

MỘT SỐ VẤN ĐỀ VỀ CHẾ ĐỊNH THƯƠNG NHÂN TRONG GIAI ĐOẠN HỘI NHẬP QUỐC TẾ

1. Cơ sở pháp lý

Luật Thương mại năm 2005 quy định về hoạt động thương mại đối với các cá nhân hoạt động thương mại độc lập, thường xuyên không phải đăng ký kinh doanh, trong đó hoạt động thương mại hoạt động nhằm mục đích sinh lợi, bao gồm mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ, đầu tư, xúc tiến thương mại và các hoạt động nhằm mục đích sinh lợi khác.

Trong thực tế, thói quen trong hoạt động thương mại là quy tắc xử sự có nội dung rõ ràng được hình thành và lặp lại nhiều lần trong một thời gian dài giữa các bên, được cả bên mặc nhiên thừa nhận để được xác định quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng thương mại.

Theo quy định tại Điều 6, Luật thương mại năm 2005 thương nhân được quy định là gồm tổ chức kinh tế được thành lập hợp pháp, cá nhân hoạt động kinh doanh một cách độc lập, thường xuyên và có đăng ký kinh doanh.

Thương nhân có quyền hoạt động thương mại trong các ngành nghề, tại các địa bàn, dưới các hình thức và theo các phương thức mà pháp luật không cấm. Nhà nước thực hiện độc quyền nhà nước có thời hạn về hoạt động thương mại đối với một số hàng hóa, dịch vụ hoặc tại một số địa bàn để bảo đảm lợi ích quốc gia.

Có thể thấy rằng, phạm vi áp dụng của Luật thương mại còn chưa thực sự rõ ràng và hợp lý xét trên cơ sở tính minh bạch, tính thống nhất bởi thực tế hiện nay Luật Thương mại chỉ điều chỉnh đối với giao dịch có ít nhất 1 bên là thương nhân. Nếu cá nhân hoạt động thương mại với bên không phải là thương nhân thì hợp đồng đó là hợp đồng dân sự và do Luật Dân sự điều chỉnh. Hợp đồng giữa cá nhân hoạt động thương mại với nhau hay cá nhân hoạt động thương mại với người tiêu dùng thì kể cả hoạt động của họ luôn nhằm mục đích sinh lời cũng không được chọn luật thương mại để điều chỉnh, không phải là hợp đồng thương mại.

Từ quy định này cho thấy có sự phân biệt đối xử nhất định giữa những nhà kinh doanh với nhau. Ví dụ hợp đồng giữa hai cá nhân hoạt động thương mại có sự vi phạm, nếu Luật thương mại điều chỉnh, bên vi phạm sẽ phải chịu phạt tối

đa 8% giá trị hợp đồng hoặc giá trị phần nghĩa vụ bị vi phạm, trong khi đó thực tế Luật Dân sự điều chỉnh hợp đồng này nên bên vi phạm sẽ phải chịu phạt theo thỏa thuận, kể cả việc hoàn trả số phạt này họ sẽ không có khả năng tái kinh doanh được nữa. Tuy là cá nhân hoạt động thương mại nhưng cũng chưa thể khẳng định được quy mô của họ là nhỏ, chính vì vậy sẽ gây ảnh hưởng không nhỏ đến việc phát triển bền vững của nền kinh tế. Bên cạnh đó, cũng có thể nhận thấy rằng phạm vi áp dụng của Luật thương mại và Luật trọng tài thương mại đang có sự khác biệt. Luật Trọng tài thương mại điều chỉnh tranh chấp giữa các bên phát sinh từ hoạt động thương mại, tranh chấp phát sinh giữa các bên trong đó ít nhất một bên có hoạt động thương mại; và tranh chấp khác giữa các bên mà pháp luật quy định được giải quyết bằng trọng tài.

Xét yếu tố trên, Luật Trọng tài Thương mại có phạm vi áp dụng rõ ràng hơn, rộng hơn và hợp lý hơn Luật thương mại hiện hành. Để tránh việc thiếu thống nhất giữa các luật cần cân nhắc thống nhất phạm vi áp dụng của các luật này.

