoney, "Mandatory mediation: A positive development in most cases", 25 ADRJ 120, 2015, tr.121[4].

Đồng thời, các Tòa án ở Úc thường có quy trình khuyến khích các bên thưa kiện giải quyết bất đồng bằng hình thức Trọng tài trước khi Tòa án xét xử vụ kiện³⁰⁸. Hình thức giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài thường ít tốn kém, hiệu quả và nhanh gọn hơn việc tranh tụng trước Tòa án. Đồng thời hình thức này cũng góp phần quan trọng trong việc giảm khối lượng vụ việc mà Tòa án phải giải quyết, giảm gánh nặng quản lý cho hệ thống Tòa án.

Khi hai bên tranh chấp lựa chọn phương thức Trọng tài, việc giải quyết tranh chấp có thể được tiến hành bởi một hoặc nhiều chuyên gia (Hội đồng Trọng tài) trong lĩnh vực liên quan tranh chấp do hai bên tranh chấp nhất trí lựa chọn hoặc do Tòa án chỉ định³⁰⁹. Hội đồng Trọng tài có thể đề nghị sự trợ giúp của hệ thống Tòa án trong các vấn đề như thu thập bằng chứng, triệu tập nhân chứng...³¹⁰ Quyết định trọng tài sẽ phân định thắng thua giữa hai bên tranh chấp và bắt buộc phải được tuân thủ. Quyết định này chỉ có thể được Tòa án xét lại hoặc bác bỏ nếu một trong hai bên tranh chấp chứng minh được quyết định trọng tài vi phạm pháp luật về tố tụng trọng tài³¹¹.

Luật trọng tài thương mại Úc gồm hai loại: Luật trọng tài quốc tế năm 1974 của Liên bang (International Arbitration Act 1974) sửa đổi năm 2010 quy định về trọng tài quốc tế và Luật của các bang quy định về Trọng tài trong nước. Năm 2010, Ủy ban Thường trực Bộ Tư pháp đưa ra dự thảo Luật trọng tài thương mại mẫu dùng quy định về trọng tài trong nước theo mô hình Luật mẫu về trọng tài thương mại quốc tế của Ủy ban Liên Hợp quốc về Luật thương mại quốc tế (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) và khuyến cáo các bang/vùng lãnh thổ chấp thuận. Tháng 6/2010, New South Wales (Úc)

³⁰⁸Bobette Wolski, "On Mediation, Legal Representatives and Advocates", University of New South Wales Law Journal 38 (1), 2015, tr.5.

³⁰⁹Commercial Arbitration Act 2010 (NSW), ss10-11.

³¹⁰Commercial Arbitration Act 2010 (NSW), s27.

³¹¹Commercial Arbitration Act 2010 (NSW), s34.

trở thành bang đầu tiên thông qua dự Luật trọng tài thương mại. Đến nay chỉ còn vùng lãnh thổ Thủ đô Úc chưa chấp thuận thông qua dự Luật này³¹².

7.3. Các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế khác

7.3.1. Thương lượng

Phần lớn các tranh chấp thương mại ở Úc được giải quyết theo hình thức thương lượng (negotiation)³¹³. Do sự tốn kém cả về thời gian lẫn tiền bạc nếu phải giải quyết tranh chấp trước Tòa án, với các vụ tranh chấp nhỏ không khó để các bên tranh chấp nhìn nhận cách thức giải quyết tối ưu nhất là bằng thương lượng.

7.3.2. Trung gian hòa giải

Nếu hai bên tranh chấp không thể thương lượng và giàn xếp tranh chấp, họ có thể cân nhắc hình thức trung gian hòa giải (mediation/conciliation). Hình thức giải quyết này hoàn toàn tự nguyện, cho phép chuyên gia trung gian hòa giải (hòa giải viên) trợ giúp hai bên nhìn nhận vấn đề và giúp họ đi tới thỏa thuận giải quyết tranh chấp có lợi cho cả hai bên.

7.3.3. Mời chuyên gia độc lập thẩm định tranh chấp

Chuyên gia thẩm định độc lập (independent expert appraisal) thường là những người có kiến thức và kinh nghiệm hành nghề trong lĩnh vực tranh chấp giữa hai bên tranh chấp. Họ đóng vai trò điều tra và xét hỏi hai bên nhiều hơn để nắm bắt thông tin cần thiết quyết định vấn đề. Hai bên thưa kiện có toàn quyền quyết định có giải quyết theo nhận định của chuyên gia hay không hoặc có thể thương lượng dựa trên phán quyết của chuyên gia để dàn xếp hòa giải.

³¹²Xem <http://acica.org.au/about>; Clive Turner và John Trone, "Australian Commercial Law", 13th edition, Lawbook Co., 2015, Thomson Reuters, Chapter 1 "The Australian Legal System", tr.39[5], note 5 và http://www.claytonutz.com/publications/edition/08_november_2012/20121108/the_new_commercial_arbitration_acts_five_points_to_remember.page, truy cập lần cuối ngày 03/8/2015.

³¹³Clive Turner và John Trone, Dẫn trên, tr.42[1].

Chương V

PHÁP LUẬT KINH TẾ HÀN QUỐC

I. TỔNG QUAN

Hàn Quốc là quốc gia có diện tích 99.720km² (bằng gần 1/3 diện tích Việt Nam)³¹⁴ với dân số khoảng 49 triệu người (năm 2014), trong đó, 25,86 triệu người đang trong độ tuổi lao động và khoảng 83,2% dân số đang sống ở đô thị (số liệu năm 2011)³¹⁵. Trong suốt 4 thập niên vừa qua, Hàn Quốc là một điển hình về nền kinh tế có tốc độ tăng trưởng đặc biệt cao và khả năng hội nhập quốc tế lớn³¹⁶ và hiện đã trở thành nền kinh tế công nghiệp hóa dựa trên công nghệ cao (a high-tech industrialized economy). Từ năm 2004, Hàn Quốc đã gia nhập Câu lạc bộ các quốc gia có GDP hàng năm đạt từ 1.000 tỷ USD trở lên. Năm 2013, GDP của Hàn Quốc theo tỷ giá chính thức là 1.198 tỷ USD và theo sức mua tương đương là 1.666 tỷ USD (GDP bình quân đầu người theo sức mua tương đương của Hàn Quốc năm 2013 là 33.200 USD/năm). Tỷ lệ tiết kiệm quốc dân của Hàn Quốc năm 2013 đạt 31,9% GDP (con số của năm 2012 là 31,4% và năm 2011 là 31,9%). Hiện Hàn Quốc là nền kinh tế lớn thứ 12 trên thế giới. Trong cấu trúc GDP

³¹⁴South Korea <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/ks.html>.

³¹⁵Thủ đô Seoul có số dân khoảng 9,736 triệu người, thành phố Busan khoảng 3,37 triệu người, thành phố Incheon khoảng 2,622 triệu người.

³¹⁶Kim ngạch xuất khẩu của Hàn Quốc năm 2013 là 557,3 tỷ USD (năm 2012 là 547,9 tỷ USD) (với đối tác chủ yếu là Trung Quốc 24,5%, Hoa Kỳ 10,7%, Nhật 7,1%, Hong Kong 6% và Singapore là 4,2%), kim ngạch nhập khẩu của Hàn Quốc năm 2013 là 516,6 tỷ USD (năm 2012 là 519,6 tỷ USD) (với đối tác chủ yếu là Trung Quốc 15,6%, Nhật 12,4%, Hoa Kỳ 8,3%, Saudi Arabia 7,6%, Qatar 4,9% và Úc 4,4%). Mặt hàng xuất khẩu chủ yếu là linh kiện bán dẫn, thiết bị viễn thông không dây, phương tiện cơ giới, phụ tùng ô tô, máy tính, đồ gia dụng, thép, tàu, hóa chất. Mặt hàng nhập khẩu chủ yếu là máy móc, thiết bị điện và điện tử, dầu, thép, phương tiện cơ giới, chất vô cơ, nhựa.

của Hàn Quốc, khu vực nông nghiệp chỉ chiếm 2,6%, trong khi công nghiệp là 39,2% (với các ngành công nghiệp chủ lực là điện tử, viễn thông, ô tô, hóa chất, đóng tàu và thép) và dịch vụ là 58,2% (số liệu năm 2013).

Tổng thu ngân sách của Hàn Quốc năm 2013 đạt 296,1 tỷ USD (tương đương khoảng 24,7% GDP với nguồn thu chủ yếu là từ thuế), tổng chi ngân sách cùng năm là 287,2 tỷ USD. Tổng nợ công của Hàn Quốc là 35,8% GDP (số liệu năm 2013) trong khi dự trữ ngoại hối và vàng của Hàn Quốc năm 2013 là 341,8 tỷ USD. Tỷ lệ lạm phát năm 2013 chỉ là 1,1% trong khi con số của năm 2012 là 2,2%.

Hàn Quốc có chính thể cộng hòa Tổng thống mang tính lưỡng tính; theo đó, Tổng thống là người đứng đầu Nhà nước (nguyên thủ quốc gia), do dân bầu trực tiếp với nhiệm kỳ 5 năm nhưng bên cạnh Tổng thống vẫn tồn tại Nội các gồm Thủ tướng và các Bộ trưởng do Tổng thống bổ nhiệm đóng vai trò tham mưu chính sách cho Tổng thống. Tuy nhiên, Tổng thống cũng là người đứng đầu Nội các và có quyền trình dự án Luật trước Quốc hội, có quyền phủ quyết dự án luật mà Quốc hội ban hành nhưng không có quyền giải tán Quốc hội. Quốc hội Hàn Quốc là Quốc hội đơn viện với số thành viên là 300 đại biểu có nhiệm kỳ 4 năm do dân bầu trực tiếp. Quốc hội có 17 Ủy ban làm việc thường xuyên (về cơ bản tương ứng với các bộ trong Chính phủ). Quốc hội thực hiện các quyền năng cơ bản như: thảo luận và thông qua các luật, xem xét và thông qua ngân sách, phê chuẩn việc bổ nhiệm một số nhân sự quan trọng cấp quốc gia, phê chuẩn các hiệp định. Quốc hội có quyền luận tội Tổng thống và các thành viên Nội các. Hệ thống Tòa án Hàn Quốc gồm Tòa án Tối cao (Supreme Court), Tòa án Hiến pháp, các Tòa cấp cao (High Courts) và các Tòa án cấp quận/huyện (District Courts). Tòa án Tối cao gồm Chánh án có nhiệm kỳ 6 năm, không tái nhiệm; do Tổng thống bổ nhiệm với

sự phê chuẩn của Quốc hội cùng 13 Thẩm phán có nhiệm kỳ 6 năm; có thể tái nhiệm theo đề nghị của Chánh án Tòa án Tối cao và sự phê chuẩn của Quốc hội. Tòa án Hiến pháp gồm Chánh án và 8 Thẩm phán, trong đó 3 thành viên do Tổng thống bổ nhiệm, 3 thành viên do Quốc hội bổ nhiệm và 3 thành viên do Chánh án Tòa án Tối cao bổ nhiệm. Bảo đảm độc lập của Thẩm phán là nguyên tắc nền tảng của chế độ pháp quyền ở Hàn Quốc. Cấu trúc hành chính của Hàn Quốc gồm có 9 tỉnh, 6 thành phố lớn (thành phố Busan, Daegu, Daejeon, Gwangju, Incheon và Ulsan), một thành phố đặc biệt (thủ đô Seoul) và một thành phố tự quản (thành phố Sejong).

Nội các của Hàn Quốc hiện tại gồm Tổng thống, Thủ tướng, một Phó Thủ tướng kiêm Bộ trưởng Bộ Chiến lược và Tài chính, một Phó Thủ tướng kiêm Bộ trưởng Bộ Giáo dục và 17 Bộ trưởng đứng đầu 17 Bộ. Ngoài các bộ phụ trách các lĩnh vực về quốc phòng, an ninh, đối ngoại, tư pháp, xây dựng pháp luật (Bộ Ngoại giao, Bộ Quốc phòng³¹⁷, Bộ Thống nhất Hàn Quốc, Bộ Tư pháp³¹⁸, Bộ An ninh và Hành chính công (Ministry of Security and Public Administration)³¹⁹), 12 Bộ còn lại trong Chính phủ Hàn Quốc gồm: (1) Bộ Chiến lược và Tài chính (Ministry of Strategy and Finance)³²⁰; (2) Bộ Giáo dục (Ministry of Education); (3) Bộ Khoa học, Công nghệ truyền thông và Kế hoạch cho tương lai (Ministry of Science, ICT and Future Planning)³²¹; (4) Bộ Văn hóa, Thể thao và Du lịch (Ministry of Culture, Sports and Tourism)³²²; (5) Bộ

³¹⁷Trong Bộ Quốc phòng có hai cơ quan rất quan trọng là Tổng cục Nhân lực Quốc phòng (Military Manpower Administration) và Tổng cục Mua sắm Quốc phòng (Defense Acquisition Program Administration).

³¹⁸Trong Bộ Tư pháp có Cơ quan công tố Hàn Quốc. Đây là mô hình tổ chức Bộ Tư pháp mà Hoa Kỳ, Nhật Bản cũng đang áp dụng.

³¹⁹Trong Bộ này có hai cơ quan rất quan trọng là Tổng Cục Cảnh sát Quốc gia Hàn Quốc (Korean National Police Agency) và Tổng cục Quản lý Tình trạng Khẩn cấp Quốc gia (National Emergency Management Agency).

³²⁰Trong Bộ Chiến lược và Tài chính có một số cơ quan đặc biệt quan trọng là Tổng cục Thuế (National Tax Service), Tổng cục Hải quan (Korea Customs Service), Tổng cục Mua sắm công (Public Procurement Service) và Tổng cục Thống kê (Statistics Korea).

³²¹Trong Bộ này có cơ quan Bưu điện Quốc gia Hàn Quốc (Korea Post).

³²²Trong Bộ này có cơ quan quan trọng là Tổng cục Quản lý Di sản Văn hóa (Cultural Heritage Administration).

Nông nghiệp, Thực phẩm và Các vấn đề nông thôn (Ministry of Agriculture, Food and Rural Affairs)³²³; (6) Bộ Thương mại, Công nghiệp và Năng lượng (Ministry of Trade, Industry and Energy)³²⁴; (7) Bộ Y tế và Phúc lợi (Ministry of Health and Welfare); (8) Bộ Lao động và Việc làm (Ministry of Employment and Labor); (9) Bộ Bình đẳng giới và Gia đình (Ministry of Gender Equality and Family); (10) Bộ Môi trường (Ministry of Environment)³²⁵; (11) Bộ Đất đai, Cơ sở hạ tầng và Giao thông (Ministry of Land, Infrastructure and Transport); (12) Bộ Hàng hải và Thủy sản (Ministry of Maritime Affairs and Fisheries). Ngoài ra, trong cấu trúc của Chính phủ Hàn Quốc còn có một số cơ quan mà người đứng đầu không được coi là thuộc thành phần Nội các nhưng phải chịu trách nhiệm trực tiếp trước Thủ tướng là: (1) Bộ Lập pháp (Ministry of Government Legislation); (2) Bộ Các vấn đề cựu chiến binh (Ministry of Patriots and Veterans Affairs); (3) Bộ An toàn Thực phẩm và Dược phẩm (Ministry of Food and Drug Safety); (4) Ủy ban Thương mại Công bằng (Fair Trade Commission); (5) Ủy ban Dịch vụ Tài chính (Financial Services Commission); (6) Ủy ban Chống tham nhũng và Bảo vệ Quyền dân sự (Anti-corruption and Civil Rights Commission); (7) Ủy ban An ninh, An toàn hạt nhân (Nuclear Safety and Security Commission).

Trong những năm gần đây, theo đánh giá của Ngân hàng Thế giới, Hàn Quốc là một trong những quốc gia có môi trường thuận lợi cho hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp đứng hàng top ten trên thế giới. Cụ thể, chỉ số về sự thuận lợi trong hoạt động kinh doanh được Ngân hàng Thế giới công bố hàng năm (World Bank Doing Business Index) cho biết, trong 4 năm liên

³²³Trong Bộ này có hai cơ quan rất quan trọng là Tổng cục Phát triển Nông thôn (Rural Development Administration) và Tổng cục Quản lý Rừng Hàn Quốc (Korea Forest Service).

³²⁴Trong Bộ này có hai tổng cục quan trọng là Tổng cục Hỗ trợ Doanh nghiệp Vừa và nhỏ (Small and Medium Business Administration) và Văn phòng Quyền sở hữu trí tuệ Hàn Quốc (Korean Intellectual Property Office).

³²⁵Tổng cục Khí tượng Thủy văn Hàn Quốc (Korea Meteorological Administration) thuộc Bộ này.

tiếp (từ 2011 đến 2014), Hàn Quốc luôn đứng trong hàng top 10 (mặc dù thứ hạng này vào năm 2009 của Hàn Quốc là 19, năm 2010 là 16). Cụ thể, năm 2011 và 2012, Hàn Quốc xếp hạng 8, năm 2013 xếp hạng 7 và năm 2014 xếp hạng 5³²⁶. Bộ chỉ số này gồm 10 tiêu chí liên quan tới vòng đời hoạt động của một doanh nghiệp như: (1) thành lập doanh nghiệp, (2) xin giấy phép xây dựng, (3) làm thủ tục để được cung cấp điện/năng lượng, (4) đăng ký tài sản, (5) tiếp cận vốn, (6) bảo vệ nhà đầu tư nhỏ (cổ đông thiểu số), (7) làm thủ tục nộp và thanh quyết toán thuế, (8) thủ tục hải quan, (9) giải quyết tranh chấp pháp lý, (10) thanh lý/phá sản doanh nghiệp. Năm 2014, chỉ số về thành lập doanh nghiệp của Hàn Quốc được xếp thứ hạng thứ 17 (từ mức 34 của năm trước), chỉ số về cấp phép xây dựng xếp thứ 12 (từ mức 18 của năm trước), chỉ số về cung cấp điện/năng lượng xếp thứ nhất (từ mức thứ 2 của năm trước), chỉ số bảo vệ nhà đầu tư nhỏ xếp thứ 21 (từ mức 52 của năm trước), chỉ số thanh lý doanh nghiệp xếp thứ 5 (từ mức 15 của năm trước). Tuy nhiên, chỉ số về đăng ký tài sản bị tụt từ mức 75 xuống mức 79. Chỉ số tiếp cận vốn bị tụt từ mức 13 xuống mức 36. Chỉ số giải quyết tranh chấp pháp lý tụt từ mức số 2 xuống mức số 4. Chỉ số về thanh quyết toán thuế vẫn đứng ở mức 25 trên thế giới và chỉ số về thủ tục hải quan đứng ở mức thứ 3 trên thế giới.

Hàn Quốc có hệ thống pháp luật thuộc hệ Châu Âu lục địa (hệ luật thành văn); tuy nhiên, chịu ảnh hưởng khá nhiều về nội dung của pháp luật Hoa Kỳ. Chính vì thế, có thể xem đây là một hệ thống pháp luật mang tính “hỗn hợp” với các yếu tố pháp luật bản địa (Hàn Quốc) cùng yếu tố du nhập từ pháp luật Trung Quốc cổ đại, pháp luật Châu Âu lục địa và pháp luật Anh-Hoa Kỳ.

Khi nghiên cứu lịch sử hệ thống pháp luật Hàn Quốc, cần lưu ý tới thực tế là có một giai đoạn khá dài kể từ đầu thập niên

³²⁶For the Better - Korea's Business Environment Ranks 5th in the World <http://www.businesskorea.co.kr/article/7040/better-korea%E2%80%99s-business-environment-ranks-5th-world>.

1960, Hàn Quốc tiến hành các Kế hoạch phát triển kinh tế mang tính 5 năm. Cụ thể, năm 1962, sau khi lên nắm quyền, Tổng thống Park Chung Hee (cầm quyền cho tới năm 1979) đã tiến hành các chương trình phát triển kinh tế đặt dưới sự dẫn dắt của Chính phủ (government-led economic development programmes). Trong mỗi Kế hoạch phát triển 5 năm, Chính phủ đặt ra các chỉ tiêu rất cụ thể từ: kim ngạch xuất/nhập khẩu, mức tăng trưởng kinh tế (thường được đặt ở mức khoảng 8%/năm), mục tiêu kế hoạch vay và trả nợ nước ngoài, xây dựng các cơ sở hạ tầng quan trọng như: đường giao thông (bao gồm cả các đường cao tốc), cảng biển, nhà máy điện, hệ thống truyền tải điện và các kế hoạch phát triển nông thôn. Qua thời gian, ưu tiên phát triển của các ngành kinh tế có sự điều chỉnh cho phù hợp với tình hình của mỗi giai đoạn. Chẳng hạn như, trong giai đoạn những năm 1960, Hàn Quốc ưu tiên phát triển các ngành công nghiệp nhẹ theo hướng xuất khẩu (trong đó có dệt may, nội thất...); giai đoạn những năm 1970, ưu tiên được dành cho lĩnh vực thép, máy móc và hóa chất; giai đoạn những năm 1980, ưu tiên được đặt vào ngành sản xuất xe ô tô và ngành công nghiệp đóng tàu; những năm 1990, ưu tiên được dành cho các ngành sản xuất chất bán dẫn, máy tính và các phương tiện truyền thông. Chính phủ Hàn Quốc xây dựng một hệ thống thưởng/phạt rõ ràng để vận hành và bảo đảm các công chức và người dân, doanh nghiệp hiện thực hóa các mục tiêu. Điều đặc biệt là trong 30 năm thiết lập các Kế hoạch 5 năm (từ năm 1962 -1991), hầu hết các chỉ tiêu đặt ra trong các Kế hoạch 5 năm đều đạt và thậm chí vượt chỉ tiêu³²⁷.

Trong hầu hết thời gian đó, Chính phủ Hàn Quốc chưa được xem là Chính phủ dân chủ, khi người dân chưa được bầu ra người đứng đầu đất nước và thiếu vắng một bản Hiến pháp có giá trị ràng buộc đối với chính quyền cùng cơ chế bảo hiến hữu hiệu (là

³²⁷Dai-Kwon Choi, "Law and development: the Korean experience" - Hyunah Yang (ed.), "Law and Society in Korea", Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2013, tr.3-19.

Tòa án Hiến pháp). Điều này chỉ chấm dứt khi Hiến pháp năm 1987 được ban hành (ngày 12/10/1987 được Quốc hội thông qua và ngày 28/10/1987 được toàn dân phúc quyết)³²⁸; theo đó, các nguyên tắc dân chủ và pháp quyền được ghi nhận trong Hiến pháp³²⁹. Hiến pháp năm 1987 của Hàn Quốc cũng quy định những nguyên tắc cơ bản để tổ chức nền kinh tế quốc dân³³⁰. Theo Hiến pháp năm 1987, trật tự kinh tế mà Hàn Quốc theo đuổi là một trật tự tôn trọng tự do của doanh nghiệp và của người dân, sáng kiến của doanh nghiệp và các cá nhân trong hoạt động kinh tế. Tuy nhiên, Nhà nước được quyền điều tiết các hoạt động kinh tế để duy trì tăng trưởng và ổn định hài hòa của nền kinh tế quốc dân, bảo đảm sự phân phối thu nhập công bằng, ngăn ngừa sự lũng đoạn thị trường và lạm dụng quyền lực kinh tế và nhằm dân chủ hóa nền kinh tế. Nhà nước cam kết việc phát triển kinh tế vùng một cách cân đối, có chính sách bảo hộ và khuyến khích các doanh nghiệp vừa và nhỏ, có chính sách ổn định giá nông sản và bảo đảm ổn định cung cầu các sản phẩm nông nghiệp. Nhà nước cũng cam kết tôn trọng quyền lợi của người tiêu dùng, khuyến khích tiêu dùng hợp lý và khuyến khích các hoạt động cải tiến chất lượng sản phẩm theo quy định của luật; khuyến khích hoạt động ngoại thương mặc dù có quyền thực hiện điều tiết và điều phối hoạt động ngoại thương. Doanh nghiệp tư nhân không bị quốc hữu hóa hoặc không bị buộc phải chuyển nhượng quyền sở hữu cho chính quyền trừ trường hợp luật định để đáp ứng các nhu cầu khẩn cấp về quốc phòng hoặc vì lợi ích của nền kinh tế. Nhà nước khuyến khích phát triển khoa học, công nghệ, nguồn lực thông tin và nguồn lực con người để thúc đẩy đổi mới, sáng

³²⁸Hiến pháp này có hiệu lực từ ngày 25/2/1988.

³²⁹Chẳng hạn nguyên tắc chủ quyền nhân dân; nguyên tắc mọi quyền lực nhà nước đều xuất phát từ nhân dân; nguyên tắc bảo vệ các quyền con người căn bản, bảo đảm bình đẳng của mọi người dân trước pháp luật, không bị phân biệt đối xử dựa trên sự khác biệt về giới tính, tôn giáo và địa vị xã hội. Hiến pháp Hàn Quốc cũng ghi nhận nguyên tắc tổ chức bộ máy nhà nước là phân chia quyền lực và bảo đảm sự cân bằng, đối trọng giữa các quyền, thiết lập Tòa án Hiến pháp để thực hiện công việc bảo hiến chuyên trách.

³³⁰Từ Điều 119 tới Điều 127 Hiến pháp năm 1987.

tạo trong nền kinh tế. Trên cơ sở các quy định đó, cùng với các án lệ của Tòa án Hiến pháp, nhiều nhà nghiên cứu ở Hàn Quốc cho rằng, mô hình phát triển kinh tế mà Hàn Quốc quy định trong Hiến pháp thực chất là một nền kinh tế thị trường hỗn hợp hoặc là “nền kinh tế thị trường xã hội” (a social market economy). Theo đó, hoạt động kinh tế thị trường có thể được điều tiết để thúc đẩy phúc lợi xã hội. Tuy nhiên, ngay cả sự điều tiết ấy cũng phải tuân thủ nguyên lý về tính cân xứng - một thuộc tính của Nhà nước pháp quyền; theo đó, Nhà nước trước hết tôn trọng quyền tự định đoạt của cá nhân và doanh nghiệp. Nhà nước chỉ can thiệp một cách cân xứng khi thực sự cần thiết để thúc đẩy phúc lợi xã hội³³¹. Năm 1988, cuộc bầu cử Tổng thống theo nguyên tắc dân chủ chính thức được thực hiện. Năm 1996, Hàn Quốc ban hành Luật tự do thông tin (Freedom of Information Act) và Luật thủ tục hành chính (Administrative Procedure Act) nhằm thúc đẩy hơn nữa quyền tiếp cận thông tin của người dân, bảo đảm quyền được biết của người dân về hoạt động công vụ; thúc đẩy sự tham gia của người dân vào hoạt động của Nhà nước; thúc đẩy tính minh bạch, trách nhiệm giải trình trong hoạt động của cơ quan nhà nước. Hai luật này cũng góp phần bảo đảm sự công bằng trong quyết định hành chính của cơ quan công quyền và củng cố niềm tin của người dân vào nền hành chính.

Đối với hệ thống pháp luật Hàn Quốc, thời gian trước năm 1987, trong hệ thống pháp luật Hàn Quốc đã tồn tại các luật mang tinh thần của tư tưởng dân chủ tự do như Hiến pháp thành văn (được ban hành từ năm 1948), Bộ luật dân sự (ban hành năm 1958), Bộ luật thương mại (ban hành năm 1962), Bộ luật hình sự, Bộ luật tố tụng hình sự và Bộ luật tố tụng dân sự³³². Tuy nhiên,

³³¹Jongcheol Kim, Constitutional Law - Korea Legislation Research Institute, Introduction to Korean Law, Seoul: Springer, 2013, tr. 31-84.

³³²Bộ Luật gồm 7 chương, 502 điều, được thiết kế với mục tiêu xây dựng một hệ quy tắc tố tụng “công bằng, nhanh chóng và hiệu quả”. Trong 7 chương thì các quy định quan trọng nhất nằm trong các chương 1, 2, 3 và 4. Chương 1 quy định chung về thẩm quyền của Tòa án, đương sự (các bên trong vụ án: nguyên đơn, bị đơn), chi phí tố tụng, thủ tục tố tụng. Chương 2 quy định về thủ tục tố tụng tại phiên tòa sơ thẩm. Chương

để vận hành các biện pháp mang tính “kế hoạch hóa” nền kinh tế quốc dân theo các Kế hoạch 5 năm, Chính phủ Hàn Quốc thường ban hành các luật chuyên biệt là công cụ để thúc đẩy các mục tiêu phát triển kinh tế - xã hội như các luật về cấp phép, cấp giấy chứng nhận, miễn giảm thuế, chuyển kiều hối, trợ cấp, ưu đãi cho doanh nghiệp khi doanh nghiệp thực hiện tốt các chỉ tiêu mà Chính phủ mong muốn đạt được (chẳng hạn, thưởng xuất khẩu cho doanh nghiệp)...

Điều khá đặc biệt là mặc dù không có một chính quyền dân chủ nhưng trong suốt thập niên 1960, 1970 và đầu thập niên 1980, Hàn Quốc là một trong số ít nền kinh tế có tốc độ tăng trưởng kinh tế đứng đầu thế giới. Sau các cải cách dân chủ theo tinh thần Hiến pháp năm 1987, nền kinh tế Hàn Quốc vẫn tiếp tục đà tăng trưởng mạnh và cho suốt giai đoạn thập niên 1990 - 2000 (ngoại trừ giai đoạn khủng hoảng tài chính - tiền tệ 1997-1998 và giai đoạn khủng hoảng kinh tế - tài chính toàn cầu 2008-2011). Mặc dù vậy, cuộc khủng hoảng tài chính - tiền tệ châu Á năm 1997-1998 là dấu chấm hết cho mô hình phát triển dựa trên sự dẫn dắt của Nhà nước (state-led development) ở Hàn Quốc, buộc Hàn Quốc phải chuyển sang mô hình phát triển tuân thủ đầy đủ quy luật của kinh tế thị trường, phản ứng chính sách theo tín hiệu của thị trường (market-driven development)³³³. Mô hình phát triển dựa trên sự dẫn dắt của Nhà nước tất yếu đưa tới việc Nhà nước can thiệp quá lớn vào các hoạt động kinh tế thông qua hệ thống các quy định, quy chế điều tiết (regulations) rất phức tạp và khi nền kinh tế Hàn Quốc đã hội nhập sâu rộng

3 quy định về phúc thẩm. Chương 4 quy định về phá án. Ngoài Bộ luật tố tụng dân sự, còn một số luật đơn hành được ban hành để quy định các nội dung có liên quan như: Luật thi hành án dân sự (Civil Execution Act), Luật tố tụng gia đình (Family Litigation Act), Luật phá sản và phục hồi con nợ (Debtor Rehabilitation and Bankruptcy Act).

Youngjoon Kwon, *Civil Law and Civil Procedural Law - Korea Legislation Research Institute, Introduction to Korean Law*, Seoul: Springer, 2013, tr. 113-154.

³³³Daeyong Choi (Office of the Prime Minister, Korea, 2001), *A Radical Approach to Regulatory Reform in Korea*, xem www.oecd.org/korea/1898279.doc.

theo cơ chế thị trường thì những quy định chi tiết và cứng nhắc về sự hiện diện của Nhà nước trong nền kinh tế trở thành các rào cản của phát triển. Ngày 22/8/1997, Hàn Quốc đã ban hành Luật khung về quy tắc hành chính (Framework Act on Administrative Regulation)³³⁴, mở đường cho việc cắt giảm các loại thủ tục hành chính, giảm bớt sự hiện diện, can thiệp không cần thiết của Nhà nước vào nền kinh tế, thúc đẩy tự do hóa thương mại, tài chính. Đạo luật này mở đường cho việc thiết lập Ủy ban Cải cách Quy tắc Hành chính (Regulatory Reform Commission) trực thuộc Tổng thống. Theo quy định của Luật này, mọi quy tắc hành chính trước khi được ban hành đều phải trải qua thủ tục đánh giá tác động kinh tế - xã hội, chứng minh được tính cần thiết của việc quy định. Thêm vào đó, các bộ chịu trách nhiệm tổ chức thực thi các quy tắc hành chính đều phải làm thủ tục đăng ký các quy tắc này với Ủy ban Cải cách Quy tắc Hành chính. Ủy ban có trách nhiệm báo cáo thường niên với Quốc hội (vào tháng 6) về tình hình cải cách thủ tục hành chính, tình hình cắt giảm các quy tắc hành chính không hợp lý, không cần thiết. Theo một nghiên cứu năm 2001, kể từ năm 1997 tới hết năm 2000, Hàn Quốc đã loại bỏ được tới 58% các quy tắc hành chính được xem là không cần thiết, không phù hợp khỏi hệ thống pháp luật³³⁵.

Khi thiết kế hệ thống pháp luật Hàn Quốc đương đại (nhất là từ sau năm 1987), các nhà lập pháp của Hàn Quốc chia sẻ một nhận thức chung với quan điểm được thừa nhận rộng rãi ở các quốc gia công nghiệp phát triển rằng “pháp quyền” (rule of law) là một thành tố thiết yếu của phát triển kinh tế. Theo nguyên lý này, pháp luật có vai trò xác định giới hạn quyền lực

³³⁴Đạo Luật gồm 37 điều được chia thành 5 chương: Chương 1 “Những quy định chung” (từ Điều 1 tới Điều 6), Chương 2 “Nguyên tắc và việc thẩm định khi ban hành, duy trì quy tắc hành chính” (từ Điều 7 tới Điều 16), Chương 3 “Rà soát, đánh giá các quy tắc hành chính hiện tồn” (từ Điều 17 tới Điều 22), Chương 4 “Ủy ban Cải cách Quy tắc Hành chính” (từ Điều 23 tới Điều 33), Chương 5 “Các quy định bổ sung” (từ Điều 34 tới Điều 37).

³³⁵Hamyoung Jeong, *The Role of Administrative Law in Economic Development and Democracy in Korea* - Korea Legislation Research Institute, Introduction to Korean Law, Seoul: Springer, 2013, tr. 85-112.

của Nhà nước, bảo đảm tư pháp độc lập và bảo vệ quyền con người³³⁶. Nguyên lý này cũng đòi hỏi tính minh bạch; trách nhiệm giải trình trong hành vi của cơ quan công quyền; tính chịu trách nhiệm của Nhà nước mà theo đó, các cơ quan nhà nước đều chịu tài phán tư pháp; nghiêm cấm việc quy định hiệu lực hồi tố đối với các quy định mang tính trừng phạt và bảo đảm tính cân xứng trong hành vi của Nhà nước với mục tiêu cần đạt được³³⁷. Nguyên tắc pháp quyền có vai trò thúc đẩy sự ổn định chính trị, kinh tế và xã hội; qua đó, các nhà đầu tư, doanh nghiệp có thể lập kế hoạch kinh doanh, đầu tư của mình một cách thuận lợi và mang tính dài hạn.

Ngoài ra, Hiến pháp Hàn Quốc đã thiết lập được hệ thống các quyền con người cơ bản cùng cơ chế bảo vệ quyền con người khá hữu hiệu (thông qua Tòa án Hiến pháp và Hội đồng Nhân quyền Quốc gia), tạo tiền đề pháp lý vững chắc bảo đảm tư cách chủ thể của mỗi cá nhân con người trong đời sống kinh tế, chính trị, xã hội. Cụ thể, Điều 10 Hiến pháp Hàn Quốc năm 1987 quy định phẩm giá con người và quyền mưu cầu hạnh phúc là các giá trị căn bản của xã hội Hàn Quốc. Hiến pháp bảo đảm các quyền và tự do cá nhân cơ bản như: quyền bình đẳng trước pháp luật (Điều 11), quyền bất khả xâm phạm thân thể, quyền tự do đi lại và chọn lựa nơi cư trú, quyền tự do chọn lựa nghề nghiệp (các điều 12, 14 và 15), quyền bảo vệ bí mật riêng tư, quyền bất khả xâm phạm về thư tín, quyền tự do sáng tạo (các điều 17, 18 và 22), quyền sở hữu tài sản và nghĩa vụ tuân thủ phúc lợi chung

³³⁶Kể từ Hiến pháp năm 1987, nguyên tắc phân công, phối hợp và kiểm soát quyền lực được áp dụng rất triệt để trong tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước Hàn Quốc. Bên cạnh phân công, kiểm soát quyền lực giữa ngành hành pháp (đứng đầu là tổng thống dân cử), lập pháp và tư pháp, cùng với chính quyền địa phương tự quản, trong bộ máy nhà nước Hàn Quốc còn có các thiết chế quan trọng để bảo đảm nguyên tắc dân chủ và pháp quyền là (1) Tòa án Hiến pháp; (2) Hội đồng nhân quyền quốc gia; và (3) Hội đồng bầu cử quốc gia.

³³⁷Hamyoung Jeong, "The Role of Administrative Law in Economic Development and Democracy in Korea" in Korea Legislation Research Institute, *Introduction to Korean Law* (Seoul: Springer, 2013) 85-112 at 89.

(Điều 23)³³⁸, quyền học tập, quyền làm việc và quyền được hưởng một cuộc sống tối thiểu (các điều 31, 32, và 34).

Để thúc đẩy phát triển kinh tế và quản lý các hoạt động kinh tế, bảo đảm trật tự công trong khuôn khổ của Hiến pháp, Hàn Quốc đã ban hành hàng trăm luật, bao gồm không chỉ các luật thuộc lĩnh vực pháp luật tư (pháp luật dân sự, thương mại) mà cả các luật mang tính chất quản lý nhà nước. Các văn bản pháp luật này tạo ra cơ sở pháp lý để duy trì trật tự kinh tế vốn đã được ghi nhận trong Hiến pháp Hàn Quốc năm 1987 là một trật tự kinh tế “dựa trên sự tôn trọng quyền tự do và ý tưởng sáng tạo của các cá nhân và doanh nghiệp trong đời sống kinh tế” (Khoản 1 Điều 119). Đây chính là trật tự kinh tế thị trường tự do, đề cao quyền tư hữu và quy luật cạnh tranh, đồng thời, cho phép Nhà nước được quyền can thiệp để giải quyết các vấn đề xã hội phát sinh từ sự vận hành của kinh tế thị trường tự do, thúc đẩy công lý và phúc lợi xã hội. Về bản chất, đây cũng là một dạng nền kinh tế thị trường xã hội (social market economy) hoặc một nền kinh tế thị trường hỗn hợp theo đó Nhà nước can thiệp vào đời sống kinh tế theo nguyên tắc “bổ trợ” (subsidiary), tức là sự can thiệp chỉ được xem là hợp lý và hợp pháp khi sự can thiệp đó là cân xứng (vừa đủ) để hỗ trợ quyền tự quyết định của các cá nhân và doanh nghiệp³³⁹. Phần dưới đây, trong khuôn khổ nguồn tư liệu tiếp cận được, xin giới thiệu tổng quan những luật quan trọng hàng đầu điều chỉnh các hoạt động kinh tế ở Hàn Quốc.

II. PHÁP LUẬT VỀ CHÍNH SÁCH ĐẦU TƯ, SẢN XUẤT, KINH DOANH

2.1. Các luật về thuế

Để tạo nguồn thu cho ngân sách, Hàn Quốc phát triển một hệ thống thuế khá toàn diện bao gồm 13 loại thuế quốc gia (national

³³⁸Hiến pháp Hàn Quốc cũng quy định việc trưng mua tài sản vì lợi ích công cộng với điều kiện phải được bồi thường công bằng theo quy định trong Luật do Quốc hội ban hành (Điều 23).

³³⁹Korea Legislation Research Institute, Introduction to Korean Law, Seoul: Springer, 2013, tr.79-80.

taxes) và 11 loại thuế địa phương (local taxes). Ngoài ra, Hàn Quốc cũng có các quy định đối với thuế nhà thầu nước ngoài cùng các quy định về kiểm soát chuyển giá. Trong hệ thống thuế hiện hành của Hàn Quốc, có 9 loại thuế quốc gia cơ bản như sau: (1) thuế thu nhập cá nhân, (2) thuế thu nhập công ty, (3) thuế thừa kế và tặng cho, (4) thuế nắm giữ bất động sản, (5) thuế giá trị gia tăng, (6) thuế tiêu thụ cá nhân, (7) thuế rượu, (8) thuế tem, (9) thuế giao dịch chứng khoán và (10) thuế xuất/nhập khẩu. Ngoài ra, hệ thống thuế của Hàn Quốc còn có 3 loại thuế quốc gia với các mục tiêu riêng biệt là (1) thuế giao thông, năng lượng và môi trường, (2) thuế giáo dục, (3) thuế đặc biệt dành cho phát triển nông thôn³⁴⁰. Đối với thuế địa phương, các địa phương ở Hàn Quốc được đánh 11 loại thuế trong đó chính quyền cấp tỉnh được đánh 6 loại thuế gồm thuế thu đắc tài sản (acquisition tax), thuế môn bài (registration and licensing tax), thuế giải trí (leisure tax), thuế tiêu thụ địa phương (local consumption tax), thuế tiện ích và các nguồn lực cộng đồng (community resource and facility tax) và thuế giáo dục địa phương (local education tax); còn chính quyền các hạt/thành phố thuộc tỉnh được đánh 5 loại thuế (thuế tài sản (property tax), thuế cư trú (inhabitant tax), thuế ô tô (automobile tax), thuế tiêu thụ thuốc lá (tobacco consumption tax) và thuế thu nhập địa phương (local income tax)³⁴¹.

Với mỗi loại thuế quốc gia, Quốc hội Hàn Quốc đều có Luật riêng để quy định. Ngoài ra, để hoạt động thu thuế và giải quyết các vấn đề có liên quan được thuận lợi, Quốc hội Hàn Quốc còn ban hành các luật có liên quan như: Luật khung về thuế quốc gia (Framework Act on National Taxes), Luật thu thuế quốc gia (National Tax Collection Act), Luật trừng trị người trốn thuế (Punishment of Tax Evaders Act), Luật kiểm soát việc đãi ngộ

³⁴⁰Nguồn thu từ 3 loại thuế này không đưa vào quỹ ngân sách chung của quốc gia mà được phân bổ trực tiếp vào các chương trình chi tiêu cụ thể.

³⁴¹Korean Ministry of Strategy and Finance, 2014 Korean Taxation.

thuế đối với các trường hợp đặc biệt (Special Tax Treatment Control Act). Riêng với thuế địa phương, các sắc thuế này được Quốc hội Hàn Quốc quy định chung vào trong một Luật có tên là Luật thuế địa phương (Local Tax Act). Luật này ấn định loại thuế mà chính quyền cấp tỉnh và chính quyền cơ sở được đánh thuế cùng thuế suất chuẩn. Hội đồng địa phương sẽ được quyền điều chỉnh mức thuế cụ thể trên cơ sở thuế suất chuẩn đã được ấn định trong Luật thuế địa phương nhưng mức cao nhất không được quá 1,5 lần mức thuế chuẩn và mức thấp nhất không được dưới 0,5 lần mức thuế chuẩn.

2.1.1. Thuế thu nhập cá nhân

Người làm công cư trú tại Hàn Quốc đều phải chịu thuế thu nhập cá nhân đối với tất cả các thu nhập mà người này có được trong năm, bao gồm cả thu nhập phát sinh tại Hàn Quốc hoặc thu nhập phát sinh từ nước ngoài. Mức thuế thu nhập nằm trong khung từ 6,6% - 41,8% được tính trên tiền lương thu được sau khi được giảm trừ gia cảnh. Người nước ngoài làm việc tại Hàn Quốc có thể chọn chế độ thuế với mức thuế chung là 18,7% trên toàn bộ thu nhập có được ở Hàn Quốc mà không được khấu trừ (trong thời hạn 5 năm kể từ ngày được tuyển dụng ở Hàn Quốc).

Người làm công cư trú tại Hàn Quốc còn phải nộp các khoản bảo hiểm xã hội như sau:

- Nộp 4,5% tiền lương tháng (nhưng không quá 183.600 KRW một tháng) vào Quỹ lương hưu quốc gia;
- 3,035% tiền lương tháng đóng vào Quỹ bảo hiểm y tế quốc gia;
- 6,55% số tiền đóng vào Quỹ bảo hiểm y tế quốc gia để bảo hiểm cho các khoản chữa trị y tế dài hạn;
- 0,65% lương tháng đóng vào Quỹ bảo hiểm thất nghiệp.

Các khoản đóng góp này được thực hiện thông qua chủ sử dụng lao động (đóng cho cơ quan thuế vào ngày 10 hàng tháng).

Chủ sử dụng lao động cũng phải đóng vào Quỹ lương hưu quốc gia, Quỹ bảo hiểm y tế và Quỹ bảo hiểm thất nghiệp với mức đóng như sau:

- Đóng mức giống như mức của công nhân cho Quỹ lương hưu quốc gia, Quỹ bảo hiểm y tế (bao gồm cả Quỹ bảo hiểm chăm sóc y tế dài hạn);

- Đóng ở mức 0,9% đến 1,5% lương tháng tùy theo số lượng nhân viên được tuyển dụng cho Quỹ bảo hiểm thất nghiệp.

Ngoài ra, chủ sử dụng lao động còn phải đóng thêm khoản bảo hiểm bồi thường tai nạn lao động công nghiệp (với mức đóng thay đổi tùy theo ngành công nghiệp).

