

VIỆN HÀN LÂM
KHOA HỌC XÃ HỘI VIỆT NAM
HỌC VIỆN KHOA HỌC XÃ HỘI



LÊ KIM GIANG

**HỢP ĐỒNG LIÊN DOANH TRONG KINH DOANH
DỊCH VỤ VIỄN THÔNG Ở VIỆT NAM HIỆN NAY**

Chuyên ngành: Luật Kinh tế

Mã số : 62.38.01.07

LUẬN ÁN TIẾN SĨ LUẬT HỌC

Người hướng dẫn khoa học: **1. PGS.TS. Đinh Văn Thanh**
2. PGS.TS. Bùi Nguyên Khánh

HÀ NỘI - 2016

LỜI CAM ĐOAN

Tôi xin cam đoan đây là công trình nghiên cứu của riêng tôi.

Các số liệu trong Luận án đều được trích dẫn nguồn trung thực. Những kết luận khoa học của Luận án chưa được ai công bố trong bất kỳ công trình nào khác.

TÁC GIẢ LUẬN ÁN

Lê Kim Giang

DANH MỤC CÁC KÝ HIỆU, CÁC CHỮ VIẾT TẮT

CP	: Chính phủ
CT	: Công ty
CTCP	: Công ty cổ phần
DN	: Doanh nghiệp
DVVT	: Dịch vụ viễn thông
HĐ	: Hợp đồng
TMDV	: Thương mại dịch vụ
TMHH	: Thương mại hàng hóa

MỤC LỤC

MỞ ĐẦU	1
CHƯƠNG 1: TỔNG QUAN TÌNH HÌNH NGHIÊN CỨU, CƠ SỞ LÝ THUYẾT VÀ PHƯƠNG PHÁP NGHIÊN CỨU	10
1.1 Tổng quan tình hình nghiên cứu	10
1.2. Cơ sở lý thuyết và phương pháp nghiên cứu	13
KẾT LUẬN CHƯƠNG 1	17
CHƯƠNG 2: NHỮNG VẤN ĐỀ LÝ LUẬN CHUNG VỀ HỢP ĐỒNG LIÊN DOANH VÀ PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG LIÊN DOANH TRONG KINH DOANH DỊCH VỤ VIỄN THÔNG	18
2.1. Tổng quan về hợp đồng liên doanh	18
2.2 Hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông	45
KẾT LUẬN CHƯƠNG 2	67
CHƯƠNG 3: THỰC TRẠNG CÁC QUY ĐỊNH PHÁP LUẬT VÀ THỰC TIỄN THỰC HIỆN HỢP ĐỒNG LIÊN DOANH TRONG KINH DOANH DỊCH VỤ VIỄN THÔNG Ở VIỆT NAM HIỆN NAY	70
3.1. Thực trạng các quy định pháp luật về hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông ở Việt Nam hiện nay	70
3.2. Thực tiễn thực hiện pháp luật về hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông ở Việt nam hiện nay	119
KẾT LUẬN CHƯƠNG 3	127
CHƯƠNG 4: PHƯƠNG HƯỚNG VÀ CÁC GIẢI PHÁP NÂNG CAO HIỆU QUẢ GIAO KẾT VÀ THỰC HIỆN HỢP ĐỒNG LIÊN DOANH TRONG KINH DOANH DỊCH VỤ VIỄN THÔNG Ở VIỆT NAM HIỆN NAY	129
4.1 Phương hướng hoàn thiện	129
4.2 Những giải pháp cụ thể	134
KẾT LUẬN CHƯƠNG 4	144
KẾT LUẬN	146
TÀI LIỆU THAM KHẢO	151

MỞ ĐẦU

1. Tính cấp thiết của đề tài

Dịch vụ viễn thông (DVVT) có một vai trò quan trọng trong đời sống kinh tế - xã hội của mỗi quốc gia. Trong giao lưu thương mại quốc tế, DVVT ngày càng tỏ rõ ưu thế, thu hút sự quan tâm của Tổ chức Thương mại Thế giới (WTO) nói chung và của mỗi quốc gia trong đó có Việt Nam nói riêng. Trong khuôn khổ của WTO, DVVT được điều chỉnh bởi “*Hiệp định chung về Thương mại dịch vụ – General Agreement on Trade in Services – GATS*” năm 1994. Hiệp định GATS đặt nền móng pháp lý và khung khổ pháp lý quốc tế đồng bộ đầu tiên cho thương mại dịch vụ và trực tiếp tác động chi phối đến tất cả các hiệp định thương mại song phương và đa phương trên thế giới, buộc tất cả các nước thành viên phải tuân thủ.

Thoát thai từ một nền kinh tế tập trung quan liêu bao cấp, DVVT tuy là ngành kinh tế quan trọng song chưa được đối xử như một lĩnh vực thương mại dịch vụ. Trong bối cảnh mà nền kinh tế chỉ biết và chú trọng đến dịch vụ thương mại, nên hệ thống pháp luật của Việt Nam trong thời gian dài đã coi coi dịch vụ nói chung và DVVT nói riêng là một dạng hàng hoá đặc biệt. Hệ quả này đã tiếp tục ảnh hưởng đến pháp luật về DVVT ngày hôm nay khi về cơ bản chúng ta chưa có một khuôn khổ pháp lý chung cho thương mại dịch vụ.

Sau khi trở thành thành viên chính thức thứ 150 của WTO, Việt Nam phải tuân thủ các quy định của Hiệp định GATS, Hiệp định về dịch vụ viễn thông cơ bản của WTO đồng thời phải thực hiện đầy đủ các cam kết về mở cửa thị trường viễn thông. Cụ thể: (i) Đối với dịch vụ dịch vụ viễn thông có hạ tầng mạng với các dịch vụ cơ bản như điện thoại cố định, di động, truyền số liệu, thuê kênh riêng... các đối tác nước ngoài chỉ được phép đầu tư dưới hình thức liên doanh với nhà khai thác Việt Nam đã được cấp phép, vốn góp tối đa là 49% vốn pháp định của liên doanh; (ii) Đối với dịch vụ viễn thông không có hạ tầng mạng, trong 3 năm đầu sau khi gia nhập WTO, phía nước ngoài chỉ được phép đầu tư dưới hình thức liên doanh với nhà khai thác Việt Nam đã được cấp phép, vốn góp tối đa là 51% vốn pháp định của liên doanh. 3 năm tiếp theo, phía nước ngoài mới được phép tự do lựa chọn đối tác khi thành lập liên doanh và được nâng

vốn góp lên mức 65%; (iii) Riêng đối với dịch vụ mạng riêng ảo VPN và dịch vụ viễn thông gia tăng giá trị (thu điện tử, truy nhập Internet...) một số đối tác lớn sẽ được cung cấp trên hạ tầng mạng do Việt Nam kiểm soát. Bên nước ngoài được tự do lựa chọn đối tác liên doanh ngay sau khi gia nhập và được phép tham gia tối đa 70% vốn pháp định của liên doanh; (iv) Trong lĩnh vực dịch vụ hữu tuyến và di động mặt đất, nhà cung cấp dịch vụ viễn thông ở nước ngoài phải thông qua thỏa thuận thương mại với pháp nhân được thành lập tại Việt Nam và được cấp phép cung cấp dịch vụ viễn thông quốc tế tại Việt Nam. Đối với dịch vụ vệ tinh, Việt Nam cam kết 3 năm sau khi gia nhập sẽ mở rộng loại đối tượng, chủ yếu là các công ty đa quốc gia hoạt động tại Việt Nam. Nếu thỏa mãn điều kiện cấp phép, có thể được cấp phép sử dụng trực tiếp dịch vụ vệ tinh của các nhà cung cấp dịch vụ nước ngoài. Ngoài ra, phía Việt Nam cũng cam kết cho phép đối tác nước ngoài được kết nối dung lượng cáp quang biển (dung lượng toàn chủ) của các tuyến cáp quang Việt Nam là thành viên, đồng thời được bán dung lượng truyền dẫn này cho các nhà cung cấp dịch vụ viễn thông quốc tế có hạ tầng mạng như VNPT, Viettel.... 4 năm sau khi gia nhập, phía nước ngoài được phép bán dung lượng trên cho các nhà cung cấp dịch vụ VPN và IXP quốc tế được cấp phép như FPT, VNPT, Viettel.... (v) Riêng đối với các cam kết chuyển đổi hợp đồng hợp tác kinh doanh (BCC) trong viễn thông, các nhà đầu tư nước ngoài tham gia BCC có thể ký mới thỏa thuận hiện tại hoặc chuyển sang hình thức hiện diện khác với những điều kiện không kém thuận lợi hơn điều kiện họ đang được hưởng.

Rõ ràng, khác với điều kiện mở cửa thị trường của thập kỷ 90, hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông hiện nay đã, đang thay thế các hợp đồng hợp tác kinh doanh (BCC) giữa Bên Việt Nam và Bên nước ngoài trên thị trường viễn thông ở nước ta hiện nay. Không còn nghi ngờ, hợp đồng liên doanh sẽ là công cụ quan trọng để các nhà đầu tư nước ngoài gia nhập và cạnh tranh quyết liệt và chiếm giữ thị phần trên thị trường dịch vụ viễn thông ở nước ta trong thời gian tới, đặc biệt trong bối cảnh Việt Nam ngày càng mở rộng thị trường dịch vụ theo cam kết của WTO và các tổ chức thương mại khu vực khác như APEC, EU, TPP... Song điều đáng nói là, về phương diện điều chỉnh pháp luật, Việt Nam chưa có sự chuẩn bị cần thiết để tiếp nhận chủ động xu hướng tất yếu này. Hơn thế, do quan niệm hợp đồng liên doanh là thỏa thuận

riêng giữa các nhà đầu tư trước khi thành lập doanh nghiệp liên doanh theo Luật doanh nghiệp, nên hiện nay Luật Đầu tư của Quốc hội số 67/2014/QH13 đã không quy định về hợp đồng liên doanh và điều chỉnh về nội dung cơ bản: hình thức pháp lý, điều kiện, trình tự, thủ tục pháp lý phê chuẩn của hợp đồng liên doanh. Tuy nhiên, điều rất đáng lưu ý là, với tính cách là cơ sở pháp lý cho việc cấp Giấy chứng nhận đầu tư về liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông theo Luật đầu tư 2005, các hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông vẫn đang có hiệu lực. Bên cạnh đó, trong thực tiễn, việc giao kết hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông vẫn tiếp tục là thông lệ phổ biến giữa các nhà đầu tư trong nước và nước ngoài để ràng buộc các quyền và nghĩa vụ pháp lý, quản trị các rủi ro trước khi thành lập các doanh nghiệp liên doanh theo Luật doanh nghiệp 2014. Từ đây, nhiều vấn đề pháp lý về việc thực hiện các quyền và nghĩa vụ của các bên trong các hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông được giao kết trước và sau khi Luật đầu tư 2014 và Luật doanh nghiệp 2014 có hiệu lực như: (i) mối liên hệ giữa hợp đồng liên doanh với Điều lệ, Quy chế của doanh nghiệp liên doanh?; (ii) sự thay đổi các mục tiêu của liên doanh trong hợp đồng liên doanh?; (iii) sự thay đổi thành viên trong doanh nghiệp liên doanh?... Đây cũng chính là nguyên nhân dẫn đến các tranh chấp kéo dài giữa các bên trong các liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông ở nước ta hiện nay.

Trong bối cảnh kể trên, việc nghiên cứu những vấn đề lý luận và thực tiễn về hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông vẫn tiếp tục được đặt ra rất cấp bách ở Việt Nam hiện nay.

2. Mục đích, nhiệm vụ nghiên cứu

2.1. Mục đích nghiên cứu

- Mục tiêu nghiên cứu của luận án là làm sáng tỏ những vấn đề lý luận của hợp đồng liên doanh, hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông, đặc biệt trong bối cảnh Việt Nam đã là thành viên của WTO; phân tích, đánh giá thực trạng và thực tiễn áp dụng các quy định pháp luật liên quan đến hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông ở nước ta hiện nay; và đề từ đó đề xuất phương hướng, giải pháp nhằm tăng cường hiệu quả trong giao kết và thực hiện hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông ở Việt Nam trong thời gian tới.

2.2. Nhiệm vụ nghiên cứu

Để đạt được mục đích nghiên cứu nêu trên, nhiệm vụ nghiên cứu của đề tài được xác định cụ thể như sau:

- Nghiên cứu, làm sáng tỏ vấn đề lý luận về hợp đồng liên doanh: quan niệm về hợp đồng và hợp đồng thành lập công ty; khái niệm hợp đồng liên doanh; điều kiện có hiệu lực và nội dung cơ bản của hợp đồng liên doanh;

- Nghiên cứu làm sáng tỏ những vấn đề lý luận về hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông: dịch vụ viễn thông và các hình thức kinh doanh của dịch vụ viễn thông; tự do hóa dịch vụ viễn thông và các phương thức tiếp cận thị trường của nhà đầu tư nước ngoài tại Việt Nam;

- Phân tích, đánh giá thực trạng các quy định pháp luật liên quan đến hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông ở Việt Nam hiện nay;

- Phân tích, đánh giá thực tiễn giao kết và thực hiện hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông ở Việt Nam hiện nay;

- Nghiên cứu, so sánh, đánh giá pháp luật về hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông của của WTO và ASEAN, mô hình và kinh nghiệm điều chỉnh pháp luật về hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông ở một số quốc gia trên thế giới;

- Đề xuất phương hướng và các giải pháp nhằm tăng cường hiệu quả trong giao kết và thực hiện hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông ở Việt Nam trong thời gian tới.

3. Phạm vi nghiên cứu và đối tượng nghiên cứu

3.1. Phạm vi nghiên cứu:

Luận án nghiên cứu những vấn đề lý luận về hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông, phân tích, đánh giá thực trạng quy định pháp luật và thực tiễn thực hiện hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông ở nước ta hiện nay; và đề từ đó đề xuất phương hướng, giải pháp nhằm tăng cường hiệu quả trong giao kết và thực hiện hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông ở Việt Nam trong thời gian tới.

Về thời gian, luận án nghiên cứu về hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông từ thời điểm pháp luật Việt Nam chính thức cho phép nhà đầu tư nước ngoài tham gia thị trường viễn thông dưới hình thức liên doanh ở Việt Nam (từ ngày 01/01/2007 theo Biểu cam kết dịch vụ của Việt Nam với WTO về lộ trình mở cửa thị trường).

Hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông được hiểu là liên doanh giữa Bên/các Bên Việt Nam với Bên/các Bên nước ngoài nhằm khai thác dịch vụ viễn thông trên thị trường Việt Nam dưới hình thức thành lập một tổ chức kinh tế theo pháp luật doanh nghiệp.

3.2. Đối tượng nghiên cứu

Luận án có đối tượng nghiên cứu là: (i) Các quan điểm, học thuyết pháp lý, kinh tế về dịch vụ viễn thông và hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông; (ii) Pháp luật của WTO, ASEAN và một số quốc gia; (iii) Pháp luật hiện hành của Việt Nam liên quan đến hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông.

4. Phương pháp luận và phương pháp nghiên cứu của luận án

4.1. Cơ sở lý thuyết

Luận án được thực hiện trên nền tảng những quan điểm của chủ nghĩa Mác - Lênin và tư tưởng Hồ Chí Minh về nhà nước và pháp luật; các chủ trương, đường lối của Đảng Cộng sản Việt Nam về công tác xây dựng pháp luật trong công cuộc đổi mới theo yêu cầu xây dựng nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa, về xây dựng và phát triển nền kinh tế thị trường theo định hướng XHCN, tự do hoá thương mại và hội nhập kinh tế quốc tế.

Luận án cũng được thực hiện trên cơ sở tiếp thu có chọn lọc, phù hợp với điều kiện kinh tế, văn hóa, xã hội của Việt Nam, những luận cứ khoa học, các học thuyết pháp lý đã được khẳng định cả về lý luận và thực tiễn, cũng như những thành tựu lập pháp trong thương mại quốc tế và của một số quốc gia trên thế giới.

4.1.1. Một số lý thuyết được sử dụng trong Luận án

+ Quan điểm của Đảng và Nhà nước về hội nhập kinh tế quốc tế, về tự do hoá thương mại;

+ Lý thuyết liên quan đến kinh tế thị trường và lý thuyết về tự do hoá thương mại. Các lý thuyết gồm: Lý thuyết về kinh tế thị trường tự do (Adam Smits); Lý thuyết về sự phụ thuộc lẫn nhau giữa các nền kinh tế;

+ Lý thuyết về sự công bằng, minh bạch trong thương mại quốc tế;

+ Lý thuyết về thương mại dịch vụ, dịch vụ viễn thông trong thương mại quốc tế;

+ Lý thuyết về luật thương mại nói chung và thương mại quốc tế.

+ Lý thuyết về hợp đồng liên doanh

4.1.2. Khung phân tích lý thuyết, câu hỏi nghiên cứu và giả thiết nghiên cứu

Luận án được thực hiện với hàng loạt câu hỏi và giả thuyết nghiên cứu như:

*** Về khía cạnh lý luận:**

+ Các câu hỏi nghiên cứu đặt ra:

- Tự do hoá thương mại là gì? Tác động của tự do hoá thương mại đối với nền kinh tế của các quốc gia?

- Dịch vụ viễn thông là gì? Các phương thức cung cấp dịch vụ viễn thông?

- Tại sao phải tự do hóa dịch vụ viễn thông? Lợi ích và những thách thức?

- Tại sao các quốc gia lại xác lập các rào cản đối với dịch vụ viễn thông?

- Tại sao WTO phải quy định về dịch vụ viễn thông? Quy định như thế nào?

- Các phương thức nhà đầu tư nước ngoài tiếp cận thị trường viễn thông?

- Hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông: khái niệm, đặc điểm và nội dung cơ bản?

- Hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông đã được pháp luật Việt Nam tiếp cận và quy định như thế nào?...+

Giả thiết nghiên cứu: Trong đời sống thương mại, vấn đề tự do hoá thương mại có những quan niệm chưa thống nhất, các nước nghèo (chậm phát triển) cho rằng tự do hoá thương mại chỉ mang lại lợi ích cho các nước phát triển. Tự do hóa dịch vụ viễn thông cũng chưa có sự thống nhất giữa các quốc gia. Mặc dù vậy, hợp đồng liên doanh vẫn là cơ sở pháp lý cơ bản để các nhà đầu tư nước ngoài gia nhập thị trường lâu dài, cạnh tranh bình đẳng với các nhà đầu tư trong nước trên thị trường dịch vụ viễn thông.

*** Về khía cạnh pháp luật thực định:**

+ Câu hỏi đặt ra cho nghiên cứu: Cơ sở lý luận của pháp luật quốc tế về tự do hóa dịch vụ viễn thông? WTO quy định như thế nào về dịch vụ viễn thông và hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông?; thực trạng quy định pháp luật và thực tiễn áp dụng pháp luật về hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông của Việt Nam hiện nay như thế nào?...So sánh với pháp luật về đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông trong khuôn khổ WTO, ASEAN, các quốc gia chuyển đổi

+ Giả thiết nghiên cứu: Pháp luật về hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông còn sơ sài, thiếu đồng bộ và chưa thực sự là công cụ cần thiết để các Bên liên quan quản trị được các rủi ro pháp lý phát sinh từ hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông. Quy trình cấp Giấy chứng nhận đầu tư cho các liên doanh còn thiếu minh bạch, không đầy đủ và đang là thách thức đối với hoạt động quản lý Nhà nước trong thị trường dịch vụ viễn thông ở nước ta hiện nay

4.2. Phương pháp luận và phương pháp nghiên cứu

Để nghiên cứu có hiệu quả những vấn đề do đề tài đặt ra, luận án sử dụng phương pháp luận của chủ nghĩa Mác – Lê Nin và các quan điểm của Đảng Cộng Sản Việt Nam về xây dựng và phát triển nền kinh tế thị trường theo định hướng XHCN, tự do hoá thương mại và hội nhập kinh tế quốc tế.

Trên cơ sở phương pháp luận kể trên, luận án sử dụng các phương pháp nghiên cứu cụ thể, đó là phương pháp tiếp cận hệ thống đa ngành, liên ngành (kinh tế, luật học, chính trị); phương pháp phân tích, tổng hợp; phương pháp luật học so sánh; phương pháp thống kê. Để thực hiện có hiệu quả mục đích nghiên cứu, luận án kết hợp chặt chẽ giữa các phương pháp trong suốt quá trình nghiên cứu của toàn bộ nội dung luận án. Tùy thuộc vào đối tượng nghiên cứu của từng chương, mục trong luận án, tác giả vận dụng, chú trọng các phương pháp khác nhau cho phù hợp. Các phương pháp đó được vận dụng cụ thể trong luận án như sau:

Trong Chương 2, tác giả chú trọng phương pháp hệ thống, phương pháp phân tích, tổng hợp (hệ thống các quan điểm của các nhà nghiên cứu kinh tế, pháp lý). Phân tích đánh giá, tổng hợp nhằm làm rõ những vấn đề lý luận về hợp đồng liên doanh và nội dung cơ bản của pháp luật về hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông. Với phương pháp luật so sánh, tác giả sẽ phác họa rõ nét các quy định pháp luật

của WTO và ASEAN về hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông, mô hình và kinh nghiệm điều chỉnh pháp luật về hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông ở một số quốc gia trên thế giới;

Trong Chương 3, tác giả chú trọng phương pháp phân tích, tổng hợp, phương pháp so sánh luật học, thống kê nhằm làm rõ những nội dung cần nghiên cứu. Phân tích các quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành và thực tiễn sử dụng các quy định đó trong giao kết, cấp giấy chứng nhận đầu tư và giải quyết tranh chấp hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông ở Việt Nam trong thời gian qua.

Trong Chương 4, tác giả vận dụng kết hợp các phương pháp thống kê, phân tích, phương pháp so sánh để đưa ra quan điểm, các giải pháp nhằm hoàn thiện hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông ở Việt Nam hiện nay.

5. Những đóng góp mới của Luận án

Hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông là công cụ quan trọng để các nhà đầu tư nước ngoài gia nhập thị trường viễn thông và cạnh tranh quyết liệt với các doanh nghiệp viễn thông ở trong nước, đồng thời, đây cũng là vấn đề phức tạp cả về lý luận và thực tiễn. Bởi vậy, trên cơ sở nghiên cứu các vấn đề lý luận và thực tiễn về hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông ở Việt Nam hiện nay, Luận án này đóng góp một số nhận thức mới như sau:

- Làm sáng tỏ hơn các vấn đề lý luận về hợp đồng liên doanh như khái niệm về hợp đồng liên doanh; điều kiện có hiệu lực và nội dung cơ bản của hợp đồng liên doanh; dịch vụ viễn thông và các hình thức kinh doanh của dịch vụ viễn thông; tự do hóa dịch vụ viễn thông và các phương thức tiếp cận thị trường của nhà đầu tư nước ngoài tại Việt Nam;

- Đưa ra bức tranh về thực trạng các quy định pháp luật và thực tiễn thực hiện hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông ở Việt Nam hiện nay;

- So sánh, đánh giá pháp luật về hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông của của WTO và ASEAN, mô hình và kinh nghiệm điều chỉnh pháp luật về hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông ở một số quốc gia trên thế giới mà Việt Nam có thể học hỏi;

- Đưa ra các giải pháp hoàn thiện và nâng cao hiệu quả giao kết và thực hiện hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông ở Việt Nam hiện nay.

6. Ý nghĩa lý luận và thực tiễn của đề tài luận án

Kết quả nghiên cứu của Luận án sẽ góp phần không nhỏ vào việc nâng cao hiệu quả giao kết và thực hiện hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông ở Việt Nam hiện nay. Bên cạnh đó, Luận án cũng có thể sử dụng làm tài liệu tham khảo, nghiên cứu cho các nhà lập pháp và thực thi pháp luật về hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông; cung cấp luận cứ khoa học và kinh nghiệm thực tiễn cho các doanh nghiệp hoạt động kinh doanh dịch vụ viễn thông ở Việt Nam, đặc biệt là trong bối cảnh hội nhập kinh tế quốc tế và toàn cầu hóa mạnh mẽ.

7. Kết cấu của Luận án

Ngoài Phần mở đầu, kết luận, danh mục tài liệu tham khảo, nội dung luận án được kết cấu 4 chương, bao gồm:

Chương 1: Tổng quan tình hình nghiên cứu, cơ sở lý thuyết và phương pháp nghiên cứu;

Chương 2: Những vấn đề lý luận chung về hợp đồng liên doanh và pháp luật về hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông;

Chương 3: Thực trạng các quy định pháp luật và thực tiễn thực hiện về hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông ở Việt Nam hiện nay;

Chương 4: Quan điểm và giải pháp nâng cao hiệu quả giao kết và thực hiện hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông ở Việt Nam hiện nay.

CHƯƠNG 1

TỔNG QUAN TÌNH HÌNH NGHIÊN CỨU ĐỀ TÀI

1.1 Tình hình nghiên cứu ngoài nước

Với tính cách là một thang đo trong tiến trình tự do hóa thị trường dịch vụ viễn thông, hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông không phải là vấn đề xa lạ, mới trong thương mại quốc tế. Theo đó, hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông đã được nhiều học giả nghiên cứu ở những góc độ khác nhau với những cách tiếp cận khác nhau, mục đích nghiên cứu khác nhau và dẫn đến quan điểm khác nhau, kết quả nghiên cứu khác nhau tùy thuộc vào mục đích nghiên cứu, cách tiếp cận vấn đề. Hầu hết các công trình nghiên cứu đều đề cập đến hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông như là một nội dung trong chủ đề lớn hơn là dịch vụ viễn thông và tự do hóa dịch vụ viễn thông trong khuôn khổ WTO và khu vực.

Có thể nêu ra một số công trình sau:

- **Peter Cowhey and Mikhail M. Klimenko (2002), *The WTO agreement and Telecommunication policy reforms***, University of California in San Diego.

Theo các tác giả, cuộc cách mạng công nghệ, những thay đổi trong cơ cấu cạnh tranh của nền kinh tế thế giới và nhu cầu về tài chính đã khiến nhiều quốc gia thay đổi chính sách của họ cho ngành công nghiệp viễn thông trong 15 năm qua. Tuy nhiên trong quá trình phát triển và chuyển đổi nền kinh tế mỗi quốc gia lựa chọn cách tiếp cận khác nhau để tự do hóa dịch vụ và tư nhân hóa. Kết quả là, mức độ tự do hóa dịch vụ, các quy định về tự do hóa dịch vụ, và cách tiếp cận để mở cửa thị trường viễn thông trong nước để thị trường viễn thông toàn cầu phát triển là rất khác nhau. Mặc dù vậy, trong bất cứ mô hình tự do hóa dịch vụ viễn thông như thế nào, hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông được xem là công cụ pháp lý quan trọng để để các nhà đầu tư nước ngoài gia nhập vững chắc vào thị trường viễn thông của nước sở tại. Các tác giả cũng đã bình luận nhiều nội dung cơ bản của hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông: chủ thể, nội dung cơ bản của hợp đồng, thương quyền và giấy phép, trách nhiệm do vi phạm hợp đồng, giải quyết tranh chấp...

- **Aaditya Mattoo, Robert M. Stern và Gianni Zanini (2008), *A Handbook of International Trade in Services***, Nxb Đại học Oxford. Theo Francois J. Bourguignon -

Phó Chủ tịch của Ngân hàng Thế giới (WB - World Bank), tự do hóa lĩnh vực dịch vụ có vai trò quan trọng trong việc tăng trưởng và xóa đói giảm nghèo ở các nước đang phát triển. Tự do hóa dịch vụ có tác động trực tiếp do dịch vụ chiếm tỷ trọng lớn trong GDP, nếu không muốn nói là lớn nhất. Không những thế, các dịch vụ như tài chính, viễn thông cũng như giáo dục và y tế... gián tiếp tác động và có ảnh hưởng đến các lĩnh vực khác của nền kinh tế. Nói đến tự do hóa thương mại dịch vụ không chỉ là nói đến thương mại trong khía cạnh thông thường mà còn có nghĩa là toàn bộ phạm vi của các giao dịch quốc tế, bao gồm cả đầu tư trực tiếp nước ngoài.

Tự do hoá TMDV theo đó liên quan đến việc giảm bớt các hàng rào hạn chế tiếp cận thị trường và phân biệt đối xử trong tất cả 4 phương thức cung cấp dịch vụ theo cách định nghĩa của WTO. Không nên nhầm lẫn tự do hoá TMDV với quá trình bãi bỏ dần các quy định mà nhiều nước đang theo đuổi. Tâm điểm của quá trình bãi bỏ dần các quy định là giảm bớt các quy định của chính phủ trong một ngành, trong khi đó tự do hoá phải đảm bảo những quy định hiện thời không được phân biệt đối xử với các công ty nước ngoài trên thị trường.

Với cách tiếp cận này, hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông trở thành tiêu chuẩn để đánh giá mức độ tự do hóa thị trường dịch vụ viễn thông ở mỗi quốc gia. Các tác giả đã tập trung đánh giá các nội dung cơ bản của hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông: mức độ tham gia của nhà đầu tư nước ngoài, thương quyền và thủ tục cấp phép khai thác dịch vụ viễn thông, quản trị rủi ro và quản trị xung đột pháp lý trong hợp đồng, vấn đề thoái vốn của nhà đầu tư nước ngoài khi hết thời hạn liên doanh....

- **Mari Pangestu and Debbie Mrongowius (2010), *Telecommunication services in China: Facing the challenges of WTO accession***. Theo các tác giả, mặc dù Trung Quốc đã mở cửa ngành công nghệ thông tin cho đầu tư nước ngoài, đồng thời bãi bỏ nhiều hàng rào bảo hộ nền kinh tế, ngành Viễn thông của Trung Quốc vẫn là ngành bị hạn chế và điều tiết nhiều nhất so với các nước đang phát triển trong khu vực. Dịch vụ viễn thông được coi là một trong những ngành “*trọng điểm quốc gia*” của Trung Quốc. Trung Quốc dự kiến sẽ trở thành thị trường dịch vụ viễn thông lớn nhất thế giới vào cuối thập kỷ này, tạo ra một động lực mạnh mẽ cho các nhà đầu tư nước ngoài. Những trở ngại phải đối mặt bao gồm khuôn khổ luật pháp và tính độc lập về quản lý,

đa dạng hóa các thành phần kinh doanh, đặc biệt là việc tham gia khai thác của nhà đầu tư nước ngoài trên thị trường viễn thông nội địa. Đến nay, có thể khẳng định, Trung Quốc vẫn chưa có khuôn khổ pháp lý hoàn chỉnh cho hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông.