Tại Điều 7, Luật Thương mại quy định thương nhân có nghĩa vụ đăng ký kinh doanh theo quy định của pháp luật. Trường hợp chưa đăng ký kinh doanh, thương nhân vẫn phải chịu trách nhiệm về hoạt động của mình theo quy định của Luật này và quy định khác của pháp luật. Thương nhân thực hiện hoạt động thương mại phải chịu trách nhiệm về chất lượng, tính hợp pháp của hàng hóa, dịch vụ mà mình kinh doanh (K2, Điều 14 Luật thương mại năm 2005).

2. Đánh giá tình hình thực hiện Luật năm 2005 trong giai đoạn hội nhập Quốc tế

Để phù hợp với giai đoạn hội nhập kinh tế quốc tế cần thiết phải đánh giá tình hình thực hiện Luật Thương mại năm 2005 trên cơ sở các tiêu chí sau:

- Về tính minh bạch trong các quy định của Luật thương mại đối với chế định thương nhân cần làm rõ trong các tiêu chí như: rõ ràng về hình thức; các quy định áp dụng cho doanh nghiệp có rõ ràng và cụ thể không?; có nguy cơ cho những người, tham nhũng không?...

Căn cứ vào các tiêu chí đó, có thể thấy rằng, khái niệm thương nhân được quy định tại Khoản 1, Điều 6 “thương nhân là tổ chức được thành lập hợp pháp...” tạo ra những điểm không rõ ràng, gây khó khăn trong quá trình áp dụng. Tuy nhiên, xét về bản chất một tổ chức được coi là thành lập hợp pháp khi

tổ chức đó được thành lập theo đúng trình tự, thủ tục quy định của pháp luật và trong nhiều trường hợp một tổ chức chỉ được coi là thành lập hợp pháp khi có giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh của cơ quan nhà nước có thẩm quyền, nên quy định thương nhân phải là tổ chức được thành lập hợp pháp là không hợp lý, có sự trùng lặp với quy định phải có đăng ký kinh doanh tại đoạn cuối của điều luật. Bên cạnh đó, việc đưa ra điều kiện “thương nhân phải hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên là không rõ ràng và không cần thiết, Luật quy định phải hoạt động thường xuyên, nhưng không quy định thế nào là hoạt động thương mại độc lập, và thường xuyên.

- Về tính thống nhất trong các quy định của Luật Thương mại đối với chế định thương nhân cần rà soát các theo hướng có tuân thủ với các văn bản pháp luật có giá trị pháp lý cao hơn không; Có mâu thuẫn giữa các quy định trong bản thân văn bản đó không? Có mâu thuẫn với các văn bản pháp luật khác không; Có tương thích với các cam kết quốc tế mà Việt Nam tham gia không?

Điều 6 Luật thương mại quy định thương nhân gồm tổ chức kinh tế được thành lập một cách hợp pháp, cá nhân đáp ứng đủ 2 điều kiện là hoạt động thương mại độc lập, thường xuyên và có đăng ký kinh doanh. Như vậy, có thể thấy rằng ngay trong nội dung của Luật thương mại đã thể hiện sự phủ định giữa các quy định định. Cụ thể, Điều 7, Luật thương mại quy định “Thương nhân có nghĩa vụ đăng ký kinh doanh theo quy định của pháp luật. Trường hợp chưa đăng ký kinh doanh, thương nhân vẫn phải chịu trách nhiệm về mọi hoạt động của mình theo quy định của Luật này và các quy định khác của pháp luật. Theo đó, có thể hiểu thương nhân là cá nhân, tổ chức hoạt động thương mại độc lập, thường xuyên không nhất thiết phải có đăng ký kinh doanh.

- Về tính hợp lý trong các quy định của Luật Thương mại đối với chế định thương nhân cần được xem xét ở góc độ đơn giản hóa được các điều kiện kinh doanh, thủ tục hành chính, giảm chi phí cho doanh nghiệp không? Có đưa ra được những quy định bất hợp lý, cản trở quyền tự do kinh doanh không? Có phù hợp với sự phát triển bền vững (về trách nhiệm của doanh nghiệp, về lợi ích của người tiêu dùng, về nguyên tắc cung cầu và cạnh tranh bình đẳng.v.v... không? Có phân biệt đối xử không?

Căn cứ vào các tiêu chí nêu trên khi xem xét tính hợp lý trong các quy định của Luật Thương mại đối với chế định thương nhân có thể thấy rằng, khái niệm

thương nhân tại Khoản 1, điều 6 Luật thương mại có nhiều điểm chưa hợp lý, hạn chế quyền được hưởng quy chế thương nhân của nhiều chủ thể tham gia hoạt động thương mại và hạn chế phạm vi áp dụng của luật thương mại.