2.1.2. Thuế thu nhập doanh nghiệp

Theo quy định của Luật thuế thu nhập doanh nghiệp (the Corporate Income Tax Act), các doanh nghiệp có trụ sở chính hoặc có nơi đặt bộ máy quản lý điều hành thực sự trong lãnh thổ Hàn Quốc đều phải chịu thuế thu nhập doanh nghiệp (với mức thuế suất nằm trong khoảng 11 - 24,2%). Những doanh nghiệp không thuộc trường hợp trên nhưng có hiện diện thường xuyên tại Hàn Quốc cũng phải chịu thuế thu nhập doanh nghiệp tương tự như các doanh nghiệp có trụ sở chính ở Hàn Quốc đối với phần thu nhập do thiết chế hiện diện thường xuyên của doanh nghiệp tại Hàn Quốc có được. Doanh nghiệp được xem là có hiện diện thường xuyên tại Hàn Quốc nếu thuộc một trong các trường hợp sau: (1) có chi nhánh, (2) có cửa hàng, (3) có website, (4) có nhà máy, (5) có nơi hoạt động để cung cấp dịch vụ hoặc để thực hiện các hoạt động xây dựng từ 6 tháng trở lên. Đối với doanh nghiệp không có trụ sở tại Hàn Quốc và cũng không có hiện diện thường xuyên mà có phát sinh thu nhập tại Hàn Quốc thì cũng phải chịu thuế thu nhập đối với phần thu nhập phát sinh từ hoạt động tại Hàn Quốc. Các khoản thuế thu nhập đều phải tiến hành khai báo và quyết toán thuế trong thời hạn 3 tháng sau khi kết thúc năm tài chính.

Vấn đề chuyển giá nhằm tránh hoặc trốn thuế ở Hàn Quốc được thực hiện theo quy định của một Luật riêng là Luật điều phối thuế quốc tế (the International Tax Coordination Act) theo đó các giao dịch quốc tế giữa các bên có quan hệ lợi ích với nhau phải thực hiện nguyên tắc “đôi xử như những người không có quan hệ thân thích” (arm’s length rule). Nếu vi phạm, cơ quan thuế có thể điều chỉnh mức thuế phải nộp tương ứng.

2.1.3. Thuế giá trị gia tăng (VAT)

Thuế giá trị gia tăng đánh trên hàng hóa và dịch vụ do doanh nghiệp cung cấp. Mức thuế suất là 10%. Loại thuế này được tiến hành kê khai và nộp thuế theo từng quý (vào ngày 25 của các tháng Giêng, Tư, Bảy, và Mười).

2.1.4 Các hiệp định tránh đánh thuế hai lần

Hàn Quốc có hiệp định song phương với hơn 80 quốc gia trong đó có Hoa Kỳ, Nhật Bản, Đức, Pháp, Ý và Anh Quốc về việc tránh đánh thuế hai lần để thúc đẩy giao thương, quan hệ đầu tư, hợp tác khoa học, công nghệ và văn hóa giữa Hàn Quốc và đối tác.

2.2. Pháp luật về thương mại điện tử

Pháp luật về thương mại điện tử khá phát triển ở Hàn Quốc. Trong lĩnh vực này, Hàn Quốc đã ban hành 4 luật quan trọng là:

- Luật chữ ký số (Digital Signature Act) quy định các vấn đề về chữ ký số và việc nhận diện, xác thực chữ ký số;

- Luật khung về văn bản điện tử và các giao dịch điện tử (Frame-work Act on Electronic Documents and Electronic Transactions) quy định các chính sách về phát triển thương mại điện tử;

- Luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trong thương mại điện tử (Act on Consumer Protection in Electronic Commerce) quy định việc bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trong thương mại điện tử, trong các giao dịch bán hàng từ xa, bán hàng qua mạng Internet;

- Luật về giao dịch tài chính điện tử (Electronic Financial Transaction Act) quy định các vấn đề liên quan tới giao dịch tài chính điện tử.

III. PHÁP LUẬT VỀ PHÁT TRIỂN CÁC LOẠI THỊ TRƯỜNG

3.1. Pháp luật về thị trường hàng hóa

3.1.1. Pháp luật về thương mại

Bộ luật thương mại được ban hành vào ngày 20/1/1962 (Đạo luật số 1000), bao gồm 5 phần: (1) Những quy định chung, (2) Các hoạt động thương mại, (3) Công ty, (4) Bảo hiểm, (5) Vận tải hàng hải. Sau này, vấn đề vận tải hàng không được bổ sung để trở thành phần thứ 6 của Bộ luật. Hiện tại, Bộ luật thương mại của Hàn Quốc gồm 965 điều được chia thành 6 phần cụ thể như sau:

Phần quy định chung gồm 4 nội dung cơ bản: (1) thương nhân; (2) nhân viên thương mại; (3) tên thương mại và sổ sách kế toán (báo cáo tài chính); (4) đăng ký thương mại.

Phần các hoạt động thương mại quy định rõ các loại hoạt động thương mại cơ bản (là các hành vi được tiến hành với mục tiêu tìm kiếm lợi nhuận) và các hoạt động thương mại hỗ trợ. Các loại hoạt động thương mại cơ bản bao gồm: (1) mua bán hàng hóa, (2) tài khoản chung, (3) các hội kín, (4) đại diện thương mại, (5) môi giới thương mại, (5) vận tải, (6) ngành kinh doanh giải trí công cộng, (7) gửi giữ hàng hóa, (8) cho thuê tài chính, (9) nhượng quyền thương mại, (10) bao thanh toán...

Phần bảo hiểm quy định về các quy tắc liên quan tới các loại bảo hiểm sau: bảo hiểm phi nhân thọ (non-life insurance) và bảo hiểm nhân thọ (life insurance), bảo hiểm cháy nổ (fire insurance), bảo hiểm giao thông (transport insurance), bảo hiểm hàng hải (marine insurance), bảo hiểm trách nhiệm (liability insurance), bảo hiểm ô tô (automobile insurance), bảo hiểm tai nạn.

Phần thương mại hàng hải (maritime commerce) được sửa đổi toàn diện bởi Luật số 8582 (thông qua vào tháng 8/2007 và có hiệu lực từ ngày 1/1/2008) gồm các điều từ Điều 740 - 895 (156 điều). Riêng đối với vận đơn điện tử, nội dung này không được quy định chi tiết trong Bộ luật thương mại mà được quy định cụ thể trong một Sắc lệnh (năm 2013) của Tổng thống ban hành Quy chế về việc thực hiện các quy định trong Bộ luật thương mại liên quan tới vận đơn điện tử (Regulation for the implementation of Electronic Bill of Lading-related Provisions of the Commercial Act).

Phần về vận tải hàng không (phần 6 của Bộ luật thương mại) mới được bổ sung vào Bộ luật thương mại Hàn Quốc từ ngày 25/11/2011 với 40 điều (từ Điều 896 - Điều 935).

3.1.2. Các luật về đấu thầu³⁴²

Mỗi năm, chỉ tính riêng chính quyền trung ương ở Hàn Quốc, số tiền mà Chính phủ bỏ ra để đấu thầu mua sắm hàng hóa, dịch vụ với trị giá hàng chục tỷ USD. Pháp luật điều chỉnh lĩnh vực này gồm: Luật về hợp đồng mà một bên là Nhà nước (Act on Contracts to Which the State is a Party) và Luật về hợp đồng mà một bên là Chính quyền địa phương (Act on Contracts to Which a Local Government is a Party)³⁴³; Luật khung về ngành công nghiệp xây dựng (Framework Act on the Construction Industry); Luật mua sắm Chính phủ (Government Procurement Act); Luật giao dịch công bằng khi thầu khoán lại (Fair Transactions in Subcontracting Act); Luật chương trình mua sắm quốc phòng (Defense Acquisition Program Act); Luật sáng kiến tài chính tư nhân (Private Finance Initiative Act)...

³⁴²Pro. Dr. Kee-Hong Kang, "Current Development in South Korean Procurement Law", 2014 xem http://www.forum-vergabe.de/fileadmin/user_upload/Weiterf%C3%BChrende_Informationen/Diskussionsbeitr%C3%A4ge/Current_Development_in_South_Korean_Procurement_Law.pdf?PHPS ESSID=676d9a39a33f77dbd7fe1519773d0906

³⁴³Các Luật này đều có Nghị định hướng dẫn thi hành.

Luật về hợp đồng mà một bên là Nhà nước (hay còn gọi là Luật hợp đồng Nhà nước) có mục đích cơ bản là thúc đẩy việc thực thi hợp đồng mà một bên là Nhà nước. Luật này điều chỉnh việc mua sắm của Nhà nước thông qua đấu thầu quốc tế hoặc đấu thầu nội địa. Đạo luật quy định các nguyên tắc hợp đồng cơ bản (Điều 5 và Điều 6) như nguyên tắc “bình đẳng”, “trung thực”, “tương trợ”, “minh bạch và công bằng”; các phương thức giao kết hợp đồng (Điều 7, các điều từ 22 tới 25) như đấu thầu mở (công khai), đấu thầu cạnh tranh hạn chế, đấu thầu cạnh tranh nhưng có tính chỉ định. Cách xác định bên trúng thầu (Điều 10), về nguyên tắc là theo giá, theo đó giá thấp nhất sẽ được ưu tiên cao nhất, tiếp đến là nguyên tắc có lợi nhất cho nhà nước. Các quy định tương tự cũng xuất hiện trong Luật về hợp đồng mà một bên là chính quyền địa phương.

3.2. Pháp luật về thị trường tài chính, tín dụng

Thị trường tài chính, tín dụng là kênh dẫn vốn quan trọng từ nơi tạm dư thừa vốn tới nơi đang có nhu cầu và có khả năng sử dụng vốn hiệu quả. Có thể xem việc lưu chuyển vốn trong nền kinh tế qua thị trường tài chính, tín dụng như những dòng máu trong cơ thể con người. Chính vì tầm quan trọng đặc biệt đó, sự tăng trưởng, phát triển của nền kinh tế luôn đi kèm với sự phát triển của thị trường tài chính, tín dụng ngân hàng. Tuy nhiên, đây cũng là một trong những thị trường tiềm ẩn nhiều rủi ro có tính chất dây chuyền trong nền kinh tế. Chính vì thế, các quốc gia thường rất quan tâm điều chỉnh pháp luật đối với loại thị trường đặc biệt này. Hàn Quốc cũng không phải là một ngoại lệ.

Hàn Quốc đã ban hành hàng loạt Luật điều chỉnh các loại giao dịch trên thị trường tài chính, tín dụng ngân hàng cũng như các luật để quản lý nhà nước đối với lĩnh vực này. Trong số đó phải kể tới các luật quan trọng sau đây:

- Luật kinh doanh ngân hàng (Banking Act) năm 1998 (sửa đổi, bổ sung các năm 1999, 2000, 2001, 2002, 2005, 2007, 2008, 2009, 2010 và 2013). Luật gồm 69 điều quy định các loại dịch vụ ngân hàng (nhận gửi tiền, cho vay tiền, thanh toán...); trình tự, thủ tục kinh doanh ngân hàng; cấu trúc vốn của ngân hàng thương mại; cơ chế quản trị nội bộ của ngân hàng thương mại; sáp nhập và giải thể ngân hàng và cơ chế quản lý nhà nước đối với hoạt động kinh doanh ngân hàng; thiết lập Cơ quan Giám sát Tài chính (Financial Supervisory Service) để thanh tra, giám sát ngân hàng.

- Luật Ngân hàng Phát triển Hàn Quốc (Korea Development Bank Act) năm 1953 (đã được sửa đổi, bổ sung nhiều lần và lần sửa đổi, bổ sung gần nhất là năm 2010) quy định việc thành lập Ngân hàng Phát triển Hàn Quốc và các quy tắc quản lý, điều hành ngân hàng này nhằm tạo kênh huy động và tài trợ vốn cho các dự án phát triển của các cấp chính quyền ở Hàn Quốc.

- Luật Ngân hàng Công nghiệp Hàn Quốc (Industrial Bank of Korea Act) năm 1961 (đã được sửa đổi, bổ sung nhiều lần và lần sửa đổi, bổ sung gần nhất là năm 2011) quy định việc thành lập Ngân hàng Công nghiệp Hàn Quốc với mục tiêu tạo kênh huy động và tài trợ vốn cho các doanh nghiệp vừa và nhỏ ở Hàn Quốc. Đạo luật cũng quy định các quy tắc quản trị nội bộ của Ngân hàng Công nghiệp Hàn Quốc.

- Luật công ty tài chính (Korean Finance Corporation Act) năm 2009 giúp thiết lập công ty tài chính Hàn Quốc có chức năng cung cấp các khoản tín dụng ưu đãi cho các ngành, lĩnh vực được coi là có ý nghĩa đối với sự tăng trưởng kinh tế của quốc gia, chủ yếu là các ngành mà Hàn Quốc ưu tiên phát triển như các ngành có tăng trưởng nhanh, các hoạt động kinh doanh liên quan tới tăng trưởng xanh, các dự án mở rộng hạ tầng xã hội, cung cấp một số khoản tín dụng hỗ trợ doanh nghiệp vừa và nhỏ³⁴⁴.

³⁴⁴<https://www.idfc.org/Members/kofc.aspx>.

- Luật kinh doanh bảo hiểm (Insurance Business Act) năm 2005 (sửa đổi, bổ sung các năm 2006, 2007, 2008, 2009 và 2011) gồm 209 điều, chia thành 13 chương³⁴⁵, quy định các loại hình dịch vụ bảo hiểm thương mại, cấp phép kinh doanh bảo hiểm, tổ chức của công ty bảo hiểm, cung cấp dịch vụ bảo hiểm, thanh tra, giám sát đối với hoạt động kinh doanh bảo hiểm, nhất là việc thực thi quyền năng thanh tra, giám sát của Ủy ban Dịch vụ Tài chính Hàn Quốc (Korean Financial Services Commission).

- Luật bồi thường tổn thất do hỏa hoạn và việc mua hợp đồng bảo hiểm hỏa hoạn (Act on the Indemnification for Fire-Caused Loss and the Purchase of Insurance Policies) năm 1973 (sửa đổi, bổ sung các năm 1988, 1997, 1998, 1999, 2000, 2003, 2004, 2008, 2010 và 2011).

- Luật thị trường vốn và kinh doanh đầu tư tài chính (Financial Investment Business and Capital Markets Act) năm 2007 (sửa đổi, bổ sung hàng năm cho tới 2014)³⁴⁶ gồm 449 điều, được coi là bộ luật về chứng khoán của Hàn Quốc. Luật điều chỉnh hầu hết các vấn đề về phát hành chứng khoán tự do chuyển nhượng ở Hàn Quốc (cổ phiếu phổ thông, trái phiếu), kiểm soát các giao dịch nội gián hoặc các giao dịch không công bằng khác, tổ chức và hoạt động của Sở Giao dịch Chứng khoán và giám sát, xử lý vi phạm trên thị trường chứng khoán.

³⁴⁵Chương 1 “Những quy định chung” (từ Điều 1 tới Điều 3), Chương 2 “Cấp phép kinh doanh bảo hiểm” (từ Điều 4 tới Điều 12), Chương 3 “Công ty bảo hiểm” (từ Điều 13 tới Điều 82), Chương 4 “Chào mời mua bảo hiểm” (từ Điều 83 tới Điều 103), Chương 5 “Quản lý tài sản” (từ Điều 104 tới Điều 117), Chương 6 “Kế toán trong kinh doanh bảo hiểm” (từ Điều 118 tới Điều 122), Chương 7 “Giám sát hoạt động kinh doanh bảo hiểm” (từ Điều 123 tới Điều 136), Chương 8 “Giải thể và thanh lý công ty bảo hiểm” (từ Điều 137 tới Điều 161), Chương 9 “Điều tra những người có liên quan” (từ Điều 162 tới Điều 164), Chương 10 “Bảo vệ quyền lợi người thứ ba trong hợp đồng bảo hiểm phi nhân thọ” (từ Điều 165 tới Điều 174), Chương 11 “Các tổ chức liên quan tới bảo hiểm” (từ Điều 175 tới Điều 192), Chương 12 “Các quy định bổ sung” (từ Điều 193 tới Điều 196), Chương 13 “Các quy định hình sự” (từ Điều 197 tới Điều 209).

³⁴⁶Luật gồm 449 điều, chia thành 10 phần: Phần 1 “Quy định chung” (từ Điều 1 tới Điều 10); Phần 2 “Kinh doanh đầu tư tài chính” (từ Điều 11 tới Điều 117); Phần 3 “Phát hành và lưu chuyển chứng khoán” (từ Điều 118 tới Điều 171); Phần 4 “Điều tiết các giao dịch không công bằng” (từ Điều 172 tới Điều 180); Phần 5 “Các chương trình đầu tư tập thể” (từ Điều 181 tới Điều 282); Phần 6 “Các thiết chế liên quan tới đầu tư tài chính” (từ Điều 283 tới Điều 372); Phần 7 “Sở Giao dịch Chứng khoán” (từ Điều 373 tới Điều 414); Phần 8 “Giám sát và kỷ luật” (từ Điều 415 tới Điều 434); Phần 9 “Các quy định bổ sung” (từ Điều 435 tới Điều 442); Phần 10 “Các quy định hình sự” (từ Điều 443 tới Điều 449).

- Luật kiểm toán độc lập đối với các công ty cổ phần (Act on External Audit of Stock Companies) năm 1980 (sửa đổi, bổ sung các năm 1983, 1984, 1989, 1993, 1996, 1998, 2000, 2001, 2003, 2005, 2007, 2008, 2009, 2010 và 2013) gồm 22 điều quy định chi tiết quyền và trách nhiệm của các công ty cổ phần và những người có liên quan khi phải tiến hành kiểm toán độc lập.

- Luật tín thác trái phiếu có bảo đảm (Secured Bond Trust Act) năm 1960 (sửa đổi, bổ sung các năm 1997, 1998, 1999, 2002, 2007, 2008, 2010, 2011 và 2012). Đạo Luật gồm 106 điều quy định về dịch vụ tín thác mà các công ty tín thác cung cấp để phục vụ việc phát hành trái phiếu có bảo đảm.

- Luật đăng ký trái phiếu năm 1970 (sửa đổi, bổ sung các năm 1997, 1998, 1999, 2005, 2008 và 2011) gồm 19 điều quy định việc phát hành và đăng ký trái phiếu của chính quyền địa phương và của các công ty thuộc diện phải đăng ký.

- Luật chứng khoán hóa có bảo đảm bằng tài sản (Asset-backed Securization Act) năm 1998 (sửa đổi, bổ sung các năm 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2005, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011 và 2012) gồm 42 điều quy định việc phát hành chứng khoán của một số công ty đặc biệt có bảo đảm bằng bất động sản.

3.3. Pháp luật về thị trường bất động sản

Hiến pháp Hàn Quốc năm 1987 (Điều 122) quy định rõ về trách nhiệm của Nhà nước trong việc bảo đảm sử dụng đất một cách cân bằng và hiệu quả. Nhà nước, thông qua các luật, có quyền đưa ra các hạn chế hoặc nghĩa vụ đối với chủ sở hữu đất đai để bảo đảm việc sử dụng hiệu quả và cân bằng đất đai. Trên cơ sở quy định của Hiến pháp, Quốc hội Hàn Quốc đã ban hành 3 luật quan trọng điều chỉnh các quan hệ đất đai:

- Luật khung về đất đai quốc gia (Framework Act on the National Land) năm 2002 (sửa đổi, bổ sung năm 2009)³⁴⁷ gồm 33

³⁴⁷Từ năm 1963, Hàn Quốc đã ban hành Luật kế hoạch tổng thể sử dụng đất (the Act on Comprehensive Plan of National Land Construction). Luật này sau đó được thay thế bởi Luật khung về đất đai quốc gia năm 2002.

điều quy định chi tiết việc phân loại đất đai (đất đô thị, đất nông thôn; đất ở thành phố lớn, đất ở thành phố vừa và đất ở thành phố nhỏ...); quy định nguyên tắc bảo đảm sự hài hòa, thân thiện với môi trường, bảo đảm các yêu cầu phát triển bền vững trong lập quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất đai.

- Luật sử dụng và quy hoạch quốc gia về đất đai (National Land Planning and Use Act) năm 2002³⁴⁸. Đạo luật quy định chi tiết trình tự, thủ tục lập, phê duyệt các loại quy hoạch đất đai và quy hoạch phát triển đô thị.

- Luật về hoàn trả các khoản lợi nhờ phát triển (Restitution of Development Gains Act)³⁴⁹ ban hành năm 1989 và đã sửa đổi, bổ sung 26 lần tính tới lần sửa đổi gần đây nhất là ngày 23/3/2013. Luật quy định rõ chủ sở hữu hoặc chủ dự án các khu nhà ở, khu tổ hợp công nghiệp, khu du lịch, dự án sân golf và một số loại dự án khác, được hưởng lợi về sự tăng giá đất khi Nhà nước xây dựng các công trình hạ tầng ở khu vực lân cận thì phải hoàn trả các khoản lợi kể trên cho nhà nước. Luật được xây dựng nhằm kiểm soát tình trạng đầu cơ đất đai dựa trên các dự án phát triển hạ tầng của Nhà nước và khuyến khích sử dụng đất tiết kiệm, hợp lý.

3.4. Pháp luật về thị trường khoa học - công nghệ

Hàn Quốc là một trong những quốc gia có hệ thống pháp luật bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ rất phát triển, tiệm cận với các quy tắc về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ của WTO và Tổ chức Sở hữu

³⁴⁸Luật gồm 144 điều, chia thành 12 chương: Chương 1 “Những quy định chung” (từ Điều 1 tới Điều 9), Chương 2 “Quy hoạch đô thị” (từ Điều 10 tới Điều 17), Chương 3 “Quy hoạch đô thị cơ bản” (từ Điều 18 tới Điều 23), Chương 4 “Quy hoạch việc quản lý đô thị” (từ Điều 24 tới Điều 55), Chương 5 “Việc cấp phép cho các dự án phát triển” (từ Điều 56 tới Điều 75), Chương 6 “Các hành vi bị hạn chế trong các khu vực đặc biệt” (từ Điều 76 tới Điều 84), Chương 7 “Việc thực hiện các dự án hạ tầng đô thị” (từ Điều 85 tới Điều 100), Chương 8 “Chi phí và việc chịu chi phí xây dựng quy hoạch” (từ Điều 101 tới Điều 105), Chương 9 “Ủy ban Quy hoạch Đô thị” (từ Điều 106 tới Điều 116), Chương 10 “Cấp phép đối với các giao dịch đất đai” (từ Điều 117 tới Điều 126), Chương 11 “Các quy định bổ sung” (từ Điều 127 tới Điều 139), Chương 12 “Các quy định về hình sự” (từ Điều 140 tới Điều 144).

³⁴⁹Luật gồm 29 điều, chia thành 3 chương: Chương 1 “Những quy định chung” (từ Điều 1 tới Điều 4), Chương 2 “Việc ấn định mức hoàn trả” (từ Điều 5 tới Điều 25), Chương 3 “Điều khoản bổ sung” (từ Điều 26 tới Điều 29).

trí tuệ Thế giới (WIPO). Các sáng chế ở Hàn Quốc chỉ được cấp bằng khi sáng chế đó hàm chứa công nghệ có khả năng ứng dụng trong công nghiệp, có tính mới và thực sự là một bước tiến trong phát minh. Việc đăng ký sáng chế được tiến hành tại Văn phòng Sở hữu trí tuệ Hàn Quốc (Korean Intellectual Property Office) với thời hạn bảo hộ là 20 năm và có thể được kéo dài với thời hạn 5 năm trong trường hợp đặc biệt. Trường hợp có hành vi vi phạm sáng chế, chủ sở hữu sáng chế có thể yêu cầu Tòa án Hàn Quốc áp dụng biện pháp ngăn chặn buộc chấm dứt hành vi vi phạm và áp dụng các biện pháp phạt như: bồi thường thiệt hại, khôi phục lại danh tiếng của chủ sở hữu sáng chế, tịch thu phương tiện và trang thiết bị, nguyên liệu liên quan tới vi phạm. Người có hành vi vi phạm sáng chế có thể bị phạt tù tới 7 năm hoặc bị phạt tiền tới 100 triệu KRW (tương đương khoảng 2 tỷ VNĐ).

Đối với nhãn hiệu thương mại (trade mark), việc bảo hộ được thực hiện theo quy định của Luật nhãn hiệu thương mại (Trade Mark Act) năm 1949 (sửa đổi, bổ sung gần đây nhất vào năm 2014). Theo Luật này, các dấu hiệu, ký tự, hình vẽ, hình khối không gian ba chiều, màu sắc, sự chuyển động, âm thanh, mùi hoặc sự kết hợp các yếu tố trên đều có thể hình thành một nhãn hiệu thương mại. Tuy nhiên, để có thể được đăng ký, nhãn hiệu thương mại ấy phải đáp ứng tiêu chuẩn có đủ sự khác biệt để giúp người tiêu dùng nhận diện ra hàng hóa và dịch vụ gắn với nhãn hiệu thương mại đó và không xung đột với các nhãn hiệu đã đăng ký trước đó. Việc đăng ký nhãn hiệu thương mại cũng được thực hiện tại Văn phòng Sở hữu trí tuệ Hàn Quốc với thời hạn bảo hộ là 10 năm và có thể được gia hạn nhiều lần, mỗi lần 10 năm. Riêng đối với các thương hiệu nổi tiếng, việc bảo hộ được thực hiện theo quy định tại Luật bảo hộ bí mật thương mại và ngăn ngừa hành vi cạnh tranh không lành mạnh (Unfair Competition Prevention and Trade Secret Protection Act). Trường hợp có hành

vi vi phạm nhãn hiệu, chủ sở hữu nhãn hiệu có thể yêu cầu Tòa án Hàn Quốc áp dụng biện pháp ngăn chặn buộc chấm dứt hành vi vi phạm và áp dụng các biện pháp phạt như: bồi thường thiệt hại, khôi phục lại danh tiếng của chủ sở hữu nhãn hiệu, tịch thu phương tiện và trang thiết bị, nguyên liệu liên quan tới vi phạm. Người có hành vi vi phạm nhãn hiệu cũng có thể bị phạt tù tới 7 năm hoặc bị phạt tiền tới 100 triệu KRW (tương đương khoảng 2 tỷ VNĐ).

Việc bảo hộ kiểu dáng công nghiệp (designs) được thực hiện theo quy định tại Luật về kiểu dáng công nghiệp (Industrial Design Act). Kiểu dáng công nghiệp là khái niệm để chỉ hình dạng, kiểu cách, màu sắc hoặc sự kết hợp của các yếu tố này để tạo ra một ấn tượng về thẩm mỹ. Để được đăng ký bảo hộ, kiểu dáng phải đáp ứng các yêu cầu như: (1) có khả năng ứng dụng công nghiệp, (2) có tính mới và (3) có tính sáng tạo. Cơ quan đăng ký kiểu dáng công nghiệp cũng là Văn phòng Sở hữu trí tuệ Hàn Quốc. Thời hạn bảo hộ trước năm 2014 chỉ là 15 năm nhưng từ năm 2014 trở đi là 20 năm. Trường hợp có hành vi vi phạm kiểu dáng, chủ sở hữu kiểu dáng có thể yêu cầu Tòa án Hàn Quốc áp dụng biện pháp ngăn chặn buộc chấm dứt hành vi vi phạm và áp dụng các biện pháp phạt như: bồi thường thiệt hại, khôi phục lại danh tiếng của chủ sở hữu kiểu dáng, tịch thu phương tiện và trang thiết bị, nguyên liệu liên quan tới vi phạm. Người có hành vi vi phạm kiểu dáng cũng có thể bị phạt tù tới 7 năm hoặc bị phạt tiền tới 100 triệu KRW (tương đương khoảng 2 tỷ VNĐ).

Đối với quyền tác giả, việc bảo hộ được thực hiện theo quy định của Công ước phổ quát của Liên Hợp Quốc về quyền tác giả năm 1952 và Luật về quyền tác giả (Copyright Act). Việc đăng ký quyền tác giả không phải là điều kiện để bảo hộ quyền tác giả. Tuy nhiên, Hàn Quốc vẫn duy trì cơ quan đăng ký quyền tác giả có tên là Ủy ban Quyền tác giả Hàn Quốc (Korea Copyright

Commission). Người có hành vi vi phạm quyền tác giả có thể bị phạt tù tới 5 năm hoặc bị phạt tiền tới 50 triệu KRW (tương đương khoảng 1 tỷ VNĐ). Thời hạn bảo hộ quyền tác giả ở Hàn Quốc là suốt cuộc đời của tác giả cộng với 70 năm sau khi chết.

3.5. Pháp luật về thị trường lao động

Quan hệ lao động ở Hàn Quốc, nhất là quan hệ giữa doanh nghiệp (người sử dụng lao động) với người làm công (công nhân, kỹ sư, nhà quản lý được thuê theo hợp đồng...) được điều chỉnh bởi nhiều luật khác nhau:

- Luật tiêu chuẩn lao động (Labor Standards Act) ban hành lần đầu ngày 13/3/1997, được sửa đổi, bổ sung 11 lần vào các ngày 24/12/1997, 20/2/1998, 8/2/1999, 14/8/2001, 15/9/2003, 27/1/2005, 31/3/2005, 31/5/2005, 21/12/2006, 26/1/2007 và được thay thế mới bởi Luật tiêu chuẩn lao động (Labor Standards Act) ngày 11/4/2007³⁵⁰. Luật gồm 116 điều, chia thành 11 chương³⁵¹, quy định các vấn đề về quan hệ lao động. Theo quy định của Luật, trong quan hệ lao động, các bên không cần phải ký hợp đồng lao động bằng văn bản. Tuy nhiên, người sử dụng lao động phải có văn bản ghi rõ các điều khoản lao động về (1) tiền lương, (2) giờ giấc làm việc, (3) các ngày nghỉ lễ và (4) các ngày nghỉ phép. Luật cũng quy định rõ những trường hợp được phép chấm dứt hoặc không được phép chấm dứt hợp đồng lao động. Cũng theo Luật này, người sử dụng lao động chỉ có thể sa thải người lao động khi có lý do chính đáng. Lý do này bao gồm: cố ý có hành vi vi phạm pháp luật hoặc vi phạm nội quy; thực hiện công việc được giao với

³⁵⁰Tính đến 2012, Luật này cũng đã sửa đổi, bổ sung 12 lần vào các ngày 17/5/2007, 27/7/2007, 21/12/2007, 21/3/2008, 28/3/2008, 21/5/2009, 17/5/2010, 25/5/2010, 4/6/2010, 10/6/2010, 24/5/2011, 1/2/2012.

³⁵¹Chương 1 “Những quy định chung” (từ Điều 1 tới Điều 14), Chương 2 “Hợp đồng lao động” (từ Điều 15 tới Điều 42), Chương 3 “Tiền lương” (từ Điều 43 tới Điều 49), Chương 4 “Thời giờ làm việc và thời giờ nghỉ ngơi” (từ Điều 50 tới Điều 63), Chương 5 “Lao động nữ và lao động chưa thành niên” (từ Điều 64 tới Điều 75), Chương 6 “An toàn lao động và sức khỏe” (Điều 76), Chương 7 “Học việc” (Điều 77), Chương 8 “Bồi thường tai nạn lao động” (từ Điều 78 tới Điều 92), Chương 9 “Nội quy làm việc” (từ Điều 93 tới Điều 97), Chương 10 “Nội trú” (từ Điều 98 tới Điều 100), Chương 11 “Thanh tra lao động” (từ Điều 101 tới Điều 106), Chương 12 “Các quy định hình sự” (từ Điều 107 tới Điều 116).

hiệu suất thấp; tham gia các hội, nhóm trái pháp luật; có hành vi sử dụng vũ lực; bị truy cứu trách nhiệm hình sự; không bảo vệ bí mật thương mại của người sử dụng lao động.

- Các luật có liên quan về lĩnh vực này gồm: (1) Luật bảo đảm lợi ích khi nghỉ hưu của người lao động (Employee Retirement Benefit Security Act) ngày 27/1/2005³⁵²; (2) Luật bình đẳng giới trong lao động và hỗ trợ cân bằng giữa công việc và gia đình (Act on Equal Employment for Both Sexes and Support for Compatibility of Work and Family) ban hành ngày 4/12/1987³⁵³; (3) Luật bảo hiểm việc làm (Employment Insurance Act) ban hành lần đầu vào ngày 27/12/1993 và sau 15 lần sửa đổi, bổ sung, Luật mới cùng tên đã được ban hành vào ngày 11/5/2007³⁵⁴; (4) Luật tiền lương tối thiểu (Minimum Wage Act) ban hành lần đầu vào ngày 31/12/1986 và đã được sửa đổi, bổ sung nhiều lần³⁵⁵; (5)

³⁵²<http://www.moleg.go.kr/english/korLawEng?pstSeq=47471>. Luật có 35 điều, chia thành 7 chương. Chương 1 “Những quy định chung” (từ Điều 1 tới Điều 7), Chương 2 “Chế độ thanh toán lương hưu” (từ Điều 8 tới Điều 11), Chương 3 “Thiết lập chương trình lương hưu” (Điều 12 và Điều 13), Chương 4 “Người được tín thác quản lý quỹ lương hưu” (từ Điều 14 tới Điều 18), Chương 5 “Nghĩa vụ của các bên liên quan và việc giám sát” (từ Điều 19 tới Điều 24), Chương 6 “Các quy định bổ sung” (từ Điều 25 tới Điều 30), Chương 7 “Các quy định hình sự” (từ Điều 31 tới Điều 35).

³⁵³<http://www.ilo.org/dyn/travail/docs/1751/Act%20on%20Equal%20Employment%20and%20Support%20for%20Work-Family.pdf>. Tính đến ngày 4/6/2010, Luật này đã được sửa đổi, bổ sung 12 lần; gồm 39 điều được chia thành 6 chương: Chương 1 “Những quy định chung” (từ Điều 1 tới Điều 6), Chương 2 “Bảo đảm bình đẳng về cơ hội và sự đối xử trong tuyển dụng nam và nữ” (từ Điều 7 tới Điều 17), Chương 3 “Quy định về thai sản” (từ Điều 18 tới Điều 22), Chương 4 “Phòng ngừa và giải quyết tranh chấp” (từ Điều 23 tới Điều 30), Chương 5 “Quy định bổ sung” (từ Điều 31 tới Điều 36), Chương 6 “Các quy định hình sự” (từ Điều 37 tới Điều 39). Đặc biệt, Luật này quy định rất rõ cách xử lý vấn đề quấy rối tình dục ở nơi làm việc.

³⁵⁴<http://www.moleg.go.kr/english/korLawEng?pageIndex=7>. Tính đến ngày 21/7/2011, Luật này cũng đã được sửa đổi, bổ sung 12 lần; gồm 118 điều được chia thành 9 chương. Ngoài chương 1 “Những quy định chung” (từ Điều 1 tới Điều 12) và Chương 8 “Các quy định bổ sung” (từ Điều 105 tới Điều 115), Chương 9 “Các quy định hình sự” (từ Điều 116 đến Điều 118), các chương còn lại gồm: Chương 2 “Quản lý người được bảo hiểm” (từ Điều 13 tới Điều 18), Chương 3 “Các dự án phát triển kỹ năng của người lao động và bảo đảm việc làm” (từ Điều 19 tới Điều 36), Chương 4 “Các lợi ích được hưởng khi thất nghiệp” (từ Điều 37 tới Điều 69), Chương 5 “Các ích lợi liên quan tới chăm sóc con nhỏ của người được bảo hiểm” (từ Điều 70 tới Điều 77), Chương 6 “Quỹ bảo hiểm thất nghiệp” (từ Điều 78 tới Điều 86), Chương 7 “Yêu cầu xem xét và xem xét lại” (từ Điều 87 tới Điều 104).

³⁵⁵Đạo Luật gồm 31 điều được chia thành 6 chương. Ngoài Chương 1 “Những quy định chung” (từ Điều 1 tới Điều 3), Chương 5 “Những quy định bổ sung” (từ Điều 23 tới Điều 27) và Chương 6 “Những quy định hình sự” (từ Điều 28 tới Điều 31), các chương còn lại của Luật gồm: Chương 2 “Tiền lương tối thiểu” (từ Điều 4 tới Điều 7), Chương 3 “Quyết định tiền lương tối thiểu” (từ Điều 8 tới Điều 11), Chương 4 “Hội đồng tiền lương tối thiểu” (từ Điều 12 tới Điều 22).

Luật khuyến khích việc làm và tái hòa nhập cho người khuyết tật (Act on Employment Promotion and Vocational Rehabilitation for Disabled Persons) ban hành lần đầu vào ngày 13/1/1990, Luật mới cùng tên được ban hành vào ngày 12/1/2000 và sau đó là ngày 25/5/2007);³⁵⁶ (6) Luật khung về chính sách việc làm (Framework Act on Employment Policy) ban hành lần đầu vào ngày 27/12/1993 và sau đó được thay thế vào ngày 9/10/2009³⁵⁷; (7) Luật người lao động ngoại quốc tại Hàn Quốc (Act on Foreign Workers' Employment) ngày 16/8/2003³⁵⁸; (8) Luật bảo vệ người làm công có thời hạn cố định và người làm công bán thời gian (Act on the Protection of Fixed Term and Part-time Employees) ngày 21/12/2006³⁵⁹.

Các luật chuyên ngành này được thiết kế theo hướng đây là các quy định mang tính bắt buộc mà các bên trong quan hệ lao động đều phải tôn trọng thực hiện ngay cả các bên này đã có thỏa thuận trong hợp đồng lao động trái với quy định của các luật.

³⁵⁶<http://www.moleg.go.kr/english/korLawEng?pstSeq=57953&pageIndex=7>. Luật gồm 87 điều, chia thành 6 chương. Ngoài chương 1 “Những quy định chung” (từ Điều 1 tới Điều 8) và Chương 6 “Những quy định bổ sung” (từ Điều 75 tới Điều 87), 5 chương còn lại của Luật là Chương 2 “Khuyến khích tạo việc làm và tái hòa nhập cho người khuyết tật” (từ Điều 9 tới Điều 26), Chương 3 “Nghĩa vụ tuyển dụng người khuyết tật và những khoản đóng góp bổ sung” (từ Điều 27 tới Điều 42), Chương 4 “Cơ quan tạo việc làm cho người khuyết tật” (từ Điều 43 tới Điều 67), Chương 5 “Quy khuyến khích tạo việc làm và tái hòa nhập cho người khuyết tật” (từ Điều 68 tới Điều 74).

³⁵⁷<http://www.moleg.go.kr/english/korLawEng?pstSeq=57932&pageIndex=8>. Luật gồm 42 điều, chia thành 7 chương. Ngoài Chương 1 “Những quy định chung” (từ Điều 1 tới Điều 7) và Chương 7 “Những quy định bổ sung” (từ Điều 38 tới Điều 42), những chương còn lại của Luật gồm: Chương 2 “Việc xây dựng và thực thi chính sách việc làm” (từ Điều 8 tới Điều 14), Chương 3 “Thu thập và cung cấp thông tin về việc làm” (từ Điều 15 tới Điều 18), Chương 4 “Phát triển kỹ năng nghề nghiệp” (từ Điều 19 tới Điều 22), Chương 5 “Các biện pháp bảo đảm lực lượng lao động” (từ Điều 23 tới Điều 31), và Chương 6 “Hỗ trợ việc chuyển đổi công việc” (từ Điều 32 tới Điều 37).

³⁵⁸<http://www.moleg.go.kr/english/korLawEng?pstSeq=57935&pageIndex=8>. Luật gồm 32 điều, chia thành 6 chương. Ngoài chương 1 “Những quy định chung” (từ Điều 1 tới Điều 5), Chương 5 “Những quy định bổ sung” (từ Điều 26 tới Điều 28), Chương 6 “Những quy định hình sự” (từ Điều 29 tới Điều 32), các chương còn lại của Luật là: Chương 2 “Thủ tục tuyển dụng người lao động nước ngoài” (từ Điều 6 tới Điều 12), Chương 3 “Quản lý người lao động nước ngoài” (từ Điều 13 tới Điều 21), Chương 4 “Bảo vệ người lao động nước ngoài” (từ Điều 22 tới Điều 25).

³⁵⁹<http://www.moleg.go.kr/english/korLawEng?pstSeq=52953&brdSeq=33>. Luật gồm 24 điều, chia thành 6 chương. Ngoài Chương 1 “Những quy định chung” (từ Điều 1 tới Điều 3), Chương 5 “Những quy định bổ sung” (từ Điều 16 tới Điều 20), Chương 6 “Những quy định hình sự” (từ Điều 21 tới Điều 24), các chương còn lại của Luật gồm: Chương 2 “Người làm công có thời hạn cố định” (Điều 4 và Điều 5), Chương 3 “Người làm công bán thời gian” (Điều 6 và Điều 7), Chương 4 “Nghiêm cấm và việc bồi thường đối với hành vi phân biệt đối xử” (từ Điều 8 tới Điều 15).

IV. PHÁP LUẬT VỀ CÁC THÀNH PHẦN KINH TẾ, CÁC LOẠI HÌNH DOANH NGHIỆP, CÁC TỔ CHỨC KINH TẾ KHÁC

Bộ luật thương mại, phần công ty quy định 5 loại hình công ty là: (1) công ty hợp danh; (2) công ty hợp danh hữu hạn; (3) công ty trách nhiệm hữu hạn; (4) công ty cổ phần; (5) công ty hữu hạn (limited company).

Công ty hợp danh được thành lập bởi ít nhất 2 thành viên và nếu không có sự đồng ý của các thành viên còn lại thì thành viên không thể chuyển nhượng phần vốn góp của mình cho người khác hoặc tiến hành các loại giao dịch thuộc phạm vi hoạt động của công ty hoặc trở thành thành viên có trách nhiệm vô hạn hoặc người điều hành của công ty khác mà mục đích kinh doanh giống với loại hình kinh doanh mà công ty đang tiến hành. Nếu công ty không chỉ định thành viên điều hành thì mỗi thành viên của công ty đều có thể đại diện cho công ty và nếu tài sản công ty không đủ để trả nợ, mỗi thành viên phải liên đới chịu trách nhiệm trả nợ. Khi tất cả các thành viên công ty hợp danh đồng ý thì công ty có thể chuyển đổi thành công ty hợp danh hữu hạn. Công ty hợp danh hữu hạn là công ty hợp danh có 2 loại thành viên: thành viên chịu trách nhiệm hữu hạn và thành viên chịu trách nhiệm vô hạn. Thành viên chịu trách nhiệm hữu hạn không được quyền cung cấp các dịch vụ nhân danh công ty. Thành viên chịu trách nhiệm vô hạn có trách nhiệm và bổn phận quản lý công việc chung của công ty, trừ trường hợp điều lệ có quy định khác. Thành viên chịu trách nhiệm hữu hạn có thể chuyển nhượng phần vốn góp của mình cho người khác nếu được tất cả các thành viên hợp danh chịu trách nhiệm vô hạn đồng ý. Công ty hợp danh hữu hạn có thể chuyển đổi thành công ty hợp danh nếu được tất cả các thành viên trong công ty đồng ý.

Công ty cổ phần có thể được thành lập bởi một người, tuy nhiên số lượng cổ phần của công ty đã được ấn định sẵn tại thời

điểm thành lập. Tại thời điểm thành lập, số cổ phần được phát hành (chào bán cho người khác) không được ít hơn 1/4 số cổ phần có thể phát hành. Vốn pháp định tối thiểu của công ty cổ phần không được thấp hơn 50 triệu KRW. Mỗi cổ phần có mệnh giá tối thiểu là 100 KRW. Công ty cổ phần có cấu trúc quản trị gồm: Đại hội đồng cổ đông (shareholders' meeting) với tư cách là cơ quan quyết định cao nhất của công ty, Hội đồng quản trị (board of directors) đóng vai trò là cơ quan quản trị công việc thường ngày của công ty và Ban kiểm soát (audit committee).

Công ty trách nhiệm hữu hạn được thành lập ít nhất bởi một người và có số lượng thành viên không quá 50 người với số vốn pháp định tối thiểu là 10 triệu Won. Vốn công ty cũng được chia thành những phần góp vốn bằng nhau với giá trị tối thiểu của một phần là 500 ngàn KRW. Trách nhiệm của mỗi thành viên sẽ được giới hạn bởi lượng phần góp vốn mà người này đã đóng góp vào công ty. Thành viên có thể chuyển nhượng phần vốn góp của mình theo nghị quyết của Đại hội đồng thành viên. Công ty có thể có một người điều hành hoặc một Hội đồng điều hành để đại diện cho công ty trong các giao dịch.

Muốn thành lập một doanh nghiệp tại Hàn Quốc, nhìn chung, nhà đầu tư cần lập hồ sơ đề nghị thành lập doanh nghiệp với các loại giấy tờ cơ bản sau: (1) Điều lệ doanh nghiệp; (2) đăng ký mua cổ phần, phần vốn góp trong doanh nghiệp; (3) việc bầu thành viên hội đồng điều hành hoặc hội đồng quản trị cùng các kiểm soát viên. Việc đăng ký thành lập được tiến hành tại Cơ quan Đăng ký Thương mại (Commercial Registry) có thẩm quyền. Thời hạn giải quyết hồ sơ đăng ký doanh nghiệp là 2 tuần kể từ khi hoàn thiện hồ sơ đăng ký. Sau đó, doanh nghiệp phải tiến hành làm thủ tục đăng ký mã số thuế với cơ quan thuế địa phương. Khi thành lập một công ty cổ phần, người thành lập phải trả các khoản thuế, phí sau: (1) thuế môn bài (có trị giá từ 0,004% tới 0,012% vốn điều lệ,

tùy theo nơi thành lập công ty), (2) thuế giáo dục địa phương (có giá trị bằng 20% thuế môn bài), (3) lệ phí công chứng điều lệ vào khoảng 80.000 KRW³⁶⁰ và (4) phí đăng ký thành lập công ty (vào khoảng 20.000 KRW tới 30.000 KRW).

Người sở hữu cổ phần cũng được ghi nhận các quyền năng cơ bản như quy định pháp luật về công ty cổ phần ở nhiều quốc gia: quyền bỏ phiếu, quyền hưởng lợi tức, quyền nhận phần tài sản còn lại khi thanh lý/giải thể công ty, quyền mua lại cổ phần hoặc quyền chuyển đổi cổ phần. Tuy nhiên, chỉ cổ đông có cổ phần ở mức nhất định mới được thực hiện một số quyền năng như: (1) quyền triệu tập Đại hội cổ đông, (2) quyền đề nghị bổ sung chương trình nghị sự của Đại hội cổ đông, (3) quyền kiện thành viên Hội đồng quản trị và Kiểm soát viên, (4) quyền yêu cầu bãi miễn thành viên hội đồng quản trị, (5) quyền kiểm tra sổ sách kế toán của công ty. Về nguyên tắc, công ty phải có từ 3 thành viên Hội đồng quản trị trở lên cùng với một kiểm soát viên trừ trường hợp vốn của công ty nhỏ hơn 1 tỷ KRW. Pháp luật không có quy định bắt buộc thành viên Hội đồng quản trị phải có quốc tịch Hàn Quốc.