- *Takatoshi Ito, Anne O. Krueger (2008), Trade in services in the Asia-Pacific region.*

Trên cơ sở chỉ rõ những yêu cầu của GATS, các tác giả đã tập trung phân tích các biện pháp của các nước thành viên trong khu vực Châu Á- Thái Bình Dương đang duy trì về mặt luật pháp hoặc ban hành các quy định về những biện pháp sau không phù hợp với GATS và Hiệp định về dịch vụ viễn thông cơ bản của WTO, cụ thể: (i) Hạn chế số lượng nhà cung cấp dịch vụ viễn thông dù dưới hình thức hạn ngạch theo số lượng, độc quyền cung cấp dịch vụ hoặc theo yêu cầu đáp ứng nhu cầu kinh tế; (ii) Hạn chế về tổng giá trị các giao dịch về dịch vụ viễn thông hoặc tài sản dưới hình thức hạn ngạch theo số lượng, hoặc yêu cầu phải đáp ứng nhu cầu kinh tế; (iii) Hạn chế tổng số các hoạt động dịch vụ viễn thông hoặc tổng số lượng dịch vụ viễn thông đầu ra tính theo số lượng đơn vị dưới hình thức hạn ngạch hoặc yêu cầu về nhu cầu kinh tế; (iv) Hạn chế về tổng số thể nhân có thể được tuyển dụng trong một lĩnh vực dịch vụ viễn thông cụ thể hoặc một người cung cấp dịch vụ viễn thông được phép tuyển dụng cần thiết hoặc trực tiếp liên quan tới việc cung cấp một dịch vụ cụ thể dưới hình thức hạn ngạch hoặc yêu cầu về nhu cầu kinh tế; (v) Các biện pháp hạn chế hoặc yêu cầu các hình thức pháp nhân cụ thể hoặc liên doanh thông qua đó nhà cung cấp có thể cung cấp dịch vụ viễn thông.

Trên cơ sở đó, các tác giả cũng chỉ rõ những rủi ro pháp lý trong quá trình giao kết và thực hiện hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông ở các nước trong khu vực Châu Á-Thái Bình Dương.

- *Joachim Scherer, “Sự phát triển của pháp luật viễn thông trong những năm 2000-2002”,* Tạp chí Tư pháp mới hàng tuần số 14/2003. Muenchen/Frankfurt, C.H Bech 2003. Theo đó, tác giả đã chỉ rõ hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông là một kênh pháp lý quan trọng để các tập đoàn viễn thông nước ngoài thâm nhập vào những thị trường viễn thông mới nổi. Trên cơ sở những phân tích về những thay đổi trong điều chỉnh pháp luật viễn thông của CHLB Đức, Liên minh Châu Âu và các

quốc gia chuyên đổi, tác giả cũng đưa ra các định hướng quản trị các hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông trong thời gian tới.

Ngoài những công trình kể trên, còn rất nhiều các công trình nghiên cứu khác, tiếp cận ở hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông từ phương diện quản trị rủi ro, xung đột pháp lý... và giải quyết tranh chấp tại cơ quan tài phán quốc gia và quốc tế. Những bài viết đó có tính ứng dụng trong thực tiễn áp dụng pháp luật, hay kinh nghiệm khởi kiện để áp dụng các biện pháp trong giải quyết tranh chấp về dịch vụ viễn thông.

1.2 Tình hình nghiên cứu ở Việt Nam

Khác với Hợp đồng hợp tác kinh doanh (BCC), Hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông ở Việt Nam là vấn đề còn khá mới mẻ và chưa được nghiên cứu tổng thể và toàn diện. Trên thực tế cũng đã có một số công trình nghiên cứu ở các mức độ (trực tiếp, gián tiếp) có liên quan đến Hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông ở Việt Nam ở những góc độ kinh tế, pháp lý khác nhau, như:

+ Cuốn ***“Rào cản trong thương mại quốc tế” của Viện nghiên cứu thương mại, do PGS TS Đinh Văn Thành chủ biên (2005)***. Trong cuốn sách này tác giả chủ yếu trình bày và giới thiệu những vấn đề cơ bản về các rào cản trong thương mại quốc tế ở góc độ kinh tế, kỹ thuật, rào cản pháp lý đối với thương mại dịch vụ.... Trong cuốn sách này, dịch vụ viễn thông và Hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông chỉ được đề cập rất sơ lược mang tính giới thiệu;

+ Bài ***“Tác động của hội nhập kinh tế khi Việt Nam ra nhập WTO” của Ths. Trần Hồng Minh (2006) đăng trên tạp chí Kinh tế và dự báo***. Nội dung bài viết này, tác giả phân tích những lợi ích về kinh tế khi Việt Nam gia nhập WTO, đồng thời tác giả cũng đưa ra những thách thức mà nền kinh tế Việt Nam phải đối mặt như sức ép về cạnh tranh, sự yếu kém kinh nghiệm quản trị, sự thiếu hiểu biết về thị trường, về pháp luật thương mại quốc tế... Tác giả đưa ra khuyến nghị các doanh nghiệp Việt Nam cần phải chuẩn bị tốt các điều kiện để chủ động, liên kết với nhau khai thác có hiệu quả những lợi thế của Việt nam với tư cách là thành viên cách WTO.

+ Cuốn ***“Chiến lược kinh doanh bưu chính viễn thông” của tác giả PGS.TS. Bùi Xuân Phong và TS. Trần Đức Thung, NXB Chính trị Quốc gia, Hà Nội. 2002***. Trong cuốn sách này, Hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông đã được các tác giả nhìn nhận là sự tiếp cận chiến lược của nhà đầu tư nước ngoài, những thách thức

cho các doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ viễn thông và cơ quan quản lý Nhà nước về viễn thông ở Việt Nam hiện nay;

+ Luận văn thạc sĩ luật học “*Tìm hiểu pháp luật về dịch vụ viễn thông tại Việt Nam*” của tác giả Nguyễn Hoàng Hằng, Đại học Luật Hà Nội, 2010. Theo đó, tác giả đã đề cập, phân tích về hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông từ thực tiễn thực hiện tại Công ty Mobil Fone.

+ Bài: “*Pháp luật viễn thông Việt Nam trong bối cảnh hội nhập kinh tế quốc tế*” của tác giả TS. Phan Thảo Nguyên. Tạp chí Nhà nước và Pháp luật. Viện Nhà nước & pháp luật, Số: 01/ Năm 2007, tr 31 – 35,79. Tác giả bài viết đã tập trung đi sâu phân tích, đánh giá những thách thức pháp lý đặt ra đối với việc hoàn thiện pháp luật viễn thông Việt Nam trong bối cảnh hội nhập quốc tế, đặc biệt là quản lý Nhà nước đối với các nhà đầu tư nước ngoài tham gia kinh doanh dịch vụ viễn thông trên thị trường Việt Nam.

Bên cạnh đó, hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông cũng đã được đề cập gián tiếp trong một số bài báo khoa học đề cập đến kết nối mạng viễn thông, cạnh tranh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông và một số tội danh trong hoạt động viễn thông như:

+ Bài: “*Kết nối mạng viễn thông và yêu cầu thực thi pháp luật cạnh tranh*” của tác giả *Phan Thảo Nguyên*. Tạp chí Luật học. Trường Đại học Luật Hà Nội, Số 6/2006, tr. 15 – 21.

+ Bài: “*Thực thi pháp luật cạnh tranh trong viễn thông: Hiểu thế nào cho đúng*” của tác giả *TS. Phan Thảo Nguyên*. Tạp chí Nhà nước và Pháp luật. Viện Nhà nước & Pháp luật, Số 12/2006, tr. 37 – 42.

+ Bài: “*Tập đoàn bưu chính viễn thông Việt Nam trong giai đoạn hội nhập WTO*” của tác giả *Bùi Quốc Việt*. Tạp chí Thông tin đối ngoại Số 8/2007. Hà Nội 2007.

+ Bài: “*Những thủ đoạn thực hiện hành vi "trộm cắp cước viễn thông quốc tế" ở Việt Nam*” của tác giả *Chế Quang Nghĩa*. Tạp chí Tòa án nhân dân. Tòa án nhân dân tối cao, Số 11/2008, tr. 14 - 16, 28.

+ Bài: “*Xung quanh việc định tội danh đối với hành vi lắp đặt, sử dụng trái phép các thiết bị thu phát sóng vô tuyến điện, có sử dụng phổ tần số liên quan đến dịch vụ viễn thông quốc tế*” của tác giả *Mai Thế Bày*. Tạp chí Kiểm sát. Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Số 07/2009, tr. 36 – 39.

1.3 Đánh giá tổng quan tình hình nghiên cứu

1.3.1 Những kết quả đạt được của hoạt động nghiên cứu trên thế giới và tại Việt Nam đã đạt được sẽ được kế thừa trong Luận án

Từ quá trình khảo cứu các công trình nghiên cứu trong và ngoài nước về Hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông có liên quan đến đề tài, tác giả nhận thấy hoạt động nghiên cứu đạt được một số kết quả cơ bản sau:

- ***Thứ nhất***, có rất nhiều cách tiếp cận tự do hóa thương mại dịch vụ nói chung và dịch vụ viễn thông nói riêng ở các góc độ khác nhau từ góc độ kinh tế, góc độ pháp lý, góc độ chính trị về tự do hoá thương mại. Song nhìn chung dù là ủng hộ hay phản đối tự do hoá thương mại, các tác giả đều khẳng định tính hai mặt của tự do hoá thương mại và là xu thế tất yếu khách quan của quá trình toàn cầu hoá kinh tế;

- ***Thứ hai***, các công trình đã phân tích làm rõ các yêu cầu của Hiệp định GATS, Hiệp định về dịch vụ viễn thông cơ bản của WTO để từ đó chỉ ra những thách thức pháp lý nảy sinh khi mở cửa thị trường viễn thông của các quốc gia thành viên WTO, trong đó có pháp luật về hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông;

- ***Thứ ba***, ở Việt Nam, mặc dù hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông vẫn tiếp tục là chủ đề mới trong khoa học pháp lý và thực tiễn khai thác DVVT ở Việt Nam song ở các khía cạnh khác nhau, vấn đề này cũng được giới kinh tế, luật học quan tâm và nhìn chung đều có quan điểm tương đối thống nhất - đây là cơ sở pháp lý quan trọng để các nhà đầu tư nước ngoài gia nhập và cạnh tranh quyết liệt và chiếm giữ thị phần trên thị trường dịch vụ viễn thông ở nước ta trong thời gian tới.

1.3.2 Một số vấn đề cần tiếp tục được đặt ra trong nghiên cứu của Luận án

Trên cơ sở khảo cứu, hệ thống hoá các công trình khoa học đi trước có liên quan đến đề tài luận án, tác giả kế thừa có chọn lọc và phát triển ý tưởng khoa học, từ đó đã cho phép đi đến một số vấn đề cần tiếp tục nghiên cứu trong Luận án như sau:

- Bên cạnh việc nghiên cứu hệ thống pháp luật về hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông trong khuôn khổ WTO, ASEAN và Việt Nam, luận án sẽ tập trung phân tích, đánh giá thực tiễn áp dụng pháp luật về hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông theo lộ trình, cam kết mở cửa thị trường viễn thông ở Việt Nam hiện nay. Trên cơ sở đó đưa ra những kiến nghị về quan điểm, giải pháp hoàn

thiện pháp luật về hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông ở Việt Nam trong thời gian tới;

- Một hướng tiếp cận cũng được luận án chú trọng là nghiên cứu pháp luật về hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông của một số quốc gia Châu Âu, ASEAN và một số quốc gia chuyển đổi (Trung Quốc, Cộng hòa liên bang Nga..), từ đó tổng kết đánh giá để rút ra những kinh nghiệm mà Việt Nam có thể học hỏi để xây dựng pháp luật về hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông;

- Qua nghiên cứu pháp luật cũng như khảo cứu thực tiễn áp dụng về hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông, cần phải chú trọng các vấn đề sau:

+ Đại diện của Bên Việt Nam trong Hội đồng quản trị của các liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông và cơ chế bảo đảm, giám sát người đại diện Việt Nam phải trung thành với lợi ích của bên Việt Nam;

+ Nguy cơ bên nước ngoài khai khống vốn, rút lãi về qua chênh lệch giá (price transferring), rút lãi về qua lương bổng quá cao cho nhân viên nước ngoài;

+ Nguy cơ bên nước ngoài ép mua vật tư, thiết bị, dìm giá dịch vụ khi cung ứng;

+ Nguy cơ bên nước ngoài thao túng sổ sách, không tiết lộ thông tin, không cung cấp thông tin cho cổ đông Việt Nam, buộc công ty liên doanh quảng cáo bằng chi phí công ty con cho danh tiếng công ty mẹ, thua lỗ, ép bên Việt Nam bán lại cổ phần sau khi công ty thua lỗ;

+ Khả năng du nhập quản trị công ty hiện đại, du nhập công nghệ thông qua liên doanh quốc tế

+ Khả năng kiểm soát công nghệ

- Tới thời điểm hiện tại chưa có một công trình nào nghiên cứu một cách sâu sắc, có hệ thống về pháp luật về hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông. Vì vậy, rất cần một công trình nghiên cứu độc lập toàn diện về vấn đề trên.

Với hướng tiếp cận cũng như đối tượng nghiên cứu, phạm vi nghiên cứu, mục đích nghiên cứu đã xác định, NCS khẳng định tên đề tài, nội dung thể hiện trong luận án là không trùng lặp với các công trình đã được công bố. Trong quá trình nghiên cứu, tác giả luận án tiếp thu có chọn lọc những tư tưởng, học thuyết pháp lý của các công trình trong và ngoài nước, phát triển các ý tưởng khoa học, để xây dựng quan điểm học thuật độc lập, riêng của mình. NCS hy vọng rằng luận án được thực hiện thành công sẽ

góp phần tạo dựng luận cứ khoa học cho việc tiếp tục hoàn thiện pháp luật hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông nhằm góp phần tạo lập môi trường phát triển bền vững thị trường dịch vụ viễn thông theo hướng tự do hóa, hiện đại. Luận án sẽ là tài liệu có giá trị nghiên cứu về phương diện lý luận luật học, cũng là tài liệu có ý nghĩa cho hoạt động lập pháp, lập quy, và giá trị thực tiễn của luận án là điều khẳng định.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 1

Tổng hợp từ những vấn đề nghiên cứu ở trên, tác giả rút ra một số kết luận sau:

1. Từ quá trình khảo cứu các công trình nghiên cứu trong và ngoài nước về Hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông có liên quan đến đề tài, tác giả nhận thấy hoạt động nghiên cứu đạt được một số kết nhất định như: cách tiếp cận đa dạng dưới nhiều góc độ khác nhau; các công trình đã phân tích làm rõ các yêu cầu của Hiệp định GATS, Hiệp định về dịch vụ viễn thông cơ bản của WTO liên quan đến hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông; tuy nhiên ở Việt Nam vấn đề này vẫn tiếp tục là chủ đề mới trong khoa học pháp lý và thực tiễn khai thác dịch vụ viễn thông.

2. Việc tiếp tục nghiên cứu và tìm ra giải pháp hoàn thiện pháp luật về hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông là cần thiết và có thể tiếp thu, chọn lọc những kinh nghiệm thế giới. Đặc biệt là, việc nghiên cứu hệ thống pháp luật về hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông trong khuôn khổ WTO, ASEAN và Việt Nam.

3. Trên cơ sở yêu cầu của đề tài và những quan điểm, luận điểm đã được thừa nhận rộng rãi, luận án làm rõ cơ sở lý thuyết (giả thiết nghiên cứu, câu hỏi nghiên cứu đặt ra) và phương pháp nghiên cứu được sử dụng trong luận án.

CHƯƠNG 2

NHỮNG VẤN ĐỀ LÝ LUẬN CHUNG VỀ HỢP ĐỒNG LIÊN DOANH VÀ PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG LIÊN DOANH TRONG KINH DOANH DỊCH VỤ VIỄN THÔNG

2.1. Tổng quan về hợp đồng liên doanh

2.1.1. Quan niệm về hợp đồng và hợp đồng thành lập công ty

Trong thời đại ngày nay, hợp đồng với những tên gọi khác nhau như: thỏa thuận, thỏa ước, khế ước, giao kèo, hiệp định... đã, đang và tiếp tục đóng vai trò quan trọng trong sự phát triển của mỗi nền kinh tế thị trường và mỗi quốc gia. Tuy được tiếp cận dưới những phương diện khác nhau, song các định nghĩa về hợp đồng đều chứa đựng một điểm chung – cơ sở làm phát sinh nghĩa vụ pháp lý cho các bên khi tham gia đời sống dân sự, kinh tế.

Từ điển pháp luật của Hoa Kỳ Deluxe Black's Dictionary đã chứa đựng các định nghĩa khác nhau về hợp đồng. Theo đó, *“hợp đồng là một sự thỏa thuận giữa hai hay nhiều người nhằm tạo lập nên một nghĩa vụ dưới hình thức làm hay không làm một việc cụ thể”* hoặc *“hợp đồng là một hoặc một tập hợp các cam kết mà nếu vi phạm chúng pháp luật sẽ áp dụng các chế tài hoặc đối với sự thực hiện chúng, trên một số phương diện, pháp luật thừa nhận là một trách nhiệm”* [57].

Theo các học giả Common Law, có hai yếu tố nền tảng của một hợp đồng: sự thỏa thuận và đảm bảo của pháp luật về việc thực thi thỏa thuận đó. Theo đó, *“hợp đồng là sự thỏa thuận mà Tòa án cưỡng chế thi hành”* [58] hoặc *“hợp đồng là một sự thỏa thuận có thể được thi hành về mặt pháp lý, rõ ràng hoặc ngầm định”* [59] hoặc *“hợp đồng là một sự trao đổi các cam kết bị ràng buộc pháp lý hoặc sự thỏa thuận giữa các bên mà pháp luật cưỡng chế thi hành”* [60]

Đối với các quốc gia theo hệ thống Civil Law, cách nhìn nhận về hợp đồng tương đối thống nhất. Điều 1101 Bộ Luật Dân Sự của Cộng hòa Pháp có quy định: *“Hợp đồng là sự thỏa thuận theo đó một hoặc nhiều người cam kết với một hoặc nhiều người khác chuyển giao một vật, làm hoặc không làm một việc nào đó”*. Điều 1378 Bộ luật dân sự vùng Québec của Canada có định nghĩa: *“Hợp đồng là một sự thỏa thuận*

của các ý chí mà bởi nó một hoặc một số người tự ràng buộc mình với một hoặc một số người khác để thực hiện một cam kết". Bộ luật dân sự của Liên bang Nga 1994 cũng định nghĩa: "Hợp đồng được thừa nhận như là một sự thỏa thuận được gia kết bởi hai hay nhiều người về việc phát sinh, thay đổi hoặc chấm dứt các quyền và nghĩa vụ dân sự (Điều 420, khoản 1).

Bộ luật dân sự Bắc Kỳ năm 1931 và Bộ luật dân sự Trung Kỳ năm 1936 cũng có những định nghĩa về hợp đồng chịu sự ảnh hưởng trực tiếp của Bộ luật dân sự Pháp. Theo Điều 644 đoạn 2 Bộ luật dân sự Bắc Kỳ năm 1931 thì "*Khế ước là một hiệp ước của một người hay nhiều người cam đoan với một hoặc nhiều người khác để tặng cho, để làm hay không làm cái gì*". Còn theo Điều 680, đoạn 2 Bộ luật dân sự Trung Kỳ năm 1936 lại định nghĩa "*Khế ước là một hiệp ước của một người hay nhiều người cam đoan với một hay nhiều người khác để chuyển giao, để làm hay không làm cái gì*".

Ở Việt Nam, Bộ luật dân sự 2005 đã định nghĩa: "*Hợp đồng dân sự là sự thỏa thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền và nghĩa vụ dân sự*" (Điều 388). Tuy còn nhiều tranh luận về khái niệm hợp đồng dân sự trong định nghĩa này, song có thể thấy rất rõ sự tương đồng trong nhận thức về hợp đồng của Việt Nam với các quốc gia theo hệ thống hoặc chịu sự ảnh hưởng của hệ thống Civil Law

Từ cách tiếp cận của phương pháp quản trị công ty hiện đại (Corporate Governed), khi quan sát về sự hình thành các công ty, các nhà nghiên cứu cho rằng [60], sự liên kết nhằm tạo lập công ty thường hình thành qua ba giai đoạn: (i) giai đoạn hình thành ý tưởng và phát hiện cơ hội kinh doanh; (ii) giai đoạn thẩm định đánh giá sự khả thi của các hoạt động kinh doanh dự kiến; (iii) giai đoạn tổ chức hoạt động kinh doanh thông qua hoạt động góp vốn, liên kết của các thành viên. Những quan hệ này được thể hiện dưới dạng hợp đồng [15; tr.10].

Tuy nhìn nhận cơ sở pháp lý của Công ty là hợp đồng song quan niệm về hợp đồng công ty có sự khác biệt trong các dòng họ pháp luật lớn trên thế giới.

Ở các quốc gia theo hệ thống pháp luật Common Law: Anh, Úc, Hoa Kỳ..., các lý thuyết và thực tiễn pháp luật của họ đều có một điểm chung - luôn luôn coi hợp danh (partnership) là hợp đồng nhưng lại phát triển nhiều học thuyết khác nhau về công ty (corporation). Đang lưu ý trong số đó, học thuyết thừa nhận công ty là hợp đồng chỉ là

một học thuyết bên cạnh rất nhiều học thuyết khác. Có sức ảnh hưởng mạnh nhất là các lý thuyết hợp đồng về công ty (corporation) của các luật gia Hoa Kỳ. Các lý thuyết này được phát triển để giải quyết các mối quan hệ giữa các thành viên của công ty với nhau; mối quan hệ giữa các thành viên của công ty với bản thân công ty; và mối quan hệ giữa công ty với Nhà nước.

Với sự khẳng định Công ty (corporation) chỉ có thể được hình thành trên nền tảng của các thỏa thuận tiền công ty (preincorporation agreements), H. G. Henn và J. R. Alexander đã chỉ rõ có bốn loại hợp đồng bao gồm [60]: **(i)** thỏa thuận giữa các sáng lập viên nhằm tạo thành công ty (agreements between promoters for the formation of the corporation); **(ii)** các thỏa thuận cổ đông (shareholder agreement); **(iii)** thỏa thuận lập hội (agreement of association); **(iv)**, thỏa thuận giữa các sáng lập viên và người thứ ba (agreement between promoters and third persons) [15; tr.10] .

Ảnh hưởng của hệ thống pháp luật Common Law, pháp luật của một số quốc gia trong khu vực như Singapore, Malaysia...có quy định thỏa thuận lập hội (the memorandum of association) được xem là một loại hợp đồng thành lập công ty. Nó là một phần quan trọng của hồ sơ trình lên nhà chức trách ở những nước này để đăng ký thành lập công ty [50].

Ở các quốc gia theo hệ thống pháp luật Continental Law, đều có nhận thức chung bản chất pháp lý của công ty là hợp đồng với một vài ngoại lệ như công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên. Theo đó, để thành lập công ty, các thương nhân hoặc cá nhân nhà đầu tư phải xác lập hợp đồng thành lập công ty hay khế ước lập hội mà nội dung cơ bản của nó nhằm xác định: hình thức công ty nhất định; mục tiêu, thời hạn, nguyên tắc kinh doanh; quyền và nghĩa vụ của các thành viên. Quan niệm này được thể hiện nhất quán trong các Bộ luật Dân sự, Bộ Luật thương mại của các quốc gia thuộc hệ thống này như: Bộ luật Dân sự Pháp (Điều 1832); Bộ luật Dân sự Đức (Điều 25 và Điều 705); Bộ luật Dân sự Ý (Điều 2247); Bộ luật Thương mại Czech (Điều 57)... Thuộc về dòng họ pháp luật này, một đại diện của ASEAN, Bộ luật Dân sự và Thương mại Thái Lan định nghĩa: "*Hợp đồng thành lập một hợp danh hay một công ty là hợp đồng theo đó hai hay nhiều người thỏa thuận cùng nhau liên kết trong một cam kết chung với mục tiêu chia sẻ các lợi ích thu được từ đó*" (Điều 1012).

Theo bước chân của thực dân Pháp trong thời kỳ thuộc địa, các mô hình công ty cũng được dần du nhập vào Việt Nam. Bộ luật thương mại (1807), Luật công ty trách nhiệm hữu hạn (1925) được các Tòa án Nam Kỳ và các Tòa án Pháp ở các thành phố thuộc địa áp dụng trực tiếp. Bắt đầu từ việc ban hành Bộ luật dân sự giản yếu Nam Kỳ 1883 và lần lượt sau đó Bộ luật dân sự Bắc Kỳ năm 1931 và Bộ luật dân sự Trung Kỳ năm 1936 đều sử dụng thuật ngữ "khế ước lập hội". Theo đó, các mô hình công ty trong pháp luật của Pháp đã được dịch sang tiếng Việt như: hội người, hội vốn, hội đồng lợi, hội nặc danh [64]...

Song điều rất đáng lưu ý là, do ảnh hưởng của Bộ luật dân sự Pháp nên không có sự phân chia rõ ràng "khế ước lập hội" đối với hợp danh (hội người) và "khế ước lập hội" đối với các thương hội không phải là hợp danh (hội vốn, hội đồng lợi, hội nặc danh...)

Từ những trình bày kể trên, đã cho phép đi đến kết luận *bản chất của công ty là giao dịch pháp lý dưới hình thức hợp đồng được thiết lập trên cơ sở sự thỏa thuận của các thành viên nhằm xác lập các quyền và nghĩa vụ pháp lý giữa họ, với công ty, giữa công ty với bên thứ ba và với Nhà nước.*

Để làm rõ hơn bản chất của công ty, việc chỉ rõ các đặc điểm của hợp đồng thành lập công ty là hết sức cần thiết và ý nghĩa quan trọng trong việc xác định nhu cầu điều chỉnh pháp luật, cụ thể:

Thứ nhất, hợp đồng thành lập công ty (Memorandum of association) là một hoặc tập hợp các văn kiện pháp lý ràng buộc không chỉ đối với các thành viên sáng lập công ty mà còn đối với các thành viên khác của công ty nhằm thiết lập các điều kiện cơ bản cho sự tồn tại và hoạt động của công ty. Theo nghĩa này, hợp đồng thành lập công ty không đồng nhất với điều lệ công ty (Articles of association) - với tính cách là văn kiện pháp lý quy định điều tiết những công việc quản trị thường nhật của công ty [65]. Về mặt pháp lý, đây là một nhận định quan trọng vì trong mối quan hệ giữa hợp đồng thành lập công ty và điều lệ công ty thì hợp đồng công ty có tính chất quyết định. Theo đó, mọi sự thay đổi điều lệ công ty đều phải dẫn chiếu và dựa trên hợp đồng thành lập công ty;

Thứ hai, về hình thức, hợp đồng thành lập công ty (Memorandum of association) mặc dù có giá trị ưu tiên cao nhất song chỉ là một thỏa thuận trong một tập hợp các thỏa thuận ràng buộc pháp lý giữa các thành viên công ty.

Trong vụ kiện *Rayfield v. Hands* (1958), vụ *Borland's Trustee v. Steel Bros & Co Ltd* (1900) và vụ *Re Carrati Holding Co Pty Ltd* (1978), Tòa án Anh quốc đã xem thỏa thuận thành lập công ty (Memorandum of association) và điều lệ công ty (Articles of association) về bản chất tạo thành một hợp đồng giữa các thành viên của công ty [50]. Bình luận về đạo luật công ty của Úc, học giả Christopher Bevan đã cho rằng: “*Thỏa thuận thành lập công ty và điều lệ công ty tạo thành một hợp đồng giữa công ty và mỗi thành viên, và giữa mỗi thành viên với mỗi thành viên khác, và giữa mỗi thành viên với mỗi nhân viên hữu trách (là giám đốc, thư ký và nhân viên điều hành), phụ thuộc vào các qui định tại Điều 180(1) của đạo luật. Bởi vậy, nếu thỏa thuận và điều lệ bị thay đổi bằng một nghị quyết đặc biệt, thì mỗi thành viên bị ràng buộc bởi các qui định của thỏa thuận và điều lệ đã sửa đổi đó*” [66]; [15; tr.13].

Theo pháp luật Hoa Kỳ, thỏa thuận tiền công ty (preincorporation agreement) là một hợp đồng giữa các thành viên dự kiến (proposed shareholders) nhằm tạo lập một hoạt động kinh doanh dưới hình thức một công ty cụ thể [15; tr.14]. Nó có thể là một Biên bản tóm tắt những điểm chính của sự thỏa thuận miệng hay một văn bản chính thức hoàn chỉnh mô tả chi tiết sự thỏa thuận về mọi vấn đề giữa các cổ đông, thuê mướn nhân viên, vốn hoặc bất kỳ vấn đề nào khác mà là đối tượng của thỏa thuận sơ bộ [66]. Các văn bản như điều lệ dự kiến của công ty (proposed articles of incorporation), văn bản nội bộ (by law) hoặc thậm chí các biên bản cuộc họp có thể được gắn kèm làm bằng chứng cho sự thỏa thuận thành lập công ty. Sau khi công ty được thành lập xong, nếu muốn thỏa thuận tiền công ty tiếp tục có hiệu lực phải thông qua một thủ tục tuyên bố đặc biệt [63]; [15; tr.14].

Robert W. Emerson và John W. Hardwicke cho rằng: “*Theo common law, điều lệ công ty được xem là hợp đồng giữa nhà nước với công ty trên một phương diện nào đó, và giữa công ty với cổ đông trên một phương diện khác. Sự thay đổi hợp đồng này cần có sự nhất trí của các cổ đông*” [62], [63]. Bên cạnh đó, văn bản nội bộ của công ty (by

law) thường được xem là hợp đồng giữa công ty với các thành viên của nó, và giữa các thành viên của công ty với nhau[15; tr.15].

Điều rất đáng lưu ý là, các vấn đề đặc biệt về hợp đồng tiền công ty trong pháp luật Hoa Kỳ chỉ áp dụng cho các công ty (corporation) chứ không áp dụng cho hợp danh (partnership), nên không thể trở thành cách tiếp cận chung cho các loại hình công ty theo quan niệm của Việt Nam và của các nước khác trên thế giới [15].

Những nhận thức tương đồng về bản chất công ty là một hợp đồng giữa những nhà đầu tư cũng được thể hiện rõ trong các lý thuyết về công ty của quốc gia thuộc dòng họ Civil Law. Theo đó, Kuebler và Simon đã khẳng định: “*Công ty được hiểu là sự liên kết của hai hay nhiều cá nhân bằng một sự kiện pháp lý nhằm tiến hành các hoạt động để đạt được một mục tiêu chung nào đó*” [52]. Giải thích cho thuật ngữ "sự kiện pháp lý" của quan niệm này, có nhiều quan điểm cho rằng, nó bao gồm "điều lệ, hợp đồng hoặc quy chế" [19]. Tuy nhiên, có thể hiểu bản điều lệ, bản quy chế hoặc văn bản hợp đồng là một hình thức biểu hiện của một quan hệ pháp lý nào đó, mà ở đây được hiểu là một quan hệ đầu tư vốn nhằm tìm kiếm lợi nhuận và chia sẻ rủi ro giữa những nhà đầu tư có ý chí liên kết với nhau dưới một hình thức nhất định.