Đối với quy định thương nhân phải “hoạt động thương mại độc lập, thường xuyên” là hạn chế phạm vi áp dụng của luật thương mại vì trên thực tế có nhiều hoạt động cũng nhằm mục đích sinh lợi nhưng do tính chất của lĩnh vực hoạt động hay lĩnh vực hàng hóa nên không hoạt động thường xuyên như buôn bán ô tô, bất động sản..v.v... Do đó điều kiện phải hoạt động thương mại độc lập thường xuyên mới được coi là thương nhân đã loại bỏ đi một nhóm đối tượng cũng hoạt động thương mại, cũng có đăng ký kinh doanh nhưng không hoạt động thường xuyên khỏi phạm vi áp dụng của Luật thương mại vì nhóm đối tượng nào không được coi là thương nhân như quy định tại Khoản 1, Điều 6 Luật thương mại.

Đối với quy định “thương nhân phải đăng ký kinh doanh” cũng không hợp lý bởi lẽ đối tượng điều chỉnh của Luật thương mại xét đến cùng vẫn bao gồm các tổ chức, cá nhân có hoạt động thương mại nhằm mục đích sinh lợi, gồm mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ, đầu tư, xúc tiến thương mại và các hoạt động nhằm mục đích sinh lợi khác. Các tổ chức, cá nhân hoạt động thương mại độc lập thường xuyên có đăng ký kinh doanh hay không vẫn chịu sự điều chỉnh của luật thương mại đó đó việc đặt ra quy định phải có đăng ký kinh doanh mới được coi là thương nhân là không cần thiết. Hơn nữa, trên thực tế có không ít trường hợp chủ thể hoạt động thương mại thường xuyên, độc lập nhưng lại không được coi là thương nhân vì thế các hành vi thương mại của họ không chịu sự điều chỉnh của luật thương mại. Đây là điểm dẫn đến nhiều trường hợp chủ thể kinh doanh lợi dụng quy định của Luật thương mại để trốn tránh việc thực hiện nghĩa vụ của mình đối với bạn hàng.

- Xét về tính khả thi trong các quy định của Luật Thương mại đối với chế định thương nhân cần được xem xét trên cơ sở khả năng doanh nghiệp thực hiện được trên thực tế không? Có khả năng cơ quan nhà nước thực hiện trên thực tế được không? Điều kiện về tổ chức, nhân lực và vật lực.v.v...

3. Rà soát các quy định liên quan đến chế định thương nhân trong hệ thống pháp luật dân sự

Để phù hợp với yêu cầu hội nhập kinh tế quốc tế Nhà nước đã từng bước xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật trong đó có Luật thương mại. Đặc biệt trong giai đoạn xúc tiến quá trình gia nhập và trở thành thành viên chính thức của tổ chức thương mại thế giới WTO. Tuy nhiên, do những đặc điểm riêng của nền kinh tế nên những quy định của thương mại thức đẩy hội nhập kinh tế quốc tế vẫn đang ở mức độ nhất định.

Việc hoàn thiện các quy định trong hệ thống pháp luật nhằm đáp ứng yêu cầu hội nhập kinh tế quốc tế, trong đó các quy định về pháp luật thương mại cũng được hoàn thiện theo hướng minh bạch hóa. Các vấn đề pháp lý liên quan đến minh bạch hóa đã dần được thể hiện chi tiết trong hệ thống văn bản pháp luật và công khai phổ biến trong quá trình quản lý của cơ quan có thẩm quyền, về các biện pháp xử lý hành vi vi phạm, cũng như các quy định về thủ tục hành chính.v.v.. Quá trình minh bạch hóa pháp luật đặc biệt là các trình tự thủ tục góp phần không nhỏ vào việc thu hút đầu tư, thúc đẩy các hoạt động thương mại phát triển hơn. Việt Nam đã kịp thời điều chỉnh trong hệ thống pháp luật thương mại đối với một số lĩnh vực mới như dịch vụ logistic, hoạt động nhượng quyền thương mại.v.v... Ngoài ra, việc điều chỉnh và hoàn thiện những quy định trong hệ thống pháp luật thương mại đã góp phần tạo nên sự tương đồng so với các quy định về hoạt động thương mại trên thế giới nhằm thúc đẩy quá trình phát triển thương mại trong nước cũng như quốc tế.