Nhìn chung, Hàn Quốc có chính sách cởi mở đối với đầu tư nước ngoài, nhất là đối với các lĩnh vực về công nghệ cao và việc đầu tư vào các tổ hợp công nghiệp. Các lĩnh vực ưu đãi đầu tư được quy định khá rõ Luật ưu đãi thuế đặc biệt (Special Tax Treatment Act) và Luật khuyến khích đầu tư nước ngoài (Foreign Investment Promotion Act). Doanh nghiệp đầu tư trong các lĩnh vực ưu đãi đầu tư có thể được hưởng các ưu đãi đầu tư về thuế thu nhập doanh nghiệp, thuế thu nhập cá nhân, thuế xuất nhập khẩu, thuế giá trị gia tăng, thuế tài sản. Tuy nhiên, Hàn Quốc không cho phép các lĩnh vực sau thu hút đầu tư nước ngoài: (1) Xử lý nhiên liệu hạt nhân; (2) Phát điện (hạn chế một phần); (3) Bán buôn thịt (hạn chế một phần); (4) Trồng lúa; (5) Phát thanh

³⁶⁰Tương đương khoảng 1.600.000VND (theo tỷ giá hiện nay là 1 KRW = 20 VND).

và truyền hình; (6) Viễn thông (hạn chế một phần); (7) Xuất bản báo, tạp chí (hạn chế một phần); (8) Vận tải hành khách và vận tải hàng hóa (hạn chế một phần). Luật giao dịch ngoại hối cũng cho phép Bộ Chiến lược và Tài chính Hàn Quốc có thẩm quyền điều tiết khá chặt chẽ thị trường ngoại hối.

Cũng cần đề cập thêm rằng, ngoài các doanh nghiệp thương mại mà mô hình tổ chức đã quy định ở trên, Hàn Quốc còn có một Luật riêng về doanh nghiệp xã hội có tên là “Luật khuyến khích doanh nghiệp xã hội” (Social Enterprises Promotion Act) ban hành ngày 03/01/2007³⁶¹.

V. PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG

Bộ luật dân sự Hàn Quốc được ban hành ngày 22/02/1958 (Luật số 471) với sự mô phỏng Bộ luật dân sự Nhật Bản (vốn đã được áp dụng tại Hàn Quốc trước đó). Đây là Luật chứa đựng những quy định chung về quan hệ xã hội, về quyền đối với động sản và bất động sản, quan hệ gia đình và quan hệ thừa kế của cá nhân.

Bộ luật dân sự Hàn Quốc được cấu trúc theo mô hình Pandekten của Bộ luật dân sự Đức (tức là có phần quy định chung và phần các quy định cụ thể. Phần các quy định cụ thể gồm các mục cơ bản là vật quyền, trái quyền³⁶², quan hệ thân thích và thừa kế). Cụ thể, Bộ luật dân sự Hàn Quốc gồm 1118 điều được chia thành 5 phần: Phần 1 “Các quy định chung” (từ Điều 1 đến Điều 184), Phần 2 “Vật quyền” (từ Điều 185 đến Điều 372), Phần 3 “Trái quyền (quyền yêu cầu)” (từ Điều 373 đến Điều 766), Phần 4 “Họ hàng thân thích” (từ Điều 767 đến Điều 979), Phần 5 “Thừa kế” (từ Điều 980 đến Điều 1118). Các quy định của Bộ luật dân

³⁶¹<http://www.moleg.go.kr/english/korLawEng?pstSeq=57937&pageIndex=7>. Luật gồm 23 điều, không chia thành chương, quy định rõ vai trò của Bộ Lao động (Hàn Quốc) trong việc thúc đẩy các doanh nghiệp xã hội hoạt động.

³⁶²Với các quy định điều chỉnh các nội dung như hợp đồng, thực hiện công việc không có ủy quyền, hưởng lợi vô căn và bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng.

sự Hàn Quốc về cơ bản được xây dựng dựa trên 3 nguyên tắc nền tảng của pháp luật dân sự phương Tây hiện đại là: (1) tôn trọng và bảo hộ sở hữu tư nhân; (2) công nhận và bảo đảm quyền tự chủ và tự quyết của cá nhân và (3) tổ chức, cá nhân phải chịu trách nhiệm dân sự khi có lỗi. Ngoài ra, để tăng tính nhân văn của Bộ luật, các nhà lập pháp Hàn Quốc cũng thừa nhận một số quy định nhằm giới hạn tự do cá nhân trong giao lưu dân sự như: quy định về thiện chí và trung thực, quy định cấm lạm dụng quyền dân sự, quy định về bảo đảm trật tự công. Ngoài ra, Bộ luật cũng cụ thể hóa quy định trong Hiến pháp Hàn Quốc năm 1948 về yêu cầu khi thực thi quyền dân sự phải tôn trọng phúc lợi công cộng, cho phép trưng mua, trưng dụng, hạn chế quyền tài sản tư vì lợi ích công cộng.

Các quy tắc về hợp đồng trong Bộ luật dân sự Hàn Quốc về cơ bản khá tương đồng với các quy tắc trong pháp luật hợp đồng ở nhiều quốc gia phát triển, nhất là pháp luật hợp đồng của Đức. Hợp đồng được xem là giao kết khi đề nghị giao kết hợp đồng được trả lời chấp nhận toàn bộ (Điều 527). Trả lời chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng mà có các yêu cầu bổ sung hoặc giới hạn nội dung của đề nghị giao kết hợp đồng thì bị xem là đề nghị giao kết hợp đồng mới (Điều 534). Các bên được tự do thỏa thuận các nội dung trong hợp đồng và không phải chịu trách nhiệm về việc không đạt được thỏa thuận. Tuy nhiên, trong quá trình thương lượng, nếu có bên đưa ra thông tin sai sự thật làm bên kia lầm tưởng và chịu thiệt hại thì bên đưa ra thông tin sai sự thật có thể phải chịu trách nhiệm dân sự theo pháp luật về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng. Về nguyên tắc, khi các bên đạt được sự ưng thuận, hợp đồng đã được giao kết và có giá trị ràng buộc đối với các bên. Tuy nhiên, có một số trường hợp pháp luật quy định nếu thỏa thuận của các bên thuộc vào trường hợp ấy thì hợp đồng sẽ bị coi là vô hiệu hoặc có thể bị tuyên là vô hiệu. Chẳng hạn như,

Luật về hợp đồng mà trong đó một bên là Nhà nước tại Điều 1 có quy định các hợp đồng giao kết giữa Nhà nước với tổ chức, cá nhân nhất thiết phải thể hiện dưới hình thức văn bản, nếu vi phạm yêu cầu này thì hợp đồng sẽ bị xem là vô hiệu.

Hợp đồng có thể bị xem là vô hiệu khi nội dung hợp đồng thuộc vào các trường hợp như: (1) nội dung hợp đồng vi phạm đạo đức tốt đẹp, trật tự xã hội hoặc điều mà pháp luật quy định (Điều 103), (2) một bên mạnh thế trong hợp đồng lợi dụng sự yếu thế của bên kia để giao kết hợp đồng bất công một cách quá mức (Điều 104). Hợp đồng cũng bị xem là vô hiệu khi sự bộc lộ ý chí của các bên trong quá trình giao kết hợp đồng có “tì vết”. Đây là các trường hợp như: (1) đưa ra tuyên bố sai lạc (Điều 107), (2) giao dịch giả tạo (Điều 108), (3) nhâm lẩn (Điều 109), lừa dối hoặc đe dọa (Điều 110). Ngoài ra, hợp đồng cũng có thể bị coi là vô hiệu khi chủ thể tham gia giao kết không có năng lực hành vi cần thiết do chưa đủ tuổi³⁶³ hoặc bị mất năng lực hành vi hoặc rơi vào trạng thái không thể nhận thức và làm chủ hành vi (Điều 5, 10 và 13 Bộ luật dân sự Hàn Quốc).

Chủ thể trong quan hệ hợp đồng theo Bộ luật dân sự Hàn Quốc chỉ có thể là cá nhân có năng lực hành vi hoặc pháp nhân. Các chủ thể không phải là cá nhân và không có tư cách pháp nhân thì không được xem là chủ thể của quan hệ hợp đồng.

Sau khi giao kết hợp đồng, về nguyên tắc, các bên phải thực hiện đúng và đầy đủ các quyền và nghĩa vụ trong hợp đồng. Khi một bên không thực hiện đúng hợp đồng, bên kia có quyền yêu cầu bên vi phạm thực hiện đúng hợp đồng hoặc yêu cầu bồi thường thiệt hại. Mức bồi thường được xác định tương đương với lợi ích mà bên bị thiệt hại đã được hưởng một cách hợp lý khi hợp đồng được thực thi (Điều 393 và Điều 398). Ngoài ra, Bộ luật dân sự Hàn Quốc cũng quy định cách xử lý trường hợp vi phạm hợp đồng

³⁶³Tuổi thành niên theo quy định pháp luật Hàn Quốc là 20.

bằng cách chấm dứt hợp đồng và yêu cầu bồi hoàn (Điều 543 đến Điều 548). Việc không thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng vì lý do gặp hoàn cảnh khó khăn không thể khắc phục được (hardship) hoặc do hoàn cảnh đã thay đổi một cách căn bản thì các bên cũng có thể chấm dứt hợp đồng.

Bộ luật dân sự Hàn Quốc cũng quy định một số loại hợp đồng thông dụng (từ Điều 554 tới Điều 733) như: hợp đồng mua bán và hợp đồng thuê tài sản. Riêng với hợp đồng mua bán, cần lưu ý rằng, với các hợp đồng mua bán tài sản mang tính quốc tế, Hàn Quốc đã gia nhập Công ước của Liên Hợp Quốc về mua bán hàng hóa quốc tế (CISG) (từ ngày 01/03/2005); vì vậy, các bên có thể thỏa thuận áp dụng quy định của CISG. Ngoài ra, các loại hợp đồng mua bán mà một bên là người tiêu dùng thì ngoài chịu sự điều chỉnh bởi các quy định về mua bán tài sản trong Bộ luật dân sự, các hợp đồng này còn chịu sự điều chỉnh trực tiếp của một số luật về bảo vệ người tiêu dùng như: Luật điều tiết hợp đồng mẫu (Regulation of Standardized Contracts Act), Luật giao dịch trả góp (Installment Transactions Act), Luật bán hàng tận cửa (Door to Door Sales Act). Đối với hợp đồng thuê tài sản, Bộ luật dân sự Hàn Quốc có quy định chi tiết từ Điều 618 tới Điều 654. Riêng đối với một số loại hợp đồng thuê tài sản đặc biệt, như thuê nhà ở, ngoài các quy định vừa nêu trong Bộ luật dân sự Hàn Quốc có điều chỉnh loại hợp đồng này, pháp luật Hàn Quốc còn có một số luật riêng để điều chỉnh. Ví dụ, hợp đồng thuê nhà ở phải chịu sự điều chỉnh của Luật bảo hộ việc thuê nhà ở (Housing Lease Protection Act) được thiết kế theo hướng bảo vệ bên thuê nhà ở với tư cách là một bên yếu thế trong mối quan hệ với bên có nhà cho thuê.

Các quy tắc về trách nhiệm bồi thường ngoài hợp đồng (tort) được Bộ luật dân sự Hàn Quốc quy định từ Điều 750 tới Điều 766. Theo quy định tại Điều 750 Bộ luật dân sự Hàn Quốc, trách

nhệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng sẽ phát sinh khi có 4 điều kiện sau: (1) có hành vi trái pháp luật diễn ra, (2) có lỗi cố ý hoặc vô ý, (3) có thiệt hại xảy ra và (4) có mối quan hệ nhân quả giữa hành vi trái pháp luật với thiệt hại đã xảy ra. Bộ luật dân sự Hàn Quốc cũng quy định một số trường hợp bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng cụ thể, chẳng hạn, việc bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng do người làm công gây ra (Điều 756)³⁶⁴, bồi thường thiệt hại do công trình xây dựng gây ra (Điều 758), bồi thường thiệt hại do vật nuôi gây ra (Điều 759) và xử lý tình huống có người cùng gây thiệt hại (Điều 760). Bộ luật dân sự Hàn Quốc quy định rõ biện pháp trách nhiệm dân sự áp dụng cho chủ thể có hành vi gây thiệt hại là bồi thường thiệt hại bằng tiền (Điều 751). Trong thực tiễn, việc buộc chấm dứt hành vi vi phạm cũng được Tòa án xem là một giải pháp quan trọng. Đối với một số trường hợp cụ thể, chẳng hạn bồi thường thiệt hại do tai nạn ô tô, trách nhiệm sản phẩm,... pháp luật Hàn Quốc có các luật riêng để điều chỉnh. Chẳng hạn, với bồi thường thiệt hại do tai nạn ô tô gây ra, Luật về bảo đảm bồi thường tai nạn ô tô (Guarantee of Automobile Accident Compensation Act) sẽ quy định chi tiết. Theo quy định của Luật này, chủ xe ô tô có trách nhiệm mua bảo hiểm trách nhiệm dân sự bắt buộc và nạn nhân thường không khởi kiện người gây tai nạn để đòi tiền bồi thường mà sẽ đứng ra yêu cầu công ty bảo hiểm thực hiện bảo hiểm. Đối với lĩnh vực trách nhiệm sản phẩm (product liability), Luật trách nhiệm sản phẩm năm 2002 đã được ban hành để điều chỉnh các vấn đề pháp lý trong lĩnh vực này. Theo quy định của Luật, khi nhà sản xuất cung cấp cho thị trường một sản phẩm có khuyết tật (thuộc vào một trong ba dạng khuyết tật sản phẩm: khuyết tật từ khâu sản

³⁶⁴Đây là một dạng trách nhiệm thay thế. Người sử dụng lao động phải bồi thường thiệt hại do người làm công gây ra trừ khi người sử dụng lao động chứng minh được rằng mình đã thực hiện đầy đủ sự cẩn trọng trong việc tuyển dụng và giám sát hành vi của người làm công (điều mà hầu như không thể chứng minh được trong thực tế).

xuất, khuyết tật trong khâu thiết kế và khuyết tật do thiếu cảnh báo an toàn cần thiết), người sử dụng sản phẩm phải chịu thiệt hại từ khuyết tật của sản phẩm thì nạn nhân này được quyền khởi kiện nhà sản xuất sản phẩm. Trường hợp không xác định được nhà sản xuất thì chủ thể bị kiện sẽ là nhà cung ứng sản phẩm có khuyết tật.

Đối với các vấn đề về tài sản và quyền sở hữu, Bộ luật dân sự Hàn Quốc sử dụng các khái niệm kinh điển trong lý luận pháp luật dân sự từ thời La Mã (và sau này được kế thừa bởi nhiều quốc gia có thành tựu cao về pháp luật dân sự như Đức, Pháp, Nhật...) như vật quyền (*right in rem*) và trái quyền (*right in personam*). Bộ luật dân sự Hàn Quốc quy định rất nhiều dạng vật quyền như quyền chiếm hữu (*possessory right*), quyền sở hữu (*ownership*), quyền bề mặt (*superficies*), quyền địa dịch (*servitude*), quyền cầm giữ (*right of retention*), cầm cố và thế chấp (*pledge and mortgage*) tại các điều từ Điều 185 tới Điều 372. Riêng với quyền sở hữu³⁶⁵, Bộ luật quy định rõ các hình thức sở hữu cụ thể là sở hữu riêng và sở hữu chung. Sở hữu chung có 3 hình thức là: đồng sở hữu (*co-ownership*) (Điều 263), sở hữu của hợp danh (*partnership-ownership*) (Điều 271) và sở hữu tập thể (*collective ownership*) (Điều 275). Bộ luật này cũng quy định rõ việc chuyển giao các vật quyền đối với bất động sản đều phải được đăng ký (và chỉ có hiệu lực tại thời điểm đăng ký) (Điều 186). Ngoài ra, Hàn Quốc đã ban hành Luật đăng ký bất động sản (*Real Estate Registration Act*) để thiết lập hệ thống các văn phòng đăng ký bất động sản tại Tòa án các quận. Hệ thống đăng ký này của Hàn Quốc hiện nay đã được số hóa hoàn toàn và được công khai trên mạng Internet.

³⁶⁵Pháp luật Hàn Quốc không cấm người nước ngoài sở hữu bất động sản ở Hàn Quốc; tuy nhiên, Luật người nước ngoài mua đất tại Hàn Quốc (*the Foreigner's Land Acquisition Act*) quy định người nước ngoài phải báo cáo việc mua đất của mình với cơ quan có thẩm quyền ngay sau khi hợp đồng mua bán đã hoàn tất thủ tục.

VI. PHÁP LUẬT VỀ QUẢN LÝ, ĐIỀU TIẾT KINH TẾ

Việc điều chỉnh các vấn đề về cạnh tranh trên thị trường được thực hiện theo quy định của Luật kiểm soát độc quyền và thương mại công bằng (the Monopoly Regulation and Fair Trade Act - MRFTA) được ban hành lần đầu vào năm 1980 và đã trải qua nhiều lần sửa đổi, bổ sung. Luật gồm 71 điều được chia thành 14 chương³⁶⁶, quy định cấm các hành vi chống cạnh tranh (như tham gia thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, lạm dụng vị trí thống lĩnh, sáp nhập, hợp nhất doanh nghiệp nhằm chống cạnh tranh) và thực hiện các hành vi thương mại không công bằng. Người vi phạm các quy định có thể bị phạt tiền hoặc phạt tù, doanh nghiệp vi phạm sẽ bị phạt tiền.

Việc bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng được thực hiện theo quy định của Luật khung về người tiêu dùng (Framework Act on Consumer) năm 1987³⁶⁷. Luật gồm 86 điều, chia thành 11 chương³⁶⁸, quy định các quyền và nghĩa vụ của người tiêu dùng, tổ chức xã hội bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, giải quyết tranh chấp tiêu dùng, cơ quan bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng và các biện pháp khác Nhà nước sử dụng để bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng.

³⁶⁶Ngoài Chương 1 “Những quy định chung” (Điều 1 và Điều 2), Chương 13 “Những quy định bổ sung” (từ Điều 62 tới Điều 65), Chương 14 “Những quy định hình sự” (từ Điều 66 tới Điều 71), các chương còn lại trong Luật gồm: Chương 2 “Cấm hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh” (từ Điều 3 tới Điều 6), Chương 3 “Hạn chế việc sáp nhập doanh nghiệp và kiểm soát việc tập trung kinh tế” (từ Điều 7 tới Điều 18), Chương 4 “Hạn chế đối với các hành động hợp tác không công bằng” (từ Điều 19 tới Điều 22), Chương 5 “Cấm các hành vi thương mại không công bằng” (Điều 23 và Điều 24), Chương 6 “Tổ chức của các doanh nghiệp” (từ Điều 25 tới Điều 28), Chương 7 “Hạn chế việc duy trì giá bán lại” (từ Điều 29 tới Điều 31), Chương 8 “Hạn chế việc giao kết hợp đồng quốc tế không công bằng” (từ Điều 32 tới Điều 34), Chương 9 “Cơ quan thực thi” (từ Điều 35 tới Điều 48), Chương 10 “Thủ tục điều tra và các vấn đề có liên quan” (từ Điều 49 tới Điều 55), Chương 11 “Bồi thường” (Điều 56 và Điều 57), Chương 12 “Miễn trừ” (từ Điều 58 tới Điều 61).

³⁶⁷http://eng.ftc.go.kr/files/static/Legal_Authority/Framework%20Act%20on%20Consumers_Mar%2021%202008.pdf

³⁶⁸Ngoài Chương 1 “Những quy định chung” (từ Điều 1 tới Điều 3), Chương 10 “Những quy định bổ sung” (từ Điều 80 tới Điều 83), Chương 14 “Những quy định hình sự” (từ Điều 84 tới Điều 86), các chương còn lại trong Luật gồm: Chương 2 “Quyền và nghĩa vụ của người tiêu dùng” (Điều 4 và Điều 5), Chương 3 “Nghĩa vụ của chính quyền và cơ sở kinh doanh” (từ Điều 6 tới Điều 20), Chương 4 “Khung khổ hình thành và thực thi chính sách tiêu dùng” (từ Điều 21 tới Điều 27), Chương 5 “Tổ chức của người tiêu dùng” (từ Điều 28 tới Điều 32), Chương 6 “Cơ quan bảo vệ người tiêu dùng Hàn Quốc” (từ Điều 33 tới Điều 44), Chương 7 “An toàn của người tiêu dùng” (từ Điều 45 tới Điều 52), Chương 8 “Giải quyết tranh chấp tiêu dùng” (từ Điều 53 tới Điều 76), Chương 9 “Thủ tục thanh tra” (từ Điều 77 tới Điều 79).

Liên quan tới lĩnh vực này còn một số luật quan trọng khác như:

- Luật quảng cáo và ghi nhãn công bằng (Fair Labeling and Advertising Act) đưa ra các quy định kiểm soát việc ghi nhãn hoặc quảng cáo không trung thực, không công bằng đối với hàng hóa, dịch vụ, nhằm thúc đẩy việc cung cấp thông tin thương mại có tính trung thực. Ủy ban Thương mại Công bằng Hàn Quốc (the South Korean Fair Trade Commission) chịu trách nhiệm thực thi Luật.

- Luật quảng cáo trên các phương tiện phát thanh, truyền hình (Act on Broadcast Advertising Sales Agencies) quy định các biện pháp khuyến khích cạnh tranh trên thị trường quảng cáo phát thanh, truyền hình. Đạo luật này được thực thi bởi Ủy ban Truyền thông Hàn Quốc (the South Korean Communications Commission).

- Luật kiểm soát quảng cáo ngoài trời (Outdoor Advertisements, etc. Control Act) quy định các biện pháp bảo đảm việc quảng cáo ngoài trời được thực hiện theo đúng tiêu chuẩn về thẩm mỹ và truyền thống văn hóa, đạo đức, thúc đẩy việc duy trì môi trường sống lành mạnh. Luật được thực thi bởi Bộ An ninh và Hành chính công.

- Luật bảo hộ dữ liệu cá nhân (Personal Information Protection Act) quy định việc thu thập dữ liệu và xử lý thông tin cá nhân của các cơ quan công quyền cũng như của các doanh nghiệp, các tổ chức tư nhân.

- Luật khuyến khích sử dụng hệ thống truyền thông điện tử (Act on the Promotion of Use of Electric Communication Networks) quy định các biện pháp thu thập và xử lý dữ liệu cá nhân bởi các công ty cung cấp dịch vụ viễn thông.

- Luật sử dụng và bảo hộ thông tin tín dụng (Act on the Use and Protection of Credit Information) và Luật về sử dụng và bảo hộ thông tin về địa chỉ (Act on the Use and Protection of

Information on Location). Các luật này quy định rõ việc bảo vệ quyền riêng tư và nghiêm cấm việc lạm dụng thông tin cá nhân về tín dụng và địa chỉ.

- Luật về tên thật trong giao dịch tài chính và bảo đảm bí mật tài chính (Act on Real Name Financial Transactions and Guarantee of Secrecy) quy định việc bảo hộ sự riêng tư đối với các giao dịch tài chính của cá nhân và tổ chức.

- Luật bảo vệ người tiêu dùng trong thương mại điện tử (Act on Consumer Protection in the Electronic Commerce) quy định việc sử dụng hợp lý các thông tin của người tiêu dùng được thu thập và xử lý trong các giao dịch điện tử.

- Luật trách nhiệm sản phẩm (Product Liability Act) quy định trách nhiệm bồi thường thiệt hại của nhà sản xuất đối với các sản phẩm có khuyết tật (do khiếm khuyết trong khâu sản xuất, khiếm khuyết trong khâu thiết kế và khiếm khuyết trong khâu ghi nhãn).

VII. PHÁP LUẬT VỀ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP

Pháp luật tố tụng dân sự Hàn Quốc không có sự phân biệt giữa tố tụng dân sự với tố tụng thương mại. Các tranh chấp kinh tế, đầu tư, kinh doanh, thương mại, vì thế, cũng được giải quyết theo trình tự tố tụng dân sự thông thường và tuân theo quy định của Bộ luật tố tụng dân sự (Korean Civil Procedure Code) năm 1960 (sửa đổi, bổ sung gần nhất vào năm 2011). Bộ luật gồm 502 điều được chia thành 7 chương, quy định rõ nguyên tắc của hoạt động tiến hành tố tụng dân sự; theo đó, Tòa án có trách nhiệm tiến hành tố tụng dân sự một cách công bằng, nhanh chóng và tiết kiệm; các bên đương sự và các bên có liên quan tham gia tố tụng dân sự có trách nhiệm thực hiện các hành vi tố tụng một cách trung thực và ngay thẳng. Bộ luật quy định cụ thể về nguyên tắc xác định thẩm quyền giải quyết vụ tranh chấp của Tòa án, trình

tự, thủ tục tiến hành phiên xử sơ thẩm, phúc thẩm, phá án và việc thi hành án³⁶⁹.

Các tranh chấp đầu tư, kinh doanh, thương mại cũng có thể được giải quyết theo trình tự, thủ tục trọng tài nếu các bên có thỏa thuận trọng tài. Trình tự, thủ tục giải quyết tranh chấp theo tố tụng trọng tài được thực hiện theo quy định của Luật trọng tài năm 1966 (sửa đổi, bổ sung năm 1973 và năm 1999)³⁷⁰. Việc hòa giải các tranh chấp đầu tư, kinh doanh, thương mại được thực hiện theo quy định của Luật hòa giải dân sự (Civil Mediation Act) năm 1990 (được sửa đổi, bổ sung gần đây nhất vào năm 2012)³⁷¹.

³⁶⁹Chi tiết quy định của Bộ luật tố tụng dân sự Hàn Quốc có thể tiếp cận tại địa chỉ website <https://www.fernuni-hagen.de/imperia/md/content/rewi/japanrecht/sk-zpo.pdf>.

³⁷⁰Kap-You (Kevin) Kim, “Dispute Resolution in Korea”, xem <https://www.fernuni-hagen.de/imperia/md/content/rewi/japanrecht/streitbeilegung.pdf>.

³⁷¹http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=317194.

Chương VI

THỂ CHẾ PHÁP LUẬT KINH TẾ MALAYSIA

I. TỔNG QUAN

1.1. Tổng quan về bối cảnh lịch sử và bộ máy chính trị

Sự phát triển của Malaysia gắn liền với vị trí chiến lược của bán đảo Malaysia (hay còn gọi là Malaya) kéo dài bên eo biển Malacca, một trong những tuyến thương mại chính của thế giới. Đây đã từng là trung tâm buôn bán gia vị và hương liệu của thế giới từ thế kỷ 15, thu hút các lái buôn Bồ Đào Nha hay Anh Quốc từ phương tây cũng như các lái buôn Trung Quốc từ phương Đông. Nhiều người sau này đã định cư trên bán đảo và tạo nên tính đa văn hóa trong quần thể dân cư ở đây. Malaya, như tên gọi tại thời điểm đó, bao gồm nhiều lãnh thổ, mỗi lãnh thổ do một người Malay cai trị. Từ đầu thế kỷ 16, nhiều phần của bán đảo, tại nhiều thời điểm khác nhau, bị thực dân Bồ Đào Nha, Hà Lan và Anh thống trị. Năm 1914, thực dân Anh mở rộng ảnh hưởng trên toàn lãnh thổ Malaya và cả bán đảo được đặt dưới sự bảo hộ của Anh Quốc.

Sau Chiến tranh thế giới thứ hai, một phong trào độc lập dấy lên và kết quả là 11 bang giành được độc lập, hình thành nên Liên Bang Malaya vào ngày 31/8/ 1957.

Liên bang Malaysia được thành lập chính thức vào năm 1963, bao gồm 11 bang của Malaya, Sabah (trước đây là Bắc Borneo thuộc Anh), Sarawak và Singapore. Năm 1965, Singapore tách khỏi Liên bang để trở thành một quốc gia cộng hòa độc lập.

Malaysia hiện nay có 13 bang, 9 trong số đó do các Sultan lãnh đạo. Sultan là người đứng đầu một cộng đồng Hồi giáo, theo chế độ cha truyền con nối và được công nhận là người đứng đầu mỗi bang theo Hiến pháp. Bốn bang còn lại do các thống đốc được bổ nhiệm theo nhiệm kỳ cố định đứng đầu và được Hiến pháp công nhận.

Mỗi bang có Hiến pháp và cơ quan lập pháp riêng. Chính quyền mỗi bang do một Menteri Besar (Thủ hiến bang) đứng đầu, được bổ nhiệm trong số các thành viên của cơ quan lập pháp. Sự phân chia quyền lực giữa các chính quyền bang và chính quyền Liên bang được xác lập trong Hiến Pháp Liên bang, trong đó quy định hệ thống nghị viện, chính quyền Liên bang làm trung tâm và phạm vi tự chủ của 13 bang.

Người đứng đầu Nhà nước là Yang di Pertuan Agong (Nhà lãnh đạo tối cao hay Vua), được 9 người đứng đầu (theo cha truyền con nối) của các bang Malay bầu ra trong số họ cho mỗi nhiệm kỳ năm năm. Nhà lãnh đạo tối cao với vai trò là vị quân chủ được hiến pháp thừa nhận, điều hành trên cơ sở cố vấn của Hội đồng Bộ trưởng do Thủ tướng đứng đầu.

Cơ quan lập pháp Liên bang bao gồm Dewan Rakyat (Hạ viện), là cơ quan dân cử gồm 222 đại biểu, và Dewan Negara (Thượng Viện) với 44 nghị sĩ do Yang di-Pertuan Agong bổ nhiệm theo sự cố vấn của Thủ tướng. Một thành viên của Dewan Rakyat được sự tin cậy và ủng hộ của đa số các thành viên còn lại có thể được bổ nhiệm làm Thủ tướng và có quyền lựa chọn Hội đồng Bộ trưởng trong số các thành viên của Dewan Rakyat và Dewan Negara. Trong thực tiễn, đa số thành viên Hội đồng Bộ trưởng được chọn ra từ các thành viên Dewan Rakyat.

1.2. Tổng quan về mô hình kinh tế và hệ thống pháp luật

Về kinh tế, Malaysia hiện nay là một quốc gia có thu nhập trên trung bình và là một trong những nền kinh tế phát triển

nhất trong khu vực Đông Nam Á với GDP bình quân đầu người khoảng 10.300 USD (số liệu năm 2014)³⁷². Đây cũng là một nền kinh tế mở, được phát triển từ một nền kinh tế phụ thuộc vào nông nghiệp và hàng hóa thô thành một nền kinh tế dựa vào sản xuất công nghiệp, và hiện nay đang chuyển sang mô hình một nền kinh tế dịch vụ và tri thức.

Trong những năm qua, Malaysia đã đạt được tỷ lệ tăng trưởng cao và bền vững ở xấp xỉ 6%/năm³⁷³. Trong suốt thời kỳ này, nền kinh tế bắt đầu đa dạng hóa và chuyển hướng thành một trong những nhà xuất khẩu linh kiện, phụ kiện và phụ tùng điện tử, dầu cọ và khí đốt thiên nhiên hàng đầu khu vực Đông Nam Á.

Năm 2010, Malaysia đã đưa ra Mô hình kinh tế mới (New Economic Model - NEM) và Chương trình Chuyển đổi kinh tế (Economic Transformation Program - ETP) hướng tới mục tiêu đưa đất nước thành một quốc gia có thu nhập cao vào năm 2020. Cả hai chương trình NEM và ETP đều tập trung mục đích đưa nền kinh tế này tiến lên cao hơn trong chuỗi giá trị gia tăng toàn cầu bằng việc thu hút đầu tư và tập trung phát triển kinh tế tri thức.

Về quy mô, khu vực kinh tế dịch vụ đóng góp lớn nhất cho GDP, khoảng 55.3% vào năm 2014. Các lĩnh vực kinh tế dịch vụ quan trọng nhất là tài chính, bất động sản và dịch vụ kinh doanh, bán buôn và bán lẻ, vận tải và truyền thông. Chính phủ dự kiến thúc đẩy phát triển khu vực dịch vụ mạnh hơn, kỳ vọng mang lại 60% GDP vào năm 2020 thông qua các sáng kiến như Bản thiết kế khu vực kinh tế dịch vụ. Lĩnh vực sản xuất chiếm vị trí thứ hai sau dịch vụ, với 24,7% đóng góp cho GDP. Các khu vực kinh tế chính khác bao gồm nông nghiệp và khai khoáng, đóng góp lần lượt 7% và 7,7% cho GDP năm 2014.

³⁷²<http://www.worldbank.org/en/country/malaysia>.

³⁷³<http://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.KD.ZG>.

Về pháp luật, trước khi người Anh đô hộ bán đảo Malaya, luật lệ tại Malaysia chủ yếu là tập quán được du nhập từ Trung Quốc, Ấn Độ và luật Hồi giáo. Sau khi người Anh thiết lập chế độ thuộc địa tại Malaysia, hệ thống pháp luật Anh, đặc biệt là các nội dung về giao dịch thương mại và dân sự, đã dần dần thay thế toàn bộ hệ thống tập quán pháp và luật hồi giáo bản địa. Sau khi giành được độc lập, Malaysia kế thừa phần lớn hệ thống pháp luật và hệ thống cơ quan xét xử do người Anh xây dựng. Có thể nói, hệ thống pháp luật Malaysia cơ bản dựa trên hệ thống pháp luật Anh và các nguyên tắc của truyền thống thông luật (common law). Luật hồi giáo tuy vẫn tồn tại trong cộng đồng Hồi giáo tại Malaysia nhưng về cơ bản chỉ giới hạn trong các mối quan hệ pháp luật về hôn nhân, gia đình.

Hệ thống văn bản pháp luật của Malaysia bao gồm:

1. Hiến pháp Liên bang;
2. Hiến pháp bang của 13 bang;
3. Các luật Liên bang của Nghị viện;
4. Các luật bang;
5. Các văn bản pháp quy.

Hệ thống tư pháp của Malaysia chia làm nhiều cấp. Các vụ việc được xét xử tại Tòa án Cấp cao có thể bị kháng cáo và xét xử lại bởi Tòa án Phúc thẩm và sau đó là Tòa án Liên bang. Tòa án Liên bang là cấp phúc thẩm cuối cùng trên quy mô toàn quốc. Các hành vi không tôn trọng luật Hồi giáo sẽ bị xét xử bởi Tòa án Syariah do chính quyền lập ra tại từng bang.

Malaysia đã tham gia nhiều hiệp định thương mại tự do song phương cũng như đa phương và một số hiệp định vẫn đang trong giai đoạn đàm phán. Một trong những điểm đáng chú ý của các hiệp định này là chính sách ưu đãi thuế dành cho các quốc gia thành viên. Tính đến 2014, Malaysia đã ký kết và gia nhập các hiệp định tự do thương mại sau:

1. Hiệp định thương mại hàng hóa ASEAN;
2. Hiệp định thương mại tự do ASEAN - Trung Quốc;
3. Hiệp định thương mại tự do ASEAN - Úc - New Zealand;
4. Hiệp định đối tác kinh tế toàn diện ASEAN - Nhật Bản;
5. Hiệp định thương mại hàng hóa ASEAN - Ấn Độ;
6. Hiệp định thương mại ưu đãi giữa các quốc gia thành viên D8;
7. Hiệp định đối tác kinh tế gần gũi Malaysia - Pakistan;
8. Hiệp định đối tác kinh tế Malaysia - Nhật Bản;
9. Hiệp định thương mại tự do Malaysia - Chi-lê;
10. Hiệp định hợp tác kinh tế toàn diện Malaysia - Ấn Độ;
11. Hiệp định thương mại tự do Malaysia - New Zealand;
12. Hiệp định thương mại tự do Malaysia - Úc;
13. Hiệp định thương mại tự do Malaysia - Thổ Nhĩ Kỳ.

II. PHÁP LUẬT VỀ CHÍNH SÁCH ĐẦU TƯ, SẢN XUẤT, KINH DOANH

2.1. Chính sách mở cửa thị trường

Hoạt động đầu tư nước ngoài tại Malaysia chủ yếu được điều chỉnh bởi Luật xúc tiến đầu tư năm 1986 và Luật về hoạt động công nghiệp năm 1975. Cơ quan Phát triển Công nghiệp Malaysia có nhiệm vụ thực hiện các hoạt động hỗ trợ và thúc đẩy đầu tư trong nước và nước ngoài tại Malaysia. Cơ quan này sẽ phối hợp với các cơ quan có liên quan khác để thực hiện các biện pháp thuận lợi hóa đầu tư.

Malaysia thu hút đầu tư nước ngoài thông qua việc đưa ra những ưu đãi cho các nhà đầu tư nước ngoài, đồng thời xóa bỏ mọi hạn chế trong việc chuyển vốn và lợi nhuận ra nước ngoài.

Cùng với kế hoạch thực thi Mô hình Kinh tế Mới (NEM) của Chính phủ, Thủ tướng đã tự do hóa các lĩnh vực quan trọng của

nền kinh tế như dịch vụ, các dịch vụ tài chính, thị trường vốn. Một bước tiến đáng kể là việc bãi bỏ các hướng dẫn đầu tư của Ủy ban Đầu Tư Nước Ngoài (FIC) từ ngày 30/6/2009. Một số lĩnh vực được tự do hóa bao gồm:

- Lĩnh vực sản xuất: từ năm 2003, các doanh nghiệp sản xuất do Bộ Thương mại và Công nghiệp Quốc tế Malaysia (MITI) cấp phép có thể thuộc sở hữu 100% của nước ngoài.

- Từ 29/4/2009, giới hạn tối đa sở hữu cổ phần của nhà đầu tư nước ngoài trong các ngân hàng đầu tư, ngân hàng Hồi giáo, công ty bảo hiểm được nâng từ 49% lên 70%. Ngoài ra, trong một số trường hợp đặc biệt do Chính phủ phê duyệt, vốn đầu tư nước ngoài tại doanh nghiệp bảo hiểm có thể cao hơn 70%.

- Từ 30/6/2009, nhà đầu tư nước ngoài được phép sở hữu 100% vốn tại các công ty quản lý quỹ, đến 70% trong các công ty quản lý quỹ tín thác và môi giới chứng khoán.

- Từ 9/6/2014, nhà đầu tư nước ngoài được phép sở hữu 100% vốn tại các công ty quản lý quỹ tín thác và các công ty quản lý quỹ tín thác mới của nước ngoài được phép gia nhập thị trường Malaysia.

- Từ 01/01/2017, bãi bỏ giới hạn sở hữu cổ phần trong các tổ chức đánh giá xếp hạng tín dụng, đồng thời các tổ chức đánh giá tín dụng của nước ngoài được phép gia nhập thị trường Malaysia.

- Từ 22/4/2009, 27 lĩnh vực dịch vụ được tự do hóa và dỡ bỏ mọi điều kiện về sở hữu cổ phần, bao gồm: dịch vụ sức khỏe và xã hội, dịch vụ du lịch, dịch vụ vận tải, dịch vụ kinh doanh và dịch vụ máy tính và các dịch vụ liên quan đến máy tính.

- Xây dựng lộ trình tự do hóa các lĩnh vực dịch vụ theo giai đoạn từ 2012 đến 2017 trong các lĩnh vực như dịch vụ bệnh viện tư, dịch vụ chuyên gia y tế và nha khoa, dịch vụ kế toán và thuế, dịch vụ pháp lý, dịch vụ chuyển phát, dịch vụ giáo dục và đào tạo.

Ngoài việc tăng các giới hạn về sở hữu vốn, chính phủ Malaysia đã nói lỏng các yêu cầu về cổ phần Bumiputra³⁷⁴ thông qua việc bãi bỏ Hướng dẫn về mua cổ phần, sáp nhập và thâu tóm bởi nhà đầu tư trong và ngoài nước từ 30/6/2009. FIC không còn đưa ra yêu cầu về việc có ít nhất 30% cổ phần Bumiputra trong một doanh nghiệp Malaysia bị thâu tóm.

Mặc dù hết sức nỗ lực thúc đẩy đầu tư nước ngoài, Chính phủ Malaysia vẫn bảo hộ một số lĩnh vực nhằm tăng cường năng lực của doanh nghiệp trong nước, đặc biệt đối với các lĩnh vực có ảnh hưởng đến an ninh quốc gia và lợi ích cộng đồng nói chung. Chính phủ vẫn duy trì yêu cầu sở hữu của nhà đầu tư trong nước trong lĩnh vực công nghiệp sản xuất đồ trang trí, lụa truyền thống, công nghiệp sản xuất xi-măng, nông nghiệp, công nghiệp quốc phòng, năng lượng, viễn thông, nước sạch, cảng biển..., đồng thời các điều kiện khác theo quy định của cơ quan quản lý chuyên ngành vẫn áp dụng với các lĩnh vực này.

Các biện pháp trên sẽ khuyến khích sự tham gia của các nhà đầu tư nước ngoài vào thị trường Malaysia. Tuy nhiên, với môi trường kinh tế cạnh tranh toàn cầu, chỉ có các nhà đầu tư chiến lược với cái nhìn dài hạn đối với Malaysia mới được xem xét đầu tư vốn theo các chính sách về tự do hóa thị trường nói trên. Malaysia ngày nay đã trở thành một điểm đến hấp dẫn thu hút đầu tư nước ngoài bên cạnh các quốc gia láng giềng trong khu vực và tạo ra một môi trường kinh doanh hấp dẫn trong các lĩnh vực công nghệ cao, sáng tạo và giá trị gia tăng.

Ở Malaysia, lợi nhuận được tự do chuyển ra nước ngoài. Mặc dù pháp luật về đầu tư của Malaysia không có quy định bao quát

³⁷⁴Cổ phần Bumiputra chỉ cổ phần được sở hữu bởi cổ đông là người Malay hoặc người thuộc các chủng tộc bản địa khác tại Malaysia. Từ đầu thập niên 70, chính phủ Malaysia đã thực thi các chính sách mà các nhà kinh tế học gọi là “phân biệt chủng tộc”, trong đó đưa ra những ưu đãi Bumiputra, bao gồm cả những chương trình hành động trong lĩnh vực giáo dục công. Các ưu đãi này nhằm tạo ra các cơ hội dành cho người Malay và làm giảm sự căng thẳng chủng tộc từ những hành vi bạo lực chống lại người Malaysia gốc Trung Quốc sau sự kiện ngày 13 tháng 5 năm 1969. Những chính sách này đã tạo ra một tầng lớp trung lưu người Malay và các tộc người bản địa ở quần đảo Borneo.

về việc bảo hộ nhà đầu tư khỏi việc quốc hữu hóa tài sản đầu tư, Chính phủ Malaysia đã và đang thực hiện bảo hộ đầu tư thông qua các luật nội địa và các hiệp định song phương về khuyến khích và bảo hộ đầu tư. Theo Điều 13 Hiến pháp Malaysia, nhà đầu tư tại Malaysia được Chính phủ bảo hộ không bị quốc hữu hóa không đền bù các tài sản đầu tư. Đồng thời, các hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư mà Malaysia ký với các quốc gia cũng đều có quy định bảo hộ nhà đầu tư khỏi việc quốc hữu hóa và trưng thu, trưng dụng tài sản, bảo đảm đền bù thỏa đáng cho nhà đầu tư trong trường hợp quốc hữu hóa hoặc trưng thu, trưng dụng tài sản đầu tư, tạo điều kiện thuận lợi cho nhà đầu tư chuyển lợi nhuận ra nước ngoài... Các hiệp định bảo hộ đầu tư này quy định một số nội dung cơ bản như sau:

- Bảo vệ nhà đầu tư không bị quốc hữu hóa và trưng thu, trưng dụng tài sản;
- Trường hợp bị quốc hữu hóa, trưng thu, trưng dụng tài sản, bảo đảm quyền được bồi thường nhanh chóng và đầy đủ;
- Cho phép tự do chuyển lợi nhuận, vốn và các loại phí khác;
- Bảo đảm việc giải quyết các tranh chấp đầu tư theo Hiệp định về giải quyết tranh chấp đầu tư mà Malaysia là thành viên từ năm 1966.

Malaysia tiếp nhận các nhà đầu tư nước ngoài như một nguồn tạo ra công ăn việc làm hấp dẫn cho lực lượng lao động sở tại. Chính phủ khuyến khích việc tuyển dụng và sử dụng lao động đa chủng tộc trong số các dân tộc người Malaysia.

Giấy phép lao động được cấp cho lao động nước ngoài có chuyên môn trình độ, nhưng khuyến khích nhà đầu tư nước ngoài nỗ lực đào tạo lao động tại chỗ để bù đắp các thiếu hụt về nhân sự.

2.2. Chính sách thuế

Hệ thống thuế chính của Malaysia bao gồm:

- Thuế dựa trên thu nhập, gồm có:
 - Thuế thu nhập;
 - Thuế thu nhập dầu mỏ.
- Thuế dựa trên giao dịch, gồm có:
 - Thuế xuất nhập khẩu và thuế nội địa;
 - Thuế hàng hóa;
 - Thuế dịch vụ;
 - Thuế giải trí;
 - Lệ phí đăng ký;
 - Thuế thu nhập bất thường;
 - Thuế hợp đồng.

➤ Thuế dựa trên lợi tức đầu tư vốn: Malaysia không thu các loại thuế trên lợi tức phát sinh từ đầu tư vốn ngoài thuế thu nhập từ bất động sản (RPGT) phát sinh từ việc xử lý bất động sản hoặc chuyển nhượng cổ phần trong các doanh nghiệp kinh doanh bất động sản.