Thứ ba, về nội dung, hợp đồng thành lập công ty (Memorandum of association) giữ vai trò nền tảng pháp lý cao nhất và trung tâm của hệ thống các quy định về quản trị công ty.

Về mặt ngôn ngữ, quản trị (governance), là một thuật ngữ đến từ ngôn ngữ La tinh “gubernare” và “gubernator” với nghĩa chỉ cho việc bánh lái một con tàu và thuyền trưởng của con tàu đó. Theo đó, quản trị công ty được hiểu là *hệ thống các quy tắc để đảm bảo cho công ty được định hướng điều hành và được kiểm soát một cách có hiệu quả vì quyền lợi của chủ đầu tư và những người liên quan đến công ty.*[19].

Về nội dung, quản trị công ty có thể hiểu theo nghĩa rộng và hẹp. Theo nghĩa hẹp, quản trị công ty thường quan tâm đến (i) Các vấn đề của cấu trúc quản lý của công ty chẳng hạn như mối quan hệ giữa Hội đồng quản trị và Ban giám đốc; (ii) lợi ích hoặc các mục tiêu của các nhóm trong công ty. Theo nghĩa rộng, quản trị công ty thiết lập

một tổ hợp các mối quan hệ giữa các bên tham gia vào công ty và các mục tiêu đầy đủ của quản trị công ty đó.

Theo nghĩa hẹp, theo Ira M. Millstein, Trường Quản lý Yale, Hoa Kỳ, cho rằng: *“quản trị công ty là việc công ty áp dụng những phương pháp mang tính nội bộ để quản lý hoạt động của công ty. Nó được thể hiện qua những mối liên hệ nội bộ về cơ cấu quyền hạn và trách nhiệm giữa các chủ thể góp vốn, Hội đồng quản trị và các nhà quản lý”*. Quan điểm này khá tương đồng với định nghĩa về quản trị công ty trong Luật Công ty của Vương quốc Anh năm 1985. Cụ thể là Luật này đã xác định, *“quản trị công ty là một thiết chế pháp lý về mối quan hệ giữa cổ đông, các nhà quản lý và Kiểm soát viên”*.

Cùng với tiếp cận trên, John và Senbet lại quan niệm rằng *“quản trị công ty là cơ chế mà theo đó cổ đông của một công ty thực hiện quyền kiểm soát đối với các thành viên nội bộ nhằm bảo vệ lợi ích của chính họ”* [54].

Trong khi đó, Raymond Mallon, chuyên viên cao cấp của Cơ quan phát triển quốc tế Hoa Kỳ (USAID) định nghĩa: *“quản trị công ty được hiểu là các quy trình mà qua đó Hội đồng quản trị giám sát Tổng giám đốc công ty và những nhà quản lý khác chịu trách nhiệm quản lý công ty hàng ngày, qua đó thành viên Hội đồng quản trị chịu trách nhiệm đối với các nhà đầu tư, chủ nợ doanh nghiệp và các bên có liên quan khác. Mục đích của quản trị công ty là bảo vệ lợi ích của các bên có liên quan chính trong công ty kinh doanh, mà trọng tâm tập trung vào bảo vệ lợi ích của người góp vốn vào công ty”*.

Tuy nhiên, định nghĩa rộng nhất về quản trị công ty được nhiều nước vận dụng vào xây dựng hệ thống pháp luật về quản trị công ty là của Tổ chức Hợp tác và Phát triển Kinh tế -OECD trong ấn phẩm ***“Các nguyên tắc quản trị công ty của OECD”*** (***The OECD Principles of Corporate Governance***) được sửa đổi và ban hành lại vào năm 2004. Theo đó, OECD cho rằng: *“Quản trị công ty bao gồm việc thiết lập các mối quan hệ giữa cơ cấu quản lý công ty, hội đồng quản lý công ty, các cổ đông và các bên có quyền lợi liên quan khác. Quản trị công ty cũng cung cấp cấu trúc mà thông qua đó các mục tiêu của công ty được thực hiện và những biện pháp để đạt được những mục tiêu và khả năng giám sát là được xác định”*. Rõ ràng, để thiết lập các “luật chơi” riêng

biệt trong các Công ty cụ thể, hợp đồng công ty đã và đang giữ vai trò là thỏa thuận gốc – là luật cơ bản giữa các thành viên công ty;

Thứ tư, pháp luật của các quốc gia trên thế giới cũng đã thừa nhận trường hợp thành lập công ty mà không cần có hợp đồng công ty – công ty cổ phần hoặc công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên.

Từ định nghĩa chung về công ty “*công ty được hiểu là sự liên kết của hai hay nhiều cá nhân bằng một sự kiện pháp lý nhằm tiến hành các hoạt động để đạt được một mục tiêu chung nào đó*”, nhiều học giả cho rằng, thì công ty một người không phải là một công ty thực sự, bởi không ai lại đi lập hội với chính bản thân mình và ký hợp đồng với chính bản thân mình trong trường hợp đầu tư để tìm kiếm lợi nhuận cho bản thân. Dạng công ty này xuất hiện trong nền kinh tế thị trường và có tác dụng quan trọng trong đời sống kinh doanh. Do đó, được các nhà làm luật thừa nhận rộng rãi ở Châu Âu và cho đó hình thức công ty này là một ngoại lệ. Trong một số trường hợp khác, xác định nó chính là doanh nghiệp tư nhân, nhưng có trách nhiệm hữu hạn. Điều đáng lưu ý là, công ty cổ phần hoặc công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên vẫn có điều lệ riêng và trong trường hợp này được hiểu là tổng thể các cam kết của chủ đầu tư với Nhà nước và bên thứ ba.

2.1.2. Khái niệm về hợp đồng liên doanh

Trên thế giới, phụ thuộc vào các đặc điểm của hệ thống pháp luật, điều kiện phát triển của thị trường, điều kiện đặc thù về văn hóa, xã hội... mà liên doanh cũng được quan niệm và phát triển trong các môi trường pháp lý không giống nhau. Tuy được tiếp cận dưới những phương diện khác nhau, song các định nghĩa về liên doanh (Joint Venture) đều có một hạt nhân chung – đó là hoạt động hợp tác giữa hai hay nhiều thương nhân để cùng tiến hành các hoạt động sản xuất kinh doanh trên cơ sở một thỏa thuận hay hợp đồng.

Ở các quốc gia có nền kinh tế thị trường phát triển, hiện nay có hai khuynh hướng chính khi tiếp cận về liên doanh: liên doanh là một hợp đồng (bao gồm cả việc thành lập và không thành lập thực thể kinh doanh) và liên doanh là một hợp đồng gắn liền với việc tạo lập một thực thể kinh doanh mới.

Từ hướng tiếp cận thứ nhất, Từ Điển Investopedia của Hoa Kỳ định nghĩa: “*Liên doanh là một thỏa thuận kinh doanh trong đó hai hay nhiều bên đồng ý giành các nguồn lực của mình với mục tiêu thực hiện một nhiệm vụ cụ thể. Nhiệm vụ này có thể là một dự án mới hoặc bất kỳ hành vi kinh doanh nào khác. Trong một hợp đồng liên doanh, mỗi bên tham gia đều chịu trách nhiệm về lợi nhuận, tổn thất và các chi phí liên quan đến nó*” [68].

Theo định nghĩa này, liên doanh đã bao gồm cả các hình thức hợp tác nhằm góp vốn, chia sẻ lợi nhuận và rủi ro mà không gắn liền với việc thành lập một thực thể kinh doanh mới (như hợp đồng hợp tác kinh doanh BCC theo cách hiểu của Việt Nam). Ở Hoa Kỳ, liên doanh được điều chỉnh bởi pháp luật về hợp danh, pháp luật về hợp đồng và giao dịch thương mại. Về phương diện của pháp luật thuế thu nhập doanh nghiệp, liên doanh được thừa nhận là một hợp danh (partnerships) (nếu không gắn liền với việc thành lập thực thể kinh doanh mới) hoặc một công ty (nếu công ty được thành lập để thực thi các mục tiêu của hợp danh). Các liên doanh quốc tế là đối tượng điều chỉnh của pháp luật thương mại quốc tế. Đây cũng là cách tiếp cận chung của các quốc gia trong khuôn khổ của Tổ Chức Hợp Tác và Phát Triển Kinh Tế (OECD) [68].

Từ hướng tiếp cận thứ hai, Từ Điển Luật của Trường Đại học Cornell, Hoa Kỳ định nghĩa: “*Một liên doanh là một tổ chức pháp lý nhằm thực hiện một hợp tác ngắn hạn mà trong đó những người tham gia thực hiện một giao dịch vì lợi ích chung. Nhìn chung, những người tham gia này đều góp vốn và chia sẻ rủi ro. Giống như một hợp danh, liên doanh có thể tham gia vào bất cứ giao dịch kinh doanh nào và “những người” tham gia ở đây có thể là cá nhân, nhóm các cá nhân, các hội đoàn hoặc các công ty*”.

Tuy nhiên, ở các quốc gia đang phát triển và các quốc gia chuyển đổi, liên doanh được tiếp cận ở phương diện hẹp hơn – liên doanh quốc tế. Theo đó, Liên doanh được hiểu là một hình thức tổ chức kinh doanh có tính chất quốc tế, hình thành giữa các bên có những sự khác biệt về quốc tịch, quản lý, hệ thống tài chính, luật pháp và bản sắc văn hoá; hoạt động trên cơ sở sự đóng góp của các bên về vốn, quản lý lao động và cùng chịu trách nhiệm về lợi nhuận cũng như rủi ro có thể xảy ra; hoạt động của liên doanh rất rộng, bao gồm cả hoạt động sản xuất kinh doanh, cung ứng dịch vụ, hoạt

động nghiên cứu cơ bản và nghiên cứu triển khai.

Hình thức liên doanh được phân chia thành hai loại: liên doanh gắn liền với việc hình thành doanh nghiệp liên doanh và liên doanh không gắn với thành lập doanh nghiệp liên doanh quốc tế.

Hình thức liên doanh không gắn với thành lập doanh nghiệp liên doanh là một hình thức đầu tư mà lợi nhuận và các nghĩa vụ được phân chia cho các bên liên doanh theo một hợp đồng mà không thành lập doanh nghiệp. Mỗi bên là một thực thể pháp lý riêng biệt và chịu trách nhiệm riêng rẽ.

Hình thức liên doanh gắn liền với việc hình thành doanh nghiệp liên doanh là một hình thức đầu tư mà lợi nhuận và các nghĩa vụ được phân chia cho các bên trên cơ sở Hợp đồng liên doanh gắn với thành lập doanh nghiệp. Doanh nghiệp liên doanh là một hình thức mà thông qua đó đối tượng của Hợp đồng liên doanh được thực hiện trên thực tế. Theo đó, Hợp đồng liên doanh đóng một vai trò quan trọng trong mối quan hệ liên doanh giữa các bên trong việc quy định công ty liên doanh sẽ được hình thành như thế nào, chỉ ra việc vận hành và quản lý công ty ra sao cũng như các vấn đề về trách nhiệm của các bên đối với liên doanh từ khi công ty liên doanh được thành lập tới khi chấm dứt hoạt động.

Lý giải cho việc quan niệm hẹp về liên doanh trong pháp luật của các quốc gia đang phát triển và các quốc gia chuyển đổi, Kraakman đã cho rằng từ nguy cơ dễ tổn thương và do nhu cầu phòng vệ của các nền kinh tế kém phát triển hoặc chuyển đổi [49]. Sau chiến tranh thế giới thứ hai, với sự gia tăng nhanh chóng của buôn bán thương mại và đầu tư quốc tế, liên doanh được thành lập không chỉ nhằm thu lợi ích ngoại vi mà đã trở thành sự lựa chọn có tính chất sống còn về mặt chiến lược của các công ty thông qua hoạt động hợp tác. Do sự chậm trễ trong việc hình thành các khuôn khổ pháp lý toàn cầu cho hoạt động đầu tư, liên doanh với doanh nghiệp bản địa dưới hình thức hợp đồng hợp tác kinh doanh (hợp doanh -BCC) và hợp đồng liên doanh (gắn với việc thành lập doanh nghiệp liên doanh) đã trở thành công cụ pháp lý chính để các tập đoàn xuyên quốc gia vượt qua các hàng rào thuế quan và phi thuế quan, sự khác biệt về văn hoá, luật pháp và các chính sách của Chính phủ các nước để tạo ra những lợi thế kinh tế mới nhờ tiếp cận thị trường, mở rộng quy mô, thực hiện chuyên giao công nghệ, và gia

tăng cạnh tranh ở các thị trường khác nhau. Điều rất đáng lưu ý là, sau khi Tổ chức thương mại thế giới (WTO) được thành lập, có rất ít sự thay đổi trong cách nhìn nhận về liên doanh các nền kinh tế kém phát triển hoặc chuyển đổi, có chăng là sự tiếp cận đối với hợp đồng hợp tác kinh doanh (hợp doanh -BCC) và hợp đồng liên doanh (gắn với việc thành lập doanh nghiệp liên doanh) là các mức độ tiếp cận thị trường khác nhau trong cam kết mở cửa thị trường của quốc gia tiếp nhận đầu tư. Theo đó, lộ trình mở cửa thị trường đối với các thị trường hàng hóa hoặc dịch vụ của các quốc gia này bắt đầu từ cho phép hợp đồng hợp tác kinh doanh (hợp doanh -BCC) và sau đó là hợp đồng liên doanh (gắn với việc thành lập doanh nghiệp liên doanh).

Quan niệm về liên doanh và doanh nghiệp liên doanh ở Việt Nam cũng không đi ra ngoài quỹ đạo chung đó. Luật Đầu tư nước ngoài năm 1987 quy định hợp đồng liên doanh là văn bản ký kết giữa bên nước ngoài và bên Việt Nam về việc thành lập doanh nghiệp liên doanh.

Khái niệm này cũng được sửa đổi vào năm 1990, Điều 2 khoản 6 Luật Đầu tư nước ngoài năm 1987, sửa đổi năm 1990: *"Hợp đồng liên doanh là văn bản ký giữa hai bên hoặc nhiều bên về việc thành lập xí nghiệp liên doanh, hoặc là văn bản ký giữa xí nghiệp liên doanh với tổ chức, cá nhân nước ngoài để thành lập xí nghiệp liên doanh mới tại Việt Nam."*

So với khái niệm hợp đồng liên doanh theo Luật đầu tư nước ngoài năm 1987, khái niệm sau khi được sửa đổi đã mở rộng chủ thể hợp đồng liên doanh. Hợp đồng liên doanh có thể được ký kết bởi hai hoặc nhiều bên Việt Nam và bên nước ngoài để hình thành doanh nghiệp liên doanh.

Khái niệm hợp đồng liên doanh theo Luật Đầu tư nước ngoài năm 1996 được quy định gắn liền với quy định về khái niệm doanh nghiệp liên doanh. Theo đó, những bên tham gia liên doanh sẽ đồng thời là chủ thể giao kết của hợp đồng liên doanh.

Luật Đầu tư 2005, Luật đầu tư 2015 không nêu khái niệm về hợp đồng liên doanh. Tuy nhiên cách hiểu về hợp đồng liên doanh thống nhất với quan điểm của Luật Đầu tư 1996. Hợp đồng liên doanh là văn bản ký kết giữa hai hoặc nhiều bên đầu tư Việt Nam và nước ngoài để thành lập tổ chức kinh tế có tư cách pháp nhân. Chủ thể của hợp đồng liên doanh chính là các bên đầu tư tham gia trong liên doanh và mục đích của

hợp đồng là thành lập doanh nghiệp liên doanh. Như vậy, hợp đồng liên doanh là văn bản pháp lý xác nhận việc hợp tác giữa các nhà đầu tư và là cơ sở pháp lý để xác nhận việc hình thành pháp nhân mới là doanh nghiệp liên doanh.

Với cách tiếp cận kể trên, đã cho thấy, bên cạnh các đặc điểm của một hợp đồng công ty, hợp đồng liên doanh có một số đặc điểm riêng biệt rất đáng lưu ý sau đây:

Thứ nhất, hợp đồng liên doanh theo pháp luật Việt Nam có sự tham gia của bên (các bên) của quốc gia sở tại với bên (hoặc các bên) nước ngoài. Nói cách khác, chủ thể tham gia vào hợp đồng liên doanh là những thương nhân đến từ các quốc gia khác nhau và có đầy đủ năng lực theo quy định của pháp luật của quốc gia đó. Tính quốc tế của hợp đồng liên doanh ở Việt Nam thể hiện sự khác nhau về quốc tịch của các bên tham gia và sự hoạt động của các bên vượt ra ngoài biên giới quốc gia của chúng;

Thứ hai, hợp đồng liên doanh theo pháp luật Việt Nam gắn liền với việc thành lập doanh nghiệp liên doanh – một pháp nhân mang quốc tịch Việt Nam. Cơ sở pháp lý cho việc giao kết hợp đồng liên doanh và sự tồn tại và hoạt động của các doanh nghiệp liên doanh (hình thành trên cơ sở Hợp đồng liên doanh ký kết giữa các bên) phải tuân thủ pháp luật của nước CHXHCN Việt Nam.

Tuy nhiên, điều đáng lưu ý là, hợp đồng liên doanh là một “*hợp đồng có yếu tố nước ngoài*” nên phải đảm bảo quyền tự do kinh doanh của nhà đầu tư như: quyền lựa chọn luật chi phối hợp đồng, lựa chọn cơ quan giải quyết tranh chấp... trong khuôn khổ pháp lý về bảo đảm đầu tư mà Việt Nam đã cam kết trong các điều ước quốc tế như các quy định về bảo đảm đầu tư trong WTO, ASEAN... các Hiệp định về bảo hộ đầu tư song phương mà Việt Nam là một Bên của Hiệp định. Do đó, nguồn luật chi phối một hợp đồng liên doanh là rất đa dạng và phức tạp bao gồm pháp luật quốc gia, pháp luật quốc tế;

Thứ ba, với tính cách là một kênh đầu tư trực tiếp có sử dụng vốn của nước ngoài, hợp đồng liên doanh theo pháp luật Việt Nam chỉ được giao kết phù hợp với lộ trình mở cửa thị trường mà Việt Nam đã cam kết trong WTO, ASEAN...và các hiệp định thương mại song phương mà Việt Nam là một Bên của Hiệp định.

Trên thực tế, nhà đầu tư nước ngoài có thể lựa chọn nhiều kênh tiếp cận và đầu tư khác nhau như: (i) sử dụng sức mạnh tiêu thụ sẵn có ở Việt Nam (đại diện thương

mại, đại lý); (ii) thành lập văn phòng đại diện; (iii) thành lập chi nhánh; (iv) chuyển đổi trái phiếu đã mua của doanh nghiệp Việt Nam, chuyển đổi nợ thành cổ phần; (v) mua cổ phần của doanh nghiệp Việt Nam; (vi) tham gia các hợp đồng hợp tác kinh doanh (BCC); (vii) thành lập doanh nghiệp liên doanh với các đối tác Việt Nam; (viii) thành lập doanh nghiệp 100% vốn nước ngoài. Theo đó, dễ dàng nhận thấy thành lập doanh nghiệp liên doanh với các đối tác Việt Nam và thành lập doanh nghiệp 100% vốn nước ngoài là những “nấc cuối cùng” trong lộ trình mở cửa thị trường của Việt Nam.

Thứ tư, mặc dù có nhiều điểm tương đồng với hợp đồng hợp tác kinh doanh (BCC), song hợp đồng liên doanh với BCC cũng có nhiều điểm khác biệt cơ bản.

**** Về chủ thể của hợp đồng:***

Hợp đồng hợp tác kinh doanh không giới hạn các nhà đầu tư, có thể là nhà đầu tư trong nước ký kết hợp tác kinh doanh với nhà đầu tư nước ngoài hoặc những nhà đầu tư trong nước kí kết hợp đồng với nhau.

Hợp đồng liên doanh thì bắt buộc phải có sự ký kết của một hoặc nhiều nhà đầu tư trong nước với một hoặc nhiều nhà đầu tư nước ngoài, sự tham gia của nhà đầu tư trong nước là cần thiết, là điều kiện bắt buộc để hình thành nên hợp đồng liên doanh.

**** Về bản chất của hợp đồng:***

Hợp đồng hợp tác kinh doanh là sự thỏa thuận của các bên để tiến hành hợp tác kinh doanh với nhau và được pháp luật coi là một hình thức đầu tư, nó tồn tại độc lập với các hình thức đầu tư khác.

Hợp đồng liên doanh không được coi là hình thức đầu tư, nó chỉ là cơ sở pháp lý ghi nhận quan hệ đầu tư. Hệ quả của quá trình ký kết hợp đồng liên doanh là một doanh nghiệp liên doanh ra đời. Do đó đây sẽ là một văn bản bắt buộc phải có trong hồ sơ đề nghị cấp giấy chứng nhận đầu tư.

**** Về nội dung thỏa thuận:***

Trong *hợp đồng hợp tác kinh doanh*, vì việc ký kết hợp đồng không dẫn đến thành lập một pháp nhân mới tại Việt Nam phải hoạt động theo luật Doanh nghiệp. Do vậy trong hợp đồng này các bên cùng thỏa thuận những nội dung liên quan đến: thể thức góp vốn, phân chia lợi nhuận, kết quả kinh doanh...

Còn *hợp đồng liên doanh* thì việc ký kết hợp đồng dẫn đến việc thành lập một pháp nhân theo Luật Doanh nghiệp Việt Nam nên nội dung của sự thỏa thuận phải có: loại hình doanh nghiệp, lĩnh vực, ngành nghề kinh doanh, điều kiện chấm dứt và giải thể doanh nghiệp.

** Về việc triển khai hợp đồng:*

Trong *hợp đồng hợp tác kinh doanh* thì các nhà đầu tư phải tự tiến hành hoạt động đầu tư với quy chế do chính họ đặt ra và thỏa thuận trong hợp đồng, có thể coi sự thỏa thuận trong hợp đồng thể hiện sự nhất trí cao độ.

Còn trong *hợp đồng liên doanh* thì tính hiệu quả trong quá trình đầu tư của nhà đầu tư (đối với hình thức thành lập doanh nghiệp liên doanh) sẽ được phản ánh qua chính tình hình hoạt động của doanh nghiệp liên doanh đó.

** Về việc sử dụng dấu, tư cách giao dịch:*

Sau khi ký xong *hợp đồng hợp tác kinh doanh*, thường các bên phải thỏa thuận sử dụng dấu và danh nghĩa của một Bên để giao dịch.

Trong *hợp đồng liên doanh* thì sau khi thành lập công ty liên doanh sẽ là pháp nhân độc lập và giao dịch với các bên khác.

Thứ năm, do có bản chất là một “hợp đồng có yếu tố nước ngoài” quốc tịch khác nhau, công nghệ quản lý khác nhau, khác nhau về hệ thống tài chính, luật pháp và bản sắc văn hoá.

Sự khác nhau này làm tăng tính phức tạp của việc tổ chức liên doanh cũng như làm tăng rủi ro của các hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp liên doanh. Nguy cơ xung đột lợi ích trong các doanh nghiệp liên doanh luôn hiện hữu và đòi hỏi phải thiết lập các hình thức quản trị phù hợp.

2.1.3. Điều kiện có hiệu lực của hợp đồng liên doanh

Hợp đồng liên doanh sau khi được giao kết hợp pháp và được chuẩn thuận cùng với các tài liệu có liên quan bởi cơ quan Nhà nước có thẩm quyền sẽ có hiệu lực bắt buộc đối với các bên. Nói một cách khác, khi hợp đồng có hiệu lực, các bên phải thực hiện mọi cam kết đã thỏa thuận trong hợp đồng. Pháp luật các nước thông thường đều quy định những điều kiện nhất định để hợp đồng có hiệu lực pháp lý. *Điểm chung trong cách tiếp cận của các nước về điều kiện có hiệu lực của hợp đồng là đều xác định hợp*

đồng phải đáp ứng đầy đủ các điều khoản cơ bản và được sự chuẩn thuận của cơ quan quản lý Nhà nước có thẩm quyền theo các quy định pháp luật của quốc gia tiếp nhận đầu tư.

Theo pháp luật Pháp, để hợp đồng nói chung và hợp đồng liên doanh nói riêng có hiệu lực cần tuân thủ đầy đủ bốn điều kiện: Có sự thoả thuận của các bên cam kết; Có năng lực giao kết hợp đồng; Sự cam kết có đối tượng xác thực; Nghĩa vụ có căn cứ hợp pháp. Sự thoả thuận sẽ không có giá trị nếu đạt được do bị nhầm lẫn, bị đe dọa, bị lừa dối. Sự nhầm lẫn chỉ là căn cứ làm cho hợp đồng vô hiệu khi là nhầm lẫn về bản chất của vật hoặc sự việc là đối tượng của hợp đồng. Sự nhầm lẫn không thể là căn cứ làm cho hợp đồng vô hiệu nếu là sự nhầm lẫn về người mà mình có ý định giao kết, trừ trường hợp việc xem xét nhân thân người đó là căn cứ chính của việc giao kết hợp đồng. Hành vi được coi là đe dọa nếu nó tác động tới một người có khả năng nhận thức thông thường và làm cho người đó lo sợ có thể bị một thiệt hại nghiêm trọng đối với tính mạng hoặc tài sản của mình. Sự lừa dối là căn cứ làm cho hợp đồng bị vô hiệu khi các thủ đoạn do một bên thực hiện mà nếu không có các thủ đoạn đó thì bên kia đã không giao kết được hợp đồng. Tuy nhiên, hợp đồng được giao kết do nhầm lẫn, lừa dối, hay bị đe dọa không đương nhiên vô hiệu. Điều này chỉ tạo cơ sở cho việc khởi kiện để thừa nhận hợp đồng vô hiệu hoặc để huỷ hợp đồng. Một nghĩa vụ không có căn cứ hoặc dựa trên một căn cứ giả tạo hay một căn cứ bất hợp pháp thì không có hiệu lực [51].

Pháp luật Indonesia cũng có cách tiếp cận tương tự như pháp luật Pháp, theo đó một thoả thuận được coi là có hiệu lực khi đáp ứng được bốn điều kiện: Có sự thoả thuận của các bên cam kết; Có năng lực xác lập thoả thuận; Có đối tượng xác thực; Phải có một căn cứ hợp lý [71].

Theo truyền thống các nước theo hệ thống Common Law, để hợp đồng có hiệu lực cần thoả mãn các điều kiện: Các bên phải có năng lực pháp lý; Cần phải có đề nghị giao kết hợp đồng và chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng; Phải có ý định tạo ra các mối quan hệ pháp lý; Phải có sự trao đổi đáng giá giữa các bên (consideration). Ngoài ra, hình thức của hợp đồng trong những trường hợp nhất định có thể là một đòi hỏi bắt buộc.

Như vậy, nhìn chung các nước đều quy định về điều kiện có hiệu lực của hợp đồng. Tuy nhiên, pháp luật các nước có cách tiếp cận khác nhau về điều kiện có hiệu lực của hợp đồng. Cho dù có sự khác biệt về cách tiếp cận đối với điều kiện có hiệu lực của hợp đồng, nhưng nét chung có thể thấy qua sự điều chỉnh pháp luật các nước là phải có sự thoả thuận của các bên tham gia và hợp đồng phải có đối tượng xác định. Để sự thoả thuận này là hợp pháp, sự thoả thuận đó không thể được xác lập trên cơ sở bị nhầm lẫn, bị đe dọa, bị lừa dối. Đối tượng của hợp đồng phải được các bên giao kết hợp đồng xác định cụ thể. Hợp đồng không có hiệu lực nếu việc giao kết hợp đồng trái với pháp luật, đạo đức, thuần phong mỹ tục, trật tự công cộng hoặc chính sách công cộng.

Một số nước có những quy định về năng lực của chủ thể giao kết hợp đồng (Pháp, Indonesia, các nước theo hệ thống thông luật...), về hình thức của hợp đồng (các nước theo truyền thống thông luật...)...

Những nét đặc thù về điều kiện có hiệu lực của hợp đồng liên doanh có hiệu lực pháp lý thể hiện thông qua những điều kiện sau đây:

- Điều kiện về chủ thể của hợp đồng

Lý luận và thực tiễn pháp luật các nước đều quan niệm chủ thể của hợp đồng liên doanh phải là thương nhân. Như trên đã trình bày, điểm đặc biệt của hợp đồng liên doanh là có sự tham gia của thương nhân nước ngoài. Và do đó để có hiệu lực pháp lý, chủ thể của hợp đồng liên doanh phải có đầy đủ tư cách pháp lý theo pháp luật mà thương nhân đó mang quốc tịch.

Năng lực giao kết hợp đồng là yếu tố quan trọng cần xem xét khi xác định chủ thể của giao dịch. Năng lực giao kết hợp đồng là khả năng có thể nhận thức được hợp đồng đã được xác lập và nắm bắt được bản chất của hợp đồng. Việc một người không hiểu được đầy đủ ý nghĩa pháp lý của một hợp đồng không có nghĩa rằng người này không đủ năng lực giao kết hợp đồng. Nếu bất kỳ bên nào của hợp đồng không đủ năng lực giao kết hợp đồng, hợp đồng này sẽ bị coi là vô hiệu. Những người không có đủ năng lực pháp luật và năng lực hành vi bị xem là không có năng lực giao kết hợp đồng. Tuy nhiên, năng lực giao kết hợp đồng được xác định khác nhau ở các nước và khác nhau ở các thời kỳ. Ví dụ, theo các nước theo truyền thống Common Law, người dưới

21 tuổi là người chưa thành niên và bị coi là chưa có năng lực giao kết hợp đồng. Ở hầu hết các bang của Hoa Kỳ, độ tuổi này sau đó được giảm xuống 18 tuổi và một số bang là 19 tuổi. Theo pháp luật Nhật Bản, người thành niên là người đạt độ tuổi 20. Pháp luật Nhật Bản trước đây không thừa nhận trường hợp ngoại lệ đối với người chưa đạt 20 tuổi, nhưng sau đó nước này đã bổ sung quy định là trong trường hợp người chưa thành niên kết hôn thì người này được coi như đã đạt đến tuổi trưởng thành. Quy định này cũng tương đồng với quy định của pháp luật Thụy Sĩ. Trong khi đó, pháp luật Pháp lại xác định người thành niên là người đạt độ tuổi 18.