Thời gian qua với sự nỗ lực của Việt Nam, hệ thống pháp luật đã được hoàn thiện tương đối đầy đủ đáp ứng yêu cầu hội nhập quốc tế, tuy nhiên, vẫn còn những quy định bất cập so với pháp luật quốc tế như quy định tại Điều 27, Luật thương mại quy định về mua bán hàng hóa quốc tế vẫn mang tính liệt kê, không nêu khái niệm chung nhất theo quy định của Công ước viên 1980. Việc quy định như vậy dễ dẫn đến sự sai lệch, lạc hậu so với thực tế và làm ảnh hưởng đến việc chọn luật áp dụng của các bên mua và bán. Cũng theo quy định của Công ước viên 1980 quy định về thời điểm chuyển rủi ro đối với hàng hóa mua bán trên đường vận chuyển được xác định tại Điều 68 là người mua sẽ chịu rủi ro đối với hàng hóa được chuyển giao cho người vận chuyển và người vận chuyển đã xác nhận hợp đồng vận chuyển. Trừ trường hợp lúc ký kết hợp đồng mua bán, người bán đã biết hoặc không biết rằng hàng hóa đã bị mất mát hay hư

hồng nhưng không thông báo cho người mua. Cùng với vấn đề này, Luật Thương mại năm 2005 lại quy định hợp đồng có đối tượng là hàng hóa đang trên đường vận chuyển thì rủi ro mất mát hoặc hư hỏng hàng hóa được chuyển cho bên mua kể từ thời điểm giao kết hợp đồng. Có thể dễ dàng nhận ra quy định như Điều 60, Luật Thương mại năm 2005 chưa thật phù hợp vì rủi ro có thể phát sinh kể từ thời điểm hàng hóa không còn nằm trong tầm kiểm soát của người bán bởi rất có thể hàng hóa bị hư hỏng sau khi người bán giao hàng cho người vận.

4. Giải pháp hoàn thiện pháp luật trong chế định thương nhân theo yêu cầu hội nhập

Tiêu chí minh bạch được đặt ra khi Việt Nam tham gia vào các tổ chức kinh tế quốc tế. Hệ thống pháp luật của Việt Nam đã dần được cải thiện nhằm đảm bảo tính minh bạch từ khâu xây dựng văn bản quy phạm pháp luật đến quá trình thực thi pháp luật. Tuy nhiên, hệ thống văn bản pháp luật thương mại hiện hành của Việt Nam vẫn còn tồn tại nhiều những quy định chưa đáp ứng được tiêu chí minh bạch dẫn đến nhiều bất cập trong quá trình thực hiện, ảnh hưởng không nhỏ đến hiệu quả hoạt động của các doanh nghiệp.

Một số quy định trong luật Thương mại hiện hành quy định phức tạp, không rõ ràng, không thể hiện được bản chất của vấn đề, có sự mâu thuẫn trong khái niệm gây khó khăn cho doanh nghiệp. Việc đưa ra những khái niệm có sự nhầm lẫn về bản chất có thể dẫn đến sự đối xử khác nhau giữa các doanh nghiệp, không đảm bảo tính bình đẳng trong hoạt động kinh doanh và làm ảnh hưởng đến quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp. Đi vào cụ thể, khái niệm thương nhân được quy định trong Luật Thương mại năm 2005 đưa ra rất nhiều tiêu chí là không cần thiết, chưa rõ ràng và làm hạn chế quyền kinh doanh của một số tổ chức, cá nhân hoạt động thương mại.

Bên cạnh đó một số điều luật quy định còn nhiều bất cập, thiếu rõ ràng, không đầy đủ, không quy định rõ về quyền và nghĩa vụ của các chủ thể liên quan, gây khó khăn trong quá trình áp dụng. Tính không minh bạch trong các chế định liên quan đến thương nhân làm cho việc xác định trách nhiệm của một số chủ thể trong quan hệ pháp luật thương mại không rõ ràng, khó xác định, điều này sẽ ảnh hưởng đến quyền lợi của các chủ thể khác, gây sự lúng túng cho cơ quan nhà nước trong quá trình áp dụng luật.