2.2.1. Thuế thu nhập

Thuế thu nhập được áp dụng trên các thu nhập phát sinh tại hoặc có nguồn gốc từ Malaysia, ngoại trừ công ty có quốc tịch Malaysia kinh doanh trong lĩnh vực vận tải hàng hải hoặc hàng không, ngân hàng và bảo hiểm với một số điều kiện nhất định. Các đối tượng này phải chịu chính sách thuế thu nhập toàn cầu.

Các đối tượng là người đóng thuế thu nhập là người đóng thuế trong nước và nước ngoài bao gồm các công ty, cá nhân, tổ chức thương mại, hợp tác xã, quỹ tín thác và các trang trại. Nhìn chung, các hợp danh không phải là đối tượng chịu thuế vì bản thân các cá nhân thành viên hợp danh đã chịu thuế thu nhập. Từ

năm 2013, Malaysia đã ban hành luật mới, theo đó công ty trách nhiệm hữu hạn hợp danh sẽ phải chịu thuế như công ty.

Các nguồn thu nhập chịu thuế bao gồm:

- Thu nhập hoặc lợi nhuận từ mọi hoạt động kinh doanh, thương mại, chuyên môn hoặc dạy nghề;

- Thu nhập hoặc lợi nhuận từ lao động, bao gồm cả các khoản trợ cấp và lợi ích khác không bằng tiền mặt;

- Cổ tức, tiền lãi và các khoản giảm trừ;

- Tiền thuê, phí bản quyền và tiền thưởng;

- Lương hưu, tiền trợ cấp và các khoản thanh toán theo kỳ hạn khác;

- Bất kỳ thu nhập hoặc lợi nhuận nào khác không nằm trong số các khoản liệt kê trên;

- Tiền nhận được từ người không cư trú cho các dịch vụ tư vấn kỹ thuật, hỗ trợ hoặc dịch vụ khác, hoặc do việc cung cấp các dịch vụ liên quan đến lắp đặt hoặc vận hành máy móc hoặc nhà xưởng. Những thu nhập này chỉ bị đánh thuế nếu dịch vụ được thực hiện tại Malaysia;

- Tiền thuê hoặc các khoản phải trả khác cho việc sử dụng tài sản là động sản, được trả bởi người không cư trú.

(1) Hệ thống thuế thu nhập doanh nghiệp

Theo Luật thuế thu nhập Malaysia, một công ty được coi là thường trú tại Malaysia nếu việc quản lý và kiểm soát công ty đó được thực hiện tại Malaysia. Nơi thực hiện việc quản lý và kiểm soát công ty thường được hiểu là nơi tổ chức các cuộc họp của Ban giám đốc công ty liên quan đến quản lý và điều hành công ty.

Malaysia thực hiện chế độ không đánh thuế hai lần trên thu nhập. Theo đó, thuế thu nhập doanh nghiệp là thuế cuối cùng đánh trên thu nhập phát sinh từ hoạt động kinh doanh của một doanh nghiệp và cổ tức của cổ đông được miễn thuế, doanh nghiệp

cũng không phải khấu trừ thuế thu nhập cá nhân khi trả cổ tức cho cổ đông.

Doanh nghiệp nước ngoài bị đánh thuế trên thu nhập phát sinh từ hoặc có nguồn gốc từ Malaysia. Cơ sở để đánh giá một doanh nghiệp hoặc thương nhân có lợi nhuận phát sinh từ Malaysia rất rộng. Nếu nước sở tại của doanh nghiệp hoặc thương nhân đó có ký kết hiệp định tránh đánh thuế hai lần với Malaysia, doanh nghiệp hoặc thương nhân đó chỉ bị đánh thuế đối với lợi nhuận phát sinh từ hoạt động kinh doanh của cơ sở thường trú của mình tại Malaysia.

Đối với các thu nhập như tiền lãi, phí bản quyền, phí dịch vụ của một thương nhân không tiến hành hoạt động kinh doanh tại Malaysia, nghĩa vụ thuế của thương nhân là người không cư trú đó sẽ được thực hiện thông qua thuế khấu trừ tại nguồn được đơn vị chi trả thu nhập giữ lại.

Các công ty là người cư trú chịu mức thuế suất 25% từ năm tài chính 2009 trở đi. Tuy nhiên, công ty là người cư trú có vốn góp ít hơn hoặc bằng 2,5 triệu RM chịu mức thuế suất như sau (nếu đáp ứng một số điều kiện khác):

- Với 500.000 RM đầu tiên: thuế suất 20%
- Với số vốn vượt quá 500.000 RM: thuế suất 25%.

Thuế suất thuế thu nhập doanh nghiệp đối với công ty là người không cư trú là 25% từ năm tài chính 2009. Cùng với việc thực hiện quy định về thuế hàng hóa và dịch vụ từ ngày 01/4/2015, thuế suất thuế thu nhập doanh nghiệp cũng sẽ giảm 1% xuống còn 24% và từ 20% xuống còn 19% đối với các doanh nghiệp vừa và nhỏ từ năm tài chính 2016.

Một số thu nhập của công ty là người không cư trú không được tính vào hoạt động kinh doanh của công ty đó tại Malaysia phải chịu thuế khấu trừ tại nguồn với thuế suất như sau, trừ trường hợp hiệp định tránh đánh thuế hai lần quy định khác:

Bảng 1: Thuế suất từ năm tài chính 2009 (%)

Tiền bản quyền	10
Tiền thuê tài sản lưu động	10
Phí dịch vụ kỹ thuật và quản lý (chỉ áp dụng với các dịch vụ được thuê tại Malaysia)	10
Tiền lãi	15
Cổ tức: - Theo chế độ thuế đơn - Thu trực tiếp	Miễn thuế 25%
Các thu nhập khác	10%

Các loại thu nhập kể trên phải nộp thuế khấu trừ tại nguồn cho Ban thu nhập nội địa trong vòng một tháng sau khi chi trả hoặc ghi nhận thu nhập.

(2) Hệ thống thuế thu nhập cá nhân

Thuế thu nhập cá nhân áp dụng đối với tất cả các thu nhập chịu thuế phát sinh tại hoặc từ Malaysia với tất cả các cá nhân. Một cá nhân được coi là người cư trú nộp thuế tại Malaysia nếu người đó:

- Cư trú tại Malaysia ít nhất 182 ngày/năm;
- Cư trú tại Malaysia ít hơn 182 ngày/năm nhưng có khoảng thời gian liên tục hiện diện tại Malaysia từ năm liền trước hoặc nối tiếp với năm liền sau đó tổng cộng 182 ngày trở lên;
- Cư trú tại Malaysia ít nhất 90 ngày/năm trong năm đó nhưng trong vòng 3 năm bất kỳ trong 4 năm liền trước đã cư trú tại Malaysia 90 ngày trở lên;
- Cư trú một năm bất kỳ tại Malaysia trong vòng 3 năm liền trước năm tính thuế.

Thu nhập chịu thuế được tính toán theo năm dương lịch. Lao động nước ngoài trong thời gian ngắn (ngoài những người biểu diễn trong lĩnh vực giải trí) được miễn thuế thu nhập từ tiền lương, tiền công tại Malaysia nếu tổng thời gian làm việc không

quá 60 ngày trong một năm, nếu người đó không mang quốc tịch của một nước có hiệp định tránh đánh thuế hai lần với Malaysia; đối với trường hợp có hiệp định tránh đánh thuế hai lần thì thời gian làm việc giới hạn trên là 183 ngày.

Những đối tượng được miễn thuế thu nhập cá nhân:

- Người nước ngoài thực hiện hợp đồng lao động ở cấp bậc quản lý trong một tổ chức hoạt động tại Labuan³⁷⁵, gọi tắt là tổ chức Labuan: được miễn 50% trên tổng thu nhập trước thuế (chỉ từ năm 2011 đến năm 2020);

- Thù lao giám đốc của Giám đốc không phải người Malaysia trong một tổ chức Labuan từ năm 2011 đến năm 2020;

- Đối với thu nhập từ trợ cấp nhà ở và phụ cấp di chuyển trong lãnh thổ Labuan đối với một công dân làm việc trong một tổ chức Labuan: miễn đến 50% tổng thu nhập từ năm 2011 đến năm 2020.

2.2.2. Thuế đối với hàng hóa và dịch vụ

Thuế đối với hàng hóa và dịch vụ bao gồm thuế hàng hóa (sales tax), thuế dịch vụ (service tax) và thuế xuất nhập khẩu (import - export duties).

Thuế hàng hóa là loại thuế đơn cấp áp dụng với tất cả các loại hàng hóa sản xuất hoặc nhập khẩu vào Malaysia, trừ những trường hợp miễn giảm đặc biệt. Đây là loại thuế tiêu dùng trên cơ sở nhà sản xuất tính toán và thu từ người tiêu dùng đối với hàng hóa sản xuất trong nước. Trong trường hợp hàng hóa nhập khẩu, thuế hàng hóa được thu từ người nhập khẩu tại thời điểm hàng hóa làm thủ tục thông quan. Giá trị hàng hóa dùng để làm cơ sở tính thuế được tính toán dựa trên các nguyên tắc định giá hải quan của WTO.

³⁷⁵Labuan là một lãnh thổ thuộc Liên bang Malaysia, trung tâm tài chính và thương mại quốc tế, trung tâm du lịch, nằm sát biên giới với Brunei.

Bảng 2: Phân loại thuế hàng hóa

Hoa quả, một số loại thực phẩm, đồ gỗ và vật liệu xây dựng	5%
Thuốc lá, xì gà	5%
Rượu và đồ uống có cồn	5%
Tất cả các loại hàng hóa khác trừ xăng dầu (có mức thuế riêng) và các hàng hóa đặc biệt khác không được miễn thuế	10%

Để duy trì hệ thống thuế đơn cấp, pháp luật Malaysia có các cơ chế cho phép các nguyên liệu và thiết bị đầu vào được nhập khẩu hoặc mua mà không phải chịu thuế hàng hóa nếu nhà sản xuất được cấp phép hoạt động kê khai các nguyên liệu và thiết bị đó được sử dụng cho quá trình sản xuất. Hàng hóa đã đóng thuế sẽ được hoàn thuế khi xuất khẩu.

Thuế dịch vụ là loại thuế tiêu dùng được đánh trên các dịch vụ phải chịu thuế được cung cấp bởi đối tượng chịu thuế. Quy chế thuế năm 1975 đưa ra danh sách đầy đủ những dịch vụ phải chịu thuế và đối tượng chịu thuế. Từ ngày 01/01/2003, một số dịch vụ chuyên môn cung cấp cho các công ty trong cùng tập đoàn sẽ không phải chịu thuế nếu đáp ứng một số điều kiện.

Thuế suất dịch vụ là 6% theo giá dịch vụ. Đối với việc cung cấp các loại phí và thẻ tín dụng, thuế này áp cho cả hàng hóa và dịch vụ là 50 RM/năm đối với thẻ chính và 25 RM/năm đối với mỗi thẻ phụ.

Từ ngày 01/4/2015, thuế hàng hóa và thuế dịch vụ được thay thế bằng một hệ thống thuế chung là thuế hàng hóa và dịch vụ với thuế suất tiêu chuẩn là 6%. Thuế hàng hóa và dịch vụ được thu đối với tất cả các khâu cung ứng hàng hóa và cung cấp dịch vụ tại Malaysia do người chịu thuế thực hiện, cũng như hàng hóa, dịch vụ nhập khẩu vào Malaysia.

Ngoài thuế hàng hóa và dịch vụ trình bày ở trên, với bản chất tương tự như thuế giá trị gia tăng của Việt Nam, hàng hóa xuất nhập khẩu còn phải chịu thuế xuất nhập khẩu. Thuế nhập

khẩu thường được áp theo giá hàng hóa, từ 2%-60%. Nguyên liệu thô, máy móc, thực phẩm thiết yếu và dược phẩm được miễn thuế hoặc chịu thuế nhập khẩu ở mức thấp nhất. Giá trị hàng hóa dùng làm căn cứ tính thuế nhập khẩu được xác định chủ yếu theo các nguyên tắc về định giá hải quan của WTO.

Malaysia thực hiện biểu thuế suất hạn ngạch từ ngày 01/4/2008 đối với một số sản phẩm nông nghiệp như gà, sữa, kem, trứng gà, rau. Theo biểu thuế này, thuế suất được tính theo khối lượng nhập khẩu, cụ thể nếu khối lượng nhập khẩu nằm trong hạn ngạch thì được hưởng thuế suất thấp hơn so với khối lượng vượt hạn ngạch. Các cơ quan có thẩm quyền liên quan sẽ quy định hạn ngạch, ví dụ Cục Dịch vụ Thú y.

Các nhà sản xuất có thể xin miễn thuế nhập khẩu trong trường hợp nhập khẩu nguyên liệu thô, thiết bị dùng trực tiếp cho sản xuất hàng hóa xuất khẩu hoặc sử dụng trong thị trường nội địa. Malaysia rất ít hạn chế hàng nhập khẩu. Chỉ một số dòng sản phẩm bị hạn chế nhập khẩu để bảo hộ thị trường nội địa hoặc vì lý do an ninh công cộng. Để nhập khẩu hàng hóa bị hạn chế nhập khẩu cần có giấy phép nhập khẩu tương ứng.

Thuế xuất khẩu thường chỉ áp dụng đối với các hàng hóa chính của Malaysia để thu ngân sách như dầu thô và dầu cò.

2.2.3. Các loại thuế và phí khác

Ngoài các loại thuế chính đối với thu nhập và hàng hóa, dịch vụ nói trên, Malaysia còn áp dụng một số loại thuế, phí khác:

(1) *Thuế đăng ký*: được thu đối với giao dịch phải đăng ký. Nếu giao dịch có thể thực hiện mà không cần phải đăng ký thì không cần nộp loại thuế này. Mức thuế suất thay đổi theo bản chất của giấy tờ chứng nhận quyền sở hữu đối với tài sản là đối tượng giao dịch và giá trị giao dịch. Thông thường, giao dịch chuyển nhượng bất động sản, cổ phiếu và chứng khoán, các khoản vay cần phải đăng ký.

(2) *Thuế thu nhập từ chuyển nhượng bất động sản*: áp dụng đối với thu nhập từ bán bất động sản hoặc bán cổ phiếu trong doanh nghiệp kinh doanh bất động sản. Đây là loại thuế duy nhất đánh trên thu nhập từ đầu tư vốn tại Malaysia.

(3) *Thuế thu nhập bất thường*: áp dụng đối với thu nhập từ việc bán dầu cọ hoặc dầu hạt cọ khi giá bán vượt quá 2.500 RM/megaton trên bán đảo Malaysia và trên 3.000 RM/megaton trên đảo Sabah và Sarawak.

(4) *Phí hợp đồng*: mức phí 0,125% được áp dụng đối với hợp đồng có giá trị trên 500,000 RM, được thu bởi Hội đồng Phát triển Công nghiệp và Xây dựng.

(5) *Phí Quỹ phát triển nguồn nhân lực*: người sử dụng lao động trong lĩnh vực sản xuất và dịch vụ thuê mượn một số lượng nhất định người lao động phải đóng phí Quỹ phát triển nguồn nhân lực. Từ ngày 01/4/ 2011 trở đi, phí này là 1% trên tổng quỹ lương hàng tháng người sử dụng lao động phải trả.

(6) *Phí định giá và dừng thuế*: phí này do chủ sở hữu bất động sản đóng theo quy định của cơ quan có thẩm quyền cấp tỉnh hoặc địa phương, với mục đích là để duy trì và cung cấp dịch vụ thiết yếu trong khu vực. Phí này được tính theo một tỷ lệ nhất định trên tổng giá trị hoặc giá tính thuế của bất động sản.

(7) *Phí đường bộ*: do chủ sở hữu phương tiện giao thông nộp theo một tỷ lệ thay đổi tùy theo loại phương tiện và dung tích động cơ.

2.2.4. Quản lý thuế

Hệ thống quản lý thuế của Malaysia tuân thủ nguyên tắc tự đánh giá (Self Assessment System - SAS), theo đó người nộp thuế tự tính và nộp thuế của mình. Công ty có nghĩa vụ nộp báo cáo thuế thu nhập trong vòng bảy tháng kể từ ngày đóng kỳ kế toán. Việc nộp báo cáo thuế được coi là công ty đã hoàn thành và tự tính toán chính xác nghĩa vụ của mình vào ngày nộp báo cáo.

2.2.5. Chuyển giá

Các nghĩa vụ và các khoản bồi thường trong các giao dịch chuyển giá được xác định trên nguyên tắc sòng phẳng được công nhận bởi Ban Thu nhập Nội địa. Nguyên tắc này được ghi nhận tại Phần 140A Luật thuế thu nhập Malaysia năm 1967; theo đó cho phép cơ quan có thẩm quyền điều chỉnh giá trong các giao dịch chuyển giá giữa các bên có liên quan tại Malaysia mà theo quan điểm của cơ quan có thẩm quyền là không đáp ứng nguyên tắc sòng phẳng.

Ban Thu nhập Nội địa đã ban hành Bộ nguyên tắc chuyển giá năm 2012 và Hướng dẫn về chuyển giá (sửa đổi năm 2012) để đưa ra các hướng dẫn về các tiêu chuẩn giao dịch sòng phẳng vốn không được quy định trong Luật thuế thu nhập; áp dụng các quy định pháp luật về giao dịch bị kiểm soát; cách thức áp dụng các phương pháp được thừa nhận và các yêu cầu về hành chính bao gồm các loại sổ sách, chứng từ mà người nộp thuế tham gia các giao dịch có liên quan đến chuyển giá phải cung cấp.

Để hạn chế việc chuyển giá, lãi suất đối với các khoản hỗ trợ tài chính giữa các bên có quan hệ liên quan tại Malaysia hoặc liên quốc gia sẽ không được coi là chi phí hợp lệ để khấu trừ. Quy định này sẽ có hiệu lực từ ngày 15/12/2015 nhưng chưa có hướng dẫn thực hiện cụ thể.

Từ ngày 01/01/2009, các doanh nghiệp được phép áp dụng các giao dịch định giá trước. Mục tiêu của việc xác lập các giao dịch định giá trước là để các doanh nghiệp đạt được mức doanh thu trung thực, được chấp nhận bởi các cơ quan có thẩm quyền nếu bên còn lại trong giao dịch được xác định là đạt được các tiêu chuẩn về giao dịch sòng phẳng. Ban Thu nhập Nội địa đã ban hành Bộ quy tắc giao dịch định giá trước năm 2012 và Hướng dẫn về giao dịch định giá trước năm 2012 để hướng dẫn về loại giao dịch này.

2.2.6. Ưu đãi thuế

Nhận thức được vai trò quan trọng của khu vực đầu tư tư nhân trong việc bảo đảm phát triển bền vững trong trung và dài hạn, Malaysia đã đưa ra nhiều biện pháp thúc đẩy hoạt động đầu tư trên toàn quốc, đặc biệt là thông qua các ưu đãi thuế. Chính sách này nhằm khuyến khích các nhà đầu tư nước ngoài mong muốn hoạt động kinh doanh tại Malaysia thành lập các cơ sở kinh doanh tại nước này. Các hình thức ưu đãi thuế phổ biến là miễn thuế lợi tức, ưu đãi thuế trên quy mô vốn thông qua các khoản trợ cấp và khấu trừ thuế.

Thời gian miễn giảm thuế áp dụng cho các doanh nghiệp mang “tính chất tiên phong”, hỗ trợ thuế đầu tư và rất nhiều các hình thức ưu đãi thuế khác sẽ được áp dụng cho các dự án đạt đủ điều kiện. Hệ thống các ưu đãi thuế khá phức tạp, trong một số trường hợp các ưu đãi còn loại trừ lẫn nhau. Do vậy, để có được các ưu đãi này, các doanh nghiệp và nhà đầu tư nước ngoài thường cần đến sự tư vấn chuyên môn.

Ví dụ một trường hợp được hưởng ưu đãi thuế như sau: ưu đãi thuế dành cho dự án có “tính chất tiên phong” là việc miễn 70% thuế lợi tức trên thu nhập đánh thuế theo quy định trong thời hạn năm năm. Hỗ trợ thuế đầu tư là việc trợ cấp 60% chi phí đầu tư hợp lý phát sinh từ việc xây dựng nhà cửa hoặc nhà máy và chi phí máy móc trong vòng năm năm. Hỗ trợ thuế đầu tư là biện pháp ưu đãi thay thế cho ưu đãi thuế dành cho dự án có tính chất tiên phong. Các doanh nghiệp trong lĩnh vực sản xuất, nông nghiệp, khách sạn và du lịch hoặc bất kỳ lĩnh vực công nghiệp hoặc thương mại nào khác tham gia các hoạt động xúc tiến sản xuất và tạo ra sản phẩm có thể được hưởng các ưu đãi thuế này nếu đáp ứng được các điều kiện quy định.

Các dự án tiên phong và các dự án tạo ra sản phẩm hoặc hoạt động kinh doanh mới, được xếp vào danh sách trọng điểm

phát triển sẽ dành được những ưu đãi cao hơn. Ưu đãi nâng cao cho dự án tiên phong thường là miễn toàn bộ thuế. Ưu đãi nâng cao cho dự án trong danh sách trọng điểm là hỗ trợ 100% chi phí đầu tư cơ sở, nhà xưởng và máy móc. Hiện nay, các dự án được hưởng các ưu đãi nâng cao này là các dự án chiến lược quốc gia, công nghệ cao, nghiên cứu và phát triển, chăm sóc sức khỏe, giáo dục và các dự án khác đầu tư vào lĩnh vực công nghệ sạch như dự trữ và cung cấp năng lượng từ các nguồn tái tạo. Những ưu đãi nâng cao này cũng được dành cho các doanh nghiệp trong phạm vi “siêu hành lang phát triển truyền thông đa phương tiện”. “Siêu hành lang phát triển truyền thông đa phương tiện” là một chứng nhận được cấp cho các doanh nghiệp cả trong nước và có vốn đầu tư nước ngoài phát triển hoặc sử dụng công nghệ truyền thông đa phương tiện nhằm mục đích sản xuất hoặc cải tiến sản phẩm và dịch vụ phục vụ cho quá trình phát triển. Các doanh nghiệp thuộc hành lang này phải đặt tại các khu vực đặc biệt tại Malaysia.

Ngoài ra, trong lĩnh vực dịch vụ tài chính Hồi giáo cũng có các ưu đãi, thể hiện mục tiêu của Chính phủ Malaysia trong việc đưa đất nước này thành trung tâm tài chính Hồi giáo hàng đầu thế giới. Những ưu đãi này được thể hiện dưới dạng giảm thuế cho chi phí phát hành chứng khoán Hồi giáo, miễn thuế cho các khoản phí thu được từ quản lý quỹ phù hợp với các nguyên tắc của Luật hồi giáo Syariah.

Để đưa Malaysia thành trung tâm phát triển trong khu vực, Malaysia hiện đang đưa ra các ưu đãi đối với các trụ sở hoạt động, trung tâm mua bán quốc tế, trung tâm phân phối khu vực, trung tâm quản lý ngân quỹ được phê duyệt. Các ưu đãi này thường là miễn thuế lợi tức 10 năm cho những hoạt động trong danh mục quy định. Ưu đãi dành cho trung tâm quản lý ngân quỹ là hệ thống các ưu đãi được thiết kế riêng dành cho “các trung tâm đầu nã” được quy định trong danh mục “ngân sách 2015” ban hành

từ đầu năm 2015 để tăng số lượng các trung tâm hoạt động toàn cầu của các công ty đa quốc gia tại Malaysia.

Là một trong các nỗ lực thu hút đầu tư chất lượng cao, các ưu đãi “theo gói” được dành cho các doanh nghiệp có trụ sở tại Malaysia tiến hành các hoạt động kinh doanh trong danh mục được phê duyệt. Danh mục kinh doanh được phê duyệt gồm các ngành nghề kinh doanh được Bộ trưởng Bộ Tài chính phê duyệt theo Chương trình ưu đãi đặc biệt. Theo Chương trình này, một doanh nghiệp sẽ được hưởng một gói ưu đãi gồm:

- Miễn 70% (hoặc một tỷ lệ khác do Bộ trưởng phê duyệt) thuế lợi tức theo quy định;

- Miễn 70% (hoặc một tỷ lệ khác do Bộ trưởng phê duyệt) thuế lợi tức theo quy định trên cơ sở phần trăm (số phần trăm do Bộ trưởng quy định) chi phí vốn hợp lý.

III. PHÁP LUẬT VỀ PHÁT TRIỂN CÁC LOẠI THỊ TRƯỜNG

3.1. Pháp luật về thị trường chứng khoán, thị trường ngoại hối

3.1.1. Thị trường chứng khoán

Giao dịch cổ phiếu đại chúng tại Malaysia được tiến hành thông qua Trung tâm Giao dịch Chứng khoán (Bursa Malaysia Securities Berhad - BMSB), một bộ phận thuộc Sở Giao dịch Chứng khoán Malaysia (Bursa Malaysia Berhad - Bursa Malaysia), trước đây là Sở Giao dịch Chứng khoán Kuala Lumpur (Kuala Lumpur Stock Exchange Berhad - KLSE) do việc chuyển đổi mô hình vào tháng 1/2004. Từ ngày 3/8/2009, cổ phiếu niêm yết được giao dịch trên hai thị trường của Bursa Malaysia: thị trường chính dành cho các doanh nghiệp lớn và thị trường ACE dành cho mọi doanh nghiệp với bất kỳ quy mô nào từ mọi thành phần kinh tế. Sở Giao dịch Chứng khoán đồng thời là đơn vị quản lý trực tiếp các hoạt

động của thị trường chứng khoán Malaysia và chịu sự giám sát, quản lý của Ủy ban Chứng khoán.

Theo cơ chế huy động vốn được Ủy ban Chứng khoán và Sở Giao dịch Chứng khoán Bursa Malaysia ban hành ngày 08/5/2009, các quy định và quá trình huy động vốn phải được tổ chức theo hướng tăng tính chắc chắn, rút ngắn thời gian tiếp cận thị trường và giảm thiểu các chi phí bắt buộc. Theo cơ chế này, Ủy ban Chứng khoán sẽ rà soát các bản chào bán chứng khoán của các doanh nghiệp, tập trung vào các chỉ tiêu sau:

- Tuân thủ các quy định tối thiểu;
- Các tiêu chuẩn tuân thủ của doanh nghiệp;
- Giải pháp cho các tình huống xung đột lợi ích;
- Bảo vệ lợi ích công cộng;
- Cung cấp đầy đủ thông tin cho các nhà đầu tư để ra quyết định đầu tư phù hợp.

Việc chào bán trên thị trường chính phải được Ủy ban Chứng khoán phê duyệt và đây cũng là yêu cầu duy nhất đối với việc chào bán chứng khoán trên thị trường chính của các doanh nghiệp lớn. Cụ thể, Ủy ban Chứng khoán sẽ phê duyệt các trường hợp chào bán chứng khoán sau:

- Chào bán chứng khoán lần đầu ra công chúng (IPO);
- Việc thu tóm dẫn đến ảnh hưởng đáng kể tới định hướng hoặc chính sách kinh doanh của một công ty niêm yết (thu tóm ngược và niêm yết của sau);
- Niêm yết thứ cấp và niêm yết chéo;
- Chuyển đổi từ niêm yết trên thị trường ACE lên thị trường chính.

Tất cả việc chào bán chứng khoán vốn của doanh nghiệp như thu tóm (ngoài thu tóm ngược và niêm yết của sau), chuyển

nhượng, xử lý chứng khoán, quyền chào bán và phát hành chứng quyền không cần có sự phê duyệt của Ủy ban Chứng khoán. Bursa Malaysia sẽ đóng vai trò chủ động hơn để điều tiết việc huy động vốn cổ phần thứ cấp.

Việc giao dịch các hợp đồng tương lai trong lĩnh vực tài chính hoặc hàng hóa tại Malaysia được thực hiện thông qua Bursa Malaysia Derivatives Bhd (trước đây là Malaysia Derivatives Exchange Berhad - Sở Giao dịch Chứng khoán Phái sinh Malaysia), một trung tâm giao dịch các hợp đồng tương lai và quyền chọn các công cụ tài chính, chứng khoán vốn và các công cụ liên quan đến hàng hóa.

3.1.2. Thị trường ngoại hối

Malaysia có một hệ thống biện pháp quản lý ngoại hối nhằm giám sát việc thanh toán và nhận thanh toán bằng ngoại hối cũng như khuyến khích việc sử dụng các công cụ tài chính nội địa. Luật các dịch vụ tài chính năm 2013 là văn bản chủ yếu điều chỉnh các thỏa thuận và giao dịch bằng ngoại hối. Bên cạnh đó, còn có các Thông báo quản lý ngoại hối do Ngân hàng trung ương Malaysia đưa ra những điều kiện chung và chỉ đạo hoạt động của Ban Tài chính Ngoại hối.

Một số giao dịch ngoại hối bị kiểm soát gồm:

- Chuyển tiền ra nước ngoài của người cư trú: người cư trú chỉ được tự do chuyển tiền ra nước ngoài để thanh toán bằng đồng nội tệ (RM) và sẽ được chuyển đổi thành ngoại tệ khi chuyển ra nước ngoài cho người không cư trú để thanh toán các giao dịch mua bán hàng hóa và dịch vụ quốc tế nếu việc thanh toán được thực hiện qua tài khoản ở nước ngoài của người không cư trú; hoặc để thanh toán bằng ngoại tệ cho người không cư trú cho bất kỳ mục đích nào ngoại trừ mua bán các công cụ tài chính phái sinh.

- Đầu tư ra nước ngoài của người cư trú: cá nhân cư trú không có các công cụ bằng đồng nội tệ được tự do đầu tư bằng

ngoại tệ ra nước ngoài không giới hạn số lượng, cá nhân cư trú có các công cụ bằng đồng nội tệ được đầu tư bằng ngoại tệ ra nước ngoài với giới hạn 1 triệu RM/năm; người cư trú là tổ chức được đầu tư ra nước ngoài đến 50 triệu RM/năm. Tuy nhiên, công ty là người cư trú đã đạt được các điều kiện về tính thận trọng được đầu tư ra nước ngoài không giới hạn. Việc đầu tư ra nước ngoài của tổ chức phải được phép của Ngân hàng Trung ương.

- *Vay bằng ngoại tệ*: công ty là người cư trú được vay ngoại tệ không giới hạn từ người trong tập đoàn hoặc cổ đông trực tiếp hoặc ngân hàng trong nước; và được hưởng không giới hạn tín dụng thương mại bằng ngoại tệ của nhà cung cấp là người không cư trú.

- *Vay bằng đồng nội tệ của người không cư trú*: người không cư trú được vay không giới hạn bằng đồng nội tệ từ người cư trú cho các hoạt động tài chính và sản xuất, thương mại.

3.2. Pháp luật về thị trường đất đai và bất động sản

Đất đai và bất động sản tại Malaysia được quản lý theo Hệ thống đăng ký quyền sở hữu đất đai. Quyền sở hữu bất động sản theo hệ thống này được xác lập thông qua việc đăng ký theo Bộ luật đất đai quốc gia năm 1965 (National Land Code 1965). Các giao dịch liên quan cũng phải đăng ký quyền sở hữu. Đất đai ở Malaysia có thể được sở hữu lâu dài, vĩnh cửu (sở hữu tự do) hoặc có thời hạn không vượt quá chín mươi chín năm (thuê lâu dài) hoặc thuê với thời hạn ba mươi năm (thuê một phần đất). Hình thức sở hữu được ghi nhận cụ thể trên giấy chứng nhận quyền sở hữu đất đai.

Mặc dù rất khuyến khích đầu tư nước ngoài vào Malaysia, Malaysia vẫn giữ những quy định trong luật nội địa về việc hạn chế sở hữu đất đai của người nước ngoài. Theo quy định của Bộ luật đất đai quốc gia năm 1965, công dân nước ngoài hoặc công ty nước ngoài muốn sở hữu đất đai hoặc hoa lợi, lợi tức trên đất phải

được sự chấp thuận trước của cơ quan có thẩm quyền Malaysia³⁷⁶. Tuy nhiên, yêu cầu này không áp dụng đối với việc tiếp nhận đất tại khu công nghiệp và hoa lợi, lợi tức trên đất khu công nghiệp.

Với sự chấp thuận của cơ quan có thẩm quyền Malaysia, người nước ngoài có thể sở hữu và mua bất động sản sở hữu tự do và các loại bất động sản khác, các dự án gắn liền với đất, các bất động sản công nghiệp hoặc thương mại tại bất kỳ nơi đâu ở Malaysia nếu người đó chi tối thiểu 2 triệu RM. Tuy nhiên, nguồn đất dự trữ bị cấm giao dịch. Người nước ngoài cũng có thể sở hữu bất động sản 100% dưới tên của mình. Do vậy, mặc dù giá cả cũng như các điều kiện sở hữu bất động sản rất khác nhau tại mỗi vùng, mỗi bang, những hạn chế này vẫn là rất nhỏ so với các quốc gia khác trong khu vực.

3.3. Pháp luật về thị trường lao động

3.3.1. Khung pháp lý

Luật lao động năm 1955 (Employment Act 1955) áp dụng đối với tất cả các đối tượng làm việc theo hợp đồng với một người sử dụng lao động và những người có tiền lương không cao hơn 2.000 RM/năm (kể từ ngày 01/4/2012, trước đó là 1.500 RM/năm) và những hình thức lao động đặc biệt khác. Người lao động có thu nhập từ 2.000 đến dưới 5.000 RM/năm có thể áp dụng các quy định của Luật lao động để khiếu nại về tiền lương theo hợp đồng. Luật này chỉ áp dụng tại phía Tây Malaysia. Tại khu vực Sabah và Sarawak, Pháp lệnh lao động điều chỉnh những đối tượng lao động cụ thể làm việc theo hợp đồng với người sử dụng lao động. Pháp lệnh đồng thời áp dụng cho những lao động là người nước ngoài làm việc trong một số lĩnh vực nhất định. Những đối tượng không được quy định tại Luật lao động và Pháp lệnh lao động sẽ áp dụng theo thông luật.

³⁷⁶Mục 433B Bộ luật đất đai quốc gia 1965.

Luật quan hệ việc làm năm 1967 (Industrial Relations Act 1967) và Quy chế về quan hệ việc làm năm 1980 tạo nên hành lang pháp lý cho các mối quan hệ lao động tại Malaysia. Mục đích của Luật là đưa ra các quy định về mối quan hệ giữa người sử dụng lao động và người lao động với công đoàn, ngăn ngừa và giải quyết những bất đồng và tranh chấp phát sinh trong mối quan hệ này. Luật này hướng tới bảo vệ các quyền hợp pháp và lợi ích của người lao động, người sử dụng lao động và công đoàn để bảo đảm các tranh chấp phát sinh được giải quyết nhanh chóng theo pháp luật. Cục Quan hệ Việc làm Malaysia đóng vai trò quan trọng trong việc duy trì sự hài hòa trong thị trường lao động thông qua sự can thiệp, tham gia tư vấn và đàm phán giữa các bên. Khi xảy ra tranh chấp, Luật này cho phép công đoàn và người sử dụng lao động được tự do đàm phán. Các tranh chấp có thể được báo cáo lên Bộ Nguồn nhân lực để hòa giải và đưa ra Tòa lao động để giải quyết. Phán quyết của Tòa lao động là chung thẩm và có giá trị ràng buộc. Luật này cũng cấm việc đình công hoặc không tiếp nhận người lao động sau khi giải quyết tranh chấp tại Tòa lao động.

Quy chế lao động đối với người lao động bán thời gian năm 2010 có hiệu lực từ ngày 01/10/2010 nhằm bảo vệ người lao động làm việc bán thời gian khi họ không được bảo vệ theo bất kỳ luật nào nói trên. Một số lợi ích được quy định theo cơ chế này như trả lương theo giờ đối với thời gian làm việc ngoài giờ, ngày nghỉ có hưởng lương, nghỉ lễ có hưởng lương, nghỉ ốm và ngày nghỉ hàng tuần... dành cho lao động bán thời gian thuộc đối tượng điều chỉnh của cơ chế này. Quy chế này yêu cầu người sử dụng lao động đóng góp vào Quỹ Tiết kiệm dành cho người lao động và Tổ chức an sinh xã hội cho hầu hết những người lao động bán thời gian đủ điều kiện đóng góp.

Ngoài ra, các văn bản pháp luật sau đây liên quan đến sức khỏe, an toàn lao động và những lợi ích khác của người lao động:

(1) Luật công xưởng và nhà máy năm 1967 quy định an toàn của người lao động khi sử dụng máy móc;

(2) Luật sức khỏe và an toàn nghề nghiệp năm 1994 quy định trách nhiệm chung của người sử dụng lao động, người tự kinh doanh và người lao động để bảo đảm an toàn sức khỏe tại nơi làm việc;

(3) Bộ luật thực hành phòng ngừa và loại trừ quấy rối tình dục tại nơi làm việc: quy định các hướng dẫn dành cho người sử dụng lao động trong việc thành lập một cơ chế tại doanh nghiệp để ngăn ngừa và loại trừ các hành vi quấy rối tình dục tại nơi làm việc. Phần XVA mới được bổ sung và có hiệu lực từ ngày 01/4/2012 sẽ được bổ sung vào Luật lao động năm 1955 điều chỉnh các vấn đề đi kèm với quấy rối tình dục.

3.3.2. Công đoàn

Theo Luật Malaysia, không có hình thức Omnibus (liên đoàn lao động), nhưng các công đoàn ngành có thể tiến hành lập nên một liên đoàn lao động hoặc trở thành đơn vị thành viên của Đại hội Công đoàn Malaysia hoặc Tổ chức Lao động Malaysia. Tất cả các công đoàn đều phải đăng ký với Cơ quan Đăng ký Công đoàn theo quy định của pháp luật và tuân thủ các quy định của Luật công đoàn năm 1959. Luật này quy định các quy tắc vận hành công đoàn như bầu Ban Chấp hành, thông qua việc đình công hoặc sử dụng quỹ công đoàn.

3.3.3. An sinh xã hội

Luật Quỹ tiết kiệm dành cho người lao động năm 1991 quy định người sử dụng lao động và người lao động phải đóng góp hàng tháng vào Quỹ này để bảo đảm người lao động 55 tuổi hoặc ít hơn trong trường hợp mất khả năng lao động hoặc rời khỏi Malaysia sẽ được hưởng một khoản thanh toán một lần. Các khoản đóng góp là bắt buộc đối với lao động người Malaysia và người thường trú tại Malaysia. Người nước ngoài không phải là

công dân Malaysia hoặc không thường trú tại Malaysia không bắt buộc nhưng có thể tùy chọn đóng hoặc không đóng Quỹ tiết kiệm dành cho người lao động. Tỷ lệ đóng quỹ thay đổi tùy theo độ tuổi của người lao động và thu nhập.

Tất cả người lao động có thu nhập từ 3.000 RM trở xuống hàng tháng đều được hưởng Chương trình bảo hiểm thương tật lao động và Chương trình hưu trí thương tật do Tổ chức an sinh xã hội điều phối. Người lao động một khi đã được hưởng các chương trình này sẽ tiếp tục được hưởng kể cả khi thu nhập của họ tăng trên mức 3.000 RM/tháng. Có hai loại đóng góp phải thực hiện hàng tháng đối với những người lao động đủ tiêu chuẩn:

(1) Cả người lao động và người sử dụng lao động phải đóng góp vào cả hai Chương trình trên một khoản tối đa là 51,65 RM đối với người sử dụng lao động và 14,75 RM đối với người lao động dựa trên mức lương tháng.

(2) Riêng người sử dụng lao động phải đóng góp vào Chương trình bảo hiểm thương tật lao động cho người lao động không đủ tiêu chuẩn tham gia Chương trình hưu trí thương tật, khoản đóng tối đa là 36,9 RM.

Quỹ phát triển nguồn nhân lực được hình thành từ đóng góp của người sử dụng lao động đối với mỗi chương trình đào tạo được ấn định là nguồn hỗ trợ tài chính để đào tạo nhân lực. Những người sử dụng lao động dưới đây bắt buộc phải đăng ký và đóng Quỹ phát triển nguồn nhân lực cho các lao động là công dân Malaysia:

- Hoạt động trong lĩnh vực sản xuất với 50 người lao động trở lên;

- Có vốn từ 2,5 triệu RM trở lên và sử dụng từ 10 - 49 lao động trong lĩnh vực sản xuất (có hiệu lực từ ngày 01/01/1995);

- Sử dụng từ 10 lao động trở lên hoạt động trong một trong số các lĩnh vực dịch vụ bao gồm khách sạn, vận tải hàng không,

du lịch, viễn thông, giao nhận, vận tải đường biển, bưu chính chuyển phát, quảng cáo, dịch vụ máy tính, năng lượng, đào tạo, giáo dục bậc cao, bán hàng trực tiếp, dịch vụ cảng biển, dịch vụ bảo hành và hỗ trợ kỹ thuật, nghiên cứu và phát triển, dịch vụ kho bãi, dịch vụ an ninh, dịch vụ bệnh viện tư, vận tải đường sắt và vận tải thương mại đường bộ;

- Sử dụng từ 50 lao động trở lên trong lĩnh vực cửa hàng, siêu thị, đại siêu thị.

Người lao động sử dụng từ 10 - 49 lao động trong lĩnh vực sản xuất (gọi là doanh nghiệp nhỏ) có vốn ít hơn 2,5 triệu RM có thể tùy nghi lựa chọn đăng ký và đóng Quỹ phát triển nguồn nhân lực. Quỹ được đóng hàng tháng với tỷ lệ đóng quỹ này là 1% lương tháng của người lao động. Riêng đối tượng doanh nghiệp nhỏ tỷ lệ này là 0,5%.

IV. PHÁP LUẬT VỀ CÁC THÀNH PHẦN KINH TẾ, CÁC LOẠI HÌNH DOANH NGHIỆP, CÁC TỔ CHỨC KINH TẾ KHÁC

4.1. Các loại hình doanh nghiệp và tổ chức kinh tế

4.1.1. Công ty

Công ty được điều chỉnh bởi Luật công ty 1965, trong đó quy định bốn loại hình công ty:

- Công ty trách nhiệm hữu hạn cổ phần;
- Công ty trách nhiệm hữu hạn bảo đảm;
- Công ty trách nhiệm hữu hạn cổ phần và bảo đảm;
- Công ty trách nhiệm vô hạn.

Trên thực tế, hầu hết các công ty là công ty trách nhiệm hữu hạn cổ phần, với chế độ chịu trách nhiệm hữu hạn của mỗi thành viên công ty trong giới hạn giá trị cổ phần của họ. Công ty có thể được thành lập dưới hình thức công ty tư nhân hay công ty đại chúng.

Công ty tư nhân có điều lệ cấm việc phát hành cổ phần ra công chúng và cấm việc nhận tiền đầu tư từ công chúng. Số cổ đông/thành viên của công ty tư nhân không vượt quá năm mươi và việc chuyển nhượng cổ phần của họ trong công ty bị hạn chế. Loại hình công ty đại chúng cho phép phát hành cổ phần, trái phiếu ra công chúng hoặc thu hút đầu tư bằng tiền gửi từ công chúng.

4.1.2. Công ty trách nhiệm hữu hạn hợp danh

Công ty trách nhiệm hữu hạn hợp danh được điều chỉnh bởi Luật công ty trách nhiệm hữu hạn hợp danh năm 2012, là sự kết hợp các đặc điểm của công ty và hợp danh truyền thống.

Công ty trách nhiệm hữu hạn hợp danh có tư cách pháp nhân độc lập với các thành viên hợp danh của chính công ty đó. Trách nhiệm của các thành viên là hữu hạn trong khi trách nhiệm của công ty là vô hạn trong việc tiến hành các hoạt động kinh doanh và sở hữu tài sản.

Ít nhất hai cá nhân hoặc tổ chức có thể thành lập một công ty trách nhiệm hữu hạn hợp danh để thực hiện bất kỳ ngành nghề kinh doanh hợp pháp nào theo điều lệ hợp danh hoặc để cung cấp các dịch vụ chuyên ngành mà thành viên cá nhân của hợp danh đó có đủ năng lực và điều kiện pháp lý để thực hiện cùng với việc mua bảo hiểm trách nhiệm nghề nghiệp hợp lệ của Cơ quan đăng ký doanh nghiệp.

Việc thay đổi thành viên hợp danh dẫn đến việc hình thành công ty trách nhiệm hữu hạn hợp danh mới. Công ty mới này sẽ không thừa kế và tiếp tục tư cách pháp lý, quyền và trách nhiệm của công ty trách nhiệm hữu hạn hợp danh trước đó.

4.1.3. Công ty hợp danh hoặc một chủ sở hữu

Tất cả các Công ty hợp danh hoặc công ty một chủ sở hữu cá nhân (ngoại trừ công ty trách nhiệm hữu hạn hợp danh) không có tư cách pháp nhân và phải đăng ký với Cơ quan đăng ký

doanh nghiệp và đặt dưới sự kiểm soát của Ủy ban Doanh nghiệp Malaysia. Công ty hợp danh hoặc công ty một chủ sở hữu cá nhân chịu trách nhiệm vô hạn. Các thành viên hợp danh hoặc người sở hữu chịu trách nhiệm liên đới và riêng rẽ đối với các khoản nợ và nghĩa vụ của công ty. Loại hình công ty một chủ sở hữu cá nhân tương tự như hình thức doanh nghiệp tư nhân của Việt Nam.

4.1.4. Liên doanh

Công ty liên doanh có thể được thành lập dưới hình thức công ty có tư cách pháp nhân. Thuật ngữ “liên doanh” không thể hiện một loại hình doanh nghiệp riêng rẽ.

Hầu hết các nhà đầu tư nước ngoài thành lập một hoặc nhiều công ty tại Malaysia để hoạt động kinh doanh. Các doanh nghiệp nước ngoài vào Malaysia với mục đích duy nhất là thực hiện các dự án xây dựng hoặc hình thức phát triển hạ tầng khác, thường thành lập một liên doanh (trừ khi muốn liên danh không thành lập một pháp nhân mới) với một công ty tại địa phương. Việc lựa chọn hình thức cơ sở kinh doanh thường do yêu cầu về thuế tại quốc gia sở tại của doanh nghiệp nước ngoài đó.