Năng lực của công ty được xác định trong nội dung đăng ký kinh doanh và điều lệ công ty. Công ty phải hoạt động phù hợp với điều lệ và nội dung đăng ký kinh doanh đã được phép. Một hợp đồng được giao kết không phù hợp với điều lệ và nội dung đăng ký kinh doanh bị coi là vô hiệu. Các nhà làm luật cũng dự liệu một số tình huống khác theo đó hợp đồng do người đại diện hợp pháp của công ty giao kết bị coi là vô hiệu, ví dụ hợp đồng được giao kết nhằm mục đích tư lợi.

- Điều kiện về mục tiêu, lĩnh vực, ngành nghề kinh doanh

Khác với các đối tượng của hợp đồng khác, đối tượng của hợp đồng liên doanh thể hiện qua mục tiêu, lĩnh vực và ngành nghề kinh doanh. Theo đó, mục tiêu, lĩnh vực và ngành nghề kinh doanh dự kiến của hợp đồng liên doanh phải phù hợp với pháp luật và lộ trình cam kết mở cửa thị trường của quốc gia sở tại.

Hầu hết các nước đang phát triển và các quốc gia chuyển đổi đều thiết lập các rào cản về lĩnh vực và ngành nghề kinh doanh nhằm bảo hộ nền sản xuất trong nước, để đạt được chính sách đối ngoại, trong đó có mục tiêu an ninh quốc gia, bảo vệ môi trường.. thông qua việc ban hành các danh mục cấm đầu tư hoặc danh mục đầu tư có điều kiện.

Danh mục cấm đầu tư quy định việc cấm đầu tư thường được áp dụng đối với: (i) các dự án có khả năng gây phương hại đến quốc phòng, an ninh quốc gia và lợi ích công cộng như: Sản xuất, chế biến các chất ma túy, Đầu tư kinh doanh dịch vụ điều tra bí mật xâm phạm lợi ích của nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân, ... ; (ii) các dự án gây phương hại đến di tích lịch sử, văn hóa, đạo đức, thuần phong mỹ tục quốc gia sở tại như: dự án xây dựng trong khuôn viên của các di tích lịch sử, văn

hóa quốc gia; các dự án làm ảnh hưởng xấu đến kiến trúc, cảnh quan của các di tích lịch sử, văn hóa quốc gia; Sản xuất các sản phẩm văn hóa đồi trụy, mê tín dị đoan; Kinh doanh mại dâm; buôn bán phụ nữ, trẻ em; Thử nghiệm sinh sản vô tính trên người; (iii) Các dự án gây tổn hại đến sức khỏe nhân dân, làm hủy hoại tài nguyên, phá hủy môi trường như: Sản xuất hóa chất bảng 1 (theo Công ước Quốc tế); Sản xuất các loại thuốc chữa bệnh cho người, các loại vắc-xin, sinh phẩm y tế, mỹ phẩm, hóa chất và chế phẩm diệt côn trùng, diệt khuẩn chưa được phép sử dụng tại quốc gia sở tại; (iii) Các dự án xử lý phế thải độc hại đưa từ bên ngoài vào Việt Nam; sản xuất các loại hóa chất độc hại hoặc sử dụng tác nhân độc hại bị cấm theo quy định của các điều ước quốc tế....

Danh mục hạn chế quy định việc hạn chế đầu tư đối với nhà đầu tư nước ngoài trong một số ngành nghề trọng điểm quốc gia, có ảnh hưởng lớn và lâu dài đến sự phát triển kinh tế - xã hội của quốc gia sở tại, thường được áp dụng đối với: (i) Phát thanh, truyền hình; (ii) Sản xuất, xuất bản và phân phối các sản phẩm văn hoá; (iii) Khai thác, chế biến khoáng sản; (iv) Thiết lập hạ tầng mạng viễn thông, truyền dẫn phát sóng, cung cấp dịch vụ viễn thông và Internet; (v) 6. Xây dựng và vận hành cảng sông, cảng biển, cảng hàng không, sân bay; (vi) Vận tải hàng hoá và hành khách bằng đường sắt, đường hàng không, đường bộ, đường biển, đường thủy nội địa; (vi) Sản xuất thuốc lá; (vii) Kinh doanh bất động sản; (viii) Giáo dục, đào tạo....

Bên cạnh đó, rất nhiều các quy định bảo vệ thị trường nội địa cũng được sử dụng để thẩm định các mục tiêu trong liên doanh. Đáng lưu ý trong số đó là các quy định về vệ sinh dịch tễ, quy tắc xuất xứ, các tiêu chuẩn về môi trường và lao động, thậm chí là các quy định về trách nhiệm đối với sản phẩm, các quy định về bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng...

Một vấn đề đặt ra đối với những nhà làm luật là xác định và làm rõ mối quan hệ giữa luật công quốc gia (vệ sinh dịch tễ, chống bán phá giá, quy tắc xuất xứ, các tiêu chuẩn về môi trường và lao động, các quy định về trách nhiệm đối với sản phẩm, các quy định về bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, luật thương mại công bằng...) và luật tư quốc gia (luật hợp đồng, luật công ty...) trong việc thẩm định mục tiêu của liên doanh. Xác định điều này là một yếu tố cần thiết bởi lẽ nếu thiên chức của luật tư là hướng vào bảo vệ quyền và lợi ích mang tính riêng tư thì luật công lại nhằm bảo vệ trật tự và sự ổn

định của xã hội nói chung. Đây cũng là một thách thức đối với các nước đang phát triển và các nền kinh tế chuyển đổi trong quá trình cạnh tranh, thu hút nguồn đầu tư nước ngoài vào quốc gia mình.

- Điều kiện về nội dung của hợp đồng

Thông thường, hợp đồng liên doanh phải chứa đựng các điều khoản chủ yếu được quy định trong pháp luật của quốc gia tiếp nhận đầu tư (sẽ được trình bày chi tiết ở nội dung sau). Mặc dù pháp luật các nước có những quy định khác nhau về nội dung chủ yếu của hợp đồng liên doanh song nội dung của hợp đồng liên doanh phải phù hợp với pháp luật của quốc gia mà các bên liên doanh mang quốc tịch và chuẩn mực pháp lý quốc tế.

Liên quan đến các nội dung của hợp đồng còn cần nhắc đến những thoả thuận của các bên trong hợp đồng nhằm những mục đích nhất định như rửa tiền hay tài trợ cho hoạt động khủng bố. Đây là những hành vi xuất hiện nhiều trong thời gian gần đây trong giao lưu quốc tế. Điều cần làm rõ ở đây là những hành vi này có ảnh hưởng gì đến hiệu lực của hợp đồng.

Pháp luật và thông lệ quốc tế cũng đã đề cập tới những hành vi này dưới những hình thức khác nhau. Ví dụ, theo pháp luật Italia, việc phân bổ giấy phép có liên quan bị nghiêm cấm đối với một số hoạt động, trong đó có cuộc đấu tranh chống khủng bố [78]. Pháp luật Hoa Kỳ quy định, ngoại trừ những trường hợp được yêu cầu bởi phần 203 (b) của Luật về quyền năng kinh tế quốc tế trong trường hợp khẩn cấp (50 U.S.C 1702 (b)), hoặc được quy định trong các quy tắc, lệnh, hướng dẫn hoặc giấy phép có thể được ban hành, và bất kể hợp đồng nào đã có hiệu lực hoặc bất kỳ giấy phép nào hoặc sự chấp thuận trước ngày có hiệu lực quy định [94]:

+ Nghiêm cấm bất kỳ giao dịch nào do công dân Hoa Kỳ thực hiện hoặc trong phạm vi Hoa Kỳ với tài sản hoặc các lợi ích về tài sản bị phong toả phù hợp với quy định này, bao gồm nhưng không hạn chế đối với việc tạo lập hoặc thụ hưởng bất kỳ sự đóng góp nào của các quỹ, hàng hoá hoặc dịch vụ tới hoặc cho những cá nhân được liệt kê trong Phụ lục của Lệnh này hoặc được xác định theo Lệnh này;

+ Nghiêm cấm bất kỳ giao dịch nào bởi công dân Hoa Kỳ hoặc trong Hoa Kỳ mà trốn tránh, hoặc nhằm trốn tránh, hoặc những nỗ lực để vi phạm, bất kỳ sự cấm đoán nào được xác định trong Lệnh này; và

+ Nghiêm cấm bất kỳ âm mưu nào được xác lập để vi phạm bất kỳ điều cấm nào được ghi nhận trong Lệnh này.

Công ước của Liên Hợp Quốc về loại bỏ việc tài trợ cho chủ nghĩa khủng bố năm 1999 đòi hỏi các thành viên tiến hành các bước đi để ngăn ngừa và chống lại việc tài trợ cho những kẻ khủng bố, bất kể việc tài trợ được thực hiện một cách trực tiếp hay gián tiếp, thông qua các tổ chức lấy danh nghĩa từ thiện, xã hội hay văn hoá hoặc liên quan đến các hoạt động trái pháp luật như buôn bán ma túy hoặc vũ khí; yêu cầu các thành viên phải truy cứu trách nhiệm hình sự, dân sự hoặc hành chính đối với những ai tài trợ cho chủ nghĩa khủng bố và hỗ trợ để nhận dạng, phong toả tài khoản được sử dụng cho những hoạt động khủng bố, cũng như việc hỗ trợ tìm kiếm các quỹ giả mạo trên cơ sở từng vụ việc [94].

Nhiều nước và vùng lãnh thổ đã có những sự hợp tác tích cực trong đấu tranh phòng chống nạn rửa tiền. Đặc biệt trong số đó cần phải kể đến là các nước và vùng lãnh thổ trong khuôn khổ Tổ chức về các hành động tài chính nhằm chống rửa tiền (FATF). Hiện tại, đã có tới 32 nước, vùng lãnh thổ và hai tổ chức quốc tế là thành viên của tổ chức này bao gồm Aentina, Australia, Áo, Bỉ, Braxin, Canada, Đan Mạch, Phần Lan, Pháp, Đức, Hy Lạp, Hồng Kông (Trung Quốc), Trung Quốc, Ailen, Liên bang Nga, Italia, Nhật Bản, Lúcxembua, Mêhicô, Vương quốc Hà Lan, Niu Di Lân, Na Uy, Bồ Đào Nha, Singapore, Tây Ban Nha, Thụy Điển, Thụy Sĩ, Thổ Nhĩ Kỳ, Nam Phi, Vương quốc Anh, Mehico, Hội đồng Châu Âu và Hội đồng hợp tác vùng vịnh. Theo khuyến nghị của tổ chức, các nước thành viên của FATF có trách nhiệm tội phạm hoá hành vi rửa tiền, xác định các chế tài tiền tệ và dân sự, các tiến trình tố tụng bao gồm cả tố tụng dân sự, xác định sự vô hiệu của hợp đồng nếu các bên biết hoặc cần phải biết về hành vi rửa tiền [96].

Như vậy, pháp luật và thông lệ quốc tế đều nghiêm cấm những thoả thuận của các bên trong hợp đồng nhằm rửa tiền hay tài trợ cho hoạt động khủng bố. Một xu hướng có thể dễ nhận thấy là sự hợp tác và liên kết ngày càng chặt chẽ giữa các nước nhằm ngăn chặn nạn các hành vi bất hợp pháp nói chung cũng như nạn rửa tiền nói riêng. Nhìn chung, những thoả thuận của các bên trong hợp đồng nhằm rửa tiền hay

tài trợ cho hoạt động khủng bố được pháp luật và thông lệ quốc tế coi là các hành vi vi phạm pháp luật và bị nghiêm cấm thực hiện.

- Điều kiện về hình thức của hợp đồng

Một trong các nguyên tắc quan trọng trong giao kết hợp đồng liên doanh là tự do thoả thuận. Điều này có nghĩa là các bên được quyền lựa chọn hình thức thích hợp cho hợp đồng của họ. Tuy nhiên, để đảm bảo an toàn pháp lý trong các quan hệ hợp đồng và để bảo vệ trật tự pháp luật, lợi ích công cộng, hợp đồng liên doanh là một chủng loại hợp đồng phải tuân thủ các quy định về hình thức.

Sở dĩ như vậy là vì, để phát sinh hiệu lực, hợp đồng liên doanh cần sự phê chuẩn (chuẩn thuận) cần thiết của các cơ quan quản lý Nhà nước có thẩm quyền của quốc gia tiếp nhận đầu tư. Tuy nhiên, điều đáng lưu ý là, giá trị pháp lý của sự phê chuẩn đối với hợp đồng liên doanh có khác biệt ở quốc gia. Theo thông lệ quốc tế, sự phê chuẩn này có ý nghĩa thừa nhận giá trị ràng buộc pháp lý đối với các bên trong Hợp đồng liên doanh cùng với toàn bộ các ưu đãi về đầu tư (nếu có) được áp dụng đối với liên doanh theo pháp luật quốc gia tiếp nhận đầu tư trong thời hạn có hiệu lực của hợp đồng.

2.1.4. Nội dung cơ bản của hợp đồng liên doanh

Hợp đồng được hình thành bởi sự thỏa thuận của các đương sự trên cơ sở tự do ý chí. Do đó về nguyên tắc, pháp luật không ràng buộc hay hạn chế tự do cam kết, thỏa thuận của các bên mà không có lý do xác đáng. Tuy nhiên, hợp đồng được xem là luật của các bên tham gia giao kết mà có thể bị pháp luật áp dụng chế tài đối với sự vi phạm hợp đồng, nên pháp luật cũng đòi hỏi các bên phải thỏa thuận về những điều khoản cơ bản mà thiếu chúng các nghĩa vụ theo hợp đồng không thể hình thành.

Với tính cách là một hợp đồng công ty điển hình, hợp đồng liên doanh có nhiều đặc điểm khác biệt với các loại hợp đồng thông thường ở mục tiêu tạo lập một thực thể kinh doanh có khả năng gây ảnh hưởng lớn đến xã hội và người thứ ba. Để bảo vệ trật tự công cộng, đạo đức xã hội và người thứ ba, đồng thời bảo hộ pháp lý tốt nhất cho các bên trong hợp đồng liên doanh và doanh nghiệp liên doanh, pháp luật của hầu hết các quốc gia trên thế giới đều quy định các điều khoản cơ bản của hợp đồng liên doanh.

Qua khảo sát hệ thống pháp luật của các quốc gia trên thế giới đã cho thấy có các phương thức điều chỉnh đối với điều khoản cơ bản của hợp đồng liên doanh sau đây:

Phương thức thứ nhất quy định chi tiết cả bản hợp đồng liên doanh và bản điều lệ của công ty liên doanh. Đây là giải pháp pháp lý được lựa chọn của các quốc gia theo truyền thống Common Law như Vương Quốc Anh, Malaysia, Singapore.... Chẳng hạn pháp luật của Vương Quốc Anh quy định hợp đồng liên doanh là một chứng thư được ký kết bởi ít nhất hai thành viên sáng lập (subscriber hay promoter) tuyên bố và xác định nền tảng pháp lý cơ bản và quyền hạn của công ty, trong đó phải có năm điều khoản bắt buộc: Tên gọi của công ty; trụ sở đăng ký của công ty; mục tiêu của công ty; trách nhiệm của các thành viên của công ty; và số vốn cổ phần được phát hành và dạng cổ phần [15; tr.48]. Theo hình mẫu này, pháp luật của Malaysia và Singapore quy định, mọi công ty liên doanh phải đăng ký hợp đồng thành lập liên doanh như một điều kiện thiết yếu cho việc ra đời của mình, trong khi đó không phải công ty nào cũng đăng ký điều lệ của mình, và các nội dung chủ yếu của hợp đồng liên doanh ở các nước này bao gồm: Tên công ty; mục tiêu của công ty; số lượng cổ phần hay phần lợi và giá trị của mỗi cổ phần hay phần lợi; cách thức phân chia vốn thành các cổ phần hay phần lợi; chế độ trách nhiệm của các thành viên; tên, địa chỉ và nghề nghiệp của những người góp vốn; cam kết của các thành viên về việc theo đuổi các mục tiêu của công ty và số vốn đóng góp hay cổ phần sẽ mua [97].

Ở các quốc gia này, điều lệ công ty liên doanh là các quy tắc nội bộ của công ty liên doanh và phụ thuộc vào bản hợp đồng liên doanh; và cả hai tạo ra quan hệ hợp đồng giữa công ty với mỗi thành viên, và một thành viên này với mỗi thành viên khác. Và rõ ràng, trong trường hợp có sự xung đột giữa các quy định của điều lệ công ty liên doanh và hợp đồng liên doanh thì các quy định của hợp đồng liên doanh sẽ có giá trị ưu tiên áp dụng [97].

Phương thức thứ hai chỉ quy định chi tiết về điều lệ của công ty liên doanh. Đây là giải pháp pháp lý được lựa chọn của các quốc gia theo truyền thống Civil Law. Chẳng hạn pháp luật của Pháp quy định, điều lệ phải ghi rõ ít nhất là các điều khoản như hình thức công ty, thời hạn hoạt động, tên gọi, trụ sở, mục đích, số vốn, sự phân chia các phần góp vốn giữa các thành viên và tính chất của các phần vốn góp [15; tr.48]. Các quy định tương tự cũng được thể hiện trong Luật công ty TNHH (GmbHG –

bản sửa đổi gần nhất ngày 17.07.2015)¹ và Luật về công ty cổ phần (AktG - bản sửa đổi gần nhất ngày 20.11.2015) của CHLB Đức².

Từ các nghiên cứu này có thể nhận định, trước khi Luật doanh nghiệp 2014 và Luật đầu tư năm 2014 được ban hành, pháp luật Việt Nam tiếp nhận cả hai phương thức kể trên: phương thức thứ nhất được thể hiện trong pháp luật về đầu tư (quy định các điều khoản bắt buộc đối với Hợp đồng liên doanh) và pháp luật về doanh nghiệp quy định về điều lệ của doanh nghiệp liên doanh (được tổ chức dưới hình thức Công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc Công ty cổ phần). Đây là một trong những bằng chứng sống động và thuyết phục về sự tồn tại của các doanh nghiệp ở Việt Nam đang được hình thành trên các nền tảng pháp lý khác nhau: doanh nghiệp liên doanh (doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài) chỉ chú ý điều chỉnh về hợp đồng liên doanh và sự hợp nhất bản hợp đồng thành lập công ty và bản điều lệ công ty trong điều chỉnh pháp luật đối với doanh nghiệp nội địa.

Theo Điều 54, Nghị định 108/2006/NĐ-CP ngày 22 tháng 09 năm 2006 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật đầu tư 2005 có quy định rõ:

“Hợp đồng liên doanh phải có những nội dung chủ yếu sau đây:

- 1. Tên, địa chỉ của tổ chức, cá nhân đầu tư tham gia liên doanh và người đại diện theo pháp luật của các bên liên doanh; tên, địa chỉ của doanh nghiệp liên doanh.*
- 2. Loại hình doanh nghiệp.*
- 3. Lĩnh vực, ngành nghề và phạm vi kinh doanh.*
- 4. Vốn điều lệ, phần góp vốn của mỗi bên, phương thức, tiến độ góp vốn điều lệ, tiến độ thực hiện dự án.*
- 5. Thời hạn hoạt động của dự án.*
- 6. Địa điểm thực hiện dự án.*
- 7. Quyền và nghĩa vụ của các bên liên doanh.*
- 8. Các nguyên tắc quản lý tài chính; phân chia lợi nhuận và xử lý lỗ trong kinh doanh.*

¹ Nguồn: <http://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg/BJNR004770892.html>

² Nguồn: <http://www.gesetze-im-internet.de/aktg/BJNR010890965.html>

9. *Thế thức sửa đổi và chấm dứt hợp đồng, điều kiện chuyển nhượng, điều kiện chấm dứt hoạt động, giải thể doanh nghiệp.*

10. *Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng, phương thức giải quyết tranh chấp.*

Ngoài các nội dung trên, các bên liên doanh có thể thỏa thuận những nội dung khác không trái với quy định của pháp luật trong hợp đồng liên doanh.

Hợp đồng liên doanh phải do đại diện có thẩm quyền của các bên liên doanh ký vào từng trang và ký đầy đủ vào cuối hợp đồng. Hợp đồng liên doanh có hiệu lực kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đầu tư”.

Sau khi Luật doanh nghiệp 2014 và Luật đầu tư năm 2014 được ban hành, pháp luật Việt Nam lựa chọn phương thức thứ hai: pháp luật về doanh nghiệp quy định về điều lệ của doanh nghiệp liên doanh (được tổ chức dưới hình thức Công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc Công ty cổ phần). Theo đó, việc kiểm soát đối với các doanh nghiệp liên doanh được thực hiện như đối với các doanh nghiệp trong nước.

Điều 60, khoản 1, Nghị định 118/2015/NĐ-CP ngày 12 tháng 11 năm 2015 của Chính phủ (có hiệu lực thi hành kể từ ngày 27 tháng 12 năm 2015) quy định như sau:

“Điều 60. Quy định đối với doanh nghiệp hoạt động theo Giấy phép đầu tư, Giấy chứng nhận đầu tư (đồng thời là Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh)

1. Doanh nghiệp hoạt động theo Giấy phép đầu tư được tiếp tục tổ chức và hoạt động theo quy định tại Giấy phép đầu tư và Điều lệ doanh nghiệp. Đối với những nội dung không được quy định tại Giấy phép đầu tư và Điều lệ doanh nghiệp, doanh nghiệp thực hiện phù hợp với quy định của Luật Doanh nghiệp, Luật Đầu tư và pháp luật có liên quan theo nguyên tắc sau:

a) Doanh nghiệp 100% vốn nước ngoài thuộc sở hữu của một nhà đầu tư nước ngoài thực hiện quy định tương ứng đối với công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên;

b) *Doanh nghiệp 100% vốn nước ngoài thuộc sở hữu của hai nhà đầu tư nước ngoài trở lên và doanh nghiệp liên doanh thực hiện quy định tương ứng đối với công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên;*

c) *Công ty cổ phần có vốn đầu tư nước ngoài được thành lập theo Nghị định số 38/2003/NĐ-CP ngày 15 tháng 4 năm 2003 của Chính phủ về việc chuyển đổi một số*

doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài sang hoạt động theo hình thức công ty cổ phần thực hiện quy định tương ứng đối với công ty cổ phần.”

Trong khi cấu trúc của Hợp đồng liên doanh phụ thuộc vào mục đích của doanh nghiệp liên doanh được thành lập, thực tế soạn thảo hợp đồng có nhiều mẫu áp dụng chung cho Hợp đồng liên doanh trên phạm vi quốc tế. Do có sự mô phỏng theo và khả năng chấp nhận toàn cầu, bản thân các Hợp đồng liên doanh đã có những điểm tương đồng trong cách sử dụng trong các hệ thống pháp luật khác nhau.

Trên cơ sở nghiên cứu so sánh và thực tiễn áp dụng pháp luật về Hợp đồng liên doanh, những điều khoản cơ bản sau đây luôn được pháp luật quốc gia tiếp nhận đầu tư và các bên liên doanh cân nhắc thận trọng:

- *Phần tuyên bố về mục tiêu của liên doanh*

Các điều khoản giới thiệu của hợp đồng sẽ chỉ rõ các nguyên nhân tại sao các bên cùng nhau thành lập doanh nghiệp liên doanh. Điều khoản này thường bắt đầu bằng thuật ngữ "trong khi" ["whereas"] để mô tả các bên liên doanh và mục đích thành lập liên doanh. Quy định chỉ ra ý định của các bên và mục tiêu của liên doanh. Mặc dù điều khoản giới thiệu không có bất kỳ tính chất ràng buộc nào, nếu tranh chấp phát sinh từ ý định của các bên trong tương lai, điều khoản này sẽ đưa ra chứng cứ tốt nhất về ý định gốc của các bên về việc thành lập liên doanh. Điều khoản này cũng quy định cách thức mà doanh nghiệp liên doanh được thành lập và cơ cấu sở hữu vốn trong liên doanh. Theo đó, các bên không được tự thỏa thuận theo ý mình mà phải tuân thủ pháp luật của nước sở tại.

- *Điều khoản về các định nghĩa*

Vì các bên trong Hợp đồng liên doanh thông thường thuộc các nền văn hóa pháp lý khác nhau, sẽ là cần trọng khi chỉ rõ các cách hiểu thống nhất của các thuật ngữ được sử dụng trong hợp đồng. Đôi khi, hợp đồng được soạn thảo với nhiều ngôn ngữ khác nhau nên việc lựa chọn ngôn ngữ cũng cần phải chỉ rõ văn bản sẽ được hiểu theo cách hiểu của ngôn ngữ nào và ngôn ngữ nào được ưu tiên sử dụng khi có mâu thuẫn giữa các văn bản có ngôn ngữ khác nhau.

- *Điều khoản về đồng tiền xác định giá trị phần vốn góp quy định trong Hợp đồng liên doanh*

Trong Hợp đồng liên doanh, đồng tiền được sử dụng trong việc xác định giá trị vốn góp của các bên nên được quy định cụ thể. Điều khoản về tiền tệ cũng có thể quy định về sự biến động về tỷ giá hối đoái và để tránh rủi ro về quy đổi tỷ giá điều chỉnh cho các khoản thanh toán theo hợp đồng.

- *Điều khoản về các vấn đề quản lý trong liên doanh*

Hợp đồng liên doanh nên phân định rõ trách nhiệm quản lý của các bên trong liên doanh. Quy định này được sử dụng trong Hợp đồng liên doanh thường không khác biệt nhiều so với hợp đồng liên doanh trong nước. Phương pháp tương đồng như vậy để bảo vệ các cổ đông hay thành viên thiểu số có thể được sử dụng nếu pháp luật nước sở tại cho phép. Khi một hình thức công ty được lựa chọn cho liên doanh, điều lệ hoặc các văn bản thiết lập liên doanh sẽ xác định rõ cơ cấu quản lý chính xác hơn.

- *Điều khoản về vốn của doanh nghiệp liên doanh*

Việc chuyển vốn vào doanh nghiệp liên doanh giống như phương thức chuyển vốn của doanh nghiệp trong nước. Các bên sẽ tiến hành góp vốn thuộc sở hữu của mình vào trong liên doanh theo tỷ lệ đã thỏa thuận hoặc chuyển vốn thông qua ngân hàng bằng việc cung cấp một khoản bảo đảm hoặc những giấy tờ có giá.

Đối với hợp đồng liên doanh, nhà đầu tư nước ngoài luôn mong muốn giảm phần vốn góp của họ xuống mức thấp nhất có thể và huy động phần vốn góp còn lại thông qua thị trường vốn nội địa. Điều này giúp họ tránh gặp rủi ro quá nhiều về vốn. Nguyên nhân về lưu chuyển tiền tệ cũng khiến cho các nhà đầu tư thích bảo đảm các khoản vay cho liên doanh hơn là cam kết góp vốn của chính họ. Bên nước ngoài trong liên doanh thường tránh rủi ro về cấp vốn bằng việc yêu cầu rằng phần vốn góp của họ dưới hình thức công nghệ, thiết bị, know-how được coi là tài sản góp vốn. Trong các trường hợp này, cơ quan quản lý Nhà nước có thẩm quyền của quốc gia sở tại sẽ tiến hành đánh giá kỹ lưỡng giá trị thị trường của công nghệ đó mà không chỉ dựa trên việc tự quy định của phía nước ngoài.

Tuy nhiên, rất đáng lưu ý là, Bên trong nước cũng sử dụng phương pháp không góp vốn bằng tiền mặt, mà chủ yếu tiến hành góp vốn bằng đất đai, quyền khai thác tài nguyên, quyền khai thác... hoặc đơn giản hơn chỉ là vị thế và mạng lưới phân phối hàng hóa, dịch vụ đã được thiết lập từ trước đó.

- *Điều khoản lựa chọn luật áp dụng cho Hợp đồng liên doanh*

Các bên đến từ những nước có hệ thống pháp luật khác nhau có lẽ mong muốn thống nhất về một hệ thống pháp luật áp dụng cho hợp đồng liên doanh. Do Hợp đồng liên doanh có đặc điểm là một hợp đồng quốc tế, do vậy nguyên tắc chung về tự do chọn luật được áp dụng trong hợp đồng liên doanh đã được thừa nhận rộng rãi [99].

- *Điều khoản về giải quyết tranh chấp*

Đến nay, phương thức trọng tài được chấp nhận rộng rãi trong giải quyết tranh chấp kinh doanh quốc tế. Hiệu quả của phương thức trọng tài trong giải quyết tranh chấp được coi như một biện pháp tốt đối với các bên do thời gian giải quyết tranh chấp ngắn và tận dụng tối đa khả năng chuyên môn của các Trọng tài viên. Ở các quốc gia đang phát triển và chuyển đổi, dễ nhận thấy Tòa án rất thiếu năng lực trong việc giải quyết các tranh chấp chuyên biệt trong các lĩnh vực như công nghệ cao, khai thác dầu khí và xây dựng dự án, bảo mật thông tin hoặc những bí mật công nghệ. Nhưng yếu tố quan trọng nhất khiến phương thức giải quyết tranh chấp bằng trọng tài nước ngoài được các bên trong Hợp đồng liên doanh lựa chọn chỉ bởi vì trọng tài nước ngoài sẽ luôn giữ thái độ trung lập.

- *Điều khoản về sự kiện bất khả kháng*

Điều khoản về sự kiện bất khả kháng quy định để điều chỉnh các trường hợp khiến các bên không thể hoàn thành các nghĩa vụ chung theo Hợp đồng liên doanh. Pháp luật về vi phạm hợp đồng thường dự liệu trước các trường hợp này trong quy định pháp luật của quốc gia sở tại. Theo thông lệ được thừa nhận như một nguyên tắc, pháp luật của quốc gia sở tại điều chỉnh nhằm bảo đảm không cho phép bên nước ngoài có thể thay đổi hợp đồng liên doanh một cách dễ dàng khi nó đã được Nhà nước phê chuẩn.

- *Điều khoản về sự tồn tại của Hợp đồng liên doanh*

Điều khoản này cũng được coi là một phương pháp phòng tránh rủi ro khi tiến hành đầu tư tại những nước có rủi ro cao và cũng là một bảo đảm cho Hợp đồng liên doanh chống lại sự can thiệp của nhà nước thông qua sức mạnh hành chính và lập pháp.

Hiệu quả của điều khoản về sự tồn tại ổn định của hợp đồng là giữ cho luật pháp của quốc gia sở tại áp dụng cho Hợp đồng liên doanh không thay đổi trong suốt quãng đời của liên doanh. Theo đó, tránh được việc áp dụng những sự thay đổi về luật pháp

của nước chủ nhà sau này.

- *Điều khoản về vấn đề cạnh tranh giữa các bên liên doanh*

Điều khoản về cạnh tranh được cho vào Hợp đồng liên doanh để ngăn chặn việc cạnh tranh giữa các bên với liên doanh và ngăn chặn việc doanh nghiệp liên doanh cạnh tranh với các công ty mẹ. Khi quy định điều khoản này trong Hợp đồng liên doanh, mục đích của nó thường là bảo vệ bên nước ngoài với liên doanh.