Ngoài ra, một số quy định về thủ tục không rõ ràng khiến cho các doanh nghiệp cũng như các cơ quan quản lý nhà nước gặp phải nhiều khó khăn trong việc áp dụng, không đảm bảo được tính thống nhất của pháp luật, gây khó khăn cho việc quản lý của nhà nước, khiến quyền lợi của một số chủ thể nhiều khi không được bảo đảm.

Giải pháp:

Cần sửa đổi các khái niệm liên quan đến chế định thương nhân theo hướng đơn giản hóa đưa ra trên cơ sở các tiêu chí mang tính bản chất để nêu rõ được bản chất, cũng như làm rõ các yếu tố đặc trưng của vấn đề.

Tiến hành rà soát và chỉnh sửa các khái niệm liên quan đến chế định thương nhân nhằm tránh việc sử dụng nhiều cụm từ có nội dung gần giống nhau để giải thích cho một vấn đề, nên sử dụng cụm từ có thể bao quát hết được nội dung của vấn đề như thế sẽ tránh được việc trình lập không cần thiết.

Ngoài ra, việc quy định rõ hơn về quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm của một số chủ thể cũng như bổ sung thêm những quy định chưa được đề cập trong một số vấn đề hoặc làm rõ hơn một số quy định chưa được giải thích rõ ràng.v.v...

Khuyến nghị:

Để đáp ứng yêu cầu hội nhập kinh tế quốc tế đặc biệt là hội nhập diễn đàn kinh tế Châu Á Thái Bình Dương (TPP) cần thiết phải xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật thương mại mà một trong những chủ thể tham gia trực tiếp vào quá trình hội nhập kinh tế quốc tế là thương nhân. Chính vì thế, việc hoàn thiện các quy định liên quan đến chế định thương nhân là yêu cầu cấp thiết được đặt ra trong quá trình hoàn thiện hệ thống luật thương mại hiện hành với những vấn đề đã được phân tích cụ thể nêu trên. Chúng tôi xin đưa ra một số hướng hoàn thiện cụ thể như sau:

Thứ nhất, khái niệm thương nhân với nhiều tiêu chí như pháp luật hiện hành là không cần thiết, chưa rõ ràng làm hạn chế quyền kinh doanh của một số tổ chức, cá nhân hoạt động thương mại. Chế định thương nhân được một số nước trên thế giới quy định đều dựa trên những tiêu chí đơn giản, đi sâu vào bản chất khái niệm. Ví dụ Luật thương mại Cộng hòa Pháp quy định thương nhân là người thực hiện những hành vi thương mại và đó là nghề thường xuyên của họ. Theo quy định về thương nhân tại Điều 104, Bộ luật thương mại Hoa Kỳ thì những người thực hiện các nghiệp vụ đối với một loại nghề nghiệp nhất định là

đối tượng của các hợp đồng thương mại. Ngoài ra, chế định thương nhân của một số nước còn quy định thương nhân phải thực hiện các hành vi thương mại nhân dân mình và lợi ích của chính mình. Vì vậy, trong pháp luật của các nước thường chỉ xác định điều kiện trở thành thương dân dựa trên yếu tố cơ bản nhất, là thực hiện hoạt động thương mại.

Thứ hai, cần sửa đổi khái niệm thương nhân theo hướng đơn giản hóa dựa trên cơ sở xem xét ở góc độ bản chất của thương nhân là hoạt động thương mại – hoạt động sinh lời và bỏ quy định thương nhân là tổ chức thành lập hợp pháp và phải hoạt động thường xuyên; bỏ quy định tại Điều 7 Luật Thương mại với lý do: trường hợp có đăng ký kinh doanh thì thực hiện theo Luật Thương mại, trường hợp không có đăng ký kinh doanh mà vẫn kinh doanh thì người kinh doanh vẫn phải chịu trách nhiệm theo Luật dân sự và các luật liên quan về an toàn thực phẩm, môi trường .v.v... và đồng thời phải chịu trách nhiệm hành chính về hành vi kinh doanh không đăng ký.

Thứ ba, để đáp ứng được ít nhất một trong hai điều kiện là các bên là thực thể thương mại hoặc có mối liên hệ với hoạt động thương mại như trong phạm vi áp dụng của Luật Thương mại thì sẽ điều chỉnh được cả những tranh chấp hợp đồng có ít nhất một bên là cá nhân hoạt động thương mại và các tranh chấp phát sinh từ hoạt động thương mại, đồng thời cũng tương đồng với các quy định trong pháp luật thương mại Nhật Bản.

TTBD ĐBDC