Ngoài ra, ở Malaysia còn tồn tại chi nhánh công ty nước ngoài và văn phòng đại diện, văn phòng khu vực của công ty nước ngoài.

Một công ty nước ngoài là một công ty thành lập ngoài phạm vi lãnh thổ Malaysia. Công ty nước ngoài muốn lập một cơ sở kinh doanh hoặc tiến hành hoạt động kinh doanh ở Malaysia có thể thành lập một chi nhánh bằng việc gửi hồ sơ theo quy định đến cơ quan đăng ký kinh doanh Malaysia. Công ty nước ngoài hoạt động trong lĩnh vực bán buôn và bán lẻ không được khuyến khích kinh doanh tại Malaysia dưới hình thức chi nhánh.

Doanh nghiệp hoặc tổ chức nước ngoài không hoạt động kinh doanh thương mại tại Malaysia mà chỉ muốn có cơ sở đại diện để

thực hiện một số chức năng nhất định có thể đăng ký với Cơ quan Đăng ký Văn phòng đại diện/Văn phòng khu vực tương ứng.

Văn phòng đại diện, văn phòng khu vực không được tiến hành hoạt động kinh doanh và chỉ làm đại diện cho doanh nghiệp để tiến hành một số hoạt động, chức năng được chỉ định. Văn phòng đại diện, văn phòng khu vực hoạt động hoàn toàn bằng nguồn tài chính từ nước ngoài.

Theo Luật công ty năm 1965, văn phòng đại diện và văn phòng khu vực không cần phải có tư cách pháp nhân; tuy nhiên, việc thành lập văn phòng đại diện, văn phòng khu vực vẫn phải được Chính phủ Malaysia phê duyệt.

- *Văn phòng đại diện* là văn phòng của một công ty, tổ chức nước ngoài được phê duyệt để thu thập thông tin liên quan đến các cơ hội đầu tư tại Malaysia, đặc biệt là trong lĩnh vực sản xuất và dịch vụ, đẩy mạnh quan hệ thương mại song phương, xúc tiến xuất khẩu hàng hóa và dịch vụ Malaysia, và tiến hành các hoạt động nghiên cứu và phát triển.

- *Văn phòng khu vực* là văn phòng của một công ty, tổ chức nước ngoài hoạt động như một trung tâm điều phối và hỗ trợ các công ty con, đơn vị thành viên, đại lý của doanh nghiệp, tổ chức đó trong khu vực Đông Nam Á và Châu Á Thái Bình Dương. Văn phòng khu vực được thành lập để thực hiện một số hoạt động được công ty, tổ chức giao phó trong phạm vi khu vực hoạt động của văn phòng đó.

4.2. Thành lập, tổ chức và hoạt động của tổ chức kinh tế đặc thù

4.2.1. Thành lập, tổ chức và hoạt động của tổ chức tín dụng

Tại Malaysia, cá nhân không được phép kinh doanh hoạt động ngân hàng, tín dụng và các dịch vụ tài chính khác. Theo Luật ngân hàng và các tổ chức tín dụng 1989, một pháp nhân

muốn thành lập tổ chức tín dụng phải gửi hồ sơ đến Ngân hàng Trung ương Malaysia để đăng ký thành lập. Hồ sơ bao gồm: (1) bản sao điều lệ của pháp nhân đó; (2) bản sao báo cáo tài chính đã kiểm toán năm gần nhất; (3) giấy tờ chứng nhận thành lập của pháp nhân đó, giấy tờ chứng nhận thành lập của các công ty liên quan của pháp nhân đó, giấy tờ chứng minh các nguồn thu nhập của pháp nhân đó, thuyết minh ngành nghề kinh doanh của pháp nhân và các công ty liên quan, tên và địa chỉ của người quản lý cũng như các cổ đông lớn của pháp nhân và các công ty liên quan của pháp nhân; (4) các giấy tờ khác theo yêu cầu của Ngân hàng Trung ương Malaysia nhằm mục đích chứng minh căn cứ cấp giấy phép hoạt động tín dụng³⁷⁷.

Tổ chức tín dụng phải trả phí để được cấp phép hoạt động. Đồng thời, nếu mở thêm văn phòng ngoài hội sở chính tại Malaysia, tổ chức tín dụng phải trả thêm một khoản phí mở văn phòng cho Ngân hàng Trung ương. Ngoài ra, tổ chức tín dụng còn phải trả phí hàng năm cho Ngân hàng Trung ương để duy trì hoạt động được cấp phép cho hội sở chính và mỗi văn phòng mở thêm³⁷⁸.

Sau khi được cấp giấy phép hoạt động tín dụng, tổ chức tín dụng phải chịu sự quản lý của Ngân hàng Trung ương Malaysia và phải chấp hành một số hạn chế đối với hoạt động thương mại như sau:

Thứ nhất, tổ chức tín dụng không được phép nhân danh mình hoặc liên kết với người khác thực hiện hoạt động bán buôn hoặc bán lẻ, bao gồm cả hoạt động xuất nhập khẩu, trừ trường hợp vì lý do an ninh được chính phủ giao hoặc vì mục đích thực hiện hoạt động tín dụng đã được cấp phép³⁷⁹. Các quy định trên không áp dụng đối với hoạt động mua bán ngoại tệ hoặc vàng của ngân hàng.

³⁷⁷Mục 5 Phần II Luật ngân hàng và các tổ chức tín dụng năm 1989.

³⁷⁸Mục 44 Phần VII Luật Ngân hàng và các tổ chức tín dụng năm 1989.

³⁷⁹Mục 32 Phần VI Luật Ngân hàng và các tổ chức tín dụng năm 1989.

Thứ hai, tổ chức tín dụng, công ty tài chính, ngân hàng đại lý không được phép nhận tiền gửi mà có thể bị người gửi rút ra bằng séc, lệnh hay các hình thức khác; không được thực hiện giao dịch bằng ngoại hối; không được kinh doanh ngành nghề chưa được cấp phép³⁸⁰.

Thứ ba, Ngân hàng Trung ương Malaysia có thẩm quyền quy định về kỳ hạn tối thiểu và tối đa, số tiền tối thiểu và tối đa đối với tiền gửi tại tổ chức tín dụng; đồng thời quy định về các điều khoản và điều kiện tiếp nhận tiền gửi của tổ chức tín dụng³⁸¹. Các tổ chức tín dụng phải tuân thủ quy định về các nội dung này của Ngân hàng Trung ương Malaysia.

Do ảnh hưởng rộng lớn của hoạt động tín dụng đối với hệ thống kinh tế, ngoài việc chấp hành các hạn chế thương mại kể trên, tổ chức tín dụng còn phải đáp ứng các yêu cầu riêng biệt về tài chính, cụ thể như sau:

Thứ nhất, tổ chức tín dụng bắt buộc phải duy trì một quỹ dự phòng. Trước khi chia cổ tức hàng năm, tổ chức tín dụng phải trích một phần lợi nhuận sau thuế để chuyển vào quỹ dự phòng sao cho quỹ dự phòng được bảo đảm ở mức bằng khoảng 30% vốn điều lệ của tổ chức tín dụng³⁸².

Thứ hai, tổ chức tín dụng phải duy trì tài sản có tính thanh khoản. Ngân hàng Trung ương Malaysia có thể yêu cầu một tổ chức tín dụng, trong mọi thời điểm hoặc trong một khoảng thời gian nhất định, phải sở hữu tài sản có tính thanh khoản ở một mức tối thiểu tại Malaysia. Khối lượng tài sản có tính thanh khoản cao phải duy trì sẽ được xác định dựa trên toàn bộ nghĩa vụ của các văn phòng của tổ chức tín dụng đó tại Malaysia³⁸³.

³⁸⁰Mục 33 Phần VI Luật Ngân hàng và các tổ chức tín dụng năm 1989.

³⁸¹Mục 34 Phần VI Luật Ngân hàng và các tổ chức tín dụng năm 1989.

³⁸²Mục 36 Phần VII Luật Ngân hàng và các tổ chức tín dụng năm 1989.

³⁸³Mục 38 Phần VII Luật Ngân hàng và các tổ chức tín dụng năm 1989.

Thứ ba, tổ chức tín dụng có nghĩa vụ phải duy trì tài sản tại Malaysia. Ngân hàng Trung ương Malaysia yêu cầu tổ chức tín dụng, trong mọi thời điểm, phải sở hữu một mức tối thiểu tài sản tại Malaysia. Tương tự như mức sở hữu tài sản có tính thanh khoản, mức tài sản tối thiểu phải sở hữu ở Malaysia được xác định trên cơ sở toàn bộ nghĩa vụ của tổ chức tín dụng. Mỗi tổ chức tín dụng khác nhau có nghĩa vụ duy trì sở hữu tài sản tối thiểu tại Malaysia ở các mức khác nhau³⁸⁴.

Thứ tư, tổ chức tín dụng có nghĩa vụ phải thực hiện kiểm toán hàng năm trước ngày mà Ngân hàng Trung ương Malaysia công bố. Tổ chức kiểm toán phải được Bộ trưởng Bộ Tài chính phê duyệt theo đề xuất của Ngân hàng Trung ương. Trong trường hợp tổ chức tín dụng không chỉ định tổ chức kiểm toán, Bộ trưởng Bộ Tài chính sẽ chỉ định tổ chức kiểm toán để kiểm toán tài chính của tổ chức tín dụng trên cơ sở đề xuất của Ngân hàng Trung ương, đồng thời xác định rõ thù lao kiểm toán mà tổ chức tín dụng phải trả cho tổ chức kiểm toán đó³⁸⁵. Báo cáo kiểm toán phải được nộp cho Ngân hàng Trung ương và tại bất kỳ thời điểm nào, Ngân hàng Trung ương đều có quyền yêu cầu tổ chức kiểm toán bổ sung thông tin liên quan đến việc kiểm toán, mở rộng phạm vi kiểm toán đối với tổ chức tín dụng, thanh tra trong một số trường hợp đặc biệt theo yêu cầu của Ngân hàng Trung ương. Đồng thời, Ngân hàng Trung ương tại bất kỳ thời điểm nào đều có thể kiểm tra sổ sách, tài khoản và các giao dịch với bất kỳ người nào của tổ chức tín dụng.

Thứ năm, tổ chức tín dụng có nghĩa vụ nộp báo cáo toàn bộ hoạt động của mình với Ngân hàng Trung ương Malaysia sau khi kết thúc năm tài chính hoặc theo từng giai đoạn theo yêu cầu của Ngân hàng. Tổ chức tín dụng phải gửi đến Ngân hàng báo cáo tài

³⁸⁴Mục 39 Phần VII Luật Ngân hàng và các tổ chức tín dụng năm 1989.

³⁸⁵Mục 40 Phần VII Luật Ngân hàng và các tổ chức tín dụng năm 1989.

chính đã kiểm toán, giải trình các nguồn thu, các khoản lợi nhuận và lỗ³⁸⁶.

Thứ sáu, trong vòng 14 ngày kể từ ngày họp cổ đông thường niên, hoặc một khoảng thời gian khác do Ngân hàng Trung ương Malaysia ấn định, tổ chức tín dụng phải công bố báo cáo tài chính đã kiểm toán trên ít nhất hai tờ nhật báo bằng ngôn ngữ phổ thông và tiếng Anh phát hành tại Malaysia và được Ngân hàng Trung ương chấp thuận³⁸⁷.

Thứ bảy, tổ chức tín dụng có nghĩa vụ giải trình với Ngân hàng Trung ương về các tài sản và nghĩa vụ của mình tại hội sở chính và các văn phòng tại Malaysia. Ngân hàng Trung ương có thể yêu cầu bổ sung thông tin và số liệu thống kê có liên quan nếu thấy cần thiết³⁸⁸.

Tại Malaysia còn tồn tại loại hình ngân hàng cung cấp dịch vụ phục vụ nghi thức hồi giáo. Loại hình ngân hàng này được thành lập lần đầu tiên vào năm 1963 với sự ra đời của Ngân hàng Perbadanan Wang Simpanan Bakal-Bakal Haji (PWSBH). Ngân hàng Hồi giáo được thành lập nhằm mục đích giúp người hồi giáo tiết kiệm tiền Haji³⁸⁹. Đến năm 1969, PWSBH sáp nhập với Ngân hàng Pejabat Urusan Haji để thành lập Lembaga Urusan dan Tabung Haji (hiện nay là Lembaga Tabung Haji).

Từ năm 1993, các ngân hàng thương mại, ngân hàng đại lý, công ty tài chính được cho phép cung cấp các dịch vụ phục vụ nghi thức hồi giáo theo Luật hoạt động ngân hàng hồi giáo 1983. Các ngân hàng, công ty tài chính này phải tách biệt hoạt động và các giao dịch thương mại thông thường với các giao dịch phục vụ nghi thức hồi giáo nhằm bảo đảm rằng các khoản tiền của giao dịch phục vụ nghi thức hồi giáo được gửi tại đây luôn luôn được an toàn.

³⁸⁶Mục 41 Phần VII Luật Ngân hàng và các tổ chức tín dụng năm 1989.

³⁸⁷Mục 42 Phần VII Luật Ngân hàng và các tổ chức tín dụng năm 1989.

³⁸⁸Mục 43 Phần VII Luật Ngân hàng và các tổ chức tín dụng năm 1989.

³⁸⁹Tiền Haji là khoản chi phí người hồi giáo dùng để hành hương về thánh địa Mecca.

4.2.2. Thành lập và hoạt động của Trung tâm Giao dịch Chứng khoán

Để quản lý việc thành lập vận hành Trung tâm Giao dịch Chứng khoán và công ty sở hữu Trung tâm Giao dịch Chứng khoán, Luật thị trường và dịch vụ vốn 2007 quy định Bộ trưởng Bộ Tài chính có thẩm quyền phê chuẩn việc thành lập Trung tâm Giao dịch Chứng khoán trên cơ sở đề nghị của Ủy ban Chứng khoán và việc cân nhắc các điều kiện cần thiết nhằm bảo đảm rằng: (i) công ty sở hữu Trung tâm Giao dịch Chứng khoán sẽ vận hành theo đúng trật tự và công bằng trên thị trường chứng khoán; (ii) công ty sở hữu Trung tâm Giao dịch Chứng khoán phải quản lý được rủi ro gắn liền với hoạt động của mình một cách sáng suốt; (iii) công ty sở hữu Trung tâm Giao dịch Chứng khoán, khi thực hiện các nghĩa vụ của mình, không đi ngược với lợi ích công cộng, đặc biệt là lợi ích của nhà đầu tư; (iv) công ty sở hữu Trung tâm Giao dịch Chứng khoán có khả năng thực hiện các hành động phù hợp khi công ty thành viên hoặc công ty con vi phạm pháp luật; (v) điều lệ của công ty sở hữu Trung tâm Giao dịch Chứng khoán, công ty thành viên hoặc công ty con của công ty sở hữu Trung tâm Giao dịch chứng khoán phù hợp và công bằng đối với các giao dịch trên thị trường chứng khoán...³⁹⁰.

Hồ sơ đề nghị thành lập Trung tâm Giao dịch Chứng khoán phải được gửi đến Ủy ban Chứng khoán. Ủy ban Chứng khoán sẽ xem xét đưa ra kiến nghị và chuyển hồ sơ đến Bộ trưởng Bộ Tài chính. Pháp nhân đề nghị thành lập Trung tâm Giao dịch Chứng khoán phải cung cấp các thông tin theo yêu cầu của Bộ trưởng Bộ Tài chính hoặc Ủy ban Chứng khoán nếu Bộ trưởng hoặc Ủy ban xét thấy cần thiết³⁹¹.

Sau khi được cho phép thành lập, Trung tâm Giao dịch Chứng khoán ngay lập tức phải trình nộp Quy chế hoạt động tới

³⁹⁰Mục 1 Phần 2 Luật thị trường và dịch vụ vốn năm 2007.

³⁹¹Mục 3, 4 Phần 2 Luật thị trường và dịch vụ vốn năm 2007.

Ủy ban Chứng khoán. Quy chế hoạt động của Trung tâm Giao dịch Chứng khoán chỉ có hiệu lực sau khi được Ủy ban Chứng khoán phê duyệt. Trong trường hợp sửa đổi Quy chế hoạt động, Trung tâm Giao dịch chứng khoán phải trình Ủy ban Chứng khoán bản sửa đổi, đồng thời giải trình lý do sửa đổi quy chế hoạt động và phải được Ủy ban Chứng khoán chấp thuận³⁹².

4.3. Các yêu cầu luật định về chế độ sổ sách, chứng từ, kế toán đối với công ty thành lập tại Malaysia

4.3.1. Chế độ kế toán và lưu trữ

Ban giám đốc công ty chịu trách nhiệm về thực hiện chế độ kế toán, sổ sách chứng từ và lưu trữ của công ty. Tất cả các loại hình công ty thành lập theo Luật công ty năm 1965 phải thực hiện đúng chế độ kế toán, có chứng từ đầy đủ, ghi nhận mọi giao dịch và trạng thái tài chính của công ty để thực hiện lập các báo cáo tài chính. Tất cả các giao dịch phải được ghi nhận trong vòng sáu mươi ngày, kể từ ngày hoàn tất. Sổ sách kế toán và chứng từ khác phải lưu giữ trong vòng bảy năm sau khi hoàn tất giao dịch liên quan.

4.3.2. Báo cáo tài chính

Ban giám đốc phải trình Đại hội đồng cổ đông báo cáo tài chính không muộn hơn mười tám tháng sau ngày thành lập công ty và sau đó ít nhất mỗi năm dương lịch một lần, mỗi lần không cách nhau quá mười lăm tháng. Báo cáo tài chính phải được lập theo các tiêu chuẩn kế toán được Ủy ban Tiêu chuẩn Kế toán Malaysia phê duyệt theo Luật công ty năm 1965 và phải được kiểm toán bởi một đơn vị kiểm toán được phép hoạt động. Số liệu trong báo cáo tài chính phải sử dụng đồng tiền Malaysia.

4.3.3. Các báo cáo cơ bản

Công ty phải thiết lập bộ các báo cáo cơ bản và trình cho các cổ đông. Một bản sao của bộ báo cáo cơ bản phải được gửi cho Cơ

³⁹²Mục 9 Phần 2 Luật thị trường và dịch vụ vốn năm 2007.

quan Đăng ký Doanh nghiệp và được công khai để kiểm tra, giám sát. Bộ báo cáo cơ bản của một công ty bao gồm:

- Báo cáo của Ban giám đốc;
- Báo cáo tài chính;
- Báo cáo của Ban giám đốc về báo cáo tài chính;
- Tuyên bố bắt buộc của giám đốc hoặc người chịu trách nhiệm chính về quản lý tài chính;
- Báo cáo của kiểm toán viên.

Trong đó, báo cáo của Ban giám đốc về tình trạng hoạt động kinh doanh của công ty phải kèm theo bảng cân đối kế toán. Các báo cáo tài chính được kiểm toán và báo cáo của Ban giám đốc phải được gửi cho các cổ đông ít nhất mười bốn ngày trước ngày họp Đại hội đồng cổ đông với công ty tư nhân và trước ít nhất hai mươi một ngày đối với công ty đại chúng.

4.4. Thâu tóm và sáp nhập

Bộ luật thâu tóm và sáp nhập năm 1998 (Code on Takeovers and Mergers) là văn bản điều chỉnh hoạt động thâu tóm và sáp nhập tại Malaysia. Theo quy định của Luật Ủy ban Chứng khoán năm 1995 (sửa đổi), Ủy ban Chứng khoán là cơ quan duy nhất có thẩm quyền đối với các giao dịch liên quan đến hoạt động thâu tóm và sáp nhập.

Mục tiêu của Bộ luật là bảo đảm các cổ đông nhỏ có cơ hội bình đẳng để xem xét, tiếp cận các đề xuất chuyển nhượng và cho phép các cổ đông này quyết định chuyển nhượng hay giữ lại cổ phần của mình. Bộ luật này cũng quy định các tài liệu chào bán, báo cáo của Ban giám đốc, văn bản tư vấn liên quan phải có tất cả các thông tin liên quan cần thiết để các cổ đông và bên tư vấn chuyên môn của cổ đông có đầy đủ các thông tin để đánh giá bản chất và rủi ro khi chấp nhận hay từ chối đề xuất thâu tóm.

Năm 2010, Ủy ban Chứng khoán ban hành Bộ luật mới³⁹³ thay thế Bộ luật năm 1998, có hiệu lực từ ngày 15/12/2010. Bộ luật năm 2010 có những thay đổi quan trọng như sau:

- Mở rộng phạm vi điều chỉnh của Bộ luật bao gồm cả các công ty có vốn đầu tư nước ngoài và các quỹ đầu tư bất động sản được niêm yết trên thị trường chứng khoán Malaysia. Bộ luật năm 1998 chỉ điều chỉnh các công ty đại chúng, bất kể có niêm yết hay không niêm yết trên bất kỳ sở giao dịch chứng khoán nào, và các công ty tư nhân mà Ủy ban Chứng khoán cho là cần thiết phải điều chỉnh tùy từng thời điểm.

- Bộ luật quy định các bên chào mua hoặc chào bán tiềm năng phải tuyên bố về các điều khoản chào hàng có thể đưa ra và khả năng thay đổi bất thường trong giá chào mua/bán cổ phần để ngăn ngừa việc tạo ra các thị trường ảo đối với các bên được chào.

- Rút ngắn thời gian xử lý chấp nhận bản chào thầu tóm (từ 21 ngày xuống còn 10 ngày đối với các giao dịch chào thực hiện bằng tiền mặt và 21 ngày xuống 14 ngày đối với các giao dịch chứng khoán) để các hoạt động kinh doanh được phục hồi nhanh chóng vì các giao dịch thầu tóm và sáp nhập thường ảnh hưởng lớn đến hoạt động của các bên liên quan.

- Bộ luật đưa ra yêu cầu về tỷ lệ cổ đông chấp thuận giao dịch thầu tóm, sáp nhập cao hơn so với các giao dịch thông thường theo quy định của Luật công ty năm 1965, cụ thể mức tối thiểu là 50% tổng số cổ phần và chiếm 75% tổng số cổ phần có quyền biểu quyết của các cổ phần không liên quan trong giao dịch và không quá 10% tổng số cổ phần biểu quyết chống lại việc thầu tóm, sáp nhập đó.

Những thay đổi này trong Bộ luật 2010 năm đã phản ánh nỗ lực của Ủy ban Chứng khoán Malaysia trong việc tăng cường bảo vệ quyền lợi của nhà đầu tư và minh bạch hóa cũng như đưa

³⁹³<http://www.sc.com.my/legislation-guidelines/take-overs-code/>.

ra các tiêu chuẩn cao hơn trong việc thực hiện các giao dịch thuê tằm và sáp nhập trên thị trường Malaysia.

Việc thực hiện các giao dịch thuê tằm và sáp nhập do các cơ quan cụ thể điều chỉnh, được quy định rõ trong luật và các văn bản hướng dẫn. Để thực hiện việc thuê tằm, sáp nhập cần phải có phê chuẩn của một hoặc nhiều cơ quan có thẩm quyền, tùy theo giao dịch đó có liên quan đến cổ phần của bên nước ngoài hay bên Malaysia.

V. PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG

Luật dân sự năm 1956 được ban hành dưới thời thống trị của người Anh vẫn tiếp tục được áp dụng để điều chỉnh các quan hệ dân sự, trong đó có quan hệ hợp đồng. Bên cạnh đó, Malaysia còn có Luật hợp đồng năm 1950 được xây dựng dựa trên một số nguyên tắc của pháp luật hợp đồng Anh, áp dụng đối với toàn bộ các bang tại Bán đảo Malaysia. Ngoài ra, tại vùng Sabah và Sarawak, Luật Anh về cơ bản vẫn được áp dụng căn cứ quy định của Pháp lệnh về Luật Sarawak. Do là một quốc gia thuộc truyền thống thông luật nên án lệ cũng được áp dụng để điều chỉnh các quan hệ hợp đồng. Tuy nhiên, cần lưu ý là nếu có sự mâu thuẫn về cùng một vấn đề giữa luật án lệ và luật thành văn thì luật thành văn vẫn được ưu tiên áp dụng (tức là có giá trị pháp lý cao hơn). Trong trường hợp một vấn đề cụ thể không được quy định trong Luật hợp đồng, Mục 5 Luật dân sự 1956 cho phép áp dụng Luật Anh trong các vụ việc tương tự kể từ ngày 07/4/1956. Ngoài ra, trong các lĩnh vực cụ thể còn có luật chuyên ngành, ví dụ Luật thuê - mua bán năm 1967...

5.1. Giao kết hợp đồng

Một hợp đồng được coi là đã được giao kết nếu đáp ứng đủ 6 yêu cầu sau: (1) có đề nghị giao kết hợp đồng tự nguyện; (2) có sự chấp thuận đề nghị giao kết hợp đồng tự nguyện; (3) mong muốn

giao kết hợp đồng (mặc dù Luật hợp đồng năm 1950 không nói rõ về mong muốn giao kết hợp đồng nhưng các án lệ đều yêu cầu thể hiện rõ mong muốn giao kết hợp đồng); (4) các bên có sự cân nhắc trước khi giao kết hợp đồng (đây là nguyên tắc chung trong Luật hợp đồng tại Malaysia cũng như tại Anh, hợp đồng không được cân nhắc trước khi giao kết bị coi là vô hiệu); (5) tính hợp lý (bất kỳ điều khoản nào của hợp đồng không hợp lý hoặc không khả thi đều bị coi là vô hiệu); (6) các bên có đủ năng lực hành vi để ký kết hợp đồng.

5.2. Điều khoản hợp đồng

Điều khoản hợp đồng có thể được ghi rõ ràng hoặc ngụ ý. Thông thường, ngụ ý trong hợp đồng có thể được diễn giải theo ba cách: *Thứ nhất*, theo các quy định cụ thể trong Luật mua bán hàng hóa; *Thứ hai*, căn cứ vào mục đích của các bên; *Thứ ba*, theo tập quán hoặc cách sử dụng trong các trường hợp đặc biệt hoặc trong thương mại, giao dịch.

Đối với điều khoản miễn trách nhiệm, Tòa án Malaysia có xu hướng cân nhắc tính hợp lệ của điều khoản miễn trách nhiệm trong hợp đồng theo Luật Anh; theo đó, các bên có thể được miễn hoặc hạn chế trách nhiệm). Khi diễn giải điều khoản này, Tòa án Malaysia cũng xem xét bản chất của giao dịch. Thông thường, Tòa án sẽ bảo vệ bên yếu thế trong hợp đồng và có thể tuyên bố điều khoản miễn trách nhiệm không thực hiện được bằng cách không coi đó là một phần của hợp đồng.

5.3. Hợp đồng vô hiệu

Thông thường, một hợp đồng bị coi là vô hiệu theo Luật hợp đồng năm 1950 khi: (1) đối tượng của hợp đồng bị cấm; (2) hợp đồng trái pháp luật hoặc lừa dối; (3) làm phương hại đến người hoặc tài sản của người khác; hoặc (4) Tòa án cho rằng hợp đồng đó không bình thường hoặc đi ngược lại với chính sách công.

Hợp đồng sẽ trở nên vô hiệu nếu tại thời điểm thực hiện nó trở nên không khả thi hoặc không hợp pháp. Tuy nhiên, một điều khoản của hợp đồng không thể thực hiện được không dẫn đến việc toàn bộ hợp đồng trở nên vô hiệu.

Trong trường hợp có sự thay đổi về hoàn cảnh khiến cho một bên không thể thực hiện được hợp đồng (cả về mặt luật pháp và năng lực thực tế), hợp đồng sẽ bị đình chỉ.

5.4. Các chế tài do vi phạm hợp đồng

Thông thường, khi có vi phạm hợp đồng và việc vi phạm chưa dẫn đến việc chấm dứt hợp đồng hoặc bên bị vi phạm có quyền chấm dứt hợp đồng nhưng không lựa chọn chấm dứt hợp đồng, các chế tài (hay Malaysia gọi là các biện pháp khắc phục) sau đây có thể được áp dụng: (1) bồi thường thiệt hại; (2) tiếp tục thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng; (3) phạt vi phạm.

Theo Luật hợp đồng năm 1950, bên bị vi phạm chỉ được yêu cầu bồi thường thiệt hại hợp lý và thực tế. Những yêu cầu bồi thường không hợp lý sẽ không được chấp thuận.

VI. PHÁP LUẬT VỀ CÁC CƠ QUAN QUẢN LÝ, ĐIỀU TIẾT KINH TẾ

6.1. Ngân hàng Trung ương Malaysia (Ngân hàng Negara Malaysia)

Ngân hàng Trung ương Malaysia được thành lập vào năm 1959 theo Pháp lệnh Ngân hàng Trung ương Malaya năm 1958. Chức năng của Ngân hàng là thực hiện vai trò hỗ trợ thúc đẩy phát triển kinh tế, duy trì ổn định giá, ổn định cán cân thanh toán, góp phần xóa đói giảm nghèo và tái thiết xã hội. Đặc biệt, Ngân hàng còn có vai trò bảo đảm nguồn tiền và giá trị đồng tiền trong nền kinh tế. Về phương diện này, Ngân hàng Trung ương Malaysia chịu trách nhiệm phát hành và dự trữ tiền tệ, ổn định

giá trị của đồng RM, tư vấn và chịu trách nhiệm trước Chính phủ về chính sách tiền tệ, hệ thống tài chính ngân hàng.

Để thực hiện chức năng giám sát của mình, Ngân hàng Trung ương Malaysia thiết lập Khung thể chế giám sát dựa trên mức độ rủi ro (Supervisory Risk-based Framework); theo đó, các tổ chức tài chính được đánh giá và quản lý, theo dõi dựa trên đánh giá về mức độ rủi ro và đánh giá về hệ thống quản lý rủi ro của mình. Ngân hàng Trung ương Malaysia xây dựng các chiến lược ngăn chặn để phát hiện những biểu hiện suy giảm hoặc yếu kém trong hoạt động của các tổ chức tài chính, có nguy cơ gây ảnh hưởng đến tình trạng bền vững của bản thân tổ chức tài chính đó hoặc của toàn bộ hệ thống tài chính. Khung thể chế giám sát này được liên tục cải thiện, phát triển cùng với sự thay đổi của nền kinh tế quốc gia.

Bên cạnh giám sát ở cấp độ vi mô, Ngân hàng Trung ương Malaysia có thẩm quyền giám sát cẩn trọng vĩ mô (macroprudential surveillance) để kịp thời phát hiện, ngăn chặn và xử lý những rủi ro liên quan đến nhiều cơ quan, nhiều lĩnh vực. Các hoạt động giám sát cẩn trọng vĩ mô bao gồm: điều hành các liên kết tài chính vĩ mô gắn liền với sự phát triển và các xu hướng mới xuất hiện của nền kinh tế nội địa, các thị trường tài chính, khu vực kinh tế hộ gia đình, công ty... cũng như đánh giá những dấu hiệu tiềm ẩn khả năng ảnh hưởng sâu rộng đối với hệ thống tài chính; điều hành và đánh giá sự phát triển của những vấn đề cụ thể của khu vực tài chính và những dấu hiệu tiềm ẩn liên quan đến sự bền vững của cả hệ thống. Năm 2006, Ngân hàng Trung ương Malaysia thành lập Vụ Giám sát Tài chính để hoàn thiện thêm một bước định hướng và nâng cao chất lượng công tác giám sát cẩn trọng vĩ mô của Ngân hàng Trung ương Malaysia. Năm 2009, Ngân hàng Trung ương Malaysia thành lập Ủy ban Ổn định Tài chính Cấp cao (Financial Stability Executive Committee) với

thành viên bao gồm Thống đốc, một Phó Thống đốc và từ ba đến năm Ủy viên do Bộ trưởng Bộ Tài chính bổ nhiệm trong số Ủy viên của Ban giám đốc Ngân hàng Trung ương hoặc cá nhân khác và theo đề xuất của Ban giám đốc Ngân hàng Trung ương³⁹⁴.

6.2. Ủy ban Chứng khoán

Từ ngày 1/3/1993, thời điểm có hiệu lực của Luật Ủy ban Chứng khoán năm 1993, chức năng của Ban Quản lý các Vấn đề về Vốn và Hội đồng về Thâu tóm và Sáp nhập được chuyển sang Ủy ban Chứng khoán. Luật Ủy ban Chứng khoán năm 1993 sau đó đã được thay thế bởi Luật thị trường và dịch vụ vốn năm 2007.

Ủy ban Chứng khoán được thành lập nhằm giám sát hoạt động của thị trường chứng khoán và các giao dịch tương lai. Chức năng của Ủy ban bao gồm quy định, giám sát và phát triển thị trường chứng khoán; tư vấn cho Chính phủ và Ngân hàng Trung ương Malaysia về các vấn đề chính sách liên quan đến thị trường chứng khoán. Ngoài ra, Ủy ban Chứng khoán còn có vai trò trợ giúp và làm cầu nối giữa Ban Đầu tư nước ngoài, Bộ Công nghiệp và Thương mại quốc tế và Ngân hàng Trung ương trong trường hợp có vụ việc đòi hỏi phải phối hợp giữa các cơ quan nói trên.

6.3. Ủy ban Doanh nghiệp Malaysia

Ủy ban Doanh nghiệp được thành lập để quản lý các doanh nghiệp đăng ký thành lập, mở chi nhánh hoặc văn phòng đại diện tại Malaysia nhằm bảo đảm thực thi các quy định của Luật công ty năm 1965, Luật công ty quản lý quỹ năm 1949, Luật đăng ký kinh doanh năm 1956 và các quy định hướng dẫn.

Ủy ban Doanh nghiệp cũng chịu trách nhiệm cung cấp các thông tin liên quan đến doanh nghiệp, quản lý các vấn đề liên quan đến việc thành lập, hoạt động của doanh nghiệp, khuyến khích các hành vi chuẩn mực của giám đốc và các nhân viên của

³⁹⁴Điều 37 Luật Ngân hàng Trung ương Malaysia năm 2009. Hiện nay, tham gia Ủy ban này có Tổng giám đốc của Tổng công ty bảo hiểm tiền gửi Malaysia, Bộ trưởng Bộ Tài chính, một luật sư và một kế toán viên.

doanh nghiệp. Ngoài ra, Ủy ban còn có chức năng nghiên cứu các vấn đề liên quan đến doanh nghiệp và kinh doanh nhằm tư vấn cho Chính phủ về các nội dung này.

6.4. Ban Thu nhập Nội địa Malaysia

Ban Thu nhập Nội địa thuộc quyền kiểm soát của Bộ Tài chính, có chức năng: quản lý, đánh giá và thu các loại thuế; tư vấn cho Chính phủ các vấn đề liên quan đến thuế, đồng thời công tác phối hợp với các Bộ và các cơ quan khác; thu hồi các khoản nợ đến hạn của Chính phủ.

6.5. Ủy ban Thông tin và Truyền thông Malaysia

Ủy ban Thông tin và Truyền thông quản lý các vấn đề về thông tin và truyền thông theo Luật Ủy ban Thông tin và Truyền thông Malaysia năm 1998 và Luật Thông tin và Truyền thông năm 1998. Ủy ban có trách nhiệm thực thi và thúc đẩy các chính sách quốc gia của Malaysia trong lĩnh vực thông tin và truyền thông; đồng thời theo dõi việc thực hiện các quy định mới về lĩnh vực viễn thông, phát thanh truyền hình và các hoạt động trong môi trường internet. Kể từ ngày 1/11/2001, Ủy ban Thông tin và Truyền thông tiếp quản thêm lĩnh vực bưu chính và kỹ thuật số.

6.6. Hội đồng Sở hữu trí tuệ Malaysia (MyIPO)

Hội đồng Sở hữu trí tuệ Malaysia (MyIPO) là cơ quan có thẩm quyền quản lý các vấn đề liên quan đến quyền sở hữu trí tuệ tại Malaysia, được thành lập theo Luật Hội đồng Sở hữu trí tuệ Malaysia năm 2002, trực thuộc Bộ Thương mại, Hợp tác và Tiêu dùng nội địa. Chức năng của MyIPO bao gồm:

(1) Thiết lập cơ chế quản lý mạnh mẽ và hiệu quả đối với các quyền sở hữu trí tuệ;

(2) Tăng cường hiệu lực và thực thi các luật về sở hữu trí tuệ;

(3) Cung cấp thông tin đầy đủ và dễ tiếp cận về các tài sản sở hữu trí tuệ;

(4) Tăng cường nhận thức của công chúng về tầm quan trọng của sở hữu trí tuệ;

(5) Tư vấn về sở hữu trí tuệ.

Malaysia là thành viên của Tổ chức Sở hữu trí tuệ quốc tế (WIPO) và là thành viên của Hiệp định thương mại về các lĩnh vực liên quan đến sở hữu trí tuệ (TRIPS) của Tổ chức Thương mại Thế giới (WTO), thành viên Công ước Paris và Công ước Berne về quyền sở hữu trí tuệ. Malaysia cũng đã gia nhập Hiệp định hợp tác về sáng chế (PTC) vào năm 2006 và có hiệu lực từ ngày 16 tháng 8 năm 2006, các đơn sáng chế quốc tế theo PTC có thể được nộp tại MyIPO.

Các luật về sở hữu trí tuệ của Malaysia được quy định phù hợp với các tiêu chuẩn chung toàn cầu và bảo vệ cả nhà đầu tư trong và ngoài nước, bao gồm một số luật căn bản như sau:

Văn bản luật	Lĩnh vực điều chỉnh
Luật sáng chế năm 1983 Quy chế về bằng sáng chế năm 1986	Sáng chế
Luật nhãn hiệu thương mại năm 1976 Quy chế về nhãn hiệu thương mại năm 1997	Nhãn hiệu thương mại
Luật thiết kế công nghiệp năm 1996 Quy chế về thiết kế công nghiệp năm 1999	Thiết kế công nghiệp
Luật bản quyền năm 1987	Bản quyền
Luật chỉ dẫn địa lý năm 2000 Quy chế về chỉ dẫn địa lý năm 2001	Bảo vệ hàng hóa mang tên của địa điểm nơi hàng hóa đó được sản xuất, cả về chất lượng, danh tiếng và các đặc điểm khác cấu thành nên chỉ dẫn địa lý đó, sau khi được đăng ký
Luật thiết kế bố trí mạch tích hợp năm 2000	Thiết kế bố trí mạch tích hợp

6.7. Hội đồng cạnh tranh

Nhìn chung, pháp luật Malaysia không cấm các hành vi cạnh tranh. Tuy nhiên trong bối cảnh nhà nước phải tham gia tích cực vào việc điều tiết các hoạt động kinh doanh để bảo hộ nền công nghiệp non trẻ, việc bảo hộ cạnh tranh được quy định trong

những ngành cụ thể thông qua việc cấp phép và các biện pháp tài chính khác.

Luật cạnh tranh năm 2010 và Luật Hội đồng Cạnh tranh năm 2010 được Nghị viện Malaysia thông qua và có hiệu lực lần lượt từ 01/01/2011 và 01/01/2012. Mục đích của Luật cạnh tranh là thúc đẩy và bảo vệ quá trình cạnh tranh và lợi ích của người tiêu dùng với mục tiêu duy nhất là đẩy mạnh phát triển. Trong khi đó, Luật Hội đồng Cạnh tranh điều chỉnh việc thành lập, quyền hạn và chức năng của Hội đồng cạnh tranh. Theo Luật cạnh tranh, các doanh nghiệp bị cấm tham gia những hoạt động thương mại cụ thể như xác lập các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh theo chiều dọc hoặc ngang, thực hiện (đơn phương hoặc cùng với các bên khác) các hành vi lạm dụng vị trí thống trị trong bất kỳ thị trường nào về hàng hóa hay dịch vụ. Nếu một thỏa thuận được xác lập có khả năng hạn chế, bóp méo hoặc ngăn cản sự cạnh tranh, các bên liên quan đến thỏa thuận đó sẽ phải chịu trách nhiệm pháp lý. Những hoạt động nhất định không bị điều chỉnh bởi Luật cạnh tranh gồm các thỏa thuận lao động tập thể, thỏa thuận để tuân thủ và thực hiện quy định của pháp luật...

Malaysia không có quy định riêng về chống độc quyền. Các đơn vị độc quyền do vậy, không bị coi là đi ngược lại với lợi ích công cộng và được thành lập trong rất nhiều lĩnh vực của nền kinh tế.

VII. PHÁP LUẬT VỀ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP

7.1. Giải quyết tranh chấp tại Tòa án

Malaysia sao chép toàn bộ hệ thống tư pháp và Tòa án của Anh. Tòa án cấp cao nhất là Tòa án Liên bang, sau đó đến Tòa phúc thẩm, Tòa cấp cao (ở mỗi khu vực: Malaya, Sabah và Sarawak) và cuối cùng là hai Tòa án cấp thấp hơn (Tòa tiểu hình³⁹⁵ và Tòa sơ

³⁹⁵Tòa tiểu hình có thẩm quyền đối với những vụ việc có giá trị không quá 1,000,000 RM theo Mục 65(1) (b), 73(b), 93(1) Luật Tòa án 1948

thẩm) ở mỗi địa phương, hoạt động theo Luật Tòa án năm 1948 (sửa đổi, bổ sung năm 2010). Ngoài ra, ở Malaysia còn tồn tại Tòa án Hồi giáo chuyên trách các vấn đề liên quan đến đạo Hồi.

Thẩm quyền của mỗi Tòa án được quy định rõ ràng trong luật và Hiến pháp Liên bang. Trong những năm đầu giành độc lập, Malaysia không thực sự chú trọng đến tư pháp. Tuy nhiên, sự phát triển kinh tế và giáo dục dẫn đến nhiều vụ việc liên quan đến kinh doanh, thương mại, hợp đồng và quyền con người cần sự giải quyết của Tòa án. Nhờ vậy, số lượng Thẩm phán và chất lượng làm việc của Tòa án được cải thiện rất nhiều. Tuy nhiên, việc sử dụng ngôn ngữ xét xử bằng tiếng Anh và việc viết bản án bằng tiếng Anh tại các phiên xử tại Tòa cấp cao trở lên, đặc biệt là Tòa phúc thẩm, làm hạn chế rất nhiều khả năng tham gia tố tụng của người dân. Ở các Tòa án cấp thấp hơn, tiếng Malay được sử dụng là ngôn ngữ xét xử chính; đồng thời Tòa án bố trí phiên dịch trong các trường hợp cần thiết.

Từ năm 2000, cùng với việc sửa đổi Quy tắc hoạt động của Tòa án cấp cao, Malaysia đã thực hiện cải cách tư pháp nhằm quản lý các vụ việc và giải quyết triệt để các vụ án tồn đọng. Đồng thời, Malaysia cũng ban hành mới Lệnh số 34 về các thủ tục tiền tố tụng.

7.2. Giải quyết tranh chấp bằng các biện pháp ngoài Tòa án

Việc giải quyết tranh chấp thông qua các biện pháp giải quyết tranh chấp thay thế (Alternative Dispute Resolution - ADR) đã được thực hiện từ lâu tại Malaysia. Các ủy ban đặc biệt để giải quyết tranh chấp thường được tổ chức dưới dạng một Hội đồng, Tòa án hoặc Trung tâm Trọng tài. Ví dụ như:

- (i) Trung tâm Trọng tài Khu vực Kuala Lumpur (thành lập năm 1978);
- (ii) Tòa Công nghiệp (được thành lập năm 1948);

(iii) Hội đồng Dịch vụ công;

(iv) Các Ủy viên đặc biệt về thuế thu nhập (thành lập theo Luật thuế thu nhập năm 1967).

Với các ưu điểm về thủ tục nhanh gọn, đưa ra các giải pháp giải quyết tranh chấp hợp lý, nhiều trung tâm hòa giải khác cũng được thành lập để hòa giải các tranh chấp trong các lĩnh vực khác nhau như Trung tâm Hòa giải Bảo hiểm thành lập năm 1992, Trung tâm Hòa giải Ngân hàng thành lập năm 1997, Ủy ban về tranh chấp liên quan đến người tiêu dùng thành lập năm 1999, Trung tâm Hòa giải của Hội luật sư Malaysia và Ủy ban về Quyền tác giả thành lập năm 2000³⁹⁶.

Trong tương lai, ADR có xu hướng sẽ được áp dụng đối với cả các vụ việc về dân sự (bao gồm tranh chấp giữa các thành viên trong gia đình, tranh chấp giữa các cá nhân, tranh chấp liên quan đến tài sản hoặc tai nạn...). Xu hướng này được kỳ vọng sẽ giảm bớt được gánh nặng của Tòa án đối với các vụ việc về dân sự còn tồn đọng.

VIII. ĐÁNH GIÁ CHUNG

Nhìn chung, Malaysia có nhiều đặc điểm về điều kiện tự nhiên, lịch sử, xã hội và dân cư tương đồng với Việt Nam nhưng hệ thống pháp luật của Malaysia có nhiều tiến bộ vượt trội so với hệ thống pháp luật Việt Nam. Điều này một phần lý giải việc Malaysia là một trong ba nền kinh tế phát triển nhất trong khu vực và là điểm đến thu hút nguồn vốn đầu tư nước ngoài cũng như nguồn nhân lực cao. Thực tế này bắt nguồn từ một số thực tế như sau:

- Malaysia được thừa hưởng truyền thống pháp luật Anh - Hoa Kỳ từ nước Anh;

³⁹⁶Báo New Straits Times, số ra ngày 12/9/1999: Theo số liệu thống kê, Trung tâm Hòa giải Bảo hiểm đã giải quyết 483 vụ việc trong vòng 8 tháng đầu của năm 1999; trong khi đó, Trung tâm Hòa giải Ngân hàng giải quyết 144 vụ trong năm 1999..