- *Điều khoản về vấn đề đàm phán lại Hợp đồng liên doanh của các bên liên doanh*

Việc quy định về điều khoản đàm phán lại có ý nghĩa thực tiễn vì nó tạo cho các bên cơ hội giải quyết với những hoàn cảnh bị thay đổi ảnh hưởng tới việc triển khai hợp đồng liên doanh. Điều khoản này khá phổ biến trong các hợp đồng trong lĩnh vực thăm dò khai thác tài nguyên, khoáng sản, ứng dụng cây trồng, vật nuôi, dự án mạo hiểm...

2.2 Hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông

2.2.1. Dịch vụ viễn thông và các hình thức kinh doanh dịch vụ viễn thông

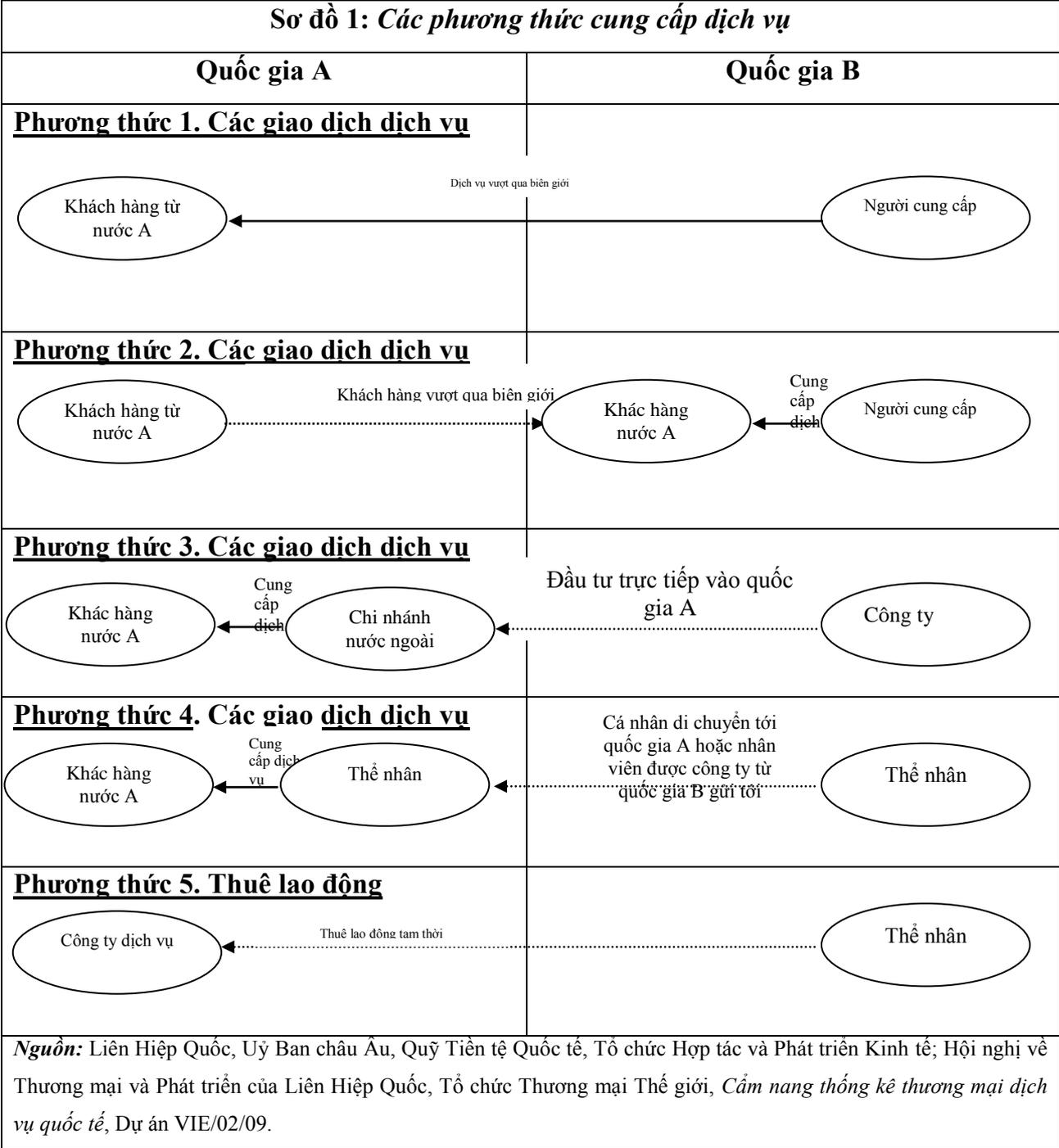
Cho đến nay, trên thế giới vẫn chưa có sự thống nhất về khái niệm “dịch vụ”, bởi dịch vụ được nhìn nhận dưới nhiều góc độ khác nhau, do sự đa dạng về chủng loại và tính không hiện hữu của dịch vụ. Các nhà kinh tế học thường định nghĩa dịch vụ gắn với quá trình sản xuất như: K. Marx định nghĩa “*Dịch vụ là con đẻ của nền kinh tế sản xuất hàng hoá khi mà kinh tế hàng hoá phát triển mạnh, đòi hỏi một sự lưu thông trôi chảy thông suốt liên tục để thoả mãn nhu cầu ngày càng cao của con người thì dịch vụ phát triển*”. [2, tr.9]. Tiếp cận dưới góc độ pháp lý, nhiều quan điểm xem xét dịch vụ là đối tượng của các quan hệ xã hội mà pháp luật cần điều chỉnh trong sự so sánh với quan hệ hàng hoá dựa trên tính hữu hình của hàng hoá và tính không hiện hữu của dịch vụ. Định nghĩa dịch vụ do T.P Hill đưa ra năm 1977 có ảnh hưởng khá lớn tới các nhà nghiên cứu về lĩnh vực này. Theo Hill “*dịch vụ là sự thay đổi về điều kiện hay trạng thái của người hay hàng hoá thuộc sở hữu của một chủ thể kinh tế nào đó do sự tác động của chủ thể kinh tế khác với sự đồng ý trước của người hay chủ thể kinh tế ban đầu*”. Đơn giản hơn, dịch vụ được định nghĩa là “*bất cứ những gì mà khi bán nó không thể rơi vào chân bạn được*”. Như vậy, dịch vụ là một loại hàng hoá đặc biệt, có tính phi vật thể, không hiện hữu, không xác lập được quyền sở hữu trên dịch vụ, quá trình sản xuất, cung ứng và tiêu dùng dịch vụ diễn ra đồng thời, dịch vụ không thể cất trữ và lưu

kho, lưu bãi được. Xét về mặt kinh tế, dịch vụ cũng là sản phẩm được tạo ra từ quá trình lao động sản xuất của con người, nó mang tính giá trị và giá trị sử dụng, đáp ứng các yêu cầu của con người trong xã hội. Xét về mặt pháp lý, dịch vụ là đối tượng của các quan hệ xã hội cần có sự điều chỉnh của pháp luật trong trật tự chung của xã hội.

Thương mại dịch vụ (*Trade in services*) là khái niệm chỉ các *hoạt động thương mại trong lĩnh vực dịch vụ*, hay, nói chính xác hơn, là khái niệm được dùng để nhấn mạnh khía cạnh thương mại, tính chất thương mại trong lĩnh vực dịch vụ. TMDV và TMHH được phân biệt ở đối tượng trong quan hệ : nếu như đối tượng mua bán trong TMHH là hàng hoá- các sản phẩm hữu hình thì trong TMDV, đối tượng “mua bán” là dịch vụ- các sản phẩm không hiện hữu, không nhìn thấy được.

Do không thống nhất được khái niệm chung về TMDV, Tổ chức Thương mại thế giới (WTO) đưa ra cách tiếp cận khái niệm TMDV quốc tế theo các phương thức cung cấp dịch vụ giữa nhà cung cấp và người tiêu dùng ở các quốc gia khác nhau, theo đó: *TMDV quốc tế được định nghĩa là sự cung cấp dịch vụ: từ lãnh thổ của một Thành viên đến lãnh thổ của bất kỳ một Thành viên nào khác; trên lãnh thổ của một Thành viên cho người tiêu dùng dịch vụ của bất kỳ Thành viên nào khác; bởi một người cung cấp dịch vụ của một Thành viên, thông qua sự hiện diện thương mại trên lãnh thổ của bất kỳ Thành viên nào khác; bởi một người cung cấp dịch vụ của một Thành viên thông qua sự hiện diện thể nhân trên lãnh thổ của bất kỳ Thành viên nào khác (Điều 1, Hiệp định GATS)*

Theo cách hiểu của WTO, phương thức cung cấp dịch vụ là cách thức mà nhà cung cấp và người khách hàng sử dụng để cung ứng, trao đổi, tiêu dùng dịch vụ. Hiệp định GATS đưa ra 4 phương thức cung cấp dịch vụ trong giao dịch TMDV quốc tế, cụ thể là : (xem sơ đồ 1)



Phương thức 1 (Mode 1): cung cấp dịch vụ qua biên giới (Cross-border Supply of Services). Theo phương thức cung cấp này người cung cấp dịch vụ và người tiêu dùng đều không di chuyển khỏi quốc gia của mình mà chỉ có dịch vụ di chuyển từ quốc gia của người cung cấp sang quốc gia của người tiêu dùng. Chẳng hạn, việc cung cấp dịch vụ được thực hiện thông qua các phương tiện truyền thông như điện thoại, fax, Internet... hoặc bằng các hình thức khác như gửi tài liệu, đĩa, băng... bằng thư tín hoặc chuyển phát nhanh qua đường bưu điện.

Phương thức 2 (Mode 2): Tiêu dùng ngoài lãnh thổ (Consumption Abroad). Theo hình thức tiêu dùng này, người tiêu dùng (hoặc tài sản của họ) phải di chuyển sang quốc gia nơi người cung cấp dịch vụ cư trú để tiêu dùng dịch vụ. Du lịch ở nước ngoài hay sửa chữa, bảo dưỡng máy móc ở nước ngoài (như tàu biển) là những ví dụ điển hình về tiêu dùng ngoài lãnh thổ.

Phương thức 3 (Mode 3): Hiện diện thương mại (Commercial Presence). Theo phương thức này, nhà cung cấp dịch vụ của một quốc gia thành lập chi nhánh hoặc công ty con ở nước ngoài để thực hiện hoạt động kinh doanh, cung ứng dịch vụ. Ví dụ như các dịch vụ y tế, dịch vụ giáo dục, dịch vụ ngân hàng... do các chi nhánh hoặc công ty con tại nước sở tại của công ty hoặc ngân hàng nước ngoài cung cấp.

Phương thức 4 (Mode 4): Hiện diện thể nhân (Presence of Natural Person). Theo phương thức này, một cá nhân di chuyển tới lãnh thổ của người tiêu dùng để cung cấp dịch vụ. Cá nhân này có thể là chính là người cung cấp dịch vụ hoặc thay mặt cho người chủ của mình. Chẳng hạn, dịch vụ kiểm toán tài chính do một kiểm toán viên của một công ty nước ngoài thực hiện.

Viễn thông là một trong những lĩnh vực dịch vụ phát triển nhanh nhất và lớn nhất trong nền kinh tế. Ngay từ năm 1995, khi GATS bắt đầu có hiệu lực, WTO đã đưa ra thống kê về doanh thu dịch vụ viễn thông toàn cầu vào khoảng 601.9 tỷ USD, tức là 2,1% toàn bộ GDP thế giới cộng lại. Doanh thu viễn thông năm 1995 tăng với tốc độ 7%, cao hơn nhiều so với mức độ tăng trưởng hàng năm bình quân là 5,2% kể từ năm 1980. Lưu lượng viễn thông quốc tế chiều đi còn tăng với tốc độ nhanh hơn, khoảng 13% năm 1995. Tốc độ tăng trưởng nhanh trong lĩnh vực viễn thông không chỉ diễn ra với các nước phát triển mà cả các nước đang phát triển. Từ năm 1990 đến năm 1995, tốc độ tăng trưởng thuê bao thoại ở các nước đang phát triển là 13,8% so với 3,5% ở các nước phát triển; tổng doanh thu viễn thông của các nước đang phát triển cũng có tốc độ tăng trưởng nhanh hơn 9,7% so với 4,2%. Tốc độ tăng trưởng này khiến Tổng Giám đốc WTO lúc đó, ông Ruggiero nhận xét rằng các công ty trên thế giới giờ đây "*chi tiêu cho dịch vụ viễn thông nhiều hơn cho dầu mỏ*".

Tuy nhiên, tầm quan trọng của viễn thông không ở các khía cạnh kinh tế và thương mại mà thôi. Việc xây dựng một xã hội thông tin toàn cầu sẽ tạo ra một cuộc cách mạng trong xã hội loài người. Giáo dục, y tế chất lượng cao và các dịch vụ công cộng sẽ được đưa đến những nơi hẻo lánh nhất. Cơ hội việc làm sẽ nhiều hơn... Ngày nay, tất cả các nước, các tổ chức quốc tế đều đặt lĩnh vực viễn thông ở vị trí ngang bằng với các cơ sở hạ tầng thiết yếu khác của xã hội như điện, nước, giao thông vận tải, y tế, giáo dục... Đồng thời, hạ tầng viễn thông cũng được đánh giá là yếu tố nhạy cảm có liên quan đến các vấn đề chính trị - xã hội, kinh tế quân sự và an ninh quốc gia, vì đó là những công cụ thông tin hiệu quả nhất, nhanh nhạy nhất, cũng là công cụ quản lý quan trọng của hệ thống chính trị. Cùng với sự mở cửa của các nền kinh tế, vai trò của lĩnh vực viễn thông ngày càng trở nên quan trọng đối với nền kinh tế quốc gia và toàn cầu, có tác động và ảnh hưởng lớn đối với thương mại thế giới. Viễn thông không chỉ đơn thuần là phương tiện, môi trường truyền tin, mà nó luôn giữ vai trò kép. *Thứ nhất*, bản thân viễn thông là sản phẩm và dịch vụ thương mại. *Thứ hai*, quan trọng hơn, viễn thông là môi trường thuận lợi để thực hiện việc trao đổi các sản phẩm và dịch vụ khác thuộc các ngành kinh tế khác thông qua và có quan hệ chặt chẽ với môi trường công nghệ thông tin.

WTO chia dịch vụ viễn thông làm hai loại là dịch vụ viễn thông cơ bản và dịch vụ giá trị gia tăng. Ví dụ đơn giản về viễn thông cơ bản là việc chuyển tiếp thoại hoặc dữ liệu từ người gửi đến người nhận; và dịch vụ giá trị gia tăng là việc nhà cung cấp dịch vụ đã gia tăng thêm giá trị vào thông tin của khách hàng.

Theo Nghị định thư thứ tư của GATS về dịch vụ viễn thông cơ bản có hiệu lực từ ngày 05/02/1998, dịch vụ viễn thông cơ bản là: "*Viễn thông cơ bản bao gồm tất cả các dịch vụ viễn thông, cả công cộng và tư nhân mà có sự truyền dẫn điểm - điểm thông tin giữa khách hàng và nhà cung cấp*".

Nghị định thư thứ tư của GATS về dịch vụ viễn thông cơ bản đã cụ thể hóa dịch vụ viễn thông cơ bản thông qua việc đưa ra ví dụ cụ thể về các dịch vụ này để tạo thuận lợi cho các nước thành viên khi tiến hành đàm phán. Theo đó, dịch vụ viễn thông cơ bản gồm: dịch vụ điện thoại; dịch vụ truyền dẫn dữ liệu chuyển mạch gói; dịch vụ truyền dẫn dữ liệu chuyển mạch kênh; dịch vụ Telex; dịch vụ điện báo; dịch vụ chuyển

Fax; dịch vụ kênh thuê riêng; các dịch vụ khác (như: dịch vụ điện thoại tương tự/ tế bào số/ di động, dịch vụ dữ liệu di động, nhắn tin, dịch vụ giao tiếp cá nhân, dịch vụ thông tin di động qua vệ tinh (ví dụ: điện thoại, dữ liệu, nhắn tin, và/ hoặc máy tính cá nhân), dịch vụ vệ tinh cố định, dịch vụ VSAT, dịch vụ đài mặt đất trạm công, truyền hình hội nghị, liên lạc hình, dịch vụ hệ thống vô tuyến trung kế).

Theo Nghị định thư thứ tư của GATS về dịch vụ viễn thông cơ bản, các hạng mục thuộc cam kết viễn thông cơ bản, trừ khi có quy định khác, gồm: nội hạt, đường dài, quốc tế, qua dây (bao gồm, tất cả các loại cáp và, thường là các phân đoạn viba của hạ tầng cố định), qua sóng vô tuyến (tất cả các hình thức không dây, bao gồm cả vệ tinh), dịch vụ bán lại (không cung cấp thiết bị), cung cấp thiết bị, phục vụ công cộng (nghĩa là các dịch vụ phải cung cấp rộng rãi cho công chúng), không phục vụ công cộng (chẳng hạn như các dịch vụ để bán cho các nhóm khách hàng hạn chế).

Về các phương thức cung ứng, WTO/GATS quy định dịch vụ viễn thông cơ bản được cung cấp qua hai phương thức, đó là:

- Phương thức 1: cung ứng dịch vụ qua biên giới, và
- Phương thức 3: cung ứng dịch vụ viễn thông thông qua việc thiết lập các công ty nước ngoài (hiện diện thương mại), gồm cả khả năng sở hữu và khai thác hạ tầng mạng viễn thông độc lập.

Theo WTO, dịch vụ viễn thông giá trị gia tăng là: "*Dịch vụ viễn thông trong đó nhà cung cấp "gia tăng" giá trị vào thông tin của khách hàng bằng cách nâng cao hình thức hoặc nội dung của thông tin hoặc bằng cách cung cấp phương tiện để phục hồi hoặc lưu trữ thông tin"*.

Tương tự dịch vụ viễn thông cơ bản, WTO cũng đưa ra ví dụ về các dịch vụ viễn thông giá trị gia tăng. Dịch vụ viễn thông giá trị gia tăng gồm: xử lý dữ liệu trực tuyến, phục hồi hoặc lưu trữ cơ sở dữ liệu trực tuyến, trao đổi dữ liệu điện tử, thư điện tử, hộp thư thoại.

Những quy định trên của WTO về các dịch vụ viễn thông rất linh hoạt. Được liệt kê chỉ là những ví dụ mà chưa phải là toàn bộ các dịch vụ viễn thông cơ bản và giá trị gia tăng. Cách xác định loại hình dịch vụ như vậy khiến các quy định của WTO không bị lỗi thời so với sự phát triển mạnh mẽ của công nghệ và thị trường viễn thông.

Ngoài ra, cách quy định này cũng tạo ra những cách hiểu thống nhất giữa các nước khi tiến hành đàm phán để mở cửa khu vực dịch vụ nhạy cảm này

2.2.2 Tự do hóa dịch vụ viễn thông và các phương thức tiếp cận thị trường của nhà đầu tư nước ngoài tại Việt Nam

Khi đàm phán gia nhập WTO, Việt Nam phải đàm phán với 11 quốc gia và vùng lãnh thổ có yêu cầu về đàm phán song phương về viễn thông. Đó là: Liên minh châu Âu (EU), Singapore, Đài Loan, Thụy Sĩ, Na Uy, Trung Quốc, Hàn Quốc, Nhật Bản, Newzealand, Australia, Hoa Kỳ. Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ là mức khởi đầu của các đàm phán này.

Do vậy, việc rà soát dựa trên những nghĩa vụ không điều kiện trong các văn bản chủ yếu của WTO và cam kết cụ thể của Việt Nam trong Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ. Cam kết chính thức gia nhập WTO về dịch vụ viễn thông đã được đưa vào phần phụ lục khi cam kết này được công bố.

Cam kết về viễn thông của Việt Nam trong Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ

Hiệp định Thương mại song phương (BTA) giữa Việt Nam và Hoa Kỳ ký kết tháng 7/2000 và có hiệu lực từ ngày 10/12/2001, bao gồm những quy định quan trọng về cạnh tranh nêu trong Thỏa thuận chung về Thương mại và Dịch vụ (GATS) của WTO, Phụ lục về Viễn thông của GATS, và Tài liệu Tham chiếu của WTO về dịch vụ viễn thông cơ bản. Cụ thể gồm các nội dung chính là:

- Chương I - Thương mại hàng hóa
- Chương III - Thương mại dịch vụ
- Chương IV - Phát triển các quan hệ đầu tư, cùng với phần bổ sung trong Phụ lục H và Quy định về Trao đổi thư tín thương mại trong Quy chế cấp phép đầu tư của Việt Nam;
- Chương V - Tạo thuận lợi trong kinh doanh
- Chương VI - Các quy định liên quan tới tính minh bạch, công khai và quyền khiếu nại;
- Phụ lục G: Hoa Kỳ, Việt Nam - Bảng lộ trình cam kết thương mại dịch vụ cụ thể;
- Phụ lục về Viễn thông của WTO/GATS được đưa vào tham chiếu trong BTA, trừ đoạn 6 và 7;

- Tài liệu Tham chiếu của WTO về viễn thông cơ bản được đưa vào làm tài liệu tham chiếu trong BTA.

Hiệp định được xem xét gia hạn 3 năm một. Các cam kết về dịch vụ viễn thông trong Hiệp định được hai bên thỏa thuận trên cơ sở các nguyên tắc của WTO và các tài liệu liên quan. Đó là:

- Đối với hình thức cung cấp dịch vụ qua biên giới, các công ty Hoa Kỳ chỉ được ký kết qua các thỏa thuận khai thác với các nhà khai thác trạm công của Việt Nam.

- Để đầu tư vào Việt Nam, các công ty Hoa Kỳ chỉ được phép hợp tác kinh doanh theo hình thức Hợp đồng hợp tác kinh doanh (BCC - Business Cooperation Contract) đối với đối tác Việt Nam được phép cung cấp dịch vụ viễn thông.

Đối với các loại hình dịch vụ cụ thể, lộ trình mở cửa để các công ty Hoa Kỳ thâm nhập vào thị trường Việt Nam cụ thể như sau:

- Đối với các dịch vụ viễn thông giá trị gia tăng:

Từ ngày 10/12/2003, các công ty Hoa Kỳ được phép thành lập liên doanh cung cấp dịch vụ giá trị gia tăng (riêng với dịch vụ Internet thì thời điểm áp dụng là 10/12/2004), với mức giới hạn cổ phần tối đa là 50% vốn pháp định của liên doanh.

- Đối với các dịch vụ viễn thông cơ bản:

Từ ngày 10/12/2005, các công ty Hoa Kỳ được phép thành lập liên doanh, với mức giới hạn cổ phần tối đa là 49% vốn pháp định của liên doanh (*trừ các dịch vụ điện thoại cố định bao gồm nội hạt, đường dài trong nước và quốc tế*)

Từ ngày 10/12/2007, các công ty Hoa Kỳ được phép thành lập liên doanh, với mức giới hạn cổ phần tối đa là 49% vốn pháp định của liên doanh (*gồm các dịch vụ điện thoại cố định bao gồm nội hạt, đường dài trong nước và quốc tế*).

Theo quy định của Hiệp định, Việt Nam cam kết sẽ xem xét việc tăng giới hạn góp vốn của Hoa Kỳ trong lĩnh vực viễn thông khi Hiệp định được xem xét lại sau 3 năm. Các liên doanh cung cấp dịch vụ viễn thông giá trị gia tăng và dịch vụ viễn thông cơ bản chưa được phép xây dựng mạng dùng riêng mà phải thuê lại từ các công ty khai thác dịch vụ Việt Nam.

(Các cam kết kể trên về tổng thể là tương đương với cam kết của Trung Quốc trong WTO). Ngoài ra còn có:

Các cam kết về thuế: Cắt giảm từ 5 - 10% thuế nhập khẩu đối với các sản phẩm thu và phát vô tuyến trong vòng 3 năm kể từ ngày Hiệp định có hiệu lực.

Các cam kết về các biện pháp phi thuế (quyền nhập khẩu và phân phối một số thiết bị viễn thông): Bãi bỏ quy định về quyền nhập khẩu mậu dịch sau từ 3-8 năm và quyền phân phối sau 8 - 14 năm kể từ ngày Hiệp định có hiệu lực.

Các cam kết về minh bạch hoá chính sách: Việt Nam sẽ thông báo trước việc áp dụng các luật lệ xuất bản và công bố các luật lệ liên quan đến lĩnh vực quản lý của mình.

Cam kết chung là một phần của danh mục cam kết của các nước thành viên WTO đối với GATS. Các cam kết chung áp dụng cho tất cả các dịch vụ được nêu trong danh mục cam kết. Các cam kết này thường liên quan đến đầu tư, cơ cấu hợp tác, mua bán đất đai, thuyên chuyển nhân sự.... Cụ thể:

Hộp số 2: CAM KẾT CHUNG TRONG BTA

Các lĩnh vực - ngành	Các giới hạn về tiếp cận thị trường	Các giới hạn về đối xử quốc gia
Áp dụng cho tất cả các lĩnh vực - ngành	<p>(1) & (2) Như được quy định tại từng lĩnh vực/ngành.</p> <p>(3) Trừ khi được quy định khác trong từng lĩnh vực và ngành cụ thể:</p> <p>Công ty Hoa Kỳ được tiến hành hoạt động thương mại tại Việt Nam theo Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam đối với các hình thức: Hợp đồng hợp tác kinh doanh, xí nghiệp liên doanh, xí nghiệp 100% vốn Hoa Kỳ, BOT và BTO.</p> <p>Đối với hiện diện thương mại đã được thành lập tại Việt Nam vào ngày Hiệp định có hiệu lực. Việt Nam dành được đối xử được quy định tại giấy phép của hiện diện thương mại vào ngày Hiệp định có hiệu lực hay sự đối xử tại Phụ lục G, tùy thuộc sự đối xử nào tốt hơn.</p> <p>Việc thành lập chi nhánh của các công ty Hoa Kỳ là chưa được cam kết vì các luật và qui định về chi nhánh của các công ty nước ngoài đang trong quá trình soạn thảo.</p> <p>Các công ty Hoa Kỳ được phép đặt văn phòng đại diện tại Việt Nam. Các văn phòng này không được tiến hành hoạt động thu lợi nhuận tại Việt Nam.</p>	<p>(1) & (2) Như Quốc hội qui định tại mục II và tại từng lĩnh vực/ngành.</p> <p>(3) Như được quy định tại từng lĩnh vực/ ngành và kế toán trưởng phải là công dân Việt Nam.</p> <p>Đối với một vấn đề bất kỳ liên quan đến đầu tư trong dịch vụ mà không được nêu trong Phụ lục G, các qui định của Phụ lục H sẽ được áp dụng. Tuy nhiên, trong trường hợp có xung đột giữa một quy định trong chương IV, Phụ lục H hoặc thư trao đổi, và một quy định ghi tại Phụ lục G thì quy định của Phụ lục G sẽ áp dụng đối với xung đột đó. Phụ lục H và thư trao</p>

Các lĩnh vực - ngành	Các giới hạn về tiếp cận thị trường	Các giới hạn về đối xử quốc gia
		<p>đổi sẽ không được hiểu hay áp dụng theo cách có thể tước bỏ các quyền của một Bên được qui định tại Phụ lục G.</p> <p>(4) Như tiếp cận thị trường</p>
	<p>Việc thành lập và hoạt động của các nhà cung cấp dịch vụ có vốn đầu tư trực tiếp của Hoa Kỳ chịu sự cấp phép, bảo đảm rằng chế độ cấp phép đó phù hợp với Chương 3 cũng như các cam kết về tiếp cận thị trường và đối xử quốc gia được qui định cụ thể tại các lĩnh vực và ngành.</p> <p>Các xí nghiệp có vốn đầu tư trực tiếp của Hoa Kỳ được Chính phủ và chính quyền địa phương Việt Nam cho thuê đất. Thời gian thuê đất phù hợp với thời gian hoạt động của các xí nghiệp này và được qui định trong giấy phép đầu tư.</p> <p>(4) Chưa cam kết trừ các biện pháp liên quan đến nhập cảnh và lưu trú tạm thời của các thể nhân của các nhóm sau:</p> <p>(a) Các nhà quản lý, giám đốc điều hành và các chuyên gia mà người Việt Nam không thể thay thế của một công ty của Hoa Kỳ đã thành lập văn phòng đại diện, chi nhánh hay công ty con trên lãnh thổ Việt Nam, lưu chuyển tạm thời trong nội bộ công ty, được phép nhập cảnh cho thời gian lưu trú ban đầu là 3 năm và sau đó được gia hạn phụ thuộc vào thời hạn hoạt động của các đơn vị này tại Việt Nam.</p> <p>(b) Các nhà quản lý, giám đốc điều hành và các chuyên gia nước ngoài mà người Việt Nam không thể thay thế tham gia vào hoạt động của các doanh nghiệp đầu tư của Hoa Kỳ tại Việt Nam, được cấp giấy phép nhập cảnh và cư trú dài hạn phù hợp với thời hạn của các hợp đồng đầu tư có liên quan hay cho thời gian lưu trú ban đầu là 3 năm tùy theo trường hợp nào ngắn hơn và sau đó được gia hạn phụ thuộc vào thời hạn hợp đồng làm việc giữa họ và các đơn vị này;</p> <p>(c) Người chào bán dịch vụ - những người không sống tại Việt Nam và không nhận sự trả lương từ bất kỳ nguồn nào tại Việt</p>	

Các lĩnh vực - ngành	Các giới hạn về tiếp cận thị trường	Các giới hạn về đối xử quốc gia
	Nam, và những người tham gia vào hoạt động liên quan đến việc đại diện cho một nhà cung cấp dịch vụ với mục đích đàm phán để bán dịch vụ của nhà cung cấp dịch vụ đó mà việc đó không được chào trực tiếp cung cấp dịch vụ. Thời gian nhập cảnh của những người chào bán dịch vụ này không quá 90 ngày.	

(Nguồn: Ủy ban quốc gia về Hợp tác kinh tế quốc tế)

Có thể tóm tắt Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ (BTA) về đầu tư nước ngoài vào lĩnh vực viễn thông. Cụ thể:

Hộp 3: CAM KẾT VỀ DỊCH VỤ THÔNG TIN LIÊN LẠC TRONG BTA³

Các lĩnh vực - ngành	Các giới hạn về tiếp cận thị trường	Các giới hạn về đối xử quốc gia
II. CÁC DỊCH VỤ THÔNG TIN LIÊN LẠC		
A. Các dịch vụ viễn thông (PCPC 752)		
<p>a) Các dịch vụ viễn thông trị giá gia tăng</p> <ul style="list-style-type: none"> - Dịch vụ điện tử (PCPC 7523**) - Dịch vụ thư thoại (PCPC 7523**) - Dịch vụ truy cập cơ sở dữ liệu và thông tin trên mạng (PCPC 7523**) - Dịch vụ Fax nâng cao hay gia tăng trị giá bao gồm lưu trữ và gửi, lưu trữ và truy cập (PCPC 7523**) - Dịch vụ chuyển đổi mã, hiệu - Dịch vụ xử lý dữ liệu và thông tin trên mạng (PCPC 843**) 	<p>(1) Chỉ thông qua hợp đồng kinh doanh với các nhà khai thác trạm công của Việt Nam</p> <p>(2) Không hạn chế</p> <p>(3) Chỉ thông qua hợp đồng hợp tác kinh doanh với đối tác Việt Nam được phép cung cấp dịch vụ viễn thông.</p> <p>Liên doanh với đối tác Việt Nam được phép kinh doanh dịch vụ viễn thông sau 2 năm (3 năm đối với các dịch vụ Internet) kể từ khi Hiệp định có hiệu lực và phần góp vốn của phía Hoa Kỳ không quá 50% vốn pháp định của liên doanh.</p> <p>Các xí nghiệp liên doanh không được phép xây dựng mạng đường trục và quốc tế riêng mà phải</p>	<p>(1) Không hạn chế</p> <p>(2) Không hạn chế</p> <p>(3) Không hạn chế</p> <p>(4) Chưa cam kết</p>

³ Nguồn: *Bưu chính Viễn thông và công nghệ thông tin Việt Nam với WTO, chuyên san đặc biệt, Tạp chí Bưu chính Viễn thông, năm 2006*

Các lĩnh vực - ngành	Các giới hạn về tiếp cận thị trường	Các giới hạn về đối xử quốc gia
	thuê chúng từ các công ty khai thác dịch vụ Việt Nam. (4) Chưa cam kết	
<i>b) Các dịch vụ viễn thông cơ bản</i> - Dịch vụ truyền số liệu chuyển mạch gói (PCPC 7523**) - Dịch vụ truyền số liệu chuyển mạch kênh (PCPC 7523**) - Dịch vụ điện báo (PCPC 7523**) - Dịch vụ điện tín (PCPC 7523**) - Dịch vụ Fax (PCPC 7521** + 7523**) - Dịch vụ thuê kênh riêng (PCPC 7522**+7523**) - Các dịch vụ thông tin vô tuyến (bao gồm mobile, cellular và vệ tinh)	(1) Chỉ thông qua hợp đồng kinh doanh với các nhà khai thác trạm công của Việt Nam (2) Không hạn chế (3) Chỉ thông qua hợp đồng hợp tác kinh doanh với đối tác Việt Nam được phép kinh doanh dịch vụ viễn thông. Liên doanh với đối tác Việt Nam được phép kinh doanh dịch vụ viễn thông sau 4 năm kể từ khi Hiệp định có hiệu lực và phần vốn góp của phía Hoa Kỳ không quá 49% vốn pháp định của liên doanh. Các liên doanh không được phép xây dựng mạng đường trục và quốc tế riêng mà phải thuê chúng từ các công ty khai thác dịch vụ Việt Nam (4) Chưa cam kết ngoài các cam kết nền chung.	(1) Không hạn chế (2) Không hạn chế (3) Không hạn chế (4) Chưa cam kết ngoài các cam kết chung.
<i>c) Dịch vụ điện thoại cố định bao gồm nội hạt, đường dài trong nước và quốc tế (PCPC 7521)</i>	(1) Chỉ thông qua hợp đồng kinh doanh với các nhà khai thác trạm công của Việt Nam (2) Không hạn chế (3) Chỉ thông qua hợp đồng hợp tác kinh doanh với đối tác Việt Nam được phép kinh doanh dịch vụ viễn thông Liên doanh với đối tác Việt Nam được phép kinh doanh dịch vụ viễn thông sau 6 năm kể từ khi Hiệp định có hiệu lực và phần vốn góp của phía Hoa Kỳ không vượt quá 49% vốn pháp định của liên doanh. (4) Chưa cam kết ngoài các cam kết chung * Việt Nam sẽ xem xét việc tăng giới hạn góp vốn	(1) Không hạn chế (2) Không hạn chế (3) Không hạn chế (4) Chưa cam kết ngoài các cam kết chung.

Các lĩnh vực - ngành	Các giới hạn về tiếp cận thị trường	Các giới hạn về đối xử quốc gia
	của Hoa Kỳ trong lĩnh vực viễn thông khi Hiệp định được xem xét lại sau 3 năm.	
B. Các dịch vụ nghe - nhìn - Các dịch vụ sản xuất và phân phối phim (PCPC 9611 trừ băng video) - Các dịch vụ chiếu phim (PCPC 9612)	(1) Chưa cam kết (2) Chưa cam kết (3) Chỉ thông qua hợp đồng hợp tác kinh doanh hay liên doanh với đối tác được phép cung cấp các dịch vụ này một cách hợp pháp tại Việt Nam. Phần đóng góp vốn của phía Hoa Kỳ không vượt quá 49% vốn pháp định của liên doanh và 5 năm sau khi Hiệp định có hiệu lực hạn chế về vốn này sẽ là 51%/. (4) Chưa cam kết ngoài các cam kết chung	(1) Không hạn chế (2) Không hạn chế (3) Không hạn chế (4) Chưa cam kết ngoài các cam kết chung.

Như vậy có thể thấy rằng về viễn thông Việt Nam sẽ mở cửa thị trường viễn thông và cho phép các nhà cung cấp nước ngoài được sở hữu vốn trong 4 lĩnh vực phản ánh những ưu tiên thương mại của Hoa Kỳ như: dịch vụ viễn thông cơ bản (dịch vụ điện thoại di động và cố định), hệ thống dữ liệu cá nhân (chủ yếu phục vụ các nhà đầu tư đa quốc gia, cung cấp hệ thống Internet), dịch vụ vệ tinh và dịch vụ cáp ngầm trên biển.

Trên thực tế thì từ đầu năm 2006 các doanh nghiệp của Hoa Kỳ đã có thể đầu tư, lập các liên doanh để cung cấp dịch vụ điện thoại di động và điện thoại vệ tinh ở Việt Nam và đến cuối năm 2007 có thể cung cấp dịch vụ điện thoại cố định.

Việt Nam cũng sẽ chấp nhận tuân thủ Điều khoản của WTO ủng hộ cạnh tranh về viễn thông. Theo đó sẽ thành lập một cơ quan quản lý độc lập nhằm ngăn chặn những hành vi phi cạnh tranh của nhà cung cấp giữ vị trí độc quyền.

Việc cam kết mở cửa thị trường viễn thông trong BTA có thể coi là cơ sở để Việt Nam tiến hành các cuộc đàm phán song phương và đa phương gia nhập WTO với các nước thành viên WTO về viễn thông.

Cam kết dịch vụ viễn thông của Việt Nam trong ASEAN

Viễn thông là một trong số 7 lĩnh vực dịch vụ được ưu tiên đàm phán trong đàm phán dịch vụ ASEAN bắt đầu từ năm 1996. Đàm phán dịch vụ trong ASEAN cũng tuân thủ các nguyên tắc của GATS/WTO. Việt Nam đã đưa ra các cam kết về dịch vụ *Telex*, *Telegraph*, *Thư điện tử*, *Thư thoại*, *Trao đổi dữ liệu điện tử*.

Cam kết dịch vụ viễn thông của Việt Nam trong APEC

Việt Nam là thành viên của Tổ chức/Diễn đàn Hợp tác kinh tế châu Á Thái Bình Dương (APEC). Mục tiêu chung của APEC là hoàn thành quá trình tự do hoá thương mại vào năm 2020. Trong khuôn khổ APEC, Việt Nam đã cam kết về thương mại dịch vụ viễn thông thông qua Chương trình hành động quốc gia IAP. Hiện tại, các cam kết chủ yếu của Việt Nam trong lĩnh vực này là hoàn thành và cải thiện môi trường pháp lý cho hoạt động thương mại dịch vụ viễn thông cũng như về mở cửa thị trường được đưa ra trên cơ sở thể chế hiện hành.

Khác với các cam kết trong BTA Việt Nam - Hoa Kỳ, trong ASEAN hay các cam kết tương lai trong WTO, các cam kết về thương mại dịch vụ trong APEC mang tính tự nguyện và đơn phương. Tuy nhiên, nguyên tắc rà soát hàng năm và yêu cầu không được đưa ra các hạn chế mới cũng gián tiếp tạo ra áp lực mở cửa thị trường và cải cách viễn thông.

Các cam kết dịch vụ viễn thông của Việt Nam trong khuôn khổ GATS/WTO

Khi gia nhập WTO, Việt Nam cam kết tuân thủ Phụ lục về dịch vụ viễn thông của GATS. Thực hiện cam kết này, Việt Nam phải đảm bảo các quyền sau cho các nhà cung cấp dịch vụ viễn thông ở Việt Nam:

- Truy nhập và sử dụng dịch vụ và hệ thống viễn thông công cộng để truyền dẫn thông tin trong nước và qua biên giới (bao gồm liên lạc trong phạm vi công ty và các giao dịch qua biên giới giữa các bộ phận của công ty đặt ở các nước khác (mạng riêng các công ty, tập đoàn đa quốc gia);
- Mua hoặc thuê và gắn thiết bị đầu cuối hoặc các thiết bị khác để kết nối với hệ thống cung cấp dịch vụ;
- Kết nối mạng dùng riêng với hệ thống và dịch vụ viễn thông công cộng hoặc với kênh riêng của các nhà cung cấp dịch vụ khác;

- Sử dụng các giao thức lựa chọn đang được khai thác trong việc cung cấp dịch vụ, ngoài những giao thức được coi là cần thiết để đảm bảo tính khả dụng của hệ thống và dịch vụ viễn thông cho mục đích công cộng nói chung.

Hình thức đầu tư trực tiếp nước ngoài

+ Dịch vụ viễn thông cơ bản

Các dịch vụ cơ bản như điện thoại cố định và di động, thuê kênh riêng... cho phép Hợp đồng hợp tác kinh doanh (BCC), phía nước ngoài chỉ được phép đầu tư dưới hình thức liên doanh với vốn góp tối đa là 49%. Theo cam kết, hai năm sau khi Việt Nam gia nhập WTO, các công ty 100% vốn nước ngoài được quyền cung cấp dịch vụ đã đăng ký cho mọi đối tượng, kể cả các tổ chức, cá nhân Việt Nam. Ba năm sau khi gia nhập, các công ty nước ngoài được thành lập chi nhánh và cung cấp dịch vụ tại Việt Nam, với điều kiện trưởng chi nhánh phải là người cư trú tại Việt Nam.

Đối với dịch vụ viễn thông có hạ tầng mạng (FBO), Việt Nam không nhân nhượng thêm so với mức cam kết trong Hiệp định thương mại Việt - Hoa Kỳ. Trong đó, đối với các dịch vụ cơ bản như điện thoại cố định, di động, truyền số liệu, thuê kênh riêng... các đối tác nước ngoài chỉ được phép đầu tư dưới hình thức liên doanh với nhà khai thác Việt Nam đã được cấp phép, vốn góp tối đa là 49% vốn pháp định của liên doanh.

Đối với dịch vụ viễn thông không có hạ tầng mạng (SBO), trong 3 năm đầu sau khi gia nhập WTO, phía nước ngoài chỉ được phép đầu tư dưới hình thức liên doanh với nhà khai thác Việt Nam đã được cấp phép, vốn góp tối đa là 51% vốn pháp định của liên doanh. 3 năm tiếp theo, phía nước ngoài mới được phép tự do lựa chọn đối tác khi thành lập liên doanh và được nâng vốn góp lên mức 65%.

Riêng đối với dịch vụ mạng riêng ảo VPN và dịch vụ viễn thông gia tăng giá trị (thư điện tử, truy nhập Internet...) một số đối tác lớn sẽ được cung cấp trên hạ tầng mạng do Việt Nam kiểm soát. Trong đàm phán, Việt Nam có nhân nhượng hơn là, phía nước ngoài được tự do lựa chọn đối tác liên doanh ngay sau khi gia nhập và được phép tham gia tối đa 70% vốn pháp định của liên doanh.

Trong lĩnh vực dịch vụ hữu tuyến và di động mặt đất, nhà cung cấp dịch vụ viễn thông ở nước ngoài phải thông qua thỏa thuận thương mại với pháp nhân được thành lập tại Việt Nam và được cấp phép cung cấp dịch vụ viễn thông quốc tế tại Việt Nam.

Đối với dịch vụ vệ tinh, Việt Nam cam kết 3 năm sau khi gia nhập sẽ mở rộng loại đối tượng, chủ yếu là các công ty đa quốc gia hoạt động tại Việt Nam. Nếu thỏa mãn điều kiện cấp phép, có thể được cấp phép sử dụng trực tiếp dịch vụ vệ tinh của các nhà cung cấp dịch vụ nước ngoài.

+ *Dịch vụ giá trị gia tăng (VAS)*: cho phép Hợp đồng hợp tác kinh doanh (BCC), liên doanh (JV) với hạn chế vốn nước ngoài 49% với dịch vụ viễn thông có hạ tầng mạng (FBO), 51-65% với dịch vụ viễn thông không có hạ tầng mạng (SBO) lộ trình 3 năm.

Cung cấp dịch vụ qua biên giới

+ Nước ngoài có thỏa thuận thương mại với nhà khai thác Việt Nam trừ dịch vụ vệ tinh có 2 ngoại lệ đối với các tổ chức/doanh nghiệp lớn với lộ trình 3 năm.

- Việt Nam mở cửa thị trường và cho phép các công ty sở hữu vốn chính của nước ngoài tham gia cung cấp trong bốn lĩnh vực bao gồm: Các dịch vụ viễn thông công cộng cơ bản mà nhà cung cấp không có cơ sở hạ tầng (dịch vụ điện thoại cố định và di động trên cơ sở thuê đường truyền của một công ty Việt Nam); mạng dữ liệu nội bộ (trước hết để phục vụ các nhà đầu tư nước ngoài, các ứng dụng trên nền Internet); dịch vụ vệ tinh; và dịch vụ cáp quang tuyến biển.

- Việt Nam cũng đã chấp nhận những quy định tham chiếu cơ bản về viễn thông (*Tài liệu Tham chiếu*) của WTO, thiết lập một cơ quan giám sát độc lập và các quy chế bắt buộc nhằm ngăn ngừa các hành vi hạn chế cạnh tranh của các nhà cung cấp chính trên thị trường. Tài liệu này quy định rõ các quy chế bắt buộc cũng như những yêu cầu có quan hệ qua lại chặt chẽ.

- So với các cam kết trong Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ (BTA) thì đã có một số nhượng bộ theo hướng mở rộng hơn quyền và lộ trình tham gia của nhà đầu tư nước ngoài.

Nhà đầu tư nước ngoài có quyền liên doanh, góp vốn trên 50% vào các dự án kinh doanh dịch vụ viễn thông giá trị gia tăng, như thư điện tử, truy cập cơ sở dữ liệu, và thông tin trên mạng, trao đổi dữ liệu trên mạng... Trong khi theo BTA thì nhà đầu tư Hoa Kỳ chỉ được tham gia góp vốn không quá 50%.

Đối với các dịch vụ khác thì quyền của nhà đầu tư hầu như không thay đổi so với nội dung cam kết trong BTA. Đối với các dịch vụ viễn thông cơ bản, phía nước ngoài chỉ được tham gia không quá 49%.

- Đối với lộ trình mở cửa: BTA đưa ra lộ trình từ 3 đến 7 năm cho việc tiếp cận thị trường dịch vụ viễn thông, nhưng theo thỏa thuận ký với Hoa Kỳ thì nhà đầu tư nước ngoài được quyền tiếp cận đầy đủ thị trường viễn thông ngay sau khi Việt Nam trở thành thành viên của WTO.

Quyền tham gia thị trường của nhà đầu tư nước ngoài trong những dịch vụ có nhu cầu lớn, như điện thoại cố định, điện thoại di động không thay đổi. Việc nâng cao tỷ lệ góp vốn trong lĩnh vực cung cấp dịch vụ viễn thông giá trị gia tăng trước mắt ít tác động đến doanh nghiệp trong nước, vì hiện tại quy mô của thị trường này còn nhỏ.

Ngoài ra, phía Việt Nam cũng cam kết cho phép đối tác nước ngoài được kết nối dung lượng cáp quang biển (dung lượng toàn chủ) của các tuyến cáp quang Việt Nam là thành viên, đồng thời được bán dung lượng truyền dẫn này cho các nhà cung cấp dịch vụ viễn thông quốc tế có hạ tầng mạng như VNPT, Viettel, EVN Telecom⁽¹⁾. 4 năm sau khi gia nhập, phía nước ngoài được phép bán dung lượng trên cho các nhà cung cấp dịch vụ VPN và IXP quốc tế được cấp phép như FPT, VNPT, Viettel và EVN Telecom⁽⁴⁾.

Riêng đối với các cam kết chuyển đổi hợp đồng hợp tác kinh doanh (BCC) trong viễn thông, các nhà đầu tư nước ngoài tham gia BCC có thể ký mới thỏa thuận hiện tại hoặc chuyển sang hình thức hiện diện khác với những điều kiện không kém thuận lợi hơn điều kiện họ đang được hưởng.

2.2.3 Đặc điểm hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông

Hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông mang đầy đủ những đặc điểm của một hợp đồng liên doanh như đã trình bày trên. Tuy nhiên, từ những đặc thù trong hoạt động kinh doanh dịch vụ viễn thông, đã cho thấy hợp đồng liên doanh trong lĩnh vực này còn mang những đặc điểm sau đây:

Một là, hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông nhằm khai thác dịch vụ viễn thông, một loại hình dịch vụ có những đặc điểm:

Thứ nhất, DVVT là loại hình dịch vụ có tính phi lãnh thổ và có tính quốc tế. Bởi vậy, trong các Hiệp định thương mại thế hệ mới (FTAs), các quốc gia thành viên phải đảm bảo tiếp cận một cách thỏa đáng mạng lưới viễn thông của các nhà cung cấp khác.

Chương Viễn Thông của TPP có quy định: (i) *sự tiếp cận và sử dụng các dịch vụ viễn thông công cộng trên lãnh thổ hay xuyên biên giới của nước thành viên.* Tuy nhiên, các nước thành viên được phép có những biện pháp cần thiết để an ninh, bí mật và sự riêng tư của các thông tin của người sử dụng các mạng hay dịch vụ viễn thông công cộng, miễn là các biện pháp này không tùy tiện và bất công bằng hay là một hình thức để hạn chế thương mại dịch vụ; (ii) *các nghĩa vụ liên quan đến nhà cung cấp dịch vụ viễn thông công cộng.* Theo đó các nhà cung cấp dịch vụ viễn thông công cộng của một nước thành viên sẽ phải nối kết với, và cung cấp các lựa chọn kết nối một cách công khai cho các nhà cung cấp dịch vụ viễn thông công cộng ở nước khác và với mức phí phải chăng. Họ cũng có nghĩa vụ bảo đảm tính khả chuyển của số điện thoại và sự tiếp cận số điện thoại một cách không bị phân biệt từ các nhà cung cấp dịch vụ viễn thông công cộng của nước khác;

Thứ hai, DVVT là loại hình dịch vụ phụ thuộc lớn vào công nghệ do công nghệ viễn thông thay đổi nhanh chóng, dễ bị sao chép, khó khăn thiết lập các quy trình bảo mật khi khai thác dịch vụ và bảo vệ các quyền sở hữu trí tuệ. Đây cũng là các rào cản thiết lập một môi trường cạnh tranh lành mạnh về khai thác dịch vụ viễn thông trong các khuôn khổ thương mại đa phương như WTO.

Nhận thức được tầm quan trọng của vấn đề này, trong các Hiệp định thương mại thế hệ mới (FTAs), các quốc gia thành viên phải đảm bảo cạnh tranh trong khai thác dịch vụ viễn thông. Chương Viễn Thông của TPP có quy định:

Loại bỏ các hình thức phân biệt đối xử: Nhà cung cấp dịch vụ viễn thông công cộng lớn của một nước không được đối xử phân biệt các nhà cung cấp dịch vụ nước ngoài so với các nhà cung cấp dịch vụ là công ty con, công ty liên kết hoặc không liên kết của mình trong cùng một hoàn cảnh, một số dịch vụ.

Các biện pháp bảo đảm cạnh tranh: Theo đó, các nước cam kết duy trì các biện pháp thích hợp để ngăn chặn một nhà cung cấp dịch vụ viễn thông công cộng lớn của

⁽⁴⁾ Hiện nay, Tập đoàn EVN đã bán EVN Telecom cho Viettel Telecom

mình có những hành động phi cạnh tranh như bao cấp chéo, sử dụng thông tin thu thập được từ đối thủ để làm lợi bất chính, hay không cung cấp thông tin kỹ thuật và thương mại cần thiết về các thiết bị cơ bản cho nhà cung cấp dịch vụ nước ngoài để họ có thể hoạt động được.

Việc bán lại dịch vụ viễn thông công cộng: Theo đó, nước thành viên không được cấm hoặc áp đặt những điều kiện bất hợp lý, bất bình đẳng, hoặc hạn chế việc bán lại bất cứ dịch vụ viễn thông công cộng nào của một nhà cung cấp dịch vụ viễn thông công cộng lớn trong nước cho một nhà cung cấp dịch vụ viễn thông nước ngoài, với giá hợp lý.

Sự tiếp cận các cấu thành tách biệt của mạng viễn thông: Nước thành viên phải yêu cầu hãng cung cấp dịch vụ viễn thông lớn của mình cung cấp cho các nhà cung cấp dịch vụ viễn thông công cộng nước ngoài sự tiếp cận các cấu thành của mạng lưới của mình trên cơ sở tách biệt.

Cung cấp và định giá dịch vụ mạch kết nối thuê bao: Các nước phải đảm bảo các nhà cung cấp dịch vụ viễn thông trong nước cung cấp dịch vụ kết nối thuê bao thuộc dịch vụ viễn thông công cộng cho một nhà cung cấp dịch vụ viễn thông nước ngoài với giá phải chăng, không thiên vị.

Thiết lập các trung tâm thiết bị cho thuê cần cho việc kết nối hay tiếp cận các cấu thành tách biệt mạng viễn thông với các điều kiện và điều khoản hợp lý, không phân biệt đối xử, tại nước sở tại, bởi nhà cung cấp dịch vụ viễn thông công cộng lớn của nước sở tại.

Tiếp cận cột viễn thông, đường cống cáp, máng dây, và lộ giới. Nước sở tại phải bảo đảm nhà cung cấp dịch vụ viễn thông lớn của mình cung cấp cho nhà dịch vụ viễn thông nước ngoài sự tiếp cận những yếu tố này với các điều kiện và điều khoản hợp lý, không phân biệt đối xử.

Tiếp cận hệ thống cáp viễn thông ngầm quốc tế. Nước sở tại phải bảo đảm nhà cung cấp dịch vụ viễn thông của mình có kiểm soát các trạm tiếp đất của các đường cáp viễn thông quốc tế ngầm dưới biển cung cấp cho nhà cung cấp dịch vụ viễn thông nước ngoài sự tiếp cận các trạm tiếp đất này theo các điều khoản tương ứng trong chương này.

Một cam kết quan trọng khác là về sự tiếp cận thỏa đáng của các nhà cung cấp dịch vụ nước ngoài mà không bị phân biệt đối xử đến các nguồn lực do Chính phủ nước sở tại quản lý như tần số, băng thông, lộ giới, và số điện thoại ...

Một điểm mới trong Chương Viễn thông là cam kết về sự linh hoạt trong sử dụng công nghệ. Theo đó, điều khoản này quy định các nhà cung cấp được tự ý lựa chọn công nghệ sử dụng để cung cấp dịch vụ của mình. Điều khoản này cũng có nghĩa là cho phép nhà cung cấp dịch vụ viễn thông được tự do đưa ra các giải pháp mới, sáng tạo. Như vậy, điều khoản này sẽ ngăn các nước sở tại lấy tiêu chuẩn kỹ thuật làm công cụ để cản trở sự cạnh tranh của những nhà cung cấp dịch vụ nước ngoài do họ có thế mạnh về công nghệ và đổi mới so với các đối thủ trong nước.

Để tăng cường môi trường cạnh tranh, nhất là trong lĩnh vực roaming di động quốc tế, chương Viễn thông quy định các nước phải tạo điều kiện cho việc sử dụng các kênh thay thế cho roaming (tức là ngăn nhà cung cấp dịch vụ ngăn cản dịch vụ thoại trên các dịch vụ internet, hay ngắt các dịch vụ wi-fi). Sự hợp tác song phương, đa phương giữa các bên nhằm đảm bảo cho các công ty viễn thông được hưởng các mức phí roaming thấp cũng được khuyến khích.

Nhằm đảm bảo không có mâu thuẫn quyền lợi, theo kiểu “vừa đá bóng, vừa thổi còi”, Chương Viễn thông quy định các cơ quan quản lý chức năng viễn thông của Chính phủ nước sở tại phải độc lập và không có quyền lợi liên quan đến bất cứ nhà cung cấp dịch vụ viễn thông nào trong nước. Cơ quan chức năng này cũng không được phép ra các quyết định hay đối xử một cách thiên vị, phân biệt giữa các nhà cung cấp dịch vụ viễn thông trên lãnh thổ của mình.

Để đảm bảo tính minh bạch cho môi trường hoạt động của các hãng viễn thông, trong trường hợp nước sở tại yêu cầu nhà cung cấp dịch vụ viễn thông phải có giấy phép, nước này phải công bố công khai tất cả tiêu chuẩn, thủ tục, thời gian, các điều kiện và điều khoản liên quan đến xin giấy phép. Hãng nộp đơn xin phép, nếu có yêu cầu, sẽ nhận được trả lời thỏa đáng từ cơ quan cấp phép về các lý do cho việc bị từ chối cấp phép, những điều kiện cụ thể để được cấp phép, thu hồi hay từ chối gia hạn giấy phép...

Hai là, về chủ thể, nhà đầu tư nước ngoài với tính cách là một Bên của Hợp đồng phải đáp ứng được các điều kiện về gia nhập thị trường phù hợp với lộ trình mở cửa thị trường viễn thông mà Việt Nam đã cam kết, cụ thể:

Thứ nhất, đối với nhà đầu tư nước ngoài có thể cung cấp các dịch vụ viễn thông có hạ tầng mạng tại Việt Nam, nhà đầu tư có quyền thành lập doanh nghiệp liên doanh với đối tác Việt Nam (là nhà khai thác dịch vụ Việt Nam đã được cấp phép trong lĩnh vực đó) với điều kiện vốn góp tối đa của phía nước ngoài không quá 49% vốn pháp định của liên doanh;

Thứ hai, đối với các dịch vụ viễn thông cơ bản (dịch vụ thoại, truyền số liệu, thuê kênh riêng,...), nhà đầu tư nước ngoài chỉ được phép đầu tư để cung cấp dịch vụ ở Việt Nam dưới các hình thức doanh nghiệp liên doanh với đối tác Việt Nam (là nhà khai thác dịch vụ Việt Nam đã được cấp phép trong lĩnh vực đó) với điều kiện vốn góp tối đa của phía nước ngoài không quá 49% vốn pháp định của liên doanh;

Thứ ba, đối với các dịch vụ viễn thông gia tăng giá trị (thư điện tử, fax, chuyển đổi giao thức,...), các nhà đầu tư nước ngoài chỉ được phép đầu tư để cung cấp dịch vụ ở Việt Nam dưới các hình thức doanh nghiệp liên doanh với đối tác Việt Nam (là nhà khai thác dịch vụ Việt Nam đã được cấp phép trong lĩnh vực đó) với điều kiện tỷ lệ vốn góp nước ngoài trong liên doanh không quá 50%;

Thứ tư, đối với nhà đầu tư nước ngoài có thể cung cấp các dịch vụ viễn thông không có hạ tầng mạng tại Việt Nam, nhà đầu tư nước ngoài chỉ được phép đầu tư để cung cấp dịch vụ ở Việt Nam dưới các hình thức doanh nghiệp liên doanh với đối tác Việt Nam (là nhà khai thác dịch vụ Việt Nam đã được cấp phép trong lĩnh vực đó) với điều kiện đối tác Việt Nam phải là nhà cung cấp đã được cấp phép trong lĩnh vực dịch vụ tương ứng, và tỷ lệ vốn góp tối đa của phía nước ngoài là 51% vốn pháp định của liên doanh (kể từ 11/1/2010, bên nước ngoài được phép tự do lựa chọn đối tác khi thành lập liên doanh và được phép nâng mức vốn góp lên mức 65% vốn pháp định của liên doanh);

Thứ năm, riêng đối với ***dịch vụ mạng riêng ảo VPN*** mà một số đối tác lớn có mối quan tâm đặc biệt, được cung cấp trên hạ tầng mạng do Việt Nam kiểm soát, bên nước ngoài được tự do lựa chọn đối tác liên doanh ngay sau khi gia nhập và được phép tham gia vốn tối đa ở mức 70% vốn pháp định của liên doanh;

Thứ sáu, Việt Nam cho phép các bên của các hợp đồng hợp tác kinh doanh (BCC) trong lĩnh vực viễn thông trước đây được ký mới thỏa thuận hiện tại hoặc chuyển sang hình thức doanh nghiệp với những điều kiện không kém thuận lợi hơn những điều kiện họ đang được hưởng.

Ba là, cũng giống với các hợp đồng liên doanh khác, hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông chỉ có hiệu lực khi được các cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam phê chuẩn và cấp Giấy chứng nhận đầu tư. Tuy nhiên, trong lĩnh vực kinh doanh dịch vụ viễn thông, Việt Nam đã cam kết với các doanh nghiệp, nhà đầu tư nước ngoài: nộp đơn xin cấp phép trong lĩnh vực viễn thông rằng:

- **Thủ tục và điều kiện cấp phép** không giữ vai trò như một rào cản độc lập đối với tiếp cận thị trường (**không cản trở** quá mức cần thiết);

- **Công khai** các thủ tục và điều kiện cấp phép trước khi chúng có hiệu lực;

- Cơ quan cấp phép xem xét và quyết định việc cấp phép trong thời hạn quy định trong **thủ tục chính thức**;

- Mọi **phí, lệ phí** liên quan đến việc xem xét hồ sơ cấp phép không tạo ra một rào cản độc lập đối với tiếp cận thị trường;

- Theo yêu cầu của người nộp hồ sơ xin phép Cơ quan cấp phép thông báo cho bên xin phép **trình trạng của hồ sơ** và liệu hồ sơ đã đầy đủ chưa (hồ sơ được xem là đầy đủ khi đã có mọi thông tin mà các văn bản hướng dẫn yêu cầu). Nếu yêu cầu bổ sung thông tin, Cơ quan cấp phép phải thông báo cho bên xin phép không chậm trễ thái quá và nêu rõ thông tin bổ sung được yêu cầu để hoàn chỉnh hồ sơ. Bên xin phép phải có cơ hội khắc phục những thiếu sót trong hồ sơ;

- Theo yêu cầu của bên xin phép bị từ chối, Cơ quan cấp phép đã từ chối cấp phép phải **trả lời bằng văn bản lý do đã từ chối**;

- Nếu hồ sơ đã bị từ chối, bên xin phép có thể **nộp hồ sơ mới** để xử lý những vấn đề trước đó;

- Nếu cần có sự phê duyệt, một khi hồ sơ đã được phê duyệt, bên xin phép phải được **thông báo bằng văn bản** không có sự chậm trễ thái quá;

- Nếu có yêu cầu kiểm tra để cấp phép chứng chỉ hành nghề, việc **kiểm tra** phải được lập kế hoạch với khoảng thời gian hợp lý.