- Sau khi giành độc lập vào giữa thế kỷ 20 đến nay, Malaysia không phải trải qua bất kỳ một cuộc chiến tranh nào, do đó có thể tập trung phát triển kinh tế.

Có thể thấy rằng đa số các bộ luật, luật hiện hành của Malaysia đều được xây dựng từ giữa hoặc cuối thế kỷ trước. Điều này cho thấy tính ổn định tương đối trong hệ thống pháp luật của quốc gia này. Với những vấn đề mới phát sinh, Nhà nước Malaysia chỉ ban hành các hướng dẫn, bộ quy tắc thực hành phù hợp với từng giai đoạn, mà không cần phải sửa đổi toàn bộ luật hoặc hệ thống quy phạm pháp luật điều chỉnh lĩnh vực đó.

Ngoài ra, hệ thống pháp luật Malaysia đưa ra các định hướng rõ ràng để phát triển kinh tế một cách có trọng điểm, với chiến lược lâu dài và hợp lý, do vậy tạo ra một hành lang pháp lý minh bạch, rõ ràng và khả thi để phát triển kinh tế, cụ thể:

Thứ nhất, chú trọng phát triển nguồn nhân lực. Chính sách về thu nhập cá nhân của Malaysia thể hiện rõ Malaysia có định hướng rất rõ ràng trong việc thu hút nguồn nhân lực cấp cao từ các quốc gia khác, thể hiện bằng việc các lao động có chuyên môn kỹ thuật cao, lao động quản lý người nước ngoài được hưởng những ưu đãi thuế nhất định khi làm việc cho các doanh nghiệp Malaysia. Ngoài ra, việc đầu tư và điều hành các quỹ phát triển nguồn nhân lực, bắt buộc đầu tư vào đào tạo và học nghề cho thấy tầm nhìn của Chính phủ Malaysia trong việc phát triển nguồn nhân lực địa phương.

Thứ hai, phát triển kinh tế có trọng tâm. Có thể thấy rõ rằng Malaysia ngay từ đầu đã tập trung phát triển kinh tế có trọng tâm, chú trọng vào các ngành nhất định, từ đó định hướng phát triển quốc gia thành một thung lũng công nghệ cao trong khu vực thay vì đầu tư dàn trải và trở thành công xưởng sản xuất hàng hóa tiêu dùng thông thường của thế giới dựa trên nguồn lao động rẻ từ địa phương. Cụ thể, chính sách về “Hành lang siêu truyền

thông đa phương tiện” và các ưu đãi đầu tư chỉ dành cho các dự án, doanh nghiệp trong lĩnh vực công nghệ cao, đầu tư cho nghiên cứu và phát triển.

Thứ ba, hệ thống thuế đơn giản, minh bạch. Việc hợp nhất hệ thống thuế hàng hóa và thuế dịch vụ là một bước tiến lớn trong việc đơn giản hóa hệ thống thuế của Malaysia, giúp các thương nhân cũng như nhà đầu tư dễ dàng tiếp cận hệ thống cũng như thuận lợi trong việc lập các kế hoạch kinh doanh. Ngoài ra, hệ thống thuế đơn cấp (single tier) là một hình thức tiên tiến, thúc đẩy hoạt động đầu tư vốn ra thị trường để xúc tiến phát triển sản xuất, kinh doanh do các thu nhập từ đầu tư vốn không bị đánh thuế thu nhập cá nhân. Đồng thời, việc miễn thuế cho nguyên vật liệu và máy móc đầu vào của quá trình sản xuất cũng là một bước tiến dẫn tới việc dần dần xóa bỏ việc thuế chồng thuế, giảm thiểu gánh nặng tài chính về thuế cho doanh nghiệp. Hệ thống thuế Malaysia là một mô hình tiên tiến, được áp dụng tương đối thành công tại một quốc gia đang phát triển có điều kiện tương đồng với Việt Nam sẽ là một bài học kinh nghiệm mà chúng ta có thể học tập.

Thứ tư, dễ dàng tiếp cận các nguồn tài nguyên chính, đặc biệt là đất đai. Ngoài dầu khí, các nguồn tài nguyên chính của Malaysia đều có thể được nhà đầu tư nước ngoài tiếp cận, cụ thể là đất đai và bất động sản. Malaysia hiện nay được coi là quốc gia có hành lang pháp lý thông thoáng và minh bạch nhất trong việc tiếp cận bất động sản dành cho nhà đầu tư nước ngoài trong khu vực.

Thứ năm, quản lý chuyên biệt với các kênh huy động và phân phối vốn trên thị trường tài chính. Thị trường chứng khoán, phong vũ biểu của mọi nền kinh tế, được quản lý chuyên biệt tại Malaysia. Các loại chứng khoán với đặc tính và khả năng thanh khoản khác nhau được quản lý theo các mô hình khác nhau. Mô hình quản lý chuyên biệt này có nhược điểm là không tạo nên một

thị trường thống nhất, nơi tất cả các chứng khoán đều được giao dịch và hoán đổi tương đương. Tuy nhiên, ở một khía cạnh nhất định lại rất phù hợp với trình độ phát triển của nền kinh tế và tài chính của một quốc gia đang phát triển như Malaysia, giúp cho nền kinh tế này tối đa hóa được nguồn vốn đầu tư cũng như nguồn vốn nhàn rỗi trong dân, đồng thời lại tránh được những cú sốc tài chính có khả năng gây nên những hiệu ứng dây chuyền trong toàn bộ nền kinh tế.

Tóm lại, hệ thống pháp luật kinh tế của Malaysia, đặc biệt các chế định liên quan đến khuyến khích đầu tư, thu hút đầu tư nước ngoài là một mô hình tiên bộ và qua thời gian đã chứng tỏ được tính ưu việt cũng như tính khả thi, cụ thể thông qua các chỉ số phát triển của nền kinh tế Malaysia so với các quốc gia khác trong khu vực. Đây là một mô hình đáng để nghiên cứu và học hỏi cho các quốc gia đang phát triển để tránh đi vào lối mòn, thay vì thu hút đầu tư dựa vào tài nguyên thiên nhiên và lao động giá rẻ, một quốc gia đang phát triển với nhiều hạn chế hoàn toàn có thể vươn lên thành một điểm đến của các nhà đầu tư về công nghệ cao, phục vụ cho việc phát triển bền vững.

Chương VII

THỂ CHẾ PHÁP LUẬT KINH TẾ CỘNG HÒA LIÊN BANG NGA

I. TỔNG QUAN

Sau khi Liên Xô tan rã, nước Cộng hòa Liên bang Nga đã rất nỗ lực xây dựng nền kinh tế (mà người Nga gọi là nền kinh tế thị trường xã hội) đủ mạnh để có thể đóng được vai trò là cường quốc trên thế giới không chỉ trên phương diện quân sự mà còn cả trên các phương diện khác, trong đó có phương diện kinh tế.

Để thực hiện được mục đích này, Cộng hòa Liên bang Nga đặc biệt quan tâm đến lĩnh vực xây dựng pháp luật, nhất là pháp luật kinh tế vì không có môi trường pháp lý thuận lợi, đầy đủ, phù hợp với thực tiễn khách quan thì không một nền kinh tế nào có thể tồn tại chứ chưa nói đến chuyện phát triển.

1.1. Thực trạng pháp luật của Cộng hòa Liên bang Nga trước năm 1991

Từ năm 1917 đến năm 1991, nền kinh tế Cộng hòa Liên bang Nga là một nền kinh tế điển hình của mô hình kinh tế kế hoạch hóa tập trung. Hệ thống pháp luật được xây dựng trong thời kỳ này, đặc biệt là Hiến pháp Liên Xô năm 1977, Bộ luật dân sự Nga năm 1964 và các luật chuyên ngành khác đều có mục đích phục vụ cho sự vận hành của nền kinh tế này. Đặc điểm nổi bật của pháp luật thời kỳ này là như sau:

Một là, không công nhận sự tồn tại của hình thức sở hữu tư nhân đối với tư liệu sản xuất Nhà nước chỉ thừa nhận sở hữu cá

nhân (cách gọi khác của sở hữu tư nhân) đối với tư liệu tiêu dùng. Trong xã hội cũng như trong nền kinh tế, Nhà nước Liên Xô cũng như các quốc gia cộng hòa, trong đó có Cộng hòa Liên bang Nga chỉ thừa nhận hai hình thức sở hữu là sở hữu nhà nước và sở hữu tập thể, hai hình thức sở hữu này được Nhà nước ưu tiên bảo vệ và tạo mọi điều kiện phát triển. Trong khi đó, các hình thức sở hữu phi nhà nước đều bị hạn chế phát triển và tiến tới bị tiêu diệt.

Hai là, không có tự do kinh doanh. Điều này thể hiện ở chỗ:

- Các chủ thể sản xuất, kinh doanh chủ yếu trong nền kinh tế chỉ bao gồm các xí nghiệp nhà nước và các nông trang tập thể. Các chủ thể sản xuất, kinh doanh khác tồn tại một cách phổ biến ở các quốc gia có nền kinh tế thị trường phát triển như: Công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần, công ty hợp danh, doanh nghiệp tư nhân hầu như không tồn tại vì đều liên quan đến sở hữu tư nhân và chế độ người bóc lột người, do đó không được phép tồn tại.

- Sự hạn chế quyền tự do kinh doanh còn thể hiện ở chỗ, ngay các chủ thể được hoạt động sản xuất, kinh doanh hợp pháp như xí nghiệp nhà nước, nông trang tập thể cũng không có tự do hợp đồng. Hầu hết các hoạt động sản xuất, kinh doanh giữa các xí nghiệp nhà nước, nông trang tập thể đều được thực hiện thông qua các hợp đồng được ký kết trên cơ sở các chỉ tiêu kế hoạch được Nhà nước giao nhằm thực hiện các kế hoạch kinh tế - xã hội của đất nước trong từng thời kỳ. Các hợp đồng này, trong khoa học pháp lý cũng như trong các văn bản pháp luật của Nhà nước được gọi là “hợp đồng kinh tế” để phân biệt với “hợp đồng dân sự” là hợp đồng được ký kết giữa các chủ thể không có mục đích hoạt động sản xuất, kinh doanh mà chỉ với mục đích tiêu dùng.

Ba là, không có sự bình đẳng giữa các chủ thể trong hoạt động kinh tế. Do quan niệm chủ nghĩa xã hội là chế độ mà ở đó sở hữu nhà nước ngày càng phải được ưu tiên phát triển và bảo hộ

nên pháp luật đã có sự phân biệt đối xử đối với các chủ thể tham gia hoạt động sản xuất, kinh doanh. Ví dụ, mặc dù vẫn phải thừa nhận sự tồn tại của các hình thức tổ chức sản xuất như hộ cá thể, hộ tiểu chủ nhưng Nhà nước vẫn không có chính sách khuyến khích các hình thức tổ chức sản xuất này phát triển. Trong mối quan hệ giữa kinh tế nhà nước với kinh tế tập thể, pháp luật vẫn ưu tiên bảo vệ kinh tế nhà nước vì cho rằng, chính kinh tế nhà nước mới là mục đích cuối cùng của sự nghiệp xây dựng chủ nghĩa xã hội ở Liên Xô nói chung và Cộng hòa Liên bang Nga nói riêng.

Bốn là, hệ thống pháp luật kinh tế thiếu nhiều bộ phận quan trọng đặc trưng cho kinh tế thị trường, ví dụ như không có pháp luật về phá sản. Thực tế cho thấy, các doanh nghiệp nhà nước và các hợp tác xã (nông trang tập thể) với tư cách là các chủ thể có hoạt động sản xuất - kinh doanh cũng đã rơi vào tình trạng mất khả năng thanh toán nợ đến hạn (lâm vào tình trạng phá sản). Nhưng do tính chất của nền kinh tế nên hiện tượng này không được coi là phá sản và vì vậy Nhà nước Xô Viết đã không ban hành Luật về vấn đề này.

Năm là, chính vì quan niệm nền kinh tế xã hội chủ nghĩa chỉ bao gồm hai thành phần chủ yếu là kinh tế nhà nước và kinh tế tập thể nên Nhà nước cũng không quan tâm xây dựng các thiết chế tài phán nào khác ngoài Tòa án và Trọng tài kinh tế nhà nước. Tòa án được giao nhiệm vụ giải quyết các tranh chấp dân sự (phát sinh giữa các cá nhân với cá nhân; giữa cá nhân với các tổ chức không có chức năng sản xuất, kinh doanh; giữa các tổ chức không có chức năng sản xuất kinh doanh với nhau) còn Trọng tài kinh tế nhà nước thì được giao nhiệm vụ giải quyết các tranh chấp phát sinh giữa các tổ chức kinh tế là xí nghiệp nhà nước và các nông trang tập thể. Như vậy, đặc trưng của nền kinh tế Nga trước đây là sự nghèo nàn của các thiết chế có chức năng tài phán. Ở Cộng hòa Liên bang Nga lúc này chỉ có cơ quan tài phán nhà

nước bao gồm: Tòa án và Trọng tài kinh tế nhà nước mà không có Trọng tài thương mại với tư cách là thiết chế tài phán phi chính phủ (phi nhà nước).

1.2. Tình hình ban hành pháp luật phục vụ việc xây dựng, phát triển nền kinh tế thị trường xã hội của Cộng hòa Liên bang Nga sau năm 1991

1.2.1. Vai trò của pháp luật kinh tế ở Cộng hòa Liên bang Nga

Mọi nền kinh tế, bất luận là kinh tế thị trường tự do như Hoa Kỳ hay kinh tế thị trường xã hội như Cộng hòa Liên bang Nga hiện nay hay nền kinh tế kế hoạch hóa tập trung ở các quốc gia xã hội chủ nghĩa trước đây đều không thể tồn tại và phát triển nếu không dựa vào pháp luật. Tuy nhiên, do nền kinh tế thị trường, xét về mặt động lực, là một nền kinh tế tự thân vận động là chủ yếu (thông qua nguyên tắc tự do kinh doanh, tự do hợp đồng, tự định đoạt, tự chịu trách nhiệm và tự do cạnh tranh) nên đây là nền kinh tế cần đến pháp luật hơn bất cứ một nền kinh tế nào khác mà loài người đã trải qua. Cũng chính vì xác định được vai trò to lớn này của pháp luật trong quản lý xã hội, quản lý kinh tế mà ngay sau khi chuyển sang xây dựng nền kinh tế thị trường xã hội, Nhà nước Cộng hòa Liên bang Nga đã đặc biệt chú trọng việc xây dựng, hoàn thiện pháp luật nói chung và pháp luật kinh tế nói riêng. Vai trò của pháp luật đối với nền kinh tế thị trường xã hội của Cộng hòa Liên bang Nga được thể hiện ở những điểm cơ bản sau đây:

Một là, bằng pháp luật, Nhà nước ghi nhận những nguyên tắc cơ bản của nền kinh tế thị trường xã hội. Không có những nguyên tắc cơ bản như tự do sở hữu, tự do kinh doanh, tự do hợp đồng, tự do cạnh tranh thì Nhà nước sẽ không thể thiết kế được một mô hình nền kinh tế mà người Nga mong muốn xây dựng. Hiến pháp năm 1993 với tư cách là Luật cơ bản của Nhà nước

và xã hội ghi nhận các nguyên tắc này, tạo cơ sở pháp lý cho các luật chuyên ngành cụ thể hóa các hình thức, điều kiện để triển khai thực hiện chúng trong thực tế. Người Nga cho rằng sau Hiến pháp thì Bộ luật dân sự là văn bản pháp luật có vai trò quan trọng nhất trong việc thực thi nhiệm vụ xây dựng nền kinh tế thị trường xã hội ở Cộng hòa Liên bang Nga.

Hai là, người Nga ý thức đầy đủ rằng, nền kinh tế thị trường chính là nền kinh tế tự thân vận động là chủ yếu, nhưng điều đó không có nghĩa là nó không cần đến sự quản lý, điều hành và sự can thiệp ở một mức độ nhất định từ phía Nhà nước. Vì vậy, bằng pháp luật, Nhà nước cần phải quy định địa vị pháp lý một cách đầy đủ, rõ ràng cho từng cơ quan trong bộ máy quản lý kinh tế, giúp bộ máy này dù có phức tạp, đồ sộ đến mấy vẫn có được sự đồng bộ về mặt tổ chức, sự nhịp nhàng, thông suốt trong hoạt động, góp phần làm cho hoạt động kinh tế mặc dù rất sôi nổi, đa dạng và đầy biến động nhưng vẫn đi vào nề nếp, ổn định và phát triển theo định hướng mà Nhà nước Cộng hòa Liên bang Nga đã đề ra.

Ba là, nền kinh tế thị trường không thể thiếu nhân vật trung tâm của nó là các doanh nghiệp. Trên cơ sở nhận thức như vậy, bằng pháp luật, Nhà nước Cộng hòa Liên bang Nga đặt ra yêu cầu phải thiết kế được các mô hình tổ chức sản xuất - kinh doanh (chủ yếu là dưới hình thức các doanh nghiệp) để các nhà đầu tư tự do lựa chọn. Việc thiết kế một cách đầy đủ, rõ ràng các mô hình tổ chức sản xuất, kinh doanh này không chỉ góp phần phân biệt chủ thể này với chủ thể khác trên thương trường mà còn làm cho các chủ thể này tuy khác nhau về tên gọi, về hình thức sở hữu, về hình thức tổ chức, về quy mô kinh doanh và lĩnh vực đầu tư, nhưng vẫn có được sự tách bạch nhất định về mọi mặt để có thể tham gia vào quan hệ thị trường một cách độc lập. Nói cách khác, không có pháp luật để xác định một cách rõ ràng địa vị pháp lý của các chủ thể kinh doanh, các chủ thể này sẽ không thể thiết

lập các quan hệ trao đổi hàng hóa một cách bình thường, không thể tiến hành các hoạt động sản xuất kinh doanh và vì vậy sẽ không có bất cứ một nền kinh tế thực sự nào.

Bốn là, nhờ có pháp luật, Nhà nước quy định các biện pháp chế tài (dân sự, hành chính, hình sự) nhằm trừng phạt các hành vi vi phạm pháp luật của các chủ thể kinh doanh; qua đó, góp phần ổn định quan hệ thị trường, bảo đảm trật tự an toàn xã hội, bảo vệ môi trường kinh doanh, sức khỏe cộng đồng và quyền lợi của người tiêu dùng. Tóm lại, nhờ có pháp luật mà Nhà nước có thể tạo lập được một môi trường kinh doanh có trật tự và an toàn - một yêu cầu không thể thiếu được của bất cứ một nền kinh tế thị trường nào.

Năm là, bằng pháp luật và thông qua các chính sách cụ thể về thuế, về công nghệ, về đất đai, về tín dụng mà Nhà nước có thể khuyến khích hay hạn chế sự phát triển của các ngành kinh tế, các địa phương, các vùng lãnh thổ nào đó, góp phần thực hiện chính sách phát triển kinh tế đồng đều, hài hòa của Cộng hòa Liên bang Nga.

1.2.2. Nguồn của pháp luật kinh tế của Cộng hòa Liên bang Nga

Nguồn của pháp luật kinh tế của Cộng hòa Liên bang Nga là rất đa dạng, phong phú được quy định trong các văn bản có giá trị pháp lý khác nhau, cao nhất là Hiến pháp, sau đó là Luật Hiến pháp Liên bang, Luật liên bang, các văn bản của Tổng thống, Chính phủ, các bộ, ngành và văn bản của các chính quyền địa phương. Tất cả các luật ở Liên bang Nga, nếu không được đăng tải một cách chính thức thì coi như không có hiệu lực và không được áp dụng trong thực tiễn. Vấn đề này đã được ghi nhận trong Điều 4 Luật liên bang ngày 14/6/1994 quy định rõ về thủ tục công bố và có hiệu lực đối với Luật Hiến pháp Liên bang và Luật Liên bang, văn bản của các Viện của Nghị viện. Hiến pháp năm 1993

tại Khoản 3 Điều 15 cũng quy định như sau: “Bất cứ văn bản quy phạm pháp luật nào liên quan đến quyền, tự do và nghĩa vụ của công dân, nếu chưa được đăng tải một cách công khai thì đều không được áp dụng”.

Sau đây là một số nguồn cơ bản của pháp luật kinh tế của Liên bang Nga:

Hiến pháp năm 1993: Hiến pháp Cộng hòa Liên bang Nga được toàn dân Nga thông qua bằng con đường trưng cầu ý dân và có hiệu lực ngày 25/12/1993. Hiến pháp có 137 Điều. Hiến pháp năm 1993 có một số quy định rất quan trọng liên quan đến hoạt động kinh tế như sau:

Thứ nhất, ghi nhận quyền tự do sở hữu. Khoản 2 Điều 8 Hiến pháp quy định: “Ở nước Cộng hòa Liên bang Nga thừa nhận sở hữu nhà nước, sở hữu của chính quyền địa phương, sở hữu tư nhân và các hình thức sở hữu khác”. Như vậy, lần đầu tiên sau 74 năm tồn tại, Hiến pháp năm 1993 của Cộng hòa Liên bang Nga đã thừa nhận tính đa hình thức sở hữu của nền kinh tế mà nước Nga đang xây dựng.

Một điều đáng lưu ý nữa là, sở hữu nhà nước ở Cộng hòa Liên bang Nga tồn tại ở nhiều cấp độ khác nhau. Các chủ thể của quyền sở hữu nhà nước không chỉ là Nhà nước Cộng hòa Liên bang Nga nói chung mà còn cả các chủ thể khác của Cộng hòa Liên bang Nga, bao gồm các quốc gia cộng hòa tự trị, các khu vực, các vùng.

Thứ hai, Hiến pháp cũng ghi nhận sự bình đẳng giữa các hình thức sở hữu. Cụ thể là, tại Khoản 2 Điều 8 Hiến pháp này đã viết: “Các hình thức sở hữu Nhà nước, sở hữu của chính quyền địa phương, sở hữu tư nhân và các hình thức sở hữu khác đều được bảo hộ như nhau”.

Thứ ba, Hiến pháp cũng ghi nhận một cách chính thức nguyên tắc tự do kinh doanh mà nội dung cơ bản của nó là công

dân được làm tất cả những gì mà pháp luật không cấm (Điều 34).

Thứ tư, Hiến pháp ghi nhận nguyên tắc, điều kiện để hạn chế quyền dân sự. Các quyền dân sự chỉ có thể bị hạn chế bởi Luật trong các trường hợp nhất định và ở một mức độ nhất định khi cần phải bảo vệ chế độ hiến pháp, đạo đức xã hội, sức khỏe, quyền và lợi ích hợp pháp của người khác, bảo đảm quốc phòng và an ninh quốc gia (Điều 55 Hiến pháp).

Thứ năm, Hiến pháp cũng ghi nhận những nguyên tắc cơ bản khác của kinh tế thị trường như hạn chế sự can thiệp của các cơ quan nhà nước vào hoạt động sản xuất, kinh doanh của các doanh nghiệp; nguyên tắc cạnh tranh lành mạnh, chống độc quyền; nguyên tắc tự định đoạt về giá hàng hóa dịch vụ của các chủ thể kinh doanh trừ những hàng hóa dịch vụ mà Nhà nước phải định giá... (Điều 34, Điều 36...).

Luật Hiến pháp Liên bang: là những Luật của Liên bang nhưng mang tính chất Hiến pháp). Các luật này không nhiều, được liệt kê cụ thể trong Hiến pháp, có giá trị pháp lý cao hơn các luật Liên bang thông thường. Đó là các luật về hoạt động của Chính phủ Cộng hòa Liên bang Nga, hệ thống Tòa án, Tòa án Hiến pháp Cộng hòa Liên bang Nga... Ví dụ, theo Luật Hiến pháp Liên bang ngày 17/12/1997 số 2: “Về Chính phủ Cộng hòa Liên bang Nga” thì Chính phủ thực hiện quyền hành pháp. Chính phủ Liên bang Nga thực hiện một loạt quyền năng như: bảo đảm sự thống nhất của không gian kinh tế và tự do hoạt động kinh tế, xây dựng và thực hiện các chương trình phát triển các ngành kinh tế mũi nhọn, đề ra chính sách đầu tư,...

Luật liên bang: là các luật tạo cơ sở pháp lý chủ yếu, là nguồn quan trọng và đồ sộ nhất của hệ thống pháp luật nói chung và pháp luật kinh tế nói riêng ở Liên bang Nga. Các luật này được ban hành nhằm thực hiện các luật Hiến pháp Liên bang và điều

chỉnh các phương diện khác nhau của hoạt động kinh tế. Trong các luật này, có một dạng văn bản đặc biệt được gọi là Bộ luật, ví dụ: Bộ luật dân sự, Bộ luật tố tụng dân sự, Bộ luật hàng hải, Bộ luật thuế, Bộ luật xử phạt vi phạm hành chính, Bộ luật hình sự, Bộ luật tố tụng hình sự...

Trong số các luật Liên bang đã được ban hành thì Bộ luật dân sự luôn được coi là văn bản có vai trò quan trọng hàng đầu trong việc tạo lập cơ sở pháp lý cho sự vận hành của nền kinh tế Cộng hòa Liên bang Nga.

Cộng hòa Liên bang Nga là quốc gia theo hệ thống pháp luật Châu Âu lục địa; do đó, Bộ luật dân sự đã được Nhà nước quan tâm xây dựng, ban hành từ những ngày đầu của chính quyền Xô Viết. Bộ luật dân sự đầu tiên của Cộng hòa Liên bang Nga được ban hành năm 1922. Nội dung của Bộ luật này còn mang đậm các đặc điểm của nền kinh tế thị trường tồn tại trước ngày Cách mạng tháng 10 thành công, do đó tồn tại không lâu. Sau khi Lenin từ trần vào năm 1924 và Chính sách Kinh tế Mới bị xóa bỏ thì Bộ luật này cũng chấm dứt sự tồn tại của mình.

Năm 1964, Cộng hòa Liên bang Nga với tư cách là một trong mười lăm nước cộng hòa thuộc Liên Xô cũ đã ban hành bộ luật dân sự cho riêng mình. Đặc điểm cơ bản nhất của bộ luật này là không có tự do sở hữu, không có tự do hợp đồng, không có tự do kinh doanh và nhiều đặc điểm khác, phù hợp với tính chất của nền kinh tế mà nó phục vụ - nền kinh tế kế hoạch hóa tập trung.

Sau chính biến năm 1991, Cộng hòa Liên bang Nga bắt đầu xây dựng lại nền kinh tế của mình và nước Nga đã bắt buộc phải có một Bộ luật dân sự mới để phù hợp với tính chất và trình độ phát triển của nền kinh tế này. Năm 1995, phần thứ nhất của Bộ luật dân sự của Cộng hòa Liên bang Nga đã được ban hành. Đến nay, toàn bộ Bộ luật dân sự gồm năm phần đã được ban hành, gồm:

- Phần thứ nhất có 453 điều, quy định về những vấn đề cơ bản nhất liên quan đến chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự (cá nhân, pháp nhân và địa vị pháp lý của các pháp nhân chủ yếu hoạt động trong nền kinh tế như: công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần, hợp tác xã sản xuất...); khách thể của quyền dân sự; các giao dịch dân sự, đại diện, ủy quyền; các loại thời hạn và thời hiệu khởi kiện; quyền sở hữu và các vật quyền khác và cuối cùng là những quy định chung về nghĩa vụ và hợp đồng.

- Phần thứ hai gồm 655 điều, quy định về các loại hợp đồng thông dụng như: hợp đồng mua bán, hợp đồng cung ứng hàng hóa, hợp đồng thu mua nông sản, hợp đồng cung ứng điện, hợp đồng mua bán bất động sản, hợp đồng mua bán doanh nghiệp, hợp đồng đổi chác, hợp đồng tặng cho, hợp đồng thuê nhà ở, hợp đồng khoán việc, hợp đồng cung cấp dịch vụ, hợp đồng vận chuyển, hợp đồng cho vay tiền, hợp đồng gửi giữ tài sản, hợp đồng bảo hiểm, hợp đồng ủy thác quản lý tài sản...(khoảng gần 30 loại hợp đồng thông dụng)

- Phần thứ ba gồm 114 điều, quy định về quyền thừa kế theo luật thừa kế theo di chúc và về luật tư pháp quốc tế.

- Phần thứ tư gồm 326 điều, quy định về quyền sở hữu trí tuệ.

Với 1551 điều luật, Bộ luật dân sự Nga thực sự là luật không chỉ có quy mô lớn nhất mà còn có vai trò quan trọng bậc nhất trong việc điều chỉnh các quan hệ kinh tế thị trường ở Cộng hòa Liên bang Nga. Bộ luật này điều chỉnh hầu như toàn bộ các vấn đề liên quan đến sản xuất - kinh doanh từ việc xác định địa vị pháp lý của các chủ thể của quan hệ thị trường (công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần, hợp tác xã, công ty hợp danh...), năng lực pháp luật, năng lực hành vi của cá nhân, pháp nhân, chế định pháp lý về sở hữu, về hợp đồng, về sở hữu tư nhân, đến cơ chế pháp lý bảo vệ quyền dân sự. Cũng chính vì vậy, Bộ luật

dân sự chỉ đứng sau Hiến pháp và được người Nga gọi là “Bộ luật của nền kinh tế thị trường”.

Mỗi năm, Cộng hòa Liên bang Nga ban hành khoảng 2.500 luật, bao gồm Luật (sửa đổi) và Luật sửa đổi bổ sung một số điều. Luật quy định đầy đủ về một lĩnh vực hoạt động nào đó. Sau đây là một số luật cơ bản cần được nhắc tới:

- Luật Nhà nước Liên bang ngày 26/12/1995 “Về công ty cổ phần”;

- Luật Nhà nước Liên bang ngày 8/2/1998 “Về công ty trách nhiệm hữu hạn”;

- Luật Nhà nước Liên bang ngày 8/5/1996 “Về hợp tác xã sản xuất”;

- Luật Nhà nước Liên bang ngày 14/11/2002 “Về xí nghiệp nhà nước và địa phương”;

- Luật Nhà nước Liên bang ngày 24/7/2007 “Về phát triển doanh nghiệp nhỏ và vừa ở Cộng hòa Liên bang Nga”;

- Luật Nhà nước Liên bang ngày 11/6/2003 “Về kinh tế trang trại nông dân”;

- Luật Nhà nước Liên bang ngày 02/12/1990 “Về Ngân hàng và hoạt động ngân hàng”;

- Luật Nhà nước Liên bang ngày 10/7/2002 “Về Ngân hàng Trung ương Liên bang Nga”;

- Luật Nhà nước Liên bang ngày 26/7/2006 “Về bảo vệ cạnh tranh”;

- Luật Nhà nước Liên bang ngày 17/8/1995 “Về độc quyền tự nhiên”;

- Luật Nhà nước Liên bang ngày 26/6/1991 “Về hoạt động đầu tư ở Cộng hòa Liên bang Nga”;

- Luật Nhà nước Liên bang ngày 9/7/1999 “Về đầu tư nước ngoài tại Liên bang Nga”;

- Luật Nhà nước Liên bang ngày 29/7/2004 “Về bí mật thương mại”;

- Luật Nhà nước Liên bang ngày 22/4/1996 “Về thị trường giấy tờ có giá”;

- Luật Nhà nước Liên bang ngày 13/3/2006 “Về quảng cáo”;

- Luật Nhà nước Liên bang ngày 22/7/2005 “Về các vùng kinh tế đặc biệt”;

- Luật Nhà nước Liên bang ngày 10/1/2002 “Về bảo vệ môi trường xung quanh”;

- Luật Nhà nước Liên bang ngày 26/10/2002 “Về mất khả năng thanh toán (phá sản)”;

- Luật Nhà nước Liên bang ngày 31/12/1996 “Về hệ thống Tòa án của Liên bang Nga”...

Các văn bản dưới luật: là các văn bản được ban hành trên cơ sở luật và để thực hiện luật. Các văn bản dưới luật có thể cụ thể hóa các quy định của luật, giải thích các quy định của luật hoặc bổ sung thêm các quy định mới nhưng với điều kiện là các quy phạm mới này phải phù hợp, không được mâu thuẫn với các luật. Thực chất, các văn bản dưới luật là công cụ để thực hiện các quy định của luật. Ở Cộng hòa Liên bang Nga, các văn bản dưới luật gồm:

- Sắc lệnh của Tổng thống. Ví dụ: Sắc lệnh Tổng thống Liên bang Nga ngày 29/1/1992 số 65 về “Tự do thương mại”;

- Nghị định của Chính phủ;

- Các văn bản do các Bộ ban hành dưới hình thức Thông tư, Điều lệ, Quy định...;

- Các văn bản do các chủ thể của Nhà nước Liên bang ban hành. Ví dụ: Luật của thành phố Mát-xcơ-va ngày 26/11/2008 số 60: “Về việc hỗ trợ và phát triển kinh doanh nhỏ và vừa ở thành phố Mát-xcơ-va”;

- Các cơ quan của chính quyền địa phương cũng có quyền ban hành các văn bản quy phạm pháp luật để điều chỉnh các hoạt động kinh doanh trên cơ sở Chương 8 Hiến pháp 1993 và Luật Liên bang ngày 6/10/2003 số 131: “Về những nguyên tắc cơ bản của việc tổ chức tự quản ở địa phương tại nước Cộng hòa Liên bang Nga”.

Các hợp đồng quốc tế: là những thỏa thuận quốc tế được ký kết giữa một bên là Cộng hòa Liên bang Nga với các Nhà nước khác hoặc các tổ chức quốc tế. Theo Hiến pháp Cộng hòa Liên bang Nga, các hợp đồng quốc tế được coi là một bộ phận cấu thành của hệ thống pháp luật Cộng hòa Liên bang Nga. Nếu hợp đồng quốc tế có chứa quy phạm có nội dung khác với quy định của các đạo luật của Cộng hòa Liên bang Nga thì ưu tiên áp dụng các quy định của hợp đồng quốc tế. Các quy định của các hợp đồng quốc tế của Cộng hòa Liên bang Nga đã được công bố chính thức mà không yêu cầu phải ban hành các văn bản của Nhà nước để áp dụng thì có hiệu lực trực tiếp tại Cộng hòa Liên bang Nga. Để thực hiện các quy định khác của hợp đồng quốc tế của Cộng hòa Liên bang Nga thì cần phải ban hành các văn bản quy phạm pháp luật tương ứng.

Tập quán thương mại: Điều 5 Bộ luật dân sự Nga định nghĩa tập quán thương mại là mô hình xử sự không được ghi nhận trong văn bản pháp luật, được thừa nhận và áp dụng một cách rộng rãi trong một lĩnh vực kinh doanh cụ thể. Tập quán chỉ được coi là nguồn của pháp luật khi tập quán đó có nội dung không trái với những nguyên tắc chung của pháp luật dân sự hoặc hợp đồng giữa các bên.

Án lệ Tòa án: là quyết định xét xử của Tòa án về một vụ việc cụ thể mà lập luận của quyết định đó trở thành mẫu mực, bắt buộc để giải quyết các vụ việc tương tự. Trong thời đại Xô Viết, án lệ không được thừa nhận như một nguồn của luật. Hiện nay,

đây là vấn đề đang còn tranh luận và về cơ bản, giới luật học Nga cũng như các văn bản pháp luật đều chưa thừa nhận án lệ là một nguồn của luật tại nước Cộng hòa Liên bang Nga.

II. PHÁP LUẬT VỀ SỞ HỮU

Sở hữu luôn được coi là nền tảng kinh tế của bất cứ nền kinh tế nào. Vì vậy, trong những năm qua, vấn đề sở hữu luôn được pháp luật Cộng hòa Liên bang Nga dành sự quan tâm đặc biệt. Trong các nguồn của pháp luật về sở hữu thì Hiến pháp và Bộ luật dân sự giữ vai trò quan trọng hàng đầu. Sau khi nghiên cứu Hiến pháp, Bộ luật dân sự và các luật có liên quan có thể khẳng định rằng, chế định quyền sở hữu ở Cộng hòa Liên bang Nga có những điểm đặc thù sau đây:

Một là, pháp luật đã ghi nhận sự đa dạng của các hình thức sở hữu và ghi nhận đầy đủ các cơ chế pháp lý để bảo vệ một cách có hiệu quả quyền sở hữu của các tổ chức, cá nhân. Cũng giống như Hiến pháp 1993, Bộ luật dân sự đã công nhận ngoài hình thức sở hữu nhà nước và sở hữu của chính quyền địa phương còn có cả các hình thức sở hữu khác như sở hữu của tư nhân (sở hữu của cá nhân, pháp nhân), sở hữu chung và các hình thức sở hữu khác (Điều 8 Hiến pháp; Điều 212 Bộ luật dân sự).

Hai là, khác với trước đây, ngày nay, Cộng hòa Liên bang Nga đã thừa nhận sở hữu tư nhân đối với đất đai và các loại tài nguyên khoáng sản quý hiếm khác. Khoản 2 Điều 9 Hiến pháp quy định: “Đất đai và các tài nguyên thiên nhiên khác có thể thuộc sở hữu tư nhân, sở hữu của các cơ quan chính quyền địa phương và các hình thức sở hữu khác”. Điều 36 Hiến pháp Cộng hòa Liên bang Nga cũng quy định: “Công dân và các tổ chức của họ có quyền có sở hữu tư nhân đối với đất đai”. Như vậy, ở Cộng hòa Liên bang Nga cá nhân, pháp nhân có quyền sở hữu đối với đất đai và được quyền chiếm hữu, sử dụng, định đoạt đất đai theo

ý chí và nguyện vọng của mình với điều kiện là việc thực hiện các quyền này không được gây thiệt hại cho môi trường, không ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể khác.

Ba là, ghi nhận nguyên tắc bình đẳng giữa các chủ sở hữu. Cụ thể là, khoản 4 Điều 212 Bộ luật dân sự quy định: “Quyền của tất cả chủ sở hữu đều được bảo vệ như nhau”. Quy định này của Bộ luật dân sự được phát triển trên cơ sở Điều 8 Hiến pháp năm 1993, theo đó, “ở Cộng hòa Liên bang Nga, sở hữu tư nhân, sở hữu nhà nước, sở hữu của các cơ quan chính quyền địa phương và các hình thức sở hữu khác đều được công nhận và bảo vệ như nhau”.

Bốn là, khi liệt kê các hình thức sở hữu thì ở Cộng hòa Liên bang Nga trong Hiến pháp cũng như trong Bộ luật dân sự đều đặt sở hữu tư nhân lên trước các hình thức sở hữu khác kể cả sở hữu nhà nước (khoản 2 Điều 8, khoản 2 Điều 9). Cụ thể là Khoản 2 Điều 9 Hiến pháp quy định: “Đất đai và các tài nguyên thiên nhiên khác có thể thuộc sở hữu tư nhân, sở hữu của các cơ quan chính quyền địa phương và các hình thức sở hữu khác”.

Năm là, Bộ luật sử dụng khái niệm “vật quyền”. Tại Mục 2 Phần thứ nhất Bộ luật dân sự có tiêu đề là “Quyền sở hữu và các loại vật quyền khác”. Ngoài quyền sở hữu với tư cách là loại vật quyền chủ đạo, trung tâm, Bộ luật dân sự Nga lần đầu tiên đã ghi nhận thêm các loại vật quyền khác đã và đang tồn tại một cách khách quan trong nền kinh tế nước Nga. Đây là điểm mới trong chế định vật quyền, góp phần làm phong phú thêm chế định vật quyền, đồng thời làm cho pháp luật về vật quyền của Nga trở nên tương đồng với pháp luật của các quốc gia trên thế giới. Cụ thể là:

- Đưa ra định nghĩa thế nào là “vật quyền”: Vật quyền là quyền bảo đảm cho người có quyền đáp ứng các nhu cầu lợi ích của mình bằng việc trực tiếp tác động lên vật thuộc quyền quản lý của mình.

- Ghi nhận các loại vật quyền khác ngoài quyền sở hữu: quyền địa dịch (Điều 274 đến Điều 277); quyền sử dụng đất vô thời hạn (Điều 268); quyền khai thác kinh tế đối với tài sản (Điều 294) mà thực chất là quyền của doanh nghiệp nhà nước đối với tài sản được Nhà nước giao; quyền quản lý nghiệp vụ đối với tài sản (Điều 296) mà thực chất là quyền của các cơ quan quản lý nhà nước đối với tài sản được Nhà nước giao.

Sáu là, Bộ luật dân sự quy định đầy đủ các phương tiện bảo vệ quyền sở hữu, trong đó đặc biệt là nguyên tắc không ai có thể bị tước đoạt quyền đối với tài sản của mình ngoài quyết định (phán quyết) của Tòa án (Điều 35 Hiến pháp; Điều 12 Bộ luật dân sự quy định về “các phương thức bảo vệ quyền dân sự”).

Bảy là, Bộ luật dân sự quy định về tính ưu tiên trong việc sử dụng phương thức Tòa án để bảo vệ quyền dân sự so với phương thức hành chính. Theo Điều 11 Bộ luật, việc bảo vệ quyền dân sự bằng con đường hành chính chỉ được thực hiện trong những trường hợp do luật định và quyết định giải quyết các vụ việc dân sự được đưa ra theo thủ tục hành chính có thể được đưa ra giải quyết tại Tòa án. Đây là quy định tiến bộ nhằm tạo ra nhiều cơ chế để người có quyền dân sự bị vi phạm có thể bảo vệ được quyền, lợi ích hợp pháp của mình; đồng thời, nhấn mạnh tính ưu việt của phương thức giải quyết tranh chấp bằng con đường Tòa án so với con đường hành chính trong việc bảo vệ quyền dân sự.

III. PHÁP LUẬT VỀ CÁC THÀNH PHẦN KINH TẾ, CÁC LOẠI HÌNH DOANH NGHIỆP, CÁC TỔ CHỨC KINH TẾ KHÁC

3.1. Pháp luật về phá sản

3.1.1. Nguồn của pháp luật về phá sản

Ở Cộng hòa Liên bang Nga cho đến nay đã từng có ba luật về phá sản.

- Ngày 19/11/1992 ban hành “Luật phá sản xí nghiệp”;
- Ngày 8/1/1998 ban hành “Luật phá sản xí nghiệp” thay thế;
- Ngày 26/10/2002 ban hành “Luật về mất khả năng thanh toán (phá sản)”.

Luật phá sản được áp dụng chung cho việc phá sản đối với tất cả các loại chủ thể kinh doanh. Tuy nhiên đối với một số doanh nghiệp đặc thù, Cộng hòa Liên bang Nga cũng ban hành luật để quy định về các đặc thù phát sinh trong quá trình xử lý phá sản đối với các doanh nghiệp này. Ví dụ, Luật Liên bang ngày 25/2/1999 số 40: “Về mất khả năng thanh toán (phá sản) của các tổ chức tín dụng”. Luật này quy định về những vấn đề đặc thù liên quan đến phá sản của các ngân hàng thương mại và tổ chức tín dụng khác ở Cộng hòa Liên bang Nga.

3.2.1. Đặc điểm của pháp luật phá sản của Cộng hòa Liên bang Nga

Một là, đây là chế định pháp luật mới của Cộng hòa Liên bang Nga. Trong thời kỳ Xô Viết, các doanh nghiệp nhà nước, hợp tác xã nếu mất khả năng thanh toán thì được xử lý bằng cơ chế giải thể chứ không phải bằng cơ chế phá sản. Vì vậy, trong hơn 70 năm tồn tại chế độ Xô Viết cũng như nền kinh tế kế hoạch hóa tập trung quan liêu, Nhà nước Liên Xô cũng như các nhà nước cộng hòa đều không ban hành bất cứ luật phá sản nào.

Hai là, đối tượng có thể bị tuyên bố phá sản bao gồm các doanh nghiệp là pháp nhân và các chủ thể kinh doanh khác không có tư cách pháp nhân như chủ doanh nghiệp tư nhân, các trang trại nông dân...

Ba là, pháp luật về phá sản là một chế định pháp luật mang tính tổng hợp, tức là bao gồm không chỉ các quy định pháp luật nội dung (pháp luật vật chất) mà còn cả các quy phạm mang tính hình thức (pháp luật về thủ tục).

Bốn là, chỉ có một cơ quan duy nhất ở Cộng hòa Liên bang Nga có thẩm quyền giải quyết vụ việc phá sản đó là Tòa án trọng tài (có địa vị pháp lý tương tự như Tòa kinh tế của Việt Nam). Tòa án trọng tài có thẩm quyền thụ lý vụ việc phá sản là Tòa án nơi con nợ có trụ sở chính.

Năm là, để khởi kiện ra Tòa án phải đáp ứng được các điều kiện sau:

- Ba tháng kể từ ngày đến hạn trả nợ mà con nợ không thanh toán được nợ;

- Số nợ không trả được đối với pháp nhân là 100.000 rúp; đối với con nợ cá nhân là 10.000 rúp trở lên.

Sáu là, người có quyền làm đơn yêu cầu phá sản gồm:

- Chủ nợ;

- Con nợ (doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản);

- Cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Bảy là, Luật phá sản quy định hai thủ tục cơ bản là thủ tục phục hồi doanh nghiệp và thủ tục thanh lý doanh nghiệp.

Tám là, thứ tự ưu tiên thanh toán từ tài sản phá sản cho các chủ nợ được quy định như sau (Điều 142 Luật phá sản hiện hành):

- Bồi thường thiệt hại về tính mạng, sức khỏe cho các chủ nợ;

- Trả tiền lương người lao động và các khoản trợ cấp, phúc lợi khác cho người lao động;

- Trả tiền phạt, thu nhập bị bỏ lỡ...

- Chủ nợ có tài sản bảo đảm được thanh toán từ giá trị của tài sản bảo đảm theo trình tự quy định tại Điều 138 Luật phá sản.

Chín là, về chủ thể tham gia giải quyết phá sản:

- Hội nghị Chủ nợ: là cơ quan có quyền lực cao nhất trong việc giải quyết phá sản.