Bốn là, minh bạch hơn trong cơ cấu quản trị liên doanh. Theo đó, Việt Nam cam kết trong các liên doanh viển thông thì bên nào nắm 51% vốn điều lệ của liên doanh sẽ nắm quyền kiểm soát trong việc quản lý liên doanh, mặc dù tỷ lệ này có quy định khác trong Luật doanh nghiệp.

Năm là, để đảm bảo tính khả thi của các hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viển thông, Việt Nam đã cam kết ban hành các quy định về kết nối, bao gồm: (i) Các điều kiện để Đảm bảo Kết nối; (ii) Các thủ tục về Đàm phán kết nối; (iii) Thoả thuận Kết nối mẫu; (iv) Thủ tục giải quyết Tranh chấp kết nối. Bởi vậy, các điều khoản này là các điều khoản cơ bản và đặc thù của hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viển thông

KẾT LUẬN CHƯƠNG 2

1. Tuy đều thừa nhận cơ sở pháp lý của Công ty là hợp đồng song quan niệm về hợp đồng công ty có sự khác biệt trong các dòng họ pháp luật lớn trên thế giới. Qua khảo sát pháp luật của các quốc gia thuộc dòng họ Civil Law và Common Law đã cho phép đi đến kết luận *bản chất của công ty là giao dịch pháp lý dưới hình thức hợp đồng được thiết lập trên cơ sở sự thỏa thuận của các thành viên nhằm xác lập các quyền và nghĩa vụ pháp lý giữa họ, với công ty, giữa công ty với bên thứ ba và với Nhà nước.*

2. Hợp đồng công ty có một số đặc điểm cơ bản: (i) hợp đồng thành lập công ty (Memorandum of association) là một hoặc tập hợp các văn kiện pháp lý ràng buộc không chỉ đối với các thành viên sáng lập công ty mà còn đối với các thành viên khác của công ty nhằm thiết lập các điều kiện cơ bản cho sự tồn tại và hoạt động của công ty; (ii) về hình thức, hợp đồng thành lập công ty (Memorandum of association) mặc dù có giá trị ưu tiên cao nhất song chỉ là một thỏa thuận trong một tập hợp các thỏa thuận ràng buộc pháp lý giữa các thành viên công ty; (iii) về nội dung, hợp đồng thành lập công ty (Memorandum of association) giữ vai trò nền tảng pháp lý cao nhất và trung tâm của hệ thống các quy định về quản trị công ty;

Tuy nhiên, pháp luật của các quốc gia trên thế giới cũng đã thừa nhận trường hợp thành lập công ty mà không cần có hợp đồng công ty – công ty cổ phần hoặc công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên.

3. Luật Đầu tư 2005, Luật đầu tư 2015 không nêu khái niệm về hợp đồng liên doanh. Tuy nhiên cách hiểu về hợp đồng liên doanh thống nhất với quan điểm của Luật Đầu tư 1996. Theo đó, hợp đồng liên doanh có một số đặc điểm riêng biệt rất đáng lưu ý sau đây: (i) hợp đồng liên doanh theo pháp luật Việt Nam có sự tham gia của bên (các bên) của quốc gia sở tại với bên (hoặc các bên) nước ngoài); (ii) hợp đồng liên doanh theo pháp luật Việt Nam gắn liền với việc thành lập doanh nghiệp liên doanh – một pháp nhân mang quốc tịch Việt Nam; (iii) hợp đồng liên doanh theo pháp luật Việt Nam chỉ được giao kết phù hợp với lộ trình mở cửa thị trường mà Việt Nam đã cam kết trong WTO, ASEAN...và các hiệp định thương mại song phương mà Việt Nam là một Bên của Hiệp định; (iv) mặc dù có nhiều điểm tương đồng với hợp đồng hợp tác kinh doanh (BCC), song hợp đồng liên doanh với BCC cũng có nhiều điểm khác biệt cơ bản;

4. Điểm chung trong cách tiếp cận của các nước về điều kiện có hiệu lực của hợp đồng là đều xác định hợp đồng phải đáp ứng đầy đủ các điều khoản cơ bản và được sự chuẩn thuận của cơ quan quản lý Nhà nước có thẩm quyền theo các quy định pháp luật của quốc gia tiếp nhận đầu tư. Trước khi Luật doanh nghiệp 2014 và Luật đầu tư năm 2015 được ban hành, pháp luật Việt Nam tiếp nhận cả hai phương thức quy định: phương thức thứ nhất được thể hiện trong pháp luật về đầu tư (quy định các điều khoản bắt buộc đối với Hợp đồng liên doanh) và pháp luật về doanh nghiệp quy định về điều lệ của doanh nghiệp liên doanh (được tổ chức dưới hình thức Công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc Công ty cổ phần). Đây là một trong những bằng chứng sống động và thuyết phục về sự tồn tại của các doanh nghiệp ở Việt Nam đang được hình thành trên các nền tảng pháp lý khác nhau: doanh nghiệp liên doanh (doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài) chỉ chú ý điều chỉnh về hợp đồng liên doanh và sự hợp nhất bản hợp đồng thành lập công ty và bản điều lệ công ty trong điều chỉnh pháp luật đối với doanh nghiệp nội địa.

Tuy nhiên, sau khi Luật doanh nghiệp 2014 và Luật đầu tư năm 2014 được ban hành, pháp luật Việt Nam lựa chọn phương thức: pháp luật về doanh nghiệp quy định về điều lệ của doanh nghiệp liên doanh (được tổ chức dưới hình thức Công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc Công ty cổ phần). Theo đó, việc kiểm soát đối với các doanh nghiệp liên doanh được thực hiện như đối với các doanh nghiệp trong nước.

5. Hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông cũng có những đặc điểm riêng, cụ thể: (i) hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông nhằm khai thác dịch vụ viễn thông, một loại hình dịch vụ có những đặc điểm đặc thù; (ii) về chủ thể, nhà đầu tư nước ngoài với tính cách là một Bên của Hợp đồng phải đáp ứng được các điều kiện về gia nhập thị trường phù hợp với lộ trình mở cửa thị trường viễn thông mà Việt Nam đã cam kết; (iii) hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông chỉ có hiệu lực khi được các cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam phê chuẩn và cấp Giấy chứng nhận đầu tư; (iv) đảm bảo tính khả thi của các hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông, Việt Nam đã cam kết ban hành các quy định về kết nối và là yêu cầu phải tuân thủ trong các Hợp đồng kinh doanh dịch vụ viễn thông.

CHƯƠNG 3

THỰC TRẠNG CÁC QUY ĐỊNH PHÁP LUẬT VÀ THỰC TIỄN THỰC HIỆN HỢP ĐỒNG LIÊN DOANH TRONG KINH DOANH DỊCH VỤ VIỄN THÔNG Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

3.1. Thực trạng các quy định pháp luật về hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông ở Việt Nam hiện nay

3.1.1 Chủ thể hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông

Theo Điều 22 của Luật đầu tư 2014, thành lập tổ chức kinh tế liên doanh giữa các nhà đầu tư trong nước và nhà đầu tư nước ngoài được thừa nhận là một trong những hình thức đầu tư trực tiếp. Theo đó, trên cơ sở hợp đồng liên doanh, nhà đầu tư nước ngoài liên doanh với nhà đầu tư trong nước để đầu tư thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, công ty cổ phần, công ty hợp danh theo quy định của Luật Doanh nghiệp và pháp luật có liên quan.

Luật Đầu tư 2014 không nêu khái niệm về hợp đồng liên doanh. Tuy nhiên cách hiểu về hợp đồng liên doanh thống nhất với quan điểm của Luật Đầu tư 2005. Hợp đồng liên doanh là văn bản ký kết giữa hai hoặc nhiều bên đầu tư Việt Nam và nước ngoài để thành lập tổ chức kinh tế có tư cách pháp nhân. Chủ thể của hợp đồng liên doanh chính là các bên đầu tư tham gia trong liên doanh và mục đích của hợp đồng là thành lập doanh nghiệp liên doanh. Như vậy, hợp đồng liên doanh là văn bản pháp lý xác nhận việc hợp tác giữa các nhà đầu tư và là nền tảng pháp lý ràng buộc để xác nhận việc hình thành pháp nhân mới là doanh nghiệp liên doanh.

3.1.1.1. Nhà cung cấp dịch vụ viễn thông

Khái niệm và đặc điểm pháp lý của nhà cung cấp dịch vụ viễn thông

Nhà cung cấp dịch vụ là một trong các chế định pháp lý quan trọng của pháp luật TMDV. Nhà cung cấp dịch vụ trước hết phải là các thương nhân như quy định của pháp luật thương mại và phải thương quyền tương ứng để cung cấp các dịch vụ trên phạm vi vùng lãnh thổ cụ thể. Thương quyền được hiểu là giấy phép cung cấp dịch vụ do cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp theo quy định của pháp luật chuyên ngành.

Khái niệm thương nhân được đề cập đến lần đầu trong LTM 1997 và tiếp tục được phát triển trong LTM 2005, theo đó “*Thương nhân là các tổ chức kinh tế được thành lập hợp pháp, cá nhân hoạt động thương mại độc lập, thường xuyên và có đăng ký kinh doanh*”⁵. Như vậy, thương nhân gồm hai loại hình chính:

Thứ nhất, là các tổ chức kinh tế được thành lập hợp pháp

Thương nhân có thể là bất cứ tổ chức kinh tế nào được thành lập và hoạt động theo pháp luật về doanh nghiệp, như các doanh nghiệp được thành lập theo Luật Doanh nghiệp, Luật Hợp tác xã, Luật Đầu tư và các Luật chuyên ngành khác như Luật Luật sư, Luật công chứng, Luật các tổ chức tín dụng, Luật viễn thông.... LTM 2005 không quy định về việc thành lập và tổ chức của thương nhân (doanh nghiệp) mà chỉ quy định về hoạt động thương mại của thương nhân. Qua đó tạo ra sự thống nhất giữa LTM 2005 với các văn bản pháp luật về doanh nghiệp. Trong đó, pháp luật về doanh nghiệp điều chỉnh địa vị pháp lý của thương nhân (bao gồm việc thành lập, tổ chức, quản lý của các loại hình doanh nghiệp), còn Luật Thương mại điều chỉnh các hoạt động thương mại của các thương nhân trên thị trường.

LTM 2005 thừa nhận và bổ sung chế định về thương nhân nước ngoài khi hoạt động thương mại trên lãnh thổ Việt nam. Theo đó, thương nhân được thành lập và hoạt động theo luật pháp nước ngoài khi tiến hành các hoạt động thương mại tại Việt nam có thể lựa chọn LTM 2005 để áp dụng (khoản 3 điều 6). Có thể nói đây là sự thể chế hoá nguyên tắc MFN và NT trong đối xử với các thương nhân trong nước và thương nhân nước ngoài.

Thứ hai, là các cá nhân có năng lực pháp luật dân sự và năng lực hành vi dân sự đầy đủ theo quy định của Bộ luật Dân sự.

Theo LTM 2005, Các chủ thể nêu trên muốn trở thành thương nhân, phải hội tụ đủ các dấu hiệu pháp lý cơ bản sau: (i) các chủ thể phải thực hiện hoạt động thương mại. Đây là tiêu chí cơ bản, đầu tiên để xác định tư cách pháp lý của một thương nhân; (ii) Các hoạt động thương mại phải được các chủ thể thực hiện độc lập. Tính độc lập có thể được hiểu theo nghĩa thông thường là hoạt động của chủ thể đó phải nhân danh mình, vì lợi ích của chính bản thân. Không bị ràng buộc, không bị chi phối bởi ý chí của

⁵ Khoản 1, Điều 6, Luật Thương mại 2005.

các chủ thể khác mà được hoạch định bởi ý chí của chính chủ thể đó, và tự chịu trách nhiệm về hoạt động thương mại của mình; (iii) Chủ thể phải hoạt động thương mại thường xuyên như một nghề nghiệp. Theo Đại Từ điển Tiếng Việt thì “nghề” được hiểu là công việc chuyên làm. Đối với các cá nhân thỉnh thoảng mới thực hiện một hành vi mua bán kiếm lời, không coi đó là một nghề (tức là một công việc chuyên làm) thì không thể được coi là thương nhân và chỉ có thể coi hành vi đó như một hành vi dân sự; (iv) Chủ thể phải được cấp giấy đăng ký kinh doanh. Đăng ký kinh doanh là cơ sở pháp lý cho các hoạt động thương mại của thương nhân. Đăng ký kinh doanh là một thủ tục pháp lý bắt buộc nhằm khai sinh ra thương nhân, tư cách thương nhân được xác định kể từ thời điểm chủ thể được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Điều 7, LTM 2005 quy định “*Thương nhân có nghĩa vụ đăng ký kinh doanh theo quy định của pháp luật*”.

Với các đặc điểm của khu vực dịch vụ, các thương nhân muốn trở thành Nhà cung cấp dịch vụ phải được cấp giấy phép hoạt động trong lĩnh vực dịch vụ tương ứng. Nói cách khác, thương nhân phải có thương quyền tương ứng mới trở thành nhà cung cấp dịch vụ. Điều này không quy định trong LTM 2005, nhưng được quy định rõ trong các văn bản pháp luật chuyên ngành về từng khu vực dịch vụ như hàng không, bưu điện, tài chính ngân hàng, vận tải biển, bảo hiểm, y tế, giáo dục... Lý do là hầu hết các ngành dịch vụ đều cần các điều kiện về chuyên môn, nghiệp vụ, các yêu cầu đạo đức và những điều kiện khác để có thể trở thành nhà cung cấp dịch vụ. Mặt khác, hoạt động kinh doanh dịch vụ trên thị trường là hoạt động chứa nhiều rủi ro, nếu không có một trình độ hiểu biết nhất định thì thương nhân không thể dự báo được tình hình và biết được việc làm của mình là trái hay không trái pháp luật. Bởi vậy, các văn bản luật chuyên ngành đều có chương quy định riêng về chế độ cấp giấy phép, quy định đầy đủ các điều kiện và thủ tục cho thương nhân khi muốn tham gia thị trường dịch vụ.

Qua khảo sát hệ thống pháp luật về dịch vụ viễn thông ở Việt Nam hiện nay đã cho thấy nhà cung cấp dịch vụ viễn thông ở Việt Nam có những đặc điểm pháp lý cơ bản sau:

Thứ nhất, về loại hình, nhà cung cấp dịch vụ viễn thông ở Việt Nam tồn tại dưới hai hình thức: doanh nghiệp viễn thông và đại lý dịch vụ viễn thông

Theo khoản 23, Điều 3 của Luật viễn thông 2009, doanh nghiệp viễn thông là doanh nghiệp được thành lập theo pháp luật Việt Nam và được cấp giấy phép kinh doanh dịch vụ viễn thông. Doanh nghiệp viễn thông bao gồm doanh nghiệp cung cấp dịch vụ có hạ tầng mạng và doanh nghiệp cung cấp dịch vụ không có hạ tầng mạng.

Đại lý dịch vụ viễn thông là tổ chức, cá nhân cung cấp dịch vụ viễn thông cho người sử dụng dịch vụ viễn thông thông qua hợp đồng đại lý ký với doanh nghiệp viễn thông để hưởng hoa hồng hoặc bán lại dịch vụ viễn thông để hưởng chênh lệch giá (khoản 23, Điều 3 Luật viễn thông 2009).

Chủ thể quan trọng và phổ biến nhất trong lĩnh vực viễn thông là các loại hình doanh nghiệp với các đặc điểm pháp lý riêng biệt.

Theo các quy định pháp luật về doanh nghiệp, hiện nay, tại nước ta tồn tại nhiều loại hình doanh nghiệp bao gồm: doanh nghiệp tư nhân, công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần, công ty hợp danh và doanh nghiệp tư nhân.

Trong số nhà cung cấp dịch vụ là các doanh nghiệp cung cấp dịch vụ viễn thông, trước hết phải kể đến vai trò quan trọng, đáng kể của các doanh nghiệp có 100% vốn của Nhà nước. Xuất phát từ quan niệm về vai trò chủ đạo của khu vực kinh tế Nhà nước trong nền kinh tế thị trường định hướng XHCN, các doanh nghiệp cung cấp dịch vụ viễn thông 100% vốn của Nhà nước được thành lập, tổ chức để độc quyền hoặc nắm thị phần chi phối trên thị trường dịch vụ viễn thông.

Nhìn nhận khách quan việc độc quyền và sau đó chiếm tỷ trọng cao về thị phần cung cấp dịch vụ viễn thông của các doanh nghiệp 100% vốn của Nhà nước, có thể xuất phát từ những lý do sau:

Một là, dịch vụ viễn thông là rất nhạy cảm đối với đất nước xét dưới cả góc độ kinh tế, an ninh quốc phòng, bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng và an sinh xã hội, nên Nhà nước cần can thiệp bằng một lực lượng thị trường;

Hai là, vốn đầu tư cho ngành viễn thông này rất lớn để có thể hình thành được hạ tầng cung cấp dịch vụ viễn thông thống nhất trên toàn quốc. Trong giai đoạn đầu mở cửa phát triển nền kinh tế thị trường, rất ít có doanh nghiệp nào ngoài nhà nước đủ sức đầu tư để phát triển và cung cấp dịch vụ viễn thông;

Ba là, do thực tế lịch sử để lại, ngành Bưu điện (bao gồm cả bưu chính và viễn thông) đều là công cụ quản lý, điều hành của Nhà nước trong thời gian chiến tranh và hệ thống thương nghiệp quốc doanh. Cho nên quá trình hình thành các doanh nghiệp Nhà nước hoạt động cung cấp dịch vụ trong lĩnh vực viễn thông là tất yếu. Khác với các loại hình doanh nghiệp khác, doanh nghiệp Nhà nước được nhà nước quyết định thành lập và đầu tư 100% vốn ban đầu để thực hiện các nhiệm vụ do nhà nước giao song vẫn chịu trách nhiệm pháp lý một cách độc lập.

Một loại hình chủ thể không thể thiếu được trong cung ứng dịch vụ viễn thông là các công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn. Hai loại hình công ty này đều có chung một dấu hiệu pháp lý, đó là “trách nhiệm hữu hạn” của chủ đầu tư đối với phần vốn đóng góp của mình vào công ty, tuy vậy, giữa chúng cũng có những đặc điểm pháp lý riêng biệt. Bên cạnh nhà cung cấp dịch vụ là các công ty cổ phần và công ty trách nhiệm hữu hạn, doanh nghiệp tư nhân cũng đóng vai trò quan trọng trong nhiều khu vực dịch vụ, trong đó có dịch vụ viễn thông...

Bên cạnh đó, nhà cung cấp dịch vụ viễn thông còn là doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, mang các đặc điểm pháp lý đặc thù và các điều kiện gia nhập thị trường được quy định trong Luật viễn thông 2009, Luật đầu tư 2014, Luật doanh nghiệp 2014 và các văn bản hướng dẫn thi hành;

Thứ hai, để trở thành nhà cung cấp dịch vụ viễn thông, về nguyên tắc thương nhân đó phải được cấp Giấy phép kinh doanh dịch vụ viễn thông bao gồm: (i) Giấy phép thiết lập mạng viễn thông công cộng, có thời hạn không quá 15 năm được cấp cho doanh nghiệp cung cấp dịch vụ có hạ tầng mạng; (ii) Giấy phép cung cấp dịch vụ viễn thông, có thời hạn không quá 10 năm được cấp cho doanh nghiệp cung cấp dịch vụ không có hạ tầng mạng (Điều 34, khoản 2, Luật viễn thông 2009). Việc miễn Giấy phép viễn thông chỉ được áp dụng đối với các thương nhân (bao gồm tổ chức, cá nhân) khi cung cấp dịch vụ viễn thông dưới hình thức đại lý dịch vụ viễn thông.

Thứ ba, quyền và nghĩa vụ của các nhà cung cấp dịch vụ viễn thông ở Việt Nam được pháp luật điều chỉnh có phân hóa theo các tiêu chí: doanh nghiệp cung cấp dịch vụ viễn thông có hạ tầng mạng, doanh nghiệp cung cấp dịch vụ viễn thông không có hạ tầng mạng và đại lý dịch vụ viễn thông

Theo đó, doanh nghiệp cung cấp dịch vụ viễn thông không có hạ tầng mạng còn có các quyền, nghĩa vụ sau đây:

1. Xây dựng, lắp đặt, sở hữu hệ thống thiết bị viễn thông và đường truyền dẫn trong phạm vi cơ sở và điểm phục vụ công cộng của mình để cung cấp dịch vụ viễn thông cho người sử dụng dịch vụ viễn thông;

2. Thuê đường truyền dẫn để kết nối hệ thống thiết bị viễn thông, các cơ sở, điểm phục vụ công cộng của mình với nhau và với mạng viễn thông công cộng của doanh nghiệp viễn thông khác;

3. Thuê đường truyền dẫn hoặc mua lưu lượng viễn thông của doanh nghiệp viễn thông khác để bán lại cho người sử dụng dịch vụ viễn thông;

4. Cho doanh nghiệp viễn thông khác thuê lại cơ sở hạ tầng viễn thông;

5. Được phân bổ tài nguyên viễn thông theo quy hoạch tài nguyên viễn thông và quy định quản lý tài nguyên viễn thông;

6. Thực hiện nhiệm vụ viễn thông công ích do Nhà nước giao và đóng góp tài chính vào Quỹ dịch vụ viễn thông công ích Việt Nam;

7. Chịu trách nhiệm về chất lượng dịch vụ theo tiêu chuẩn đã đăng ký hoặc công bố; bảo đảm tính đúng, đủ, chính xác giá cước theo hợp đồng sử dụng dịch vụ viễn thông;

8. Chịu sự kiểm soát của cơ quan nhà nước có thẩm quyền và thực hiện các quy định về bảo đảm an toàn cơ sở hạ tầng viễn thông và an ninh thông tin;

9. Báo cáo định kỳ hoặc theo yêu cầu của cơ quan quản lý chuyên ngành về viễn thông về hoạt động của doanh nghiệp; chịu trách nhiệm về tính chính xác, kịp thời của nội dung và số liệu báo cáo.

Đối với các doanh nghiệp cung cấp dịch vụ viễn thông có hạ tầng mạng, ngoài các quyền và nghĩa vụ như đối với doanh nghiệp cung cấp dịch vụ viễn thông không có hạ tầng mạng còn có các quyền, nghĩa vụ sau đây:

1. Được sử dụng không gian, mặt đất, lòng đất, đáy sông, đáy biển để xây dựng cơ sở hạ tầng viễn thông theo đúng quy hoạch, tiêu chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật;

2. Cho doanh nghiệp viễn thông khác thuê cơ sở hạ tầng viễn thông;

3. Tham gia thực hiện cung cấp dịch vụ viễn thông công ích.

Ngoài các quyền, nghĩa vụ quy định tại Luật thương mại, đại lý dịch vụ viễn thông còn có các quyền, nghĩa vụ sau đây:

1. Thiết lập hệ thống thiết bị đầu cuối tại địa điểm được sử dụng để cung cấp dịch vụ viễn thông cho người sử dụng dịch vụ viễn thông tại địa điểm đó theo thỏa thuận trong hợp đồng đại lý dịch vụ viễn thông;

2. Thực hiện việc cung cấp, bán lại dịch vụ viễn thông theo quy định của Luật viễn thông;

3. Từ chối cung cấp dịch vụ cho người sử dụng dịch vụ viễn thông vi phạm quy định tại Điều 12 của Luật viễn thông hoặc theo yêu cầu của cơ quan nhà nước có thẩm quyền;

4. Thực hiện quy định về bảo đảm an toàn cơ sở hạ tầng viễn thông và an ninh thông tin;

5. Yêu cầu doanh nghiệp viễn thông ký hợp đồng đại lý dịch vụ viễn thông hướng dẫn, cung cấp thông tin về dịch vụ viễn thông và chịu sự kiểm tra, kiểm soát của doanh nghiệp viễn thông đó;

6. Thực hiện thời gian cung cấp dịch vụ viễn thông theo quy định của chính quyền địa phương;

7. Cung cấp dịch vụ viễn thông theo chất lượng và giá cước trong hợp đồng đại lý dịch vụ viễn thông.

Thứ tư, do tính chất đặc biệt của dịch vụ viễn thông nên pháp luật có quy định về tỷ lệ sở hữu trong các doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ viễn thông ở Việt Nam

Theo Điều 17 khoản 2, Luật viễn thông 2009, Nhà nước nắm cổ phần chi phối trong doanh nghiệp cung cấp dịch vụ có hạ tầng mạng có tầm quan trọng đặc biệt đối với hoạt động của toàn bộ cơ sở hạ tầng viễn thông quốc gia và ảnh hưởng trực tiếp đến phát triển kinh tế - xã hội, bảo đảm quốc phòng, an ninh. Cụ thể hóa quy định này, Điều 3 của Nghị định 25/2011/NĐ-CP ngày 06 tháng 04 năm 2011 có quy định: “*Một tổ chức, cá nhân đã sở hữu trên 20% vốn điều lệ hoặc cổ phần trong một doanh nghiệp viễn thông thì không được sở hữu trên 20% vốn điều lệ hoặc cổ phần của doanh nghiệp viễn thông khác cùng kinh doanh trong một thị trường dịch vụ viễn thông thuộc Danh mục dịch vụ viễn thông do Bộ Thông tin và Truyền thông quy định*”. Theo đó, doanh nghiệp viễn thông cung cấp dịch vụ viễn thông có trách nhiệm báo cáo cơ quan quản lý

chuyên ngành về viễn thông theo quy định của Bộ Thông tin và Truyền thông khi có thay đổi trong danh sách tổ chức, cá nhân sở hữu trên 20% vốn điều lệ hoặc cổ phần của doanh nghiệp.

Thứ năm, nhà đầu tư nước ngoài kinh doanh dịch vụ viễn thông ở Việt Nam phải đáp ứng được các điều kiện về gia nhập thị trường phù hợp với lộ trình mở cửa thị trường viễn thông mà Việt Nam đã cam kết.

- Đối với nhà đầu tư nước ngoài có thể cung cấp các dịch vụ viễn thông có hạ tầng mạng tại Việt Nam, nhà đầu tư có quyền thành lập doanh nghiệp liên doanh với đối tác Việt Nam (là nhà khai thác dịch vụ Việt Nam đã được cấp phép trong lĩnh vực đó) với điều kiện vốn góp tối đa của phía nước ngoài không quá 49% vốn pháp định của liên doanh;

- Đối với các dịch vụ viễn thông cơ bản (dịch vụ thoại, truyền số liệu, thuê kênh riêng,...), nhà đầu tư nước ngoài chỉ được phép đầu tư để cung cấp dịch vụ ở Việt Nam dưới các hình thức doanh nghiệp liên doanh với đối tác Việt Nam (là nhà khai thác dịch vụ Việt Nam đã được cấp phép trong lĩnh vực đó) với điều kiện vốn góp tối đa của phía nước ngoài không quá 49% vốn pháp định của liên doanh;

- Đối với các dịch vụ viễn thông gia tăng giá trị (thư điện tử, fax, chuyển đổi giao thức,...), các nhà đầu tư nước ngoài chỉ được phép đầu tư để cung cấp dịch vụ ở Việt Nam dưới các hình thức doanh nghiệp liên doanh với đối tác Việt Nam (là nhà khai thác dịch vụ Việt Nam đã được cấp phép trong lĩnh vực đó) với điều kiện tỷ lệ vốn góp nước ngoài trong liên doanh không quá 50%;

- Đối với nhà đầu tư nước ngoài có thể cung cấp các dịch vụ viễn thông không có hạ tầng mạng tại Việt Nam, nhà đầu tư nước ngoài chỉ được phép đầu tư để cung cấp dịch vụ ở Việt Nam dưới các hình thức doanh nghiệp liên doanh với đối tác Việt Nam (là nhà khai thác dịch vụ Việt Nam đã được cấp phép trong lĩnh vực đó) với điều kiện đối tác Việt Nam phải là nhà cung cấp đã được cấp phép trong lĩnh vực dịch vụ tương ứng, và tỷ lệ vốn góp tối đa của phía nước ngoài là 51% vốn pháp định của liên doanh (kể từ 11/1/2010, bên nước ngoài được phép tự do lựa chọn đối tác khi thành lập liên doanh và được phép nâng mức vốn góp lên mức 65% vốn pháp định của liên doanh);

- Riêng đối với **dịch vụ mạng riêng ảo VPN** mà một số đối tác lớn có mối quan tâm đặc biệt, được cung cấp trên hạ tầng mạng do Việt Nam kiểm soát, bên nước ngoài được tự do lựa chọn đối tác liên doanh ngay sau khi gia nhập và được phép tham gia vốn tối đa ở mức 70% vốn pháp định của liên doanh;

- Việt Nam cho phép các bên của các hợp đồng hợp tác kinh doanh (BCC) trong lĩnh vực viễn thông trước đây được ký mới thỏa thuận hiện tại hoặc chuyển sang hình thức doanh nghiệp với những điều kiện không kém thuận lợi hơn những điều kiện họ đang được hưởng.

Thứ sáu, để đảm bảo lợi ích quốc gia, pháp luật về kinh doanh dịch vụ viễn thông yêu cầu các doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ viễn thông tuân thủ các biện pháp bảo đảm cạnh tranh đặc thù trong kinh doanh dịch vụ viễn thông.

Ngoài việc cấm doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ viễn thông không được thực hiện các hành vi hạn chế cạnh tranh, cạnh tranh không lành mạnh theo quy định của Luật cạnh tranh, Điều 19 của Luật viễn thông còn yêu cầu doanh nghiệp viễn thông hoặc nhóm doanh nghiệp viễn thông có vị trí thống lĩnh thị trường, doanh nghiệp viễn thông nắm giữ phương tiện thiết yếu không được thực hiện các hành vi sau đây:

1. Bù chéo dịch vụ viễn thông để cạnh tranh không lành mạnh;
2. Sử dụng ưu thế về mạng viễn thông, phương tiện thiết yếu để cản trở việc xâm nhập thị trường, hạn chế, gây khó khăn cho hoạt động cung cấp dịch vụ viễn thông của các doanh nghiệp viễn thông khác;
3. Sử dụng thông tin thu được từ doanh nghiệp viễn thông khác vào mục đích cạnh tranh không lành mạnh;
4. Không cung cấp kịp thời cho doanh nghiệp viễn thông khác thông tin kỹ thuật về phương tiện thiết yếu và thông tin thương mại liên quan cần thiết để cung cấp dịch vụ viễn thông.

Doanh nghiệp viễn thông hoặc nhóm doanh nghiệp viễn thông có vị trí thống lĩnh thị trường, doanh nghiệp viễn thông nắm giữ phương tiện thiết yếu phải thực hiện thống kê, kế toán riêng đối với dịch vụ viễn thông chiếm thị phần không chế để xác định giá thành dịch vụ viễn thông chiếm thị phần không chế.

Từng thời kỳ, Bộ Thông tin và Truyền thông ban hành Danh mục doanh nghiệp viễn thông, nhóm doanh nghiệp viễn thông có vị trí thống lĩnh thị trường đối với các dịch vụ viễn thông quan trọng mà Nhà nước cần quản lý cạnh tranh, Danh mục doanh nghiệp viễn thông nắm giữ phương tiện thiết yếu; quy định và tổ chức thực hiện biện pháp quản lý nhằm thúc đẩy cạnh tranh và bảo đảm cạnh tranh lành mạnh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông.

Các doanh nghiệp viễn thông khi tập trung kinh tế có thị phần kết hợp từ 30% đến 50% trên thị trường dịch vụ liên quan phải thông báo cho cơ quan quản lý chuyên ngành về viễn thông trước khi tiến hành tập trung kinh tế. Việc thực hiện quy định tại khoản 1 Điều 25 của Luật cạnh tranh trong hoạt động viễn thông phải được sự chấp thuận bằng văn bản của Bộ Thông tin và Truyền thông.

Thứ bảy, để đảm bảo các yêu cầu về chuyên môn, pháp luật về kinh doanh dịch vụ viễn thông yêu cầu các doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ viễn thông tuân thủ các yêu cầu về bí mật thông tin, kết nối và chia sẻ cơ sở hạ tầng viễn thông, chuyển nhượng kho số viễn thông và tài nguyên Internet, tiêu chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật, chất lượng và giá cước viễn thông

Trên cơ sở đó, giá cước viễn thông phải được hình thành trên các nguyên tắc:

1. Tôn trọng quyền tự xác định và cạnh tranh về giá cước của doanh nghiệp viễn thông;
2. Bảo đảm hài hoà quyền, lợi ích hợp pháp của người sử dụng dịch vụ viễn thông, doanh nghiệp viễn thông; lợi ích của Nhà nước;
3. Bảo đảm môi trường cạnh tranh lành mạnh và thực hiện hoạt động viễn thông công ích;
4. Thực hiện bình đẳng, không phân biệt trong quản lý và quy định giá cước viễn thông, trừ trường hợp cần khuyến khích doanh nghiệp mới tham gia thị trường.

3.1.1.2. Gia nhập thị trường cung ứng dịch vụ viễn thông

Theo Điều 13 của Luật viễn thông 2009, kinh doanh viễn thông bao gồm kinh doanh hàng hoá viễn thông và kinh doanh dịch vụ viễn thông. Theo đó, kinh doanh hàng hoá viễn thông là hoạt động đầu tư, sản xuất, mua bán, cho thuê phần mềm và vật tư, thiết bị viễn thông nhằm mục đích sinh lợi.. Trong khi đó, kinh doanh dịch vụ viễn

thông là hoạt động đầu tư cơ sở hạ tầng viễn thông công cộng, cung cấp dịch vụ viễn thông nhằm mục đích sinh lợi.

Để kinh doanh hàng hóa viễn thông, các thương nhân đáp ứng các điều kiện nêu trong Luật thương mại 2005 đều có thể trở thành chủ thể tham gia hoạt động kinh doanh hàng hóa viễn thông. Tuy nhiên, do kinh doanh hàng hóa viễn thông là ngành kinh doanh có điều kiện nên chủ thể tham gia hoạt động kinh doanh hàng hóa viễn thông còn phải đáp ứng các điều kiện sau:

Một là, tuân thủ các tiêu chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật viễn thông

Theo đó, các chủ thể này trong quá trình kinh doanh hàng hóa viễn thông phải đảm bảo việc tuân thủ hệ thống tiêu chuẩn viễn thông bao gồm tiêu chuẩn quốc tế, tiêu chuẩn quốc gia và tiêu chuẩn cơ sở đối với thiết bị viễn thông, kết nối viễn thông, công trình viễn thông, chất lượng mạng và dịch vụ viễn thông được công bố, áp dụng tại Việt Nam theo quy định của pháp luật về tiêu chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật và chất lượng sản phẩm, hàng hóa và hệ thống quy chuẩn viễn thông bao gồm quy chuẩn kỹ thuật quốc gia đối với thiết bị viễn thông, kết nối viễn thông, công trình viễn thông, chất lượng mạng và dịch vụ viễn thông được xây dựng, ban hành tại Việt Nam theo quy định của pháp luật về tiêu chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật và chất lượng sản phẩm, hàng hóa⁶.

Hai là, đáp ứng các điều kiện kinh doanh hàng hóa viễn thông chuyên dùng, thiết bị vô tuyến điện

Theo đó, tổ chức, doanh nghiệp sản xuất thiết bị vô tuyến điện để sử dụng tại Việt Nam phải đăng ký và tuân thủ các điều kiện theo quy định của Bộ Thông tin và Truyền thông; việc nhập khẩu hoặc tạm nhập, tái xuất thiết bị vô tuyến điện phải được Bộ Thông tin và Truyền thông cho phép.

Bên cạnh đó, hoạt động khuyến mại hàng hóa viễn thông chuyên dùng bao gồm: (i) Thiết bị có gắn số thuê bao viễn thông; (ii) Thẻ thanh toán dịch vụ viễn thông; (iii) Hàng hóa viễn thông chuyên dùng khác theo quy định của Bộ Thông tin và Truyền thông phải thực hiện quản lý chất lượng viễn thông (Điều 10, Nghị định Nghị định 25/2011/NĐ-CP).

⁶ Điều 51, Luật viễn thông 2009

Khác với kinh doanh hàng hóa viễn thông, như phân trên đã phân tích, trừ cung cấp dịch vụ viễn thông dưới hình thức đại lý dịch vụ viễn thông, việc cung ứng thương nhân chỉ có thể trở thành nhà cung cấp và tham gia thị trường dịch vụ viễn thông khi có Giấy phép kinh doanh dịch vụ viễn thông. Theo đó, việc cấp phép kinh doanh dịch vụ viễn thông có sự phân hóa đối với: (i) thiết lập mạng viễn thông công cộng bao gồm: Mạng viễn thông cố định mặt đất; Mạng viễn thông cố định vệ tinh; Mạng viễn thông di động mặt đất; Mạng viễn thông di động vệ tinh và các mạng viễn thông khác do Bộ Thông tin và Truyền thông quy định; (ii) Dịch vụ viễn thông cơ bản bao gồm: Dịch vụ thoại; Dịch vụ fax; Dịch vụ truyền số liệu; Dịch vụ truyền hình ảnh; Dịch vụ nhắn tin; Dịch vụ hội nghị truyền hình; Dịch vụ kênh thuê riêng; Dịch vụ kết nối Internet; Các dịch vụ viễn thông cơ bản khác theo quy định của Bộ Thông tin và Truyền thông; và (iii) Dịch vụ viễn thông giá trị gia tăng: Dịch vụ thư điện tử; Dịch vụ thư thoại; Dịch vụ fax giá tăng giá trị; Dịch vụ truy nhập Internet; Các dịch vụ viễn thông giá trị gia tăng khác theo quy định của Bộ Thông tin và Truyền thông (Điều 9, 10 Nghị định 25/2011/NĐ-CP).

Theo Điều 35 của Luật viễn thông 2009, việc cấp giấy phép viễn thông được thực hiện theo các nguyên tắc sau:

1. Phù hợp với chiến lược, quy hoạch phát triển viễn thông quốc gia.
2. Ưu tiên cấp giấy phép viễn thông cho dự án có khả năng triển khai nhanh trên thực tế, có cam kết cung cấp dịch vụ lâu dài cho đông đảo người sử dụng dịch vụ viễn thông; dự án cung cấp dịch vụ viễn thông đến vùng sâu, vùng xa, biên giới, hải đảo, vùng có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn.
3. Trường hợp việc cấp giấy phép viễn thông có liên quan đến sử dụng tài nguyên viễn thông thì chỉ được xét cấp nếu việc phân bổ tài nguyên viễn thông là khả thi, theo đúng quy hoạch được phê duyệt và bảo đảm sử dụng hiệu quả tài nguyên viễn thông.
4. Tổ chức được cấp giấy phép viễn thông chịu trách nhiệm trước pháp luật về tính chính xác của hồ sơ đề nghị cấp giấy phép viễn thông, về việc triển khai thực hiện các quy định tại giấy phép và cam kết với cơ quan cấp phép.

5. Tổ chức được cấp giấy phép viễn thông phải nộp phí quyền hoạt động viễn thông và lệ phí cấp giấy phép viễn thông theo quy định của pháp luật về phí và lệ phí.

Trên cơ sở nguyên tắc trên, các doanh nghiệp được Giấy phép cung cấp dịch vụ viễn thông khi có đủ các điều kiện sau đây:

1. Có Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh hoặc Giấy chứng nhận đầu tư kinh doanh dịch vụ viễn thông;

2. Có đủ khả năng tài chính, tổ chức bộ máy và nhân lực phù hợp với quy mô của dự án;

3. Có phương án kỹ thuật, phương án kinh doanh khả thi phù hợp với chiến lược, quy hoạch phát triển viễn thông quốc gia, các quy định về tài nguyên viễn thông, kết nối, giá cước, tiêu chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật, chất lượng mạng và dịch vụ viễn thông;

4. Có biện pháp bảo đảm an toàn cơ sở hạ tầng viễn thông và an ninh thông tin.

5. Vốn pháp định và mức cam kết đầu tư theo quy định của Nghị định 25/2011/NĐ-CP, cụ thể:

- Vốn pháp định và mức cam kết đầu tư để thiết lập mạng viễn thông cố định mặt đất

Doanh nghiệp đề nghị cấp phép thiết lập mạng viễn thông cố định mặt đất không sử dụng băng tần số vô tuyến điện, số thuê bao viễn thông phải đáp ứng điều kiện về vốn pháp định và mức cam kết đầu tư như sau: (i) Thiết lập mạng trong phạm vi một tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương: Vốn pháp định: 5 tỷ đồng Việt Nam; mức cam kết đầu tư: Ít nhất 15 tỷ đồng Việt Nam trong 3 năm đầu tiên kể từ ngày được cấp phép để phát triển mạng viễn thông theo quy định tại giấy phép; (ii) Thiết lập mạng trong phạm vi khu vực (từ 2 đến 30 tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương): Vốn pháp định: 30 tỷ đồng Việt Nam; mức cam kết đầu tư: Ít nhất 100 tỷ đồng Việt Nam trong 3 năm đầu tiên kể từ ngày được cấp phép để phát triển mạng viễn thông theo quy định tại giấy phép; (iii) Thiết lập mạng trong phạm vi toàn quốc (trên 30 tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương): Vốn pháp định: 100 tỷ đồng Việt Nam; mức cam kết đầu tư: Ít nhất

300 tỷ đồng Việt Nam trong 3 năm đầu tiên để phát triển mạng viễn thông theo quy định tại giấy phép⁷.

Doanh nghiệp đề nghị cấp phép thiết lập mạng viễn thông cố định mặt đất có sử dụng băng tần số vô tuyến điện, số thuê bao viễn thông phải đáp ứng điều kiện về vốn pháp định và mức cam kết đầu tư như sau: (i) Thiết lập mạng trong phạm vi khu vực (từ 15 đến 30 tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương): Vốn pháp định: 100 tỷ đồng Việt Nam; mức cam kết đầu tư: Ít nhất 300 tỷ đồng Việt Nam trong 3 năm đầu tiên kể từ ngày được cấp phép để phát triển mạng viễn thông theo quy định tại giấy phép; (ii) Thiết lập mạng trong phạm vi toàn quốc (trên 30 tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương): Vốn pháp định: 300 tỷ đồng Việt Nam; mức cam kết đầu tư: Ít nhất 1.000 tỷ đồng Việt Nam trong 3 năm đầu tiên và ít nhất 3.000 tỷ đồng Việt Nam trong 15 năm để phát triển mạng viễn thông theo quy định tại giấy phép

- Vốn pháp định và mức cam kết đầu tư để thiết lập mạng viễn thông di động mặt đất.

Doanh nghiệp đề nghị cấp phép thiết lập mạng viễn thông di động mặt đất có sử dụng kênh tần số vô tuyến điện phải đáp ứng điều kiện về vốn pháp định và mức cam kết đầu tư như sau: (i) Vốn pháp định: 20 tỷ đồng Việt Nam; (ii) Mức cam kết đầu tư: Ít nhất 60 tỷ đồng Việt Nam trong 3 năm đầu tiên để phát triển mạng viễn thông với quy mô, phạm vi quy định tại giấy phép.

Doanh nghiệp đề nghị cấp phép thiết lập mạng viễn thông di động mặt đất không sử dụng băng tần số vô tuyến điện (mạng viễn thông di động ảo) phải đáp ứng điều kiện về vốn pháp định và mức cam kết đầu tư như sau: (i) Vốn pháp định: 300 tỷ đồng Việt Nam; (ii) Mức cam kết đầu tư: Ít nhất 1.000 tỷ đồng Việt Nam trong 3 năm đầu tiên và ít nhất 3.000 tỷ đồng Việt Nam trong 15 năm để phát triển mạng viễn thông theo quy định tại giấy phép.

Doanh nghiệp đề nghị cấp phép thiết lập mạng viễn thông di động mặt đất có sử dụng băng tần số vô tuyến điện phải đáp ứng điều kiện về vốn pháp định và mức cam kết đầu tư như sau: (i) Vốn pháp định: 500 tỷ đồng Việt Nam; (ii) Mức cam kết đầu tư: Ít nhất 2.500 tỷ đồng Việt Nam trong 3 năm đầu tiên và ít nhất 7.500 tỷ đồng Việt Nam trong 15 năm để phát triển mạng viễn thông theo quy định tại giấy phép.

⁷ Điều 19, Nghị định số 25/2011/NĐ-CP hướng dẫn Luật Viễn thông.

- Vốn pháp định và mức cam kết đầu tư để thiết lập mạng viễn thông cố định vệ tinh và di động vệ tinh

Doanh nghiệp đề nghị cấp phép thiết lập mạng viễn thông cố định vệ tinh và di động vệ tinh phải đáp ứng điều kiện về vốn pháp định và cam kết đầu tư như sau: (i) Vốn pháp định: 30 tỷ đồng Việt Nam; (ii) Mức cam kết đầu tư: Ít nhất 100 tỷ đồng Việt Nam trong 3 năm đầu tiên để phát triển mạng viễn thông với quy mô, phạm vi quy định tại giấy phép.

Phù hợp với các nguyên tắc và điều kiện trên, thủ tục cấp Giấy phép kinh doanh dịch vụ viễn thông được thực hiện như sau:

- Hồ sơ đề nghị cấp Giấy phép thiết lập mạng viễn thông công cộng (có thời hạn không quá 15 năm)

Doanh nghiệp nộp hồ sơ đề nghị cấp giấy phép thiết lập mạng viễn thông phải gửi 5 bộ hồ sơ tới cơ quan quản lý chuyên ngành về viễn thông và phải chịu trách nhiệm về tính chính xác, trung thực của hồ sơ đề nghị cấp phép. Hồ sơ đề nghị cấp phép bao gồm:

(i) Đơn đề nghị cấp giấy phép theo mẫu do Bộ Thông tin và Truyền thông ban hành;

(ii) Bản sao có chứng thực giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh hoặc giấy chứng nhận đầu tư của doanh nghiệp;

(iii) Bản sao có chứng thực điều lệ của doanh nghiệp;

(iv) Xác nhận của cơ quan, tổ chức có thẩm quyền hoặc văn bản hợp pháp chứng minh về vốn pháp định;

(v) Kế hoạch kinh doanh trong 5 năm đầu tiên kể từ ngày được cấp giấy phép bao gồm các nội dung chính sau: Dự báo và phân tích thị trường; phương án kinh doanh; doanh thu; tổng kinh phí đầu tư và phân bổ kinh phí cho từng năm; hình thức đầu tư, phương án huy động vốn; nhân lực;

(vi) Kế hoạch kỹ thuật tương ứng với kế hoạch kinh doanh trong 5 năm đầu tiên kể từ ngày được cấp giấy phép bao gồm các nội dung chính sau: Cấu hình mạng lưới, thiết bị theo từng năm, cả phần chính và phần dự phòng; phân tích năng lực mạng lưới, thiết bị; dung lượng các đường truyền dẫn; tài nguyên viễn thông; công nghệ, tiêu

chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật áp dụng; biện pháp bảo đảm chất lượng dịch vụ và an toàn, an ninh thông tin;

(vii) Văn bản cam kết thực hiện giấy phép theo mẫu do Bộ Thông tin và Truyền thông quy định.

- Hồ sơ đề nghị cấp Giấy phép cung cấp dịch vụ viễn thông (có thời hạn không quá 10 năm)

Doanh nghiệp nộp hồ sơ đề nghị cấp giấy phép cung cấp dịch vụ viễn thông phải gửi 5 bộ hồ sơ tới cơ quan quản lý chuyên ngành về viễn thông và phải chịu trách nhiệm về tính chính xác, trung thực của hồ sơ đề nghị cấp phép. Hồ sơ đề nghị cấp phép bao gồm:

(i) Đơn đề nghị cấp giấy phép theo mẫu do Bộ Thông tin và Truyền thông ban hành;

(ii) Bản sao có chứng thực giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh hoặc giấy chứng nhận đầu tư của doanh nghiệp;

(iii) Bản sao có chứng thực điều lệ của doanh nghiệp;

(iv) Kế hoạch kinh doanh trong 5 năm đầu tiên kể từ ngày được cấp giấy phép bao gồm các nội dung chính sau: Loại hình dịch vụ; phạm vi cung cấp dịch vụ; chất lượng dịch vụ; giá cước dịch vụ; dự báo và phân tích thị trường, doanh thu; tổng kinh phí đầu tư và phân bổ kinh phí cho từng năm; hình thức đầu tư, phương án huy động vốn; nhân lực; biện pháp bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của người sử dụng dịch vụ trong trường hợp doanh nghiệp ngừng kinh doanh dịch vụ;

(v) Kế hoạch kỹ thuật tương ứng với kế hoạch kinh doanh trong 5 năm đầu tiên kể từ ngày được cấp giấy phép bao gồm các nội dung chính sau: Cấu hình mạng viễn thông sẽ sử dụng theo từng năm, cả phần chính và phần dự phòng; phân tích năng lực mạng và thiết bị viễn thông; dung lượng các đường truyền dẫn; tài nguyên viễn thông; công nghệ, tiêu chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật áp dụng; kết nối viễn thông; phương án bảo đảm chất lượng dịch vụ; biện pháp bảo đảm an toàn, an ninh thông tin;

(vi) Dự thảo hợp đồng cung cấp dịch vụ viễn thông mẫu đối với các dịch vụ theo quy định tại Khoản 3 Điều 13 Nghị định 25/2011/NĐ-CP.

- *Thời hạn và quy trình xử lý hồ sơ*

(i) Trong thời hạn 5 ngày làm việc kể từ ngày nhận được hồ sơ, cơ quan quản lý chuyên ngành về viễn thông xem xét và thông báo cho doanh nghiệp biết về tính hợp lệ của hồ sơ;

(ii) Trong thời hạn 45 ngày làm việc, kể từ ngày nhận được hồ sơ hợp lệ, cơ quan quản lý chuyên ngành về viễn thông phối hợp với các cơ quan liên quan thẩm định hồ sơ và cấp phép hoặc trình Bộ trưởng Bộ Thông tin và Truyền thông cấp phép cho doanh nghiệp. Đối với trường hợp quy định tại Khoản 2 Điều 19 và Khoản 3 Điều 20 Nghị định này, doanh nghiệp được cấp giấy phép viễn thông trong thời hạn 5 ngày làm việc kể từ ngày doanh nghiệp hoàn thành nghĩa vụ bảo đảm thực hiện giấy phép theo thông báo của cơ quan quản lý chuyên ngành về viễn thông;

(iii) Trường hợp từ chối cấp phép, cơ quan quản lý chuyên ngành về viễn thông thông báo bằng văn bản nêu rõ lý do từ chối cho doanh nghiệp đề nghị cấp phép biết. (Điều 23, Nghị định 25/2011/NĐ-CP)

- *Thẩm quyền cấp Giấy phép kinh doanh dịch vụ viễn thông*

Theo Điều 18 của Nghị định 25/2011/NĐ-CP, thẩm quyền cấp Giấy phép kinh doanh dịch vụ viễn thông được quy định cụ thể như sau:

“1. Bộ trưởng Bộ Thông tin và Truyền thông cấp:

a) Giấy phép thiết lập mạng viễn thông công cộng có sử dụng băng tần số vô tuyến điện;

b) Giấy phép cung cấp dịch vụ viễn thông trên mạng viễn thông công cộng có sử dụng băng tần số vô tuyến điện;

c) Giấy phép thử nghiệm mạng viễn thông có sử dụng băng tần số vô tuyến điện;

d) Giấy phép thiết lập mạng viễn thông dùng riêng cho các cơ quan đại diện ngoại giao, lãnh sự nước ngoài và cơ quan đại diện của các tổ chức quốc tế tại Việt Nam được hưởng quyền ưu đãi, miễn trừ ngoại giao, lãnh sự;

đ) Giấy phép lắp đặt cáp viễn thông trên biển.

2. Cơ quan quản lý chuyên ngành về viễn thông cấp:

a) Giấy phép thiết lập mạng viễn thông công cộng ngoài trường hợp quy định tại Điểm a Khoản 1 Điều này;

b) Giấy phép cung cấp dịch vụ viễn thông trên mạng viễn thông công cộng ngoài trường hợp quy định tại Điểm b Khoản 1 Điều này;

c) Giấy phép thử nghiệm mạng và dịch vụ viễn thông ngoài trường hợp quy định tại Điểm c Khoản 1 Điều này;

d) Giấy phép thiết lập mạng viễn thông dùng riêng ngoài trường hợp quy định tại Điểm d Khoản 1 Điều này.

3. Bộ Thông tin và Truyền thông hướng dẫn chi tiết các quy định tại Khoản 1 Điều 36 Luật Viễn thông; Điểm b Khoản 2 Điều 36 Luật Viễn thông về vốn pháp định, mức cam kết đầu tư và bảo đảm thực hiện giấy phép đối với việc cấp giấy phép thiết lập mạng viễn thông để cung cấp dịch vụ viễn thông công ích hoặc thực hiện nhiệm vụ viễn thông công ích do Nhà nước giao”.

Khác với nhiều quốc gia trên thế giới, pháp luật về dịch vụ viễn thông ở Việt Nam có quy định về bảo đảm thực hiện giấy phép viễn thông dưới hình thức tiền phạt đối với các vi phạm thực hiện giấy phép.

Theo Điều 22 Nghị định 25/2011/NĐ-CP của Chính phủ hướng dẫn Luật Viễn thông, biện pháp bảo đảm thực hiện giấy phép viễn thông được quy định như sau:

“1. Doanh nghiệp viễn thông không thực hiện đúng các nội dung quy định tại giấy phép viễn thông hoặc cam kết của doanh nghiệp khi đề nghị cấp phép phải nộp tiền phạt vi phạm thực hiện giấy phép như sau:

a) Đối với giấy phép thiết lập mạng viễn thông cố định mặt đất không sử dụng băng tần số vô tuyến điện, số thuê bao viễn thông; giấy phép thiết lập mạng viễn thông di động mặt đất có sử dụng kênh tần số vô tuyến điện; giấy phép thiết lập mạng viễn thông di động mặt đất không sử dụng băng tần số vô tuyến điện; giấy phép thiết lập mạng viễn thông cố định vệ tinh; giấy phép thiết lập mạng viễn thông di động vệ tinh: Mức phạt tối đa không quá 1% mức cam kết đầu tư trong 3 năm đầu tiên kể từ ngày được cấp phép nhưng không thấp hơn 150 triệu đồng Việt Nam;

b) Đối với giấy phép thiết lập mạng viễn thông cố định mặt đất có sử dụng băng tần số vô tuyến điện, số thuê bao viễn thông; giấy phép thiết lập mạng viễn thông di động mặt đất có sử dụng băng tần số vô tuyến điện: Trước khi nhận giấy phép, doanh nghiệp phải gửi số tiền tương ứng 5% mức cam kết đầu tư trong 3 năm đầu tiên kể từ

ngày được cấp phép vào tài khoản do Bộ Thông tin và Truyền thông chỉ định để trích nộp phạt nếu vi phạm. Mức phạt tối đa không quá 5% mức cam kết đầu tư trong 3 năm đầu tiên kể từ ngày được cấp phép nhưng không thấp hơn 3 tỷ đồng Việt Nam.

2. Bộ Thông tin và Truyền thông hướng dẫn cụ thể nội dung và mức phạt vi phạm thực hiện giấy phép viễn thông.”

“Tiền phạt vi phạm thực hiện giấy phép” là một chế tài không có trong tiền lệ lịch sử lập pháp của Việt Nam và không thuộc loại chế tài nào trong Luật xử lý vi phạm hành chính năm 2012. Đáng lưu ý, mặc dù các nhà lập pháp đang quy định loại chế tài này như một chế tài hành chính (*chỉ áp dụng đối với hành vi vi phạm quy định của pháp luật về quản lý nhà nước*) song nó còn được áp dụng cả đối với hành vi vi phạm các cam kết của của doanh nghiệp khi đề nghị cấp phép Giấy phép viễn thông nói chung và Giấy phép kinh doanh dịch vụ viễn thông nói riêng. Chúng tôi cho rằng hành vi vi phạm các cam kết của của doanh nghiệp khi đề nghị cấp phép Giấy phép kinh doanh dịch vụ viễn thông chỉ nên được xem xét để đánh giá hiệu quả thực hiện của Dự án đầu tư kinh doanh dịch vụ viễn thông và là cơ sở để gia hạn Giấy phép kinh doanh dịch vụ viễn thông của nhà đầu tư chứ không thể coi đó là hành vi vi phạm pháp luật hành chính. Bên cạnh đó, mức phạt cho loại vi phạm này cũng không phù hợp với mức phạt tiền được quy định tại Điều 24 của Luật xử lý các vi phạm hành chính 2012.

Hợp đồng liên doanh theo pháp luật Việt Nam có sự tham gia của bên (các bên) của Việt Nam với bên (hoặc các bên) nước ngoài. Nói cách khác, chủ thể tham gia vào hợp đồng liên doanh là những thương nhân đến từ các quốc gia khác nhau và có đầy đủ năng lực theo quy định của pháp luật của quốc gia đó. Và bởi vậy, điều kiện chủ thể hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông cũng được quy định không giống nhau.

3.1.1.3. Điều kiện về chủ thể của Bên (các Bên) Việt Nam

Chủ thể tham gia ký kết hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông phải là các cá nhân, tổ chức có đầy đủ năng lực pháp luật, năng lực hành vi theo pháp luật Việt Nam. Để trở thành chủ thể của hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông, các tổ chức, cá nhân phải là các thương nhân như quy định của pháp luật thương mại và phải thương quyền tương ứng để cung cấp các dịch vụ trên phạm vi vùng lãnh thổ cụ thể.

Riêng đối với chủ thể của hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông là các doanh nghiệp được thành lập theo Luật doanh nghiệp 2014, ngoài các yêu cầu phải có tên riêng, có tài sản, có trụ sở và có Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh (hoặc Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp), thì có một số vấn đề cần lưu ý như sau:

Một là, doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ viễn thông không phải là một loại doanh nghiệp được quy định về hồ sơ, trình tự, thủ tục và điều kiện thành lập, đăng ký kinh doanh; về cơ cấu tổ chức quản lý, thẩm quyền của các cơ quan quản lý nội bộ doanh nghiệp, quyền tự chủ kinh doanh, cơ cấu lại và giải thể doanh nghiệp theo một đạo luật riêng.

Theo Điều 3 của Luật doanh nghiệp 2014 thì : “trường hợp luật chuyên ngành có quy định đặc thù về việc thành lập, tổ chức quản lý, tổ chức lại, giải thể và hoạt động có liên quan của doanh nghiệp thì áp dụng quy định của Luật đó”. Theo đó, doanh nghiệp là chủ thể của hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông phải đăng ký kinh doanh các dịch vụ viễn thông và được ghi nhận trong đăng ký kinh doanh hoặc đăng ký doanh nghiệp;

Hai là, kinh doanh dịch vụ viễn thông là ngành nghề kinh doanh có điều kiện dưới hình thức Giấy phép kinh doanh⁸.

Để trở thành nhà cung cấp dịch vụ viễn thông, về nguyên tắc doanh nghiệp đó phải được cấp Giấy phép kinh doanh dịch vụ viễn thông bao gồm: (i) Giấy phép thiết lập mạng viễn thông công cộng, có thời hạn không quá 15 năm được cấp cho doanh nghiệp cung cấp dịch vụ có hạ tầng mạng; (ii) Giấy phép cung cấp dịch vụ viễn thông, có thời hạn không quá 10 năm được cấp cho doanh nghiệp cung cấp dịch vụ không có hạ tầng mạng (Điều 34, khoản 2, Luật viễn thông 2009). Việc miễn Giấy phép viễn thông chỉ được áp dụng đối với các thương nhân (bao gồm tổ chức, cá nhân) khi cung cấp dịch vụ viễn thông dưới hình thức đại lý dịch vụ viễn thông;

Ba là, việc cấp Giấy phép kinh doanh dịch vụ viễn thông là cấp cho doanh nghiệp liên doanh nên doanh nghiệp là chủ thể của hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông không bắt buộc phải đáp ứng điều kiện là được cấp Giấy phép kinh

⁸ Điều 8, khoản 2, Nghị định 102/2010/NĐ-CP ngày 01 tháng 10 năm 2010 hướng dẫn chi tiết thi hành một số điều của Luật doanh nghiệp; Phụ lục IV của Luật đầu tư 2014.

doanh dịch vụ viễn thông trước khi tham gia ký kết hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông. Bên cạnh đó, như đã trình bày trên, Luật