- Ủy ban Chủ nợ: trong thực tế có những vụ phá sản có rất nhiều chủ nợ nên Luật phá sản đã cho phép trong trường hợp này Hội nghị chủ nợ có thể bầu Ủy ban Chủ nợ. Ủy ban Chủ nợ bao gồm đại diện cho các chủ nợ, thực hiện nhiệm vụ giám sát hoạt động của quản tài viên và các nhiệm vụ khác do Hội nghị Chủ nợ ủy quyền. Nếu doanh nghiệp con nợ có dưới 50 chủ nợ thì không nhất thiết phải bầu Ủy ban Chủ nợ. Thành phần Ủy ban Chủ nợ có không dưới 3 người và không quá 11 người.

Mỗi thành viên của Ủy ban Chủ nợ có một phiếu biểu quyết, bình đẳng như nhau. Thành viên Ủy ban Chủ nợ không được phép ủy quyền bỏ phiếu cho bất cứ người nào khác. Quyết định của Ủy ban Chủ nợ được thông qua nếu được sự đồng ý của quá một nửa số thành viên.

Cán bộ cơ quan nhà nước có thể được bầu làm thành viên Ủy ban Chủ nợ theo đề nghị của cơ quan có thẩm quyền.

- Quản tài viên đóng vai trò rất quan trọng trong thủ tục giải quyết phá sản ở Cộng hòa Liên bang Nga. Luật phá sản quy định điều kiện để được trở thành quản tài viên bao gồm: (1) Phải là công dân Cộng hòa Liên bang Nga; (2) Phải là thành viên của một hội các quản tài viên của một địa phương nhất định.

Điều kiện để được kết nạp vào Hội Quản tài viên: (1) Có thâm niên làm việc nhất định tại cơ quan, tổ chức trước khi tham gia hội; (2) Có chứng chỉ về việc đã qua kỳ thi lý luận theo chương trình đào tạo quản tài viên do Bộ Phát triển kinh tế Nga phê duyệt; (3) Không bị xử lý hành chính dưới hình thức phạt do vi phạm hành chính hoặc bị tước quyền tham gia hoạt động kinh doanh; (4) Không có tiền án vì thực hiện các tội phạm cố ý; (5) Đã mua bảo hiểm nghề nghiệp với giá trị 3 triệu rúp/năm; (6) Đã

đóng lệ phí tham gia hiệp hội quản tài viên, trong đó có khoản phí đóng vào quỹ bồi thường.

Ngoài các điều kiện do pháp luật quy định nêu trên, Hội nghị Chủ nợ có thể bổ sung thêm các điều kiện khác; ví dụ người muốn trở thành quản tài viên phải đã từng tham gia giải quyết một số lượng nhất định vụ việc phá sản, phải có trình độ đại học về pháp lý, kinh tế hoặc trình độ theo chuyên ngành phù hợp với tính chất, hoạt động của con nợ...

Quản tài viên có thể tiến hành các hoạt động kinh doanh khác với điều kiện các hoạt động đó không ảnh hưởng đến việc thực hiện nhiệm vụ của Quản tài viên được ghi nhận trong Luật phá sản và Luật phá sản các tổ chức tín dụng. Quản tài viên phải được Tòa án trọng tài ra quyết định bổ nhiệm.

Quản tài viên có các quyền: (1) Triệu tập các cuộc họp của chủ nợ và ủy ban chủ nợ; (2) Quan hệ với Tòa án trọng tài thông qua việc đưa ra các đề xuất và yêu cầu đối với Tòa án trọng tài; (3) Nhận thù lao; (4) Ký các hợp đồng với các tổ chức, cá nhân có liên quan để thực hiện các công việc phát sinh từ việc thực hiện chức năng, nhiệm vụ của mình với kinh phí được con nợ chi trả; (5) Thu thập các thông tin cần thiết có liên quan đến con nợ từ các tổ chức, cá nhân, cơ quan nhà nước.

Quản tài viên có các nghĩa vụ: (1) Thực hiện các công việc cần thiết để bảo quản tốt tài sản con nợ; (2) Phân tích tình hình tài chính của con nợ; (3) Tổng hợp các yêu cầu của chủ nợ; (4) Tiến hành việc chi tiêu cho các công việc mà mình phải tiến hành theo chức năng, nhiệm vụ một cách hợp lý và có cơ sở; (5) Làm sáng tỏ, phát hiện các dấu hiệu của phá sản giả tạo, gian dối. Các nghĩa vụ này không được ủy quyền cho người khác thực hiện.

IV. PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG

Bộ luật dân sự luôn được coi là Bộ luật của quan hệ thị trường, tức là điều chỉnh một cách toàn diện các quan hệ phát sinh trong mọi lĩnh vực của lưu thông hàng hóa, dịch vụ. Để bảo đảm được chức năng này, Bộ luật dân sự Nga đã dành rất nhiều điều để quy định về các loại hợp đồng cụ thể. Vì vậy, sự ghi nhận một cách đầy đủ, cụ thể các loại hợp đồng là đặc điểm nổi bật của Bộ luật dân sự Nga. Chế độ hợp đồng ở Cộng hòa Liên bang Nga có một số đặc điểm sau đây:

Một là, ghi nhận nguyên tắc tự do hợp đồng. Điều 8 Hiến pháp quy định: “Ở Cộng hòa Liên bang Nga, sự thống nhất của không gian kinh tế, sự tự do dịch chuyển của hàng hóa, dịch vụ, cạnh tranh không lành mạnh, tự do hoạt động kinh tế được bảo đảm”. Khoản 2 Điều 1 Bộ luật dân sự quy định: “Công dân, pháp nhân xác lập và thực hiện các quyền dân sự của mình theo ý chí và vì lợi ích của mình. Họ có quyền được tự do trong việc xác lập quyền và nghĩa vụ cho mình trên cơ sở hợp đồng và trong việc quyết định mọi điều khoản của hợp đồng, miễn là không trái với quy định của pháp luật”. Điều 18 Bộ luật dân sự về “Nội dung năng lực pháp luật của công dân Nga” liệt kê các việc mà công dân Nga được làm, trong đó có quyền giao kết mọi giao dịch (hợp đồng) với điều kiện không trái với quy định của pháp luật.

Khoản 1 Điều 22 Bộ luật dân sự quy định: “Không ai có thể bị hạn chế năng lực pháp luật và năng lực hành vi ngoài các trường hợp do luật định” và khẳng định “Việc không tuân thủ các điều kiện cũng như thủ tục trong việc hạn chế năng lực pháp luật của công dân hoặc quyền thực hiện các hoạt động sản xuất, kinh doanh hay bất kỳ hoạt động nào khác của công dân đều dẫn đến sự vô hiệu của quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền đã xác lập sự hạn chế đó” (Khoản 2 Điều 22 Bộ luật dân sự).

Hai là, ghi nhận nguyên tắc bình đẳng giữa các chủ thể trong quan hệ hợp đồng. Khoản 1 Điều 1 Bộ luật dân sự quy định: “Pháp luật dân sự dựa trên nguyên tắc thừa nhận sự bình đẳng của các chủ thể tham gia quan hệ dân sự”. Hợp đồng vi phạm nguyên tắc này thì bị coi là vô hiệu (Điều 179 Bộ luật dân sự).

Ba là, nguyên tắc Nhà nước không can thiệp vào hoạt động sản xuất kinh doanh của cá nhân, pháp nhân. Nhà nước chỉ được quyền can thiệp vào hoạt động này trong những trường hợp đặc biệt nhằm bảo vệ lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng, an ninh quốc gia, sức khỏe cộng đồng, thuần phong mỹ tục. Theo khoản 2 Điều 1 Bộ luật dân sự, “Quyền dân sự chỉ có thể bị hạn chế bằng luật và chỉ ở mức độ cần thiết để bảo vệ trật tự Hiến pháp, đạo đức xã hội, sức khỏe, quyền và lợi ích hợp pháp của người khác, bảo đảm quốc phòng và an ninh Nhà nước”.

Bốn là, Bộ luật dân sự Nga đã tiếp thu nhiều tư tưởng mới mà các quốc gia văn minh đã và đang áp dụng nhằm làm cho pháp luật về hợp đồng của Cộng hòa Liên bang Nga ngày càng phù hợp hơn với pháp luật hợp đồng của các quốc gia trên thế giới. Ví dụ, nếu như trước đây, trong Bộ luật dân sự Nga thời Xô Viết không hề có quy định về việc các bên có quyền sửa đổi, hủy bỏ hợp đồng khi điều kiện thay đổi một cách cơ bản thì nay, trong Bộ luật dân sự mới, điều này đã được ghi nhận; cụ thể, Điều 451 quy định về thay đổi, hủy bỏ hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi một cách cơ bản như sau:

“1. Sự thay đổi hoàn cảnh một cách cơ bản được coi là một căn cứ để có thể sửa đổi, hủy bỏ hợp đồng nếu các bên không có thỏa thuận khác.

Sự thay đổi hoàn cảnh được coi là cơ bản khi các hoàn cảnh này thay đổi đến mức nếu các bên đã có thể biết trước được về chúng thì họ đã không giao kết hợp đồng hoặc có giao kết thì nội

dung của hợp đồng đã hoàn toàn khác với nội dung hợp đồng đã được giao kết.

2. Nếu các bên không thỏa thuận được về việc sửa đổi hợp đồng cho phù hợp với hoàn cảnh mới hoặc về việc hủy bỏ hợp đồng thì hợp đồng có thể bị hủy bỏ và nếu có thêm căn cứ được quy định tại khoản 4 điều này thì có thể bị Tòa án thay đổi theo yêu cầu của bên có lợi ích bị ảnh hưởng khi có đủ các điều kiện sau đây:

a) Tại thời điểm giao kết hợp đồng, các bên đã xuất phát từ quan điểm cho rằng, sự thay đổi hoàn cảnh như vậy là không thể xảy ra.

b) Sự thay đổi hoàn cảnh được gây ra bởi các nguyên nhân mà bên có lợi ích bị ảnh hưởng không thể khắc phục được mặc dù đã có sự quan tâm và cố gắng hết sức trong khả năng cho phép, phù hợp với tính chất của hợp đồng và các điều kiện của thị trường.

c) Việc thực hiện hợp đồng mà không có sự thay đổi các điều kiện của nó có khả năng phá vỡ sự cân bằng về mặt lợi ích vật chất của các bên và gây ra cho bên có liên quan một thiệt hại lớn đến mức làm cho bên này có thể không nhận được điều mà mình mong muốn khi giao kết hợp đồng.

d) Theo tập quán kinh doanh cũng như theo tính chất của hợp đồng thì bên có lợi ích bị ảnh hưởng không phải gánh chịu rủi ro của sự thay đổi hoàn cảnh này.

3. Khi hủy bỏ hợp đồng do hoàn cảnh thay đổi một cách cơ bản thì theo yêu cầu của bất cứ bên nào, Tòa án tiến hành việc phân chia một cách công bằng các hậu quả của việc hủy bỏ hợp đồng.

4. Việc thay đổi hợp đồng do hoàn cảnh thay đổi một cách cơ bản chỉ được tiến hành trong trường hợp đặc biệt khi mà việc hủy bỏ hợp đồng làm phương hại đến các lợi ích của xã hội hoặc có thể gây ra cho các bên một thiệt hại lớn hơn nhiều so với các

chi phí mà các bên phải bỏ ra để thực hiện hợp đồng đã được Tòa án sửa đổi”.

Năm là, Bộ luật dân sự luôn được coi là Bộ luật của quan hệ thị trường, tức là điều chỉnh một cách toàn diện các quan hệ phát sinh trong mọi lĩnh vực của lưu thông hàng hóa, dịch vụ. Để bảo đảm được chức năng này, Bộ luật dân sự Nga đã dành rất nhiều điều để quy định về các loại hợp đồng cụ thể. Vì vậy, sự ghi nhận một cách đầy đủ, cụ thể các loại hợp đồng là đặc điểm nổi bật của Bộ luật dân sự Nga.

V. PHÁP LUẬT VỀ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP

Cơ quan tài phán ở Cộng hòa Liên bang Nga được chia làm 02 loại. Loại thứ nhất là Tòa án là cơ quan do Nhà nước thành lập để thực hiện chức năng xét xử các vấn đề được pháp luật quy định, bao gồm Tòa án Hiến pháp, Tòa án thẩm quyền chung, Tòa án trọng tài và Tòa án hòa giải. Loại thứ hai là các cơ quan tài phán phi nhà nước được gọi là Trọng tài thương mại.

5.1. Tòa án Hiến pháp Cộng hòa Liên bang Nga

Giống như ở nhiều quốc gia tư bản phát triển khác, ở Cộng hòa Liên bang Nga đã thành lập Tòa án Hiến pháp. Thẩm quyền, thủ tục thành lập và hoạt động của Tòa án Hiến pháp được quy định trong 02 Luật cơ bản là Hiến pháp Cộng hòa Liên bang Nga năm 1993 (Điều 125) và Luật Hiến pháp Liên bang ngày 21/7/1994 “về Tòa án Hiến pháp Liên bang Nga”.

5.1.1. Cơ cấu, thành phần

Tòa án Hiến pháp gồm 19 Thẩm phán, bao gồm: Chánh án, Phó Chánh án và các Thẩm phán, được Thượng viện bổ nhiệm theo đề nghị của Tổng thống Liên bang Nga. Thẩm phán Tòa án Hiến pháp có thể làm việc đến 70 tuổi. Công dân Nga đủ 40 tuổi và có thời gian làm các công việc thuộc nghề nghiệp pháp lý

không dưới 15 năm thì mới được bổ nhiệm làm thẩm phán Tòa án Hiến pháp.

5.1.2. Thẩm quyền của Tòa án Hiến pháp

Tòa án Hiến pháp Liên bang Nga có các chức năng chủ yếu sau đây:

Thứ nhất, bảo đảm các văn bản pháp luật sau đây phù hợp với Hiến pháp Liên bang Nga:

- Các luật Liên bang, các văn bản quy phạm của Tổng thống Liên bang, Hội đồng Liên bang, Duma quốc gia và Chính phủ Liên bang Nga;

- Hiến pháp, Luật và các văn bản quy phạm pháp luật khác của các chủ thể thuộc Liên bang Nga được ban hành liên quan đến các vấn đề thuộc thẩm quyền của các cơ quan quyền lực nhà nước của Liên bang Nga cũng như thuộc thẩm quyền chung của các cơ quan quyền lực nhà nước của Liên bang Nga và các cơ quan quyền lực nhà nước của các chủ thể thuộc Liên bang Nga;

- Các điều ước giữa các cơ quan quyền lực nhà nước của Liên bang Nga và các cơ quan quyền lực nhà nước của các chủ thể thuộc Liên bang Nga và điều ước giữa các cơ quan quyền lực nhà nước của các chủ thể thuộc Liên bang Nga;

- Các điều ước quốc tế của Liên bang Nga chưa có hiệu lực pháp luật.

Thứ hai, giải quyết các tranh chấp về thẩm quyền giữa:

- Các cơ quan quyền lực nhà nước Liên bang;

- Các cơ quan quyền lực nhà nước của Liên bang Nga và các cơ quan quyền lực nhà nước của các chủ thể thuộc Liên bang Nga;

- Các cơ quan nhà nước cao nhất của các chủ thể thuộc Liên bang Nga.

Thứ ba, giải quyết các khiếu nại về việc xâm phạm các quyền và tự do hiến định của công dân và kiến nghị của Tòa án yêu cầu thẩm tra tính hợp hiến của Luật đang được áp dụng hoặc cần được áp dụng trong một vụ án cụ thể; giải thích Hiến pháp; trong trường hợp có yêu cầu khởi tố Tổng thống Liên bang Nga thì cho ý kiến về việc thủ tục đệ đơn kiến nghị khởi tố Tổng thống đã được tuân thủ đầy đủ chưa và thực thi các quyền hạn khác mà Hiến pháp Liên bang Nga, Hiệp định Liên bang Nga, các luật Hiến pháp Liên bang và các điều ước phân định ranh giới quyền hạn giữa các chủ thể thuộc Liên bang Nga trao cho Tòa án Hiến pháp.

5.2. Tòa án tư pháp (Tòa án thẩm quyền chung)

Thiết chế này có chức năng:

- Giải quyết các tranh chấp dân sự phát sinh trong lĩnh vực hôn nhân gia đình, thừa kế, bồi thường thiệt hại trong và ngoài hợp đồng và các tranh chấp khác theo quy định của Bộ luật tố tụng dân sự;

- Giải quyết các vụ phá sản mà con nợ là công dân (cá nhân) không phải là nhà kinh doanh (khoản 1 Điều 6 Luật phá sản Cộng hòa Liên bang Nga).

5.3. Tòa án trọng tài

Đây là cơ quan tài phán do Nhà nước thành lập để chuyên giải quyết các tranh chấp phát sinh trong hoạt động sản xuất kinh doanh và các vụ phá sản mà con nợ là pháp nhân và các nhà kinh doanh cá thể (Khoản 1 Điều 6 Luật phá sản Cộng hòa Liên bang Nga).

5.4. Tòa án hòa giải

Tòa án hòa giải được thành lập nhằm mục đích làm giảm bớt khối lượng công việc cho các Tòa án quận và làm cho Tòa án gần với nhân dân hơn. Mỗi khu vực dân cư có 20.000 người có thể thành lập một Tòa án hòa giải. Tòa án này có thẩm quyền giải quyết các vụ án hình sự, hành chính và dân sự nhỏ.

Về hình sự, Tòa án này có thẩm quyền xét xử các vụ án về những tội phạm có mức hình phạt tối đa không quá 03 năm tù;

Về dân sự, Tòa án này có thẩm quyền giải quyết:

- Các việc dân sự theo thủ tục rút gọn như ra lệnh buộc trả nợ hoặc buộc trả lại tài sản;

- Việc ly hôn, nếu không có tranh chấp về con cái;

- Giải quyết việc chia tài sản chung của vợ chồng không phụ thuộc vào giá ngạch của vụ kiện;

- Các tranh chấp phát sinh từ quan hệ hôn nhân, trừ những việc liên quan đến việc xác định cha, mẹ, tước quyền làm cha, làm mẹ, về nuôi con nuôi;

- Các tranh chấp về tài sản trị giá không vượt quá 500 lần lương tối thiểu do Luật Liên bang Nga quy định được tính vào ngày nộp đơn khởi kiện;

- Các tranh chấp phát sinh từ quan hệ lao động, trừ những tranh chấp về khôi phục việc làm và tranh chấp lao động tập thể...

5.5. Các Trung tâm Trọng tài thương mại

Đây là các tổ chức xã hội - nghề nghiệp, không do Nhà nước thành lập mà do các Trọng tài viên thành lập để giải quyết các tranh chấp thương mại thuộc thẩm quyền. Mô hình tổ chức, cơ cấu tổ chức, cơ chế quản lý, nhiệm vụ quyền hạn, thủ tục tố tụng của các Trung tâm Trọng tài này do luật quy định. Mô hình Trọng tài thương mại ở Cộng hòa Liên bang Nga về cơ bản cũng giống như các quốc gia phương Tây phát triển.

Chương VIII

KẾT LUẬN

I. KHÁI LƯỢC QUÁ TRÌNH HOÀN THIỆN THỂ CHẾ PHÁP LUẬT KINH TẾ VIỆT NAM (1986 - NAY)

Từ năm 1986, Việt Nam bắt đầu công cuộc Đổi mới, chuyển đổi nền kinh tế sang kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa. Thể chế pháp luật kinh tế cũng được chuyển đổi theo nền kinh tế. Có thể chia quá trình xây dựng và hoàn thiện thể chế pháp luật kinh tế từ năm 1986 đến nay thành 3 giai đoạn: 1986-2000, 2001-2013 và từ năm 2014, khi Hiến pháp năm 2013 có hiệu lực.

Giai đoạn 1986-2000 là giai đoạn nền tảng cho quá trình xây dựng và chuyển đổi sang thể chế pháp luật kinh tế thị trường ở nước ta. Các nguyên tắc cơ bản của kinh tế hàng hóa nhiều thành phần bắt đầu được áp dụng, thể hiện ở việc ban hành Luật đầu tư nước ngoài năm 1987, Pháp lệnh hợp đồng kinh tế năm 1989, Luật công ty và Luật doanh nghiệp tư nhân năm 1990. Bước đột phá căn bản được ghi nhận cho giai đoạn này là việc ban hành Hiến pháp 1992. Hiến pháp đã thừa nhận sự tồn tại hợp pháp của khu vực kinh tế tư nhân, đa dạng hóa chế độ sở hữu, khuyến khích đầu tư nước ngoài... Tiếp đó, một loạt các bộ luật và luật được ban hành đã điều chỉnh căn bản hành vi của các chủ thể trong nền kinh tế hoạt động theo cơ chế thị trường như: Luật đất đai năm 1993, Luật dầu khí năm 1993, Luật khuyến khích đầu tư trong nước 1994 (sửa đổi năm 1998), Bộ luật dân sự năm 1995, Luật thương mại năm 1995, Luật doanh nghiệp nhà nước

năm 1995, Luật khoáng sản năm 1996, Luật doanh nghiệp năm 1999... Sự thay đổi có ý nghĩa căn bản và bước ngoặt này đã thổi một luồng sinh khí mới vào môi trường đầu tư và kinh doanh của Việt Nam, điều chỉnh hoàn toàn tư duy và cách thức hành xử của các chủ thể trong nền kinh tế và thực sự đã mang lại những hiệu quả tích cực, rõ nét cho nền kinh tế. Giai đoạn này chứng kiến sự phát triển mạnh mẽ của khu vực kinh tế tư nhân cũng như đầu tư trực tiếp nước ngoài. Kinh tế mở rộng cửa, kim ngạch xuất nhập khẩu gia tăng gấp nhiều lần các năm trước đó. Bên cạnh đó, việc chủ động hội nhập, hợp tác song phương và đa phương cũng bắt đầu có nhiều khởi sắc. Những thành tựu và kết quả đạt được quay trở lại trở thành những yếu tố tác động và ảnh hưởng sâu sắc tới quá trình xây dựng một thể chế pháp luật kinh tế mới, tiến gần hơn tới các khuôn khổ thể chế pháp luật kinh tế đang là xu hướng phát triển chung.

Giai đoạn 2001-2013 là giai đoạn nền kinh tế có sự tăng trưởng mạnh mẽ, Việt Nam có nhiều bước tiến trong quá trình hội nhập kinh tế thế giới. Trước những yêu cầu cấp bách của phát triển, những thay đổi và điều chỉnh trong thể chế kinh tế cũng bắt đầu đi vào chiều sâu. Trong quá trình “va đập” với bên ngoài cùng với những thử nghiệm trong nội tại nền kinh tế đã thực hiện ở giai đoạn đầu, những nhà hoạch định chính sách đã thực sự có những nhận thức sâu sắc hơn về bản chất của kinh tế thị trường và xác định rõ hơn đặc trưng “định hướng xã hội chủ nghĩa”. Cột mốc quan trọng của giai đoạn này là năm 2001 với việc sửa đổi, bổ sung một số điều của Hiến pháp năm 1992; theo đó khẳng định việc xây dựng nền kinh tế thị trường ở nước ta; xác định vai trò, chức năng của Nhà nước trong nền kinh tế; xác định cơ cấu kinh tế, chế độ sở hữu... Bên cạnh đó, Việt Nam cũng đã đạt được những thỏa thuận quan trọng trong hợp tác kinh tế quốc tế như Hiệp định Thương mại song phương Việt Nam - Hoa Kỳ (BTA) năm 2001, tham gia AFTA-ASEAN và ký kết các hiệp định

thương mại tự do khác; gia nhập Tổ chức Thương mại Thế giới (WTO) năm 2007. Những điều chỉnh quan trọng, hợp lý để thích hợp với bối cảnh và tình hình mới của nền kinh tế được thể hiện trong các luật được ban hành trong giai đoạn này như: Luật đất đai năm 2003, Bộ luật dân sự năm 2005, Luật doanh nghiệp năm 2005 (trên cơ sở hợp nhất Luật doanh nghiệp năm 1999 và Luật doanh nghiệp nhà nước năm 2003), Luật đầu tư năm 2005, Luật thương mại năm 2005, Luật cạnh tranh năm 2005, Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, các luật về thuế và các luật chuyên ngành (vận tải, ngân hàng, bảo hiểm, chứng khoán, kiểm toán...).

Tuy nhiên, từ sau năm 2007, kinh tế Việt Nam bắt đầu chịu những tác động của cuộc khủng hoảng kinh tế toàn cầu từ năm 2008-2009 trở lại đây và cho thấy những ảnh hưởng lẫn nhau của các nền kinh tế hiện nay đã trở nên phức tạp và khó dự đoán hơn trước rất nhiều. Bên cạnh đó, sau khi đạt tốc độ tăng trưởng cao, bản thân nền kinh tế trong nước bộc lộ những điểm yếu mấu chốt như: mô hình tăng trưởng theo chiều rộng đã hết dư địa cho phát triển, không còn phù hợp và cần phải chuyển đổi; cơ cấu kinh tế lạc hậu, kém hiệu quả, chậm được khắc phục; những hạn chế, khuyết điểm trong lãnh đạo, quản lý, điều hành của các cấp, các ngành, đặc biệt là trong điều hành chính sách tiền tệ, tài khóa; quản lý quy hoạch, đầu tư, đất đai, tài nguyên, thị trường bất động sản... Bản thân quá trình xây dựng và tuân thủ pháp luật về kinh tế trong giai đoạn này cũng bộc lộ nhiều điểm yếu kém như: khuôn khổ pháp luật chưa hoàn chỉnh, chưa đồng bộ, chất lượng chưa cao; một số văn bản pháp luật phải sửa đổi, bổ sung trong thời gian ngắn, thiếu ổn định; công tác triển khai thi hành, giám sát thi hành các văn bản pháp luật còn hạn chế, bất cập; các văn bản quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành chưa được ban hành đầy đủ, kịp thời, làm hạn chế hiệu lực của luật... Khuôn khổ pháp luật đối với từng lĩnh vực chính của thể chế kinh tế cũng có

nhiều vấn đề cần điều chỉnh sớm như: thiếu quy định rõ ràng và chặt chẽ đối với các hình thức sở hữu; pháp luật về đất đai, tài nguyên còn quá phức tạp, thiếu minh bạch, thậm chí mâu thuẫn; quy định đối với quyền tự do kinh doanh và sự bình đẳng giữa các chủ thể còn thiếu khả thi; quy định về khả năng tiếp cận nguồn lực chưa cụ thể; pháp luật trong lĩnh vực tài chính, ngân hàng chưa toàn diện... Chính vì vậy, yêu cầu của một cuộc “cải cách” lần thứ 3 đối với thể chế pháp luật kinh tế trở nên bức thiết hơn bao giờ hết. Và những thay đổi lần này sẽ phải thực sự mang tầm vóc chiến lược với tầm nhìn dài hạn và bền vững hơn.

Khủng hoảng tài chính và suy thoái kinh tế tác động đến nền kinh tế Việt Nam làm bộc lộ rõ nét hơn những hạn chế, yếu kém về cơ cấu nền kinh tế và mô hình tăng trưởng thể hiện ở chất lượng, hiệu quả thấp, mức cạnh tranh yếu... Những động lực phát triển từ cải cách thể chế vốn phát huy tác dụng to lớn trong những năm đổi mới trước đây nay đã trở nên bất cập. Do đó, cần thiết chuyển sang một giai đoạn cải cách thể chế mới.

Giai đoạn từ năm 2014 khởi động khi Hiến pháp 2013 chính thức có hiệu lực, đã tạo ra không gian, dư địa rộng mở, thuận lợi cho cải cách thể chế trong thời gian tới. Ngoài những điểm cơ bản tiếp tục kế thừa Hiến pháp năm 1992, Hiến pháp năm 2013 có nhiều quy định mới, khẳng định rõ ràng, cụ thể hơn về đường lối, quan điểm phát triển; về tính chất, mô hình, các thành phần của nền kinh tế; về vai trò, chức năng của Nhà nước trong nền kinh tế; thừa nhận các hình thức sở hữu đa dạng trong nền kinh tế; nâng cao quyền tự do, tự chủ trong kinh doanh... Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XII của Đảng cũng đã thảo luận và đưa ra nhiều nội dung cải tiến về hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, Chiến lược phát triển kinh tế xã hội năm 2016-2020, đặt ra yêu cầu về tiếp tục hoàn thiện thể chế pháp luật kinh tế phù hợp với chủ trương, định hướng mới. Việc

hoàn thiện thể chế pháp luật kinh tế Việt Nam trong thời kỳ tới cũng cần đáp ứng đầy đủ các cam kết trong Cộng đồng kinh tế ASEAN và WTO, hướng tới hình thành Cộng đồng kinh tế Châu Á (AEC), phù hợp với yêu cầu, đòi hỏi của các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới như Hiệp định Đối tác Xuyên Thái Bình Dương (TPP), các Hiệp định thương mại tự do với EU, EFTA, Liên minh thuế quan Nga-Belarus-Karzakstan... với mức độ hội nhập quốc tế sâu rộng hơn.

Thể chế ở giai đoạn này thể hiện rõ quyết tâm hướng tới một thể chế pháp luật kinh tế thị trường hoàn chỉnh; hoàn thiện thể chế pháp luật hiện đại, có sự đổi mới về chất và ở trình độ cao so với giai đoạn trước; kiến tạo môi trường thuận lợi và cạnh tranh bình đẳng, lành mạnh, thúc đẩy, khuyến khích các tổ chức, cá nhân đầu tư, sản xuất, kinh doanh; thúc đẩy quá trình tái cơ cấu nền kinh tế gắn với đổi mới mô hình tăng trưởng; giải quyết những hạn chế, bất cập, khiếm khuyết trong việc xây dựng, thực thi và giám sát pháp luật.

II. MỘT SỐ ĐỀ XUẤT, KIẾN NGHỊ VỀ YÊU CẦU CẢI CÁCH THỂ CHẾ KINH TẾ VIỆT NAM TỪ NGHIÊN CỨU THỂ CHẾ PHÁP LUẬT KINH TẾ MỘT SỐ QUỐC GIA

2.1. Những vấn đề chung

Xây dựng và hoàn thiện thể chế pháp luật chắc chắn phải trên cơ sở đặc điểm chính trị, điều kiện và trình độ phát triển kinh tế - xã hội cũng như văn hóa của mỗi quốc gia. Tuy nhiên, những giá trị ưu việt mang tính phổ quát, những kinh nghiệm thành công của các quốc gia khác cũng cần được tham khảo và vận dụng. Xu hướng ngày một xích lại gần nhau hơn giữa hai hệ thống dân luật và thông luật cũng làm gia tăng giá trị thực tiễn của những nghiên cứu kinh nghiệm lập pháp các quốc gia trên thế giới.

Phân tích kinh nghiệm thực tiễn trong quá trình xây dựng thể chế pháp luật kinh tế của Hoa Kỳ, Đức, Úc, Hàn Quốc, Malaysia và Liên bang Nga và những đặc trưng trong từng hệ thống tại các phần phân tích trên đã đưa ra nhiều gợi ý cho quá trình hoàn thiện thể chế pháp luật kinh tế tại nước ta hiện nay.

Để tạo động lực cho sự phát triển kinh tế thịnh vượng của quốc gia, một trong những đòi hỏi then chốt là phải có một hệ thống pháp luật đầy đủ, đồng bộ, hoàn chỉnh, kịp thời, cập nhật và nhạy bén với xu thế và phù hợp với các quy luật kinh tế thị trường, kiến tạo một môi trường đầu tư và kinh doanh thông thoáng, lành mạnh.

Nhìn chung, thể chế pháp luật kinh tế của các quốc gia có trình độ phát triển cao đều được xây dựng và hoàn thiện trên nguyên tắc: (1) tôn trọng và tuân thủ các nguyên tắc thị trường một cách nghiêm ngặt và thống nhất, giảm thiểu việc can thiệp áp đặt hành chính lên thị trường; (2) tôn trọng quyền tự do và nguyên tắc bình đẳng trong kinh doanh nhằm khuyến khích sự tham gia kinh doanh của tất cả các chủ thể thuộc các thành phần kinh tế, đặc biệt là kinh tế tư nhân và nhằm tạo ra một môi trường kinh doanh minh bạch, công bằng và thông thoáng; (3) quy định rõ ràng về chế độ sở hữu, cho phép tiếp cận công khai và bình đẳng các nguồn lực cơ bản như nguồn lực về đất đai, về tín dụng, cơ hội đầu tư, thông tin, nguồn nhân lực... và hướng tới sự phân bổ nguồn lực hợp lý, hiệu quả và bền vững; (4) xây dựng những nguyên tắc hành xử thận trọng và quy củ trong mọi lĩnh vực của nền kinh tế, đặc biệt những lĩnh vực “nhạy cảm” và có những tác động hiệu ứng lớn như tài chính, ngân hàng, chứng khoán, bất động sản bảo đảm tính an ninh, an toàn cao và không có những cú sốc mạnh cho hệ thống; và (5) thiết lập hệ thống tư pháp độc lập, cơ chế giải quyết khiếu kiện, tranh chấp hiệu quả; quy định chặt chẽ về giám sát thực thi pháp luật cũng như các

chế tài xử phạt nghiêm minh nhằm bảo đảm tính ổn định, lâu bền của luật pháp, tránh sự thay đổi thường xuyên.

Đối với quá trình cải cách thể chế pháp luật kinh tế giai đoạn mới, các tác giả cho rằng trước hết cần thống nhất trong nhận thức và quan điểm mới về thể chế kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa và các giải pháp, nhiệm vụ cải cách thể chế kinh tế mà trọng tâm là về mối quan hệ giữa Nhà nước và thị trường. Tiếp đó, trong quá trình hoàn thiện hệ thống pháp luật, cần nhanh chóng thay đổi các văn bản pháp luật cũ bằng các văn bản pháp luật mới để tạo cơ sở pháp lý đầy đủ, tiến bộ, phù hợp khi có sự ra đời và phát triển của các quan hệ kinh tế mới. Cần ban hành các văn bản pháp luật theo thứ tự ưu tiên: văn bản pháp luật nào được coi là gốc thì phải được ban hành trước, còn văn bản pháp luật nào được gọi là chuyên ngành thì phải được ban hành sau để bảo đảm tính hệ thống trong hệ thống pháp luật tư. Cần mạnh dạn nghiên cứu, áp dụng các tư tưởng, quan điểm tiến bộ mang tính phổ quát về thể chế pháp luật trên thế giới. Cần xác định một cách rõ ràng, đầy đủ, khoa học các quan điểm của Nhà nước trước khi tiến hành sửa đổi hoặc xây dựng mới một văn bản quy phạm pháp luật, khắc phục tình trạng vừa “thiết kế”, vừa “thi công”, vừa xây dựng pháp luật, vừa đề xuất chính sách.

2.2. Những vấn đề cụ thể

2.2.1. Pháp luật về khuyến khích, hỗ trợ đầu tư, sản xuất, kinh doanh

- Luật hóa các chính sách hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa nhằm đưa ra hệ thống các giải pháp toàn diện thông qua thiết lập nguyên tắc, chính sách, chương trình nhằm hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa phát triển sáng tạo và độc lập; xác định rõ trách nhiệm của trung ương và địa phương trong việc hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa; góp phần vào sự phát triển bền vững của nền kinh tế quốc gia và nâng cao chất lượng cuộc sống của nhân dân.

2.2.2. Pháp luật về chế độ sở hữu

- Chỉ duy trì chế độ sở hữu toàn dân đối với một số nguồn tài nguyên thiên nhiên theo quy định của Hiến pháp năm 2013, thực hiện đa sở hữu đối với các lĩnh vực khác.

- Hoàn thiện thể chế về sở hữu nhà nước theo hướng phân định rõ hơn vai trò chủ sở hữu tài sản của Nhà nước; tiến tới xóa bỏ chế độ chủ quản của các cơ quan nhà nước với các doanh nghiệp.

- Tiếp tục hoàn thiện pháp luật về đầu tư công và tài sản công

- Nghiên cứu xây dựng Luật về cổ phần hóa, tái cơ cấu doanh nghiệp nhà nước theo hướng doanh nghiệp nhà nước tập trung vào những lĩnh vực then chốt, thiết yếu; tách bạch nhiệm vụ sản xuất kinh doanh và nhiệm vụ chính trị, công ích; xóa bỏ cơ chế phân tán chức năng đại diện chủ sở hữu nhà nước đối với vốn, tài sản nhà nước tại các doanh nghiệp.

2.2.3. Pháp luật về các thành phần kinh tế, các loại hình doanh nghiệp

- Tiếp tục đề cao quyền tự do, bình đẳng trong kinh doanh, tạo thuận lợi hơn cho việc thành lập, gia nhập thị trường và hoạt động của doanh nghiệp cũng như việc doanh nghiệp rút lui khỏi thị trường; giảm chi phí quản trị, chi phí tuân thủ, chi phí giao dịch của doanh nghiệp; bảo vệ tốt hơn quyền và lợi ích hợp pháp của các nhà đầu tư, cổ đông, thành viên của doanh nghiệp; nâng cao hiệu lực quản lý nhà nước đối với doanh nghiệp.

- Hoàn thiện pháp luật, cơ chế, chính sách để tạo điều kiện thuận lợi cho các thành phần kinh tế, kể cả đầu tư nước ngoài đầu tư xây dựng và kinh doanh kết cấu hạ tầng bằng nhiều hình thức, nhất là hợp tác công tư phù hợp thông lệ quốc tế.

- Nghiên cứu bỏ quy định về số cổ đông tối thiểu trong công ty cổ phần. Theo lý thuyết đã được thừa nhận về công ty cổ phần,

công ty cổ phần tồn tại độc lập với cổ đông. Điều đó có nghĩa là sự thay đổi cổ đông không ảnh hưởng đến sự tiếp tục tồn tại của công ty cổ phần. Nếu công ty bắt buộc phải có ba cổ đông thì khi số lượng cổ đông không đạt được mức tối thiểu, công ty cổ phần có thể có nguy cơ phải chuyển đổi loại hình doanh nghiệp và chấm dứt tồn tại với tư cách là công ty cổ phần. Pháp luật Hoa Kỳ và hầu hết các quốc gia không quy định về số cổ đông tối thiểu. Ngoài ra không nên khống chế số lượng thành viên Hội đồng quản trị mà nên để các công ty tự quyết định số lượng thành viên Hội đồng quản trị.

- Mở rộng quyền khởi kiện của cổ đông của công ty để bảo vệ lợi ích của công ty. Pháp luật Việt Nam cũng quy định về quyền khởi kiện của cổ đông nhưng chỉ cổ đông sở hữu ít nhất 1% cổ phần mới có quyền khởi kiện và đối tượng bị khởi kiện là thành viên Hội đồng quản trị, Giám đốc (Tổng giám đốc) công ty. Đề nghị nghiên cứu quy định cả những cổ đông nắm giữ dưới 1% cổ phần và đối tượng khởi kiện là bất kỳ người thứ ba nào với điều kiện trước khi cổ đông tiến hành khởi kiện, cổ đông đã yêu cầu người đại diện theo pháp luật và Hội đồng quản trị nhân danh công ty khởi kiện người thứ ba nhưng người đại diện theo pháp luật và Hội đồng quản trị không thực hiện trong thời hạn theo quy định của pháp luật. Pháp luật các nước quy định về thủ tục thành lập các tổ chức kinh doanh rất đơn giản, thuận tiện để cho ra đời một doanh nghiệp. Nhưng các quy định về hậu kiểm rất chặt chẽ, trong đó có sự tham gia tích cực của chính cổ đông.

- Tiếp tục nghiên cứu và hoàn thiện các quy định pháp luật về nghĩa vụ và trách nhiệm của người quản lý công ty cổ phần để các quy định này trở thành các công cụ hiệu quả, bảo vệ quyền và lợi ích của công ty và cổ đông công ty. Pháp luật doanh nghiệp Hoa Kỳ khuyến khích bất kỳ ai kể cả cổ đông, người lao động phát hiện ra những sai phạm được quyền tố cáo lên các cơ quan quản

lý nội bộ của công ty và các cơ quan quản lý nhà nước. Người tố cáo được pháp luật bảo vệ. Đặc biệt trong các quy định về quản trị doanh nghiệp có nhiều học thuyết pháp lý và các quy định pháp luật về nghĩa vụ và trách nhiệm của người quản lý công ty. Pháp luật Việt Nam cũng có quy định về nghĩa vụ và trách nhiệm của người quản lý công ty. Nhưng các quy định này vẫn chỉ là các nguyên tắc, các quy định khung mà chưa phải là các quy định chi tiết, cụ thể nên khó có khả năng thi hành.

- Nghiên cứu xây dựng cơ chế pháp lý để phát triển rộng rãi bảo hiểm trách nhiệm của người quản lý công ty. Bằng việc mua bảo hiểm, công ty bảo hiểm sẽ tham gia giám sát hoạt động của người quản lý công ty, tạo thêm một kênh giám sát hiệu quả khác.

- Nghiên cứu, tham khảo và ban hành các quy định về: (1) các công cụ pháp lý nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của chủ nợ, đặc biệt là người sở hữu trái phiếu; (2) các trường hợp cổ đông phải chịu trách nhiệm cá nhân.

Pháp luật Hoa Kỳ rất chú trọng bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của chủ nợ và trao cho chủ nợ nhiều công cụ pháp lý hiệu quả để họ giám sát công ty và bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình. Đối với các chủ nợ là các ngân hàng thương mại hoặc các định chế tài chính, các công cụ pháp lý đó chủ yếu nằm trong hợp đồng và lợi thế luôn về phía các định chế tài chính. Đối với chủ nợ là công chúng đầu tư trái phiếu, pháp luật thiết kế mô hình tổ chức đại diện người sở hữu trái phiếu nhân danh tập thể người sở hữu trái phiếu giám sát tổ chức phát hành trái phiếu. Đặc biệt khi pháp luật trao cho cổ đông trách nhiệm hữu hạn thì với học thuyết “xuyên thủng màn hình pháp nhân”, pháp luật dành cho chủ nợ quyền yêu cầu Tòa án buộc cổ đông công ty phải chịu trách nhiệm vô hạn trong những trường hợp nhất định.

2.2.4. Pháp luật về hợp đồng

- Làm rõ trong luật các nguyên tắc xác định một hợp đồng có đầy đủ điều khoản căn bản để được coi là đã được xác lập và có hiệu lực ràng buộc.

Trong khoa học pháp lý của Việt Nam có đề cập đến điều khoản căn bản của hợp đồng. Bộ luật dân sự năm 2015 cũng có quy định về nội dung của hợp đồng nhưng chưa chỉ rõ hoặc ít nhất là đưa ra nguyên tắc xác định một thỏa thuận phải có những nội dung gì để được coi là một hợp đồng đã được xác lập, từ đó xác định quyền và nghĩa vụ của các bên. Việc đưa nguyên tắc này vào luật thực định cũng sẽ thuận lợi cho cơ quan tài phán trong việc xác định một thỏa thuận nguyên tắc, một biên bản ghi nhớ có được coi là một hợp đồng đã được xác lập và có hiệu lực hay không. Các án lệ và Bộ luật Thương mại Thống nhất Hoa Kỳ UCC đã nỗ lực làm rõ một thỏa thuận phải chứa đựng những nội dung tối thiểu gì để được coi là hợp đồng đã được xác lập và có hiệu lực ràng buộc các bên. Theo đó, một thỏa thuận phải thể hiện được ý chí của các bên là muốn bị ràng buộc bởi thỏa thuận này và thỏa thuận phải đầy đủ nội dung tối thiểu để Tòa án có thể xác định được quyền và nghĩa vụ của các bên. Trong UCC có nêu rõ một hợp đồng mua bán hàng hóa phải có thông tin tối thiểu về các bên, hàng hóa và số lượng.

- Nghiên cứu đưa các quy tắc nghĩa vụ tiền hợp đồng vào Bộ luật dân sự.

Pháp luật Hoa Kỳ và pháp luật Việt Nam đều xác định quy trình xác lập hợp đồng là một bên đưa ra một đề nghị giao kết hợp đồng và một bên chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng. Điểm khác biệt là Hoa Kỳ chủ yếu áp dụng thuyết “tống phát” để xác định thời điểm có hiệu lực của chấp nhận và thời điểm xác lập hợp đồng. Ngược lại Việt Nam áp dụng thuyết “tống đạt”, có nghĩa

là chấp nhận chỉ có hiệu lực khi bên đưa ra đề nghị giao kết hợp đồng nhận được thông báo chấp nhận.

Tuy nhiên, cấu trúc “đề nghị giao kết hợp đồng + chấp nhận = hợp đồng” là một cấu trúc chung cho các giao dịch. Trong thực tiễn có những hợp đồng, các bên phải mất một thời gian dài đàm phán mới đi đến thống nhất một hợp đồng có hiệu lực. Trước khi tiến tới một hợp đồng chính thức, các bên thường ký các thỏa thuận ban đầu (preliminary agreements) dưới dạng các bản ghi nhớ (memorandum of understandings), thỏa thuận nguyên tắc (agreements in principle), thư trao đổi (letters of intents)... Các thỏa thuận này còn được gọi là thỏa thuận đàm phán hoặc thỏa thuận để thống nhất. Các thỏa thuận này rất phổ biến trong các giao dịch mua bán - sáp nhập doanh nghiệp, tài trợ tín dụng với giá trị lớn, bảo lãnh phát hành chứng khoán (giá trị lớn), hợp tác đầu tư, li-xăng, nhượng quyền thương mại...

Ví dụ, một công ty có một kế hoạch IPO và cần một công ty chứng khoán làm bảo lãnh phát hành. Vì chưa nắm được thông tin về thị trường (phản ứng của nhà đầu tư với đợt IPO này, nhu cầu thực sự của nhà đầu tư, giá chào bán hiệu quả...), năng lực thực sự của tổ chức phát hành và nhiều yếu tố khác, tổ chức bảo lãnh phát hành cần một thời gian để phân tích, đánh giá thông tin. Hai bên thường ký một biên bản ghi nhớ (MOU) về việc bảo lãnh phát hành. Sau khi tổ chức bảo lãnh phát hành đánh giá cơ bản về đợt IPO này (tổ chức bảo lãnh phát hành bỏ chi phí) thì tổ chức phát hành lại từ chối giao kết hợp đồng với tổ chức bảo lãnh phát hành. Tình huống này sẽ được xử lý như thế nào?

Án lệ Hoa Kỳ xác định nếu thỏa thuận ban đầu không có nội dung đầy đủ để xác định một hợp đồng đã được xác lập thì thỏa thuận này không được coi là hợp đồng và không có giá trị ràng buộc các bên. Án lệ của Hoa Kỳ cũng thừa nhận thỏa thuận các bên về hiệu lực của thỏa thuận mặc dù thỏa thuận có đầy đủ nội

dung để xác định quyền và nghĩa vụ của các bên nhưng nếu các bên cùng thống nhất rằng thỏa thuận không có giá trị ràng buộc thì thỏa thuận không được coi là hợp đồng. Nếu thỏa thuận ban đầu thể hiện ý chí muốn bị ràng buộc bởi thỏa thuận này (một cách minh thị hoặc ám chỉ) và có nội dung đầy đủ của một hợp đồng thì thỏa thuận ban đầu có hiệu lực như một hợp đồng. Thỏa thuận ban đầu có hiệu lực này buộc các bên phải đàm phán để giao kết hợp đồng chính thức. Trong thời gian đàm phán các bên không được quyền đàm phán với bên thứ ba. Nếu các bên vi phạm nghĩa vụ đàm phán hợp đồng trong một thời hạn nhất định do các bên thỏa thuận hoặc được xác định theo một thời hạn hợp lý theo quy định của pháp luật thì sẽ phải chịu các biện pháp chế tài hợp đồng. Ngoài ra, pháp luật hợp đồng của Hoa Kỳ còn có nguyên tắc “cam kết không thể từ bỏ” (promissory estoppel) để buộc một bên đưa ra một cam kết làm một bên tin tưởng một cách hợp lý rằng bên đưa ra cam kết sẽ thực hiện cam kết mà bỏ ra một chi phí nhất định hoặc chịu một tổn thất nhất định thì bên đưa ra cam kết phải bồi thường cho bên gánh chịu chi phí hoặc tổn thất nếu như không thực hiện cam kết. Đây là những quy tắc hợp lý về nghĩa vụ tiền hợp đồng nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các bên.

Thực tiễn ở Việt Nam, trường hợp các bên ký các MOU hoặc các thỏa thuận nguyên tắc là rất phổ biến. Tuy nhiên hiệu lực của các văn bản này cũng như các nghĩa vụ phát sinh từ chúng cũng chưa được quy định rõ ràng trong luật thực định.

- Nghiên cứu quy định cho phép một bên trong quan hệ hợp đồng có quyền yêu cầu bên kia sửa đổi hoặc chấm dứt hợp đồng nếu chứng minh được rằng sau khi ký kết hợp đồng thì đã có sự thay đổi hoàn cảnh một cách cơ bản làm cho mình bị thiệt hại một cách quá đáng. Đây là quy định được tiếp nhận trong Bộ luật dân sự của Nga để đáp ứng yêu cầu của nền kinh tế thị trường - một

nền kinh tế mà ở đó luôn luôn có sự bất ngờ; các điều kiện của thị trường luôn luôn thay đổi mà trong nhiều trường hợp khi giao kết hợp đồng, các bên không thể nào dự đoán được.

2.2.5. Pháp luật về quản lý, điều tiết nền kinh tế

- Sửa đổi Luật cạnh tranh theo hướng tạo thuận lợi và bình đẳng cho các doanh nghiệp thuộc các thành phần kinh tế trong gia nhập, hoạt động và rút lui khỏi thị trường; thành lập cơ quan quản lý cạnh tranh độc lập, hoạt động theo luật, không đặt trong Bộ Công thương như hiện nay.

- Sửa đổi Luật chứng khoán, xây dựng Ủy ban Chứng khoán Nhà nước là cơ quan độc lập do Quốc hội thành lập, hoạt động theo luật và các tiêu chí của thị trường.

- Xây dựng Ngân hàng Trung ương hiện đại là cơ quan độc lập, hoạt động theo pháp luật, có tính tự chủ và tính độc lập cao trong hoạch định và thực thi chính sách tiền tệ.

- Ban hành Luật quy hoạch nhằm thống nhất hệ thống pháp luật về quy hoạch, khắc phục những chồng chéo, mâu thuẫn trong hệ thống pháp luật của Việt Nam liên quan đến hoạt động quy hoạch, đồng thời, thể hiện tư duy mới về quy hoạch mang tính đồng bộ trên phạm vi cả nước cũng như trong từng ngành, từng vùng và từng địa phương.

2.2.6. Về phát triển các loại thị trường

- Rà soát, sửa đổi, bổ sung Luật thương mại, ban hành mới Luật quản lý ngoại thương và các luật khác liên quan đến thị trường hàng hóa, dịch vụ.

- Nâng 3 pháp lệnh quy định về hàng rào kỹ thuật phù hợp với cam kết quốc tế để chống bán phá giá, hạn chế nhập siêu thành luật; bổ sung các quy định để chống buôn lậu, gian lận thương mại có hiệu quả.

- Rà soát, hoàn thiện các chính sách ưu đãi cho các doanh nghiệp khoa học - công nghệ; xây dựng cơ chế hợp lý, một mặt

ràng buộc trách nhiệm của các trường đại học, các viện nghiên cứu, các phòng thí nghiệm của Nhà nước tham gia vào hoạt động nghiên cứu ứng dụng để phát triển khoa học công nghệ, mặt khác thắt chặt quy định về nguồn tài trợ cho hoạt động nghiên cứu khoa học, phát triển công nghệ từ Nhà nước và tư nhân; xây dựng thêm các cơ chế hợp tác khác giữa các cơ sở khoa học, cơ quan nhà nước và doanh nghiệp.

- Nghiên cứu xây dựng các quy định đặc thù điều chỉnh quan hệ nghĩa vụ giữa tổ chức tín dụng với khách hàng trên cơ sở những quy tắc chung về quan hệ nghĩa vụ trong Bộ luật dân sự. Hiện nay, pháp luật về ngân hàng của Việt Nam vẫn chủ yếu là các quy định mang tính quản lý nhà nước, vẫn còn thiếu những quy định pháp luật đặc thù điều chỉnh quan hệ nghĩa vụ giữa tổ chức tín dụng với khách hàng, nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các bên. Pháp luật cần cung cấp cho ngân hàng những công cụ hiệu quả nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình với tư cách là chủ nợ. Nghiên cứu pháp luật Hoa Kỳ cho thấy các quy định về quyền thu giữ tài sản từ người thứ ba, giao dịch bảo đảm, thế chấp bất động sản và cơ chế xử lý nợ, cơ chế xử lý tài sản bảo đảm tỏ ra rất hiệu quả trong việc bảo vệ quyền và lợi ích của chủ nợ. Ngược lại, các tổ chức tín dụng thường có lợi thế kinh tế hơn khách hàng, đặc biệt là những khách hàng vay tiêu dùng. Vì vậy, rất dễ dẫn đến hiện tượng các tổ chức tín dụng lấn át người vay, trong nhiều trường hợp có hành vi không lành mạnh xâm phạm lợi ích của khách hàng. Do đó, song song với các quy phạm pháp luật bảo vệ các tổ chức tín dụng, cần nghiên cứu để xây dựng và hoàn thiện các chế định pháp lý bảo vệ khách hàng vay, nhất là người vay tiêu dùng.

- Nghiên cứu và hoàn thiện các quy định của pháp luật nhằm ngăn chặn hiện tượng “quá lớn để sụp đổ” đã và đang tồn tại ở các quốc gia phát triển, gây không ít những khó khăn cho các nhà hoạch định chính sách, nhà làm luật và các cơ quan thực thi.

- Cần có sự tách bạch giữa ngân hàng thương mại và ngân hàng đầu tư. Trong đó, ngân hàng thương mại thực hiện các nghiệp vụ ngân hàng truyền thống như nhận tiền gửi, cho vay và dịch vụ thanh toán. Ngân hàng thương mại không được tham gia kinh doanh chứng khoán và các công cụ tài chính có độ rủi ro cao. Ngân hàng đầu tư tập trung vào huy động vốn trung và dài hạn thông qua phát hành các công cụ tài chính như trái phiếu và đầu tư vào các dự án lớn trung và dài hạn thông qua mua bán cổ phiếu, trái phiếu, hợp đồng góp vốn đầu tư... Ngân hàng đầu tư được quyền tham gia kinh doanh chứng khoán và các công cụ tài chính khác.

- Nghiên cứu trao cho Ngân hàng Nhà nước quyền buộc các tổ chức tín dụng bao gồm ngân hàng thương mại, ngân hàng đầu tư, công ty tài chính, quỹ tín dụng nhân dân quá lớn đến mức nếu tổ chức này bị phá sản hoặc vỡ nợ sẽ gây rủi ro cho toàn bộ hệ thống tài chính của Việt Nam; bán bớt tài sản bao gồm cả cổ phần trong các công ty con cho Nhà nước hoặc tư nhân hoặc bị hạn chế mua bán, sáp nhập các định chế tài chính khác hoặc bị hạn chế phát triển các dịch vụ nhất định. Hiện nay, trong các quy định của pháp luật cũng đã có tương đối đầy đủ cơ chế bảo đảm an toàn trong hoạt động của các tổ chức tín dụng nhằm ngăn chặn các tổ chức tín dụng có nguy cơ bị sụp đổ song các biện pháp này chưa đủ. Kinh nghiệm ở Hoa Kỳ cho thấy, thực tế việc giải cứu các định chế tài chính khổng lồ này cuối cùng vẫn tiêu tốn tiền của của nhân dân. Vì vậy, pháp luật không cấm việc các định chế tài chính phát triển về quy mô nhưng vẫn trao cho các cơ quan quản lý nhà nước quyền xem xét và quyết định hạn chế sự phát triển quy mô của định chế tài chính nếu thấy rằng sự phát triển quy mô có nguy cơ gây ra rủi ro hệ thống. Đề xuất này cũng phù hợp với tinh thần được đưa ra trong đề án tái cơ cấu hệ thống tổ chức tín dụng của Việt Nam: “Tạo điều kiện cho các tổ chức tín dụng

lành mạnh phát triển và kiên quyết xử lý các tổ chức tín dụng yếu kém. Kiểm soát quy mô, tốc độ tăng trưởng và phạm vi hoạt động kinh doanh của tổ chức tín dụng phù hợp với điều kiện tài chính và năng lực quản trị”³⁹⁷.

- Cụ thể hóa thành những quy định pháp luật quan điểm đòi hỏi tổ chức tín dụng phải có phương án cơ cấu lại phù hợp với mức độ rủi ro, yếu kém theo hướng lành mạnh hóa về tài chính, cơ cấu lại hoạt động, cơ cấu lại hệ thống quản trị, cơ cấu lại pháp nhân và sở hữu³⁹⁸; quy định nội dung chi tiết của phương án, chế độ định kỳ báo cáo phương án lên Ngân hàng Nhà nước cũng như chế tài xử lý vi phạm hành chính nếu vi phạm./.

³⁹⁷Quyết định số 254/QĐ-TTg ngày 01/3/2012 của Thủ tướng Chính phủ Phê duyệt Đề án “Cơ cấu lại hệ thống các tổ chức tín dụng giai đoạn 2011 – 2015”, tr.8.

³⁹⁸Quyết định số 254/QĐ-TTg, Dẫn trên.

PHỤ LỤC

DANH SÁCH CÁC VĂN BẢN LUẬT ĐƯỢC ĐỀ CẬP, NGHIÊN CỨU

STT	TÊN TIẾNG VIỆT	TÊN TIẾNG NƯỚC NGOÀI	NĂM
I.	HOA KỲ		
1	Bộ luật thương mại thống nhất	Uniform Commercial Code	1950
2	Bộ luật ngân sách	Internal Revenue Code	1986
3	Luật phát triển năng lượng	Energy Improvement and Extension Act	2008
4	Luật miễn giảm thuế và tạo việc làm	Tax Relief, Unemployment Insurance Reauthorization, and Job Creation Act	2010
5	Luật bảo vệ việc làm tại doanh nghiệp nhỏ	Small Business Job Protection Act	1996
6	Luật phục hồi và tái đầu tư	American Recovery and Reinvestment Act	2009
7	Luật chính sách năng lượng	Energy Policy Act	2005
8	Luật độc lập và an toàn năng lượng	Energy Independence and Security Act	2007
9	Luật Glass-Steagall	Glass-Steagal Act	1933
10	Luật về thực phẩm, bảo vệ môi trường và năng lượng	Food, Conservation and Energy Act	2008
11	Luật hỗ trợ nước ngoài	Foreign Assistance Act	1961
12	Luật nới lỏng quản lý các tổ chức tín dụng và kiểm soát tiền tệ	Depository Institutions Deregulation and Monetary Control Act	1980
13	Luật Garn-St. Germain	Garn-St.German Depository Institutions Act	1982
14	Luật cải tổ phố Wall và bảo vệ người tiêu dùng Dodd-Frank	Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act	2010
15	Luật về quyền dân sự	Civil Rights Act	1866
16	Luật nhà ở công bằng	Fair Housing Act	1968
17	Luật Bayh-Dole	Bayh-Dole Act	1980
18	Luật phát triển công nghệ Stevenson-Wydler	Stevenson-Wydle Technology Innovation Act	1980
19	Luật chuyển giao công nghệ Liên bang	Federal Technology Transfer Act	1986
20	Luật thống nhất về hợp danh	Uniform Partnership Act	1997
21	Luật hợp danh hữu hạn thống nhất	Uniform Limited Partnership Act	2001

22	Luật mẫu về công ty cổ phần kinh doanh	Model Business Corporation Act	2006
23	Luật chung về công ty cổ phần của Delaware	Delaware General Corporation Law	2013
24	Luật hợp đồng vay tín thác	Trust Indenture Act	1939
25	Luật chứng khoán	Securities Act	1933
26	Luật khuyến khích doanh nghiệp khởi nghiệp	Jumpstart Our Business Startups Act	2012
27	Luật giao dịch chứng khoán	Securities Exchange Act	1934
28	Luật tái cơ cấu Sarbanes-Oxley	Sarbanes-Oxley Act	2002
29	Luật cải cách phá sản	Bankruptcy Reform Act	1978
30	Luật thống nhất về giao dịch điện tử	Uniform Electronic Transaction Act	1999
31	Luật về chữ ký điện tử trong thương mại quốc nội và thương mại toàn cầu	Electronic Signatures in Global and National Commerce Act	2000
32	Luật thủ tục hành chính	Administrative Procedure Act	1946
33	Luật chống độc quyền Sherman	Sherman Anti-Trust Act	1890
34	Đạo luật Clayton	Clayton Antitrust Act	1914
35	Luật Ủy ban Thương mại Liên bang	Federal Trade Commission	1914
36	Luật về thực phẩm và thuốc an toàn	Pure Food and Drug Act	1906
37	Luật về thực phẩm, thuốc và mỹ phẩm	Federal Food, Drug and Cosmetic Act	1938
38	Luật về sự an toàn của sản phẩm tiêu dùng	Consumer Product Safety Act	1972
39	Luật bảo vệ trẻ em và sự an toàn của đồ chơi trẻ em	Child Protection and Toy Safety Act	1969
40	Luật về các hóa chất nguy hiểm	Federal Hazardous Substances Act	1960
41	Luật trung thực trong vay	Truth in Lending Act	1968
42	Luật trách nhiệm và công bố thông tin về thẻ tín dụng	Credit Card Accountability Responsibility and Disclosure Act	2009
43	Luật về cơ hội tín dụng bình đẳng	Equal Credit Opportunity Act	1974
44	Luật hóa đơn thanh toán tín dụng hợp lý	Federal Fair Credit Billing Act	1974
45	Luật công bố thông tin tín dụng	Fair Credit Reporting Act	1970
46	Luật về thu hồi nợ lành mạnh	Fair Debt Collection Practices Act	1977
II. CỘNG HÒA LIÊN BANG ĐỨC			
1	Hiến pháp Liên bang	The Basic Law/ Fundamental Law	1949
2	Bộ luật dân sự	Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB)	1900 (sửa đổi 2002)

3	Bộ luật tố tụng dân sự	Code of Civil Procedure (Zivilprozessordnung - ZPO)	1950
4	Bộ luật thương mại	Commercial Code (Handelsgesetzbuch - HGB)/ Unified Commercial Code (Unternehmensgesetzbuch (UGB))	1897 (sửa đổi 1998)/ 2007
5	Bộ luật công nghiệp	Industrial Code	
6	Bộ luật xây dựng Liên bang	Federal Building Code (Baugesetzbuch, BauGB)	1997
7	Luật thương mại và thanh toán nước ngoài	Foreign Trade and Payment Act (Außenwirtschaftsgesetz - AWG)	Sửa đổi 2013
8	Luật không gian hoạt động	German Spatial Planning Law (Raumordnungsgesetz - ROG)	1965
9	Luật đường sắt chung	General Railway Act (Allgemeines Eisenbahngesetz - AEG)	Sửa đổi 2008
10	Quy chế về giao thông đường sắt	Act on the Federal Administration of Railway Traffic	1993
11	Luật vận chuyển các hàng hóa nguy hiểm	Law Concerning Transportation of Hazardous Goods (Gesetz Über Die Beforderung Gefährlicher Guter (Gefahrgutbeforderungsgesetz - GGBefG)	Sửa đổi 2015
12	Luật trách nhiệm và chi phí bồi thường đối với sự cố tràn dầu từ các tàu chở hàng hóa	Act on liability and compensation for oil pollution damage caused by seagoing ships (Ölschadengesetz ÖISG) - Oil Pollution Damage Act)	1988 (sửa đổi 2015)
13	Quy chế về thời gian xếp hàng và bốc dỡ hàng hóa		
14	Luật giao thông đường bộ	Road Traffic Act (Strassenverkehrsgesetz)	1952 (sửa đổi 2005)
15	Luật chuyển quyền đăng ký vận chuyển hàng hóa	Law on Rights of Registered Ships	
16	Luật ngân hàng	German Banking Act (Kreditwesengesetz - KWG)	Sửa đổi 2014
17	Luật giám sát dịch vụ thanh toán	Payment Services Supervision Act	2009
18	Luật đầu tư	Investment Act (Investmentänderungsgesetz - "InvG")	2007
19	Luật giao dịch chứng khoán	Securities Trading Act (Wertpapierhandelsgesetz - WpHG)	1998 (sửa đổi 2007)
20	Luật cơ quan giám sát tài chính Liên bang	Federal Financial Supervisory Authority (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht - BaFin)	2002

21	Luật lập, phê duyệt, công bố bản cáo bạch để được phát hành khi chào bán chứng khoán ra công chúng	Securities Prospectus Act (Wertpapierprospektgesetz - WpPG)	2005 (sửa đổi 2011)
22	Luật thành lập Quỹ ổn định thị trường tài chính	Act on Establishment of a Financial Market Stabilisation Fund (Finanzmarktstabilisierungsgesetz - FMStG)	2008 (sửa đổi 2015)
23	Luật thực thi giám sát bảo hiểm	Act on the Supervision of Insurance Undertakings (Versicherungsaufsichtsgesetz – VAG)	1992 (sửa đổi 2015)
24	Luật thuế bảo hiểm	Insurance Tax Act	1996 (sửa đổi 2015)
25	Luật chống rửa tiền	Money Laundering Act (Geldwäschegesetz – GWG)	2008 (sửa đổi 2015)
26	Luật chuyển nhượng và mua bán chứng khoán	Securities Acquisition and Takeover Act (Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz, WpÜG)	2001 (sửa đổi 2011)
27	Luật công chứng	Notarisation Act (Beurkundungsgesetz - BeurkG)	1970 (sửa đổi 2015)
28	Luật về chuyển nhượng bất động sản	Act on Transfer of Real Property (Grundstückverkehrsgesetz - GrdstVG)	1962 (sửa đổi 2009)
29	Quy chế Liên bang về quy hoạch thị trấn	Federal Town Planning Act (Bundesraumordnungsgesetz - RoG)	1998
30	Luật đầu tư vốn	Capital Investment Act (Kapitalanlagegesetzbuch - KAGB)	2013
31	Luật thuê nhà Liên bang	Federal Rent Control Act	2015
32	Luật cắt giảm hạn chế đối với thị trường nhà ở	Tenancy Law Amendment Act	2015
33	Luật nhà ở và nhà thuê xã hội		
34	Luật về thúc đẩy xây dựng nhà ở		1954
35	Luật sáng chế	Patent Act (Patentgesetz)/ Simplification and Modernization of Patent Act (Gesetz zur Vereinfachung und Modernisierung des Patentrechts)	1936/ 2009
36	Luật chống hạn chế cạnh tranh	Act Against Restraints of Competition (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB1)	1998 (Sửa đổi 2013)

37	Luật về các phát minh nhỏ	Utility Model Law (Gebrauchsmustergesetz - GebrMG)	1936 (sửa đổi 2015)
38	Luật đăng ký kiểu dáng	German Design Patent Law (Geschmacksmustergesetz)	Sửa đổi 2014
39	Luật tên thương mại	German Trademark Act (Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen)	1999
40	Luật hiến pháp về việc làm	Works Constitution Act	1953 (sửa đổi 2015)
	Luật về thỏa ước lao động tập thể	Act on Collective Agreement	
	Luật xúc tiến lao động	Employment Promotion Act	
	Luật bảo vệ lao động	Employment Protection Act	
41	Luật về thời giờ làm việc	German Working Time Act (Bundesgesetzblatt)	1994
42	Hướng dẫn của EU về thời giờ làm việc	European Working Time Directive	2003
43	Hướng dẫn của EU về công việc bán thời gian	European Directive on Part-Time- Work	1997
44	Luật sở hữu căn hộ	German Condominium Act (Wohnungseigentumsgesetz)	1951 (ban hành lại 2007)
45	Luật xây dựng trên đất của người khác		
46	Luật về đăng ký bất động sản	Land Registration Act (Grundbuchordnung, GBO)	1897 (sửa đổi 2015)
47	Luật liên quan thủ tục định đoạt bất động sản		
48	Luật công ty hợp danh chuyên nghiệp	Limited Partnership (Kommanditgesellschaft - KG) in	
49	Luật công ty cổ phần	German Stock Corporation Act	Sửa đổi 2012
50	Luật công ty trách nhiệm hữu hạn	Limited Liability Companies Act (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung - GmbHG)	1892 (sửa đổi 2015)
51	Luật đồng quyết	German Codetermination Act (Mitbestimmungsgesetz)	1976
52	Luật chứng khoán	Stock Exchange Act (Börsengesetz - BörsG)	1896 (Sửa đổi 2002)
53	Luật công ty của Liên minh châu Âu	European Union Company Law	Sửa đổi 2015
54	Luật về các giao dịch	Foreign Trade and Payments Act (Außenwirtschaftsgesetz - AWG)	2013

55	Luật kinh doanh chứng khoán	Securities Trading Act (Gesetz über den Wertpapierhandel/ Wertpapierhandelsgesetz – WpHG)	1998
56	Luật về sở giao dịch chứng khoán	Stock Exchange Admission Regulation (Börsenzulassungsverordnung - BörsZulVO)	1998 (Sửa đổi 2011)
57	Luật chuyển đổi Đức	German Transformation Act (Umwandlungsgesetz)	1995 (Sửa đổi 2015)
58	Luật phá sản	Bankruptcy Statute	1999
59	Luật giải quyết tranh chấp	Mediation Act (MediationsG)	2011
60	Luật thực thi tổng thể	Act on Collective Enforcement	
61	Luật các điều kiện giao dịch chung		
62	Luật tín dụng tiêu dùng	German Consumer Credit Act	1974
63	Luật hoạt động kinh tế tập thể		
64	Luật chống hạn chế cạnh tranh	Act Against Restraint of Competition (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)	2005 (Sửa đổi 2013)
65	Luật cạnh tranh không lành mạnh	Act Against Unfair Competition (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb)	2004
66	Quy chế kiểm soát sáp nhập và bình đẳng của Liên minh châu Âu	Merger Regulation (EC) No 139/2004	2004
67	Luật chống độc quyền	Antitrust Act (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB)	2013
68	Luật viễn thông	Telecommunications Act (Telekommunikationsgesetz - TKG)	1996
69	Luật dịch vụ tài chính và tài chính hợp nhất	Financial Services and Integration Act (Gesetz über die integrierte Finanzaufsicht - FinDAG)	2002
70	Luật giám sát dịch vụ thanh toán	Payment Services Supervision Act	2009
71	Luật về sáng chế tư	Act on Employee's Inventions (Gesetz über Arbeitnehmererfindungen - GAEl)	1957
72	Luật tư pháp	German Judiciary Act (Richtergesetz)	1972
73	Luật trọng tài Đức	German Arbitration Law (Tenth Book of the Code of Civil Procedure (Zivilprozessordnung - ZPO)	1998

74	Luật hòa giải	Mediation Law	2012
75	Công ước New York về công nhận và cho thi hành các quyết định của Trọng tài nước ngoài	Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards	1959
76	Quy chế của Hội đồng Châu Âu số 44/2001 về công nhận và cho thi hành các bản án của Tòa án các quốc gia thành viên	Council Regulation (EC) No 44/2001 Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters	2000
III. ÚC			
1	Luật đầu tư và sát nhập Liên bang	Foreign Acquisitions and Takeovers Act	1975
2	Luật bảo vệ người tiêu dùng	Consumer Protection Law	2011
3	Luật hợp đồng	Australian Contract Law	2012
4	Luật bồi thường dân sự	Civil Remedies Act (Part IV of the CCA)	2009
5	Luật doanh nghiệp Úc	Corporation Act	2001
6	Luật doanh nghiệp sửa đổi	Australian Business Law	2012
7	Luật nhãn hiệu	Trademark Act	1995
8	Luật về kiểu dáng công nghiệp	Design Act	2003
9	Luật sáng chế	Patents Act	1990
10	Luật quyền tác giả	Copyright Act	1968
11	Luật công bằng lao động	Fair Work Act	2009
12	Luật đảm bảo tài sản tư	Personal Property Securities Act	2009
13	Luật cạnh tranh	Competition Law (Part IV - CCA)	2010
14	Luật cạnh tranh và người tiêu dùng	Competition and Consumer Act (CCA) (previously named the Trade Practices Act 1974)	2010
15	Luật bảo vệ người tiêu dùng	Australian Consumer Law	2011
16	Luật bất động sản	Australian Property Legislation	1969
17	Luật bảo vệ tín dụng cho người tiêu dùng trong nước	National Consumer Credit Protection Act	2009
18	Luật Ủy ban Đầu tư và Chứng khoán	Australian Securities and Investment Commission Act	2001
19	Luật phá sản	Bankruptcy Act	1966
20	Luật vỡ nợ	Australian Insolvency Law (Corporation Act)	2001

21	Luật trọng tài quốc tế của Liên bang	International Arbitration Act	1974
22	Luật trọng tài quốc tế của Liên bang (sửa đổi)	International Arbitration Act (amendment)	2010
IV. HÀN QUỐC			
1	Hiến pháp Hàn Quốc	Constitution of the Republic of Korea	1948 và 1987
2	Bộ luật dân sự Hàn Quốc	Civil Code of the Republic of Korea	1958 (Luật số 471)
3	Bộ luật hình sự	Criminal Code of the Republic of Korea	1953 (sửa đổi năm 1998)
4	Bộ luật thương mại Hàn Quốc	Commercial Act of the Republic of Korea	1962 (Đạo Luật số 1000)
5	Bộ luật tố tụng dân sự	Korean Civil Procedure Act of the Republic of Korea	1960 (sửa đổi năm 2008 - Đạo luật số 9171)
6	Bộ luật tố tụng hình sự	Criminal Procedure Act of the Republic of Korea	1954 (sửa đổi năm 2009 - Đạo luật số 9765)
7	Luật an ninh quốc gia	The National Security Law of South Korea (NSL)	1948
8	Luật bán hàng tận cửa	Door-to-Door Sales Act	1991 (Luật số 4481) (sửa đổi năm 2012)
9	Luật bảo đảm bồi thường tai nạn ô tô	Guarantee of Automobile Accident Compensation Act	1963 (Luật số 1314)
10	Luật bảo đảm lợi ích khi nghỉ hưu của người lao động	Employee Retirement Benefit Security Act	2011
11	Luật bảo hiểm việc làm	Employment Insurance Act	27/12/1993 (sửa đổi năm 2007)
12	Luật bảo hộ bí mật thương mại và ngăn ngừa hành vi cạnh tranh không lành mạnh	Unfair Competition Prevention and Trade Secret Protection Act	1961 (sửa đổi năm 2009 - Luật số 9537)
13	Luật bảo hộ dữ liệu cá nhân	Personal Information Protection Act	2011
14	Luật bảo hộ việc thuê nhà ở	Housing Lease Protection Act	1981 (Luật số 3379)
15	Luật bảo vệ người làm công có thời hạn cố định và người làm công bán thời gian	Act on the Protection of Fixed Term and Part-time Employees	2006 (Luật số 8074)

16	Luật bảo vệ người tiêu dùng trong thương mại điện tử	Act on Consumer Protection in the Electronic Commerce	2007 (Luật số 8635)
17	Luật bình đẳng giới trong lao động và hỗ trợ cân bằng giữa công việc và gia đình	Act on Equal Employment for Both Sexes and Support for Compatibility of Work and Family	1987
18	Luật bồi thường tổn thất do hỏa hoạn và việc mua hợp đồng bảo hiểm hỏa hoạn	Act on the Indemnification for Fire-Caused Loss and the Purchase of Insurance Policies	1973 (sửa đổi năm 2011)
19	Luật chữ ký số	Digital Signature Act of the Republic of Korea	1999 (sửa đổi năm 2010 - Luật số 10008)
20	Luật chứng khoán hóa có bảo đảm bằng tài sản	Asset-backed Securitization Act	1998 (sửa đổi năm 2012)
21	Luật chương trình mua sắm quốc phòng	Defense Acquisition Program Act	2005
22	Luật công ty tài chính	Korean Finance Corporation Act	2009
23	Luật đăng ký bất động sản	Registration of Real Estate Act	1970 (sửa đổi năm 2009 - Luật số 9401)
24	Luật đăng ký trái phiếu	Registration of Bonds and Debentures Act	1970 (sửa đổi năm 2011)
25	Luật điều phối thuế quốc tế	International Tax Coordination Act	1996 (sửa đổi năm 2008 - Luật số 9266)
26	Luật điều tiết hợp đồng mẫu	Regulation of Standardized Contracts Act	2008 (Luật số 8863)
27	Luật giao dịch công bằng khi thầu khoán lại	Fair Subcontract Transactions Act	1984 (Luật số 3799)
28	Luật giao dịch ngoại hối	Foreign Exchange Transactions Act	1998 (sửa đổi năm 2012 - Luật số 11407)
29	Luật giao dịch tài chính điện tử	Electronic Financial Transaction Act	2007 (sửa đổi năm 2010 - Luật số 10303)
30	Luật giao dịch trả góp	Installment Transactions Act	1991 (sửa đổi năm 2005 - Luật số 7793)
31	Luật hòa giải dân sự	Civil Mediation Act	1990 (sửa đổi năm 2012)
32	Luật hoàn trả các khoản lợi nhờ phát triển	Restitution of Development Gains Act	1989 (sửa đổi năm 2013)

33	Luật hợp đồng mà một bên là Chính quyền địa phương	Act on Contracts to Which a Local Government is a Party	2007 (sửa đổi năm 2013 - Luật số 11690)
34	Luật hợp đồng mà một bên là Nhà nước	Act on Contracts to Which the State is a Party	1997 (sửa đổi năm 2012 - Luật số 11547)
35	Luật kế hoạch tổng thể sử dụng đất	Act on Comprehensive Plan of National Land Construction	1963
36	Luật khung về chính sách việc làm	Framework Act on Employment Policy	2009
37	Luật khung về đất đai quốc gia	Framework Act on the National Land	2002 (sửa đổi năm 2009)
38	Luật khung về ngành công nghiệp xây dựng	Framework Act on the Construction Industry	2009 (Luật số 9875)
39	Luật khung về người tiêu dùng	Framework Act on Consumer	1987
40	Luật khung về quy tắc hành chính	Framework Act on Administrative Regulation	1997
41	Luật khung về thuế quốc gia	Framework Act on National Taxes	1976 (sửa đổi năm 2013 - Luật số 11873)
42	Luật khung về văn bản điện tử và các giao dịch điện tử	Framework Act on Electronic Documents and Transactions	1999 (Luật số 5834)
43	Luật khuyến khích đầu tư nước ngoài	Foreign Investment Promotion Act	1998 (sửa đổi năm 2009 - Luật số 9407)
44	Luật khuyến khích doanh nghiệp xã hội	Social Enterprises Promotion Act	2007
45	Luật khuyến khích sử dụng hệ thống truyền thông điện tử	Act on the Promotion of Use of Electric Communication Networks	2001
46	Luật khuyến khích việc làm và tái hòa nhập cho người khuyết tật	Act on Employment Promotion and Vocational Rehabilitation for Disabled Persons	1990 (sửa đổi năm 2007)
47	Luật kiểm soát độc quyền và thương mại công bằng	The Monopoly Regulation and Fair Trade Act - MRFTA	1980
48	Luật kiểm soát quảng cáo ngoài trời	Outdoor Advertisements, etc. Control Act	1992 (Luật số 4516)
49	Luật kiểm soát việc đãi ngộ thuế đối với các trường hợp đặc biệt	Special Tax Treatment Control Act	2012
50	Luật kiểm toán độc lập đối với các công ty cổ phần	Act on External Audit of Stock Companies	1980 (sửa đổi, bổ sung lần gần nhất vào năm 2013)

51	Luật kiểu dáng công nghiệp	Industrial Design Act	1961 (sửa đổi năm 2009 - Luật số 9764)
52	Luật kinh doanh bảo hiểm	Insurance Business Act	2005 (sửa đổi năm 2011)
53	Luật kinh doanh ngân hàng	Banking Act	1998 (sửa đổi năm 2013)
54	Luật mua sắm Chính phủ	Government Procurement Act	1994 (sửa đổi năm 2012 - Luật số 11552)
55	Luật Ngân hàng Công nghiệp Hàn Quốc	Industrial Bank of Korea Act	1961 (sửa đổi năm 2011)
56	Luật Ngân hàng Phát triển Hàn Quốc	Korea Development Bank Act	1953 (sửa đổi năm 2010)
57	Luật người lao động ngoại quốc tại Hàn Quốc	Act on Foreign Workers' Employment	2003
58	Luật người nước ngoài mua đất tại Hàn Quốc	Foreigner's Land Acquisition Act	2008 (Luật số 9186)
59	Luật nhãn hiệu thương mại	Trade Mark Act	1949 (sửa đổi năm 2014)
60	Luật quảng cáo trên các phương tiện phát thanh, truyền hình	Act on Broadcast Advertising Sales Agencies	2012 (Luật số 11373)
61	Luật quảng cáo và ghi nhãn công bằng	Fair Labeling and Advertising Act	1999 (Luật số 5814)
62	Luật quyền tác giả	Copyright Act	1957 (sửa đổi năm 2009 - Luật số 9625)
63	Luật sáng kiến tài chính tư nhân	Private Finance Initiative Act	1995
64	Luật sử dụng và bảo hộ thông tin tín dụng	Use and Protection of Credit Information Act	1997 (sửa đổi năm 2008 - Luật số 8863)
65	Luật sử dụng và bảo hộ thông tin về địa chỉ	Law on the Protection and Use of Location Information	2006 (Luật số 8002)
66	Luật sử dụng và quy hoạch quốc gia về đất đai	National Land Planning and Use Act	2002
67	Luật tên thật trong giao dịch tài chính và bảo đảm bí mật tài chính	Act on Real Name Financial Transactions and Guarantee of Secrecy	2008 (Luật số 9324)
68	Luật thị trường vốn và kinh doanh đầu tư tài chính	Financial Investment Business and Capital Markets Act	2007 (sửa đổi năm 2014)
69	Luật thu thuế quốc gia	National Tax Collection Act	1951 (sửa đổi năm 2007 - Luật số 10682)
70	Luật thủ tục hành chính	Administrative Procedure Act	1996
71	Luật thuế địa phương	Local Tax Act	2013

72	Luật thuế thu nhập doanh nghiệp	Corporate Income Tax Act	1998 (sửa đổi năm 2011 - Luật số 8852)
73	Luật thương mại hàng hải	Maritime Law and Commerce	2008
74	Luật tiền lương tối thiểu	Minimum Wage Act	1986
75	Luật tiêu chuẩn lao động	Labor Standards Act	2007
76	Luật tín thác trái phiếu có bảo đảm	Secured Bond Trust Act	1960 (sửa đổi năm 2012)
77	Luật trách nhiệm sản phẩm	Product Liability Act	2002
78	Luật trọng tài	Republic of Korea Arbitration Act	1966 (sửa đổi năm 1999)
79	Luật trừng trị người trốn thuế	Punishment of Tax Evaders Act	1954 (sửa đổi năm 2010)
80	Luật tự do thông tin	Freedom of Information Act	1996
81	Luật ưu đãi thuế đặc biệt	Special Tax Treatment Act	
82	Sắc lệnh của Tổng thống về Quy chế thực hiện các quy định liên quan tới vận đơn điện tử trong Bộ luật thương mại	Regulation for implementation of Electronic Bill of Landing-related Provisions of the Commercial Act	2013
V. MALAYSIA			
1	Hiến pháp Liên bang	Federal Constitution of Malaysia (P.U.(A) 164/2009)	2010
2	Bộ luật đất đai quốc gia	National Land Code	1965
3	Bộ luật thu mua và sáp nhập	Code on Takeovers and Mergers	1998 (sửa đổi năm 2010)
4	Bộ luật thực hành phòng ngừa và loại trừ quấy rối tình dục tại nơi làm việc	Code of Practice on the Prevention and Eradication of Sexual Harassment in the Workplace	1999
5	Luật bản quyền	Copyright Act	1987 (Luật 332)
6	Luật các dịch vụ tài chính	Financial Services Act	2013 (Luật 758)
7	Luật cạnh tranh	Competition Act	2010 (Luật 712)
8	Luật chỉ dẫn địa lý	Geographical Indications Act	2000 (Luật 602)
9	Luật Công đoàn	Trade Unions Act	1959 (Luật 626)
10	Luật công ty	Companies Act	1965 (Luật 125)
11	Luật công ty trách nhiệm hữu hạn hợp danh	Limited Liability Partnerships Act	2012 (Luật 743)

12	Luật công xưởng và nhà máy	Factories and Machinery Act	1967 (Luật 139)
13	Luật dân sự	Civil Law Act	1956 (Luật 67)
14	Luật đăng ký kinh doanh	Registration of Businesses Act	1956 (Luật 197)
15	Luật hoạt động công nghiệp	Industrial Coordination Act	1975 (Luật 156)
16	Luật hoạt động ngân hàng hồi giáo	Islamic Banking Act	1983 (Luật 276)
17	Luật Hội đồng Cạnh tranh	Competition Commission Act	2010 (Luật 713)
18	Luật Hội đồng Sở hữu trí tuệ	Intellectual Property Corporation Act	2002 (Luật 617)
19	Luật hợp đồng	Contracts Act	1950 (Luật 136)
20	Luật lao động	Employment Act	1955 (Luật 265)
21	Luật Ngân hàng Trung ương Malaysia	Central Bank of Malaysia Act	2009 (Luật 701)
22	Luật ngân hàng và các tổ chức tín dụng	Banking and Financial Institutions Act	1989 (Luật 372)
23	Luật nhãn hiệu thương mại	Trade Marks Act	1976 (Luật 175)
24	Luật quan hệ việc làm	Industrial Relations Act	1967 (Luật 177)
25	Luật Quỹ tiết kiệm dành cho người lao động	Employees Provident Fund Act	1991 (Luật 452)
26	Luật sáng chế	Patents Act	1983 (Luật 291)
27	Luật sức khỏe và an toàn nghề nghiệp	Occupational Safety and Health Act	1994 (Luật 514)
28	Luật thị trường và dịch vụ vốn	Capital Markets and Services Act	2007 (Luật 671)
29	Luật thiết kế bố trí mạch tích hợp	Layout-Designs of Integrated Circuits Act	2000 (Luật 601)
30	Luật thiết kế công nghiệp	Industrial Designs Act	1996 (Luật 552)
31	Luật Thông tin và Truyền thông	Communications and Multimedia Act	1998 (Luật 588)
32	Luật thuế thu nhập Malaysia	Income Tax Act	1967 (Luật 53)
33	Luật thuê-mua bán	Hire-Purchase Act	1967
34	Luật Tòa án	Subordinate Courts Act	1948 (sửa đổi năm 2010)
35	Luật Ủy ban Chứng khoán	Securities Commission Act	1993 (sửa đổi năm 1995) (Luật 498)

36	Luật Ủy ban Thông tin và Truyền thông Malaysia	Malaysian Communications and Multimedia Commission Act	1998 (Luật 589)
37	Luật xúc tiến đầu tư	Promotion of Investments Act	1986 (Luật 327)
38	Pháp lệnh lao động	Employment Regulations	1957
39	Pháp lệnh Ngân hàng Trung ương Malaysia	Central Bank of Malaysia Ordinance	1958
40	Quy chế lao động đối với người lao động bán thời gian	Employment (Part-Time Employees) Regulations	2010
41	Quy chế về bằng sáng chế	Patents Regulations (P.U.(A) 327/86)	1986
42	Quy chế về chỉ dẫn địa lý	Geographical Indications Regulations (P.U.(A) 247/2001)	2001
43	Quy chế về nhãn hiệu thương mại	Trade Marks Regulations	1997
44	Quy chế về quan hệ việc làm	Industrial Relations Regulations (P.U.(A) 254)	1980
45	Quy chế về thiết kế công nghiệp	Industrial Designs Regulations (P.U.(A) 37)	1999
46	Quy tắc hoạt động của Tòa án cấp cao	Rules of High Court (RHC)	2000
47	Cơ chế huy động vốn		2009
48	Bộ nguyên tắc chuyển giá	Transfer Pricing Guidelines	2012
VI. CỘNG HÒA LIÊN BANG NGA			
1	Hiến pháp Liên Xô	Constitution of the Soviet Union	1977
2	Hiến pháp Cộng hòa Liên bang Nga	Constitution of the Russian Federation	1993
3	Luật Hiến pháp Liên bang	Federal Constitutional Law of the Russia Federation	1997
	Luật Hiến pháp Liên bang về Tòa án Hiến pháp Liên bang Nga	Law on Constitutional Court of the Russian Federation	1994
4	Bộ luật dân sự Liên bang Nga	The Civil Code of the Russian Federation	1922
		Part One No. 51-FZ: The General Provisions	1994
		Part Two No. 14-FZ: Law of obligations	1996
		Part Three No. 146-FZ: Law of Succession	2001
		Part Four No. 230-FZ: Rights to the Results of Intellectual Activities and Means of Individualisation	2006

5	Luật Nhà nước Liên bang		
	Về công ty cổ phần	Federal Law No.208-FZ on Joint Stock Companies	1995
	Về công ty trách nhiệm hữu hạn	Federal Law No.14-FZ on Limited Liability Companies	1998
	Về hợp tác xã sản xuất	Federal Law No.41-FZ about Production Cooperatives	1996
	Về xí nghiệp nhà nước và địa phương	Federal Law No.616-FZ about the State and Municipal Unitary Enterprises	2002
	Về phát triển doanh nghiệp nhỏ và vừa ở Cộng hòa Liên bang Nga	Federal Law No.209-FZ on the Development of Small and Medium Enterprises in the Russian Federation	2007
	Về kinh tế trang trại nông dân	Federal Law No.74-FZ on Peasant Farm	2003
	Về Ngân hàng và hoạt động ngân hàng	Federal Law No.395 on Banks and Banking Activities	1990
	Về Ngân hàng Trung ương Liên bang Nga	Federal Law No.86-FZ on the Central Bank of the Russian Federation	2002
	Về bảo vệ cạnh tranh	Federal Law No.135-FZ on Protection of Competition	2006
	Về độc quyền tự nhiên	Federal Law No.147-FZ(I) on Natural Monopolies	1995
	Về hoạt động đầu tư ở Cộng hòa Liên bang Nga	Federal Law on Investment Activity in the Russian Federation	1991
	Về đầu tư nước ngoài tại Liên bang Nga	Federal Law No.160-FZ on Foreign Investments in the Russian Federation	1999
	Về bí mật thương mại	Federal Law No.98-FZ on Trade Secrets	2004
	Về thị trường giấy tờ có giá	Federal Law No.39-FZ on Valuable Papers Market	1996
	Về quảng cáo	Federal Law No.38-FZ on Advertising	2006
	Về các vùng kinh tế đặc biệt	Federal Law No.116-FZ on Special Economic Zones in the Russian Federation	2005
	Về bảo vệ môi trường xung quanh	Federal Law No.7-FZ on Environmental Protection	2002
	Về mất khả năng thanh toán (phá sản)	Federal Law No.127-FZ about Insolvency (Bankrupt)	2002
Về hệ thống Tòa án của Liên bang Nga	Federal Constitutional Law No.1-FKZ on Judicial System	1996	

6	Luật phá sản các tổ chức tín dụng	Law on Insolvency (Bankruptcy) of Credit Institutions No.40-FZ	1999
7	Luật phá sản Cộng hòa Liên bang Nga	Federal Law No.127-FZ on Insolvency (Bankruptcy)	2002
8	Luật phá sản xí nghiệp	Enterprise Bankruptcy Law	1998
9	Luật số 60 về việc hỗ trợ và phát triển kinh doanh nhỏ và vừa ở thành phố Mát-xcơ-va	Moscow City Law No.60 on Support for and Development of Small and Medium-sized Entrepreneurship in Moscow	2008
10	Sắc lệnh Tổng thống Liên bang Nga số 65 về "Tự do thương mại"	Edict of the President No.65 on the Freedom of Trade	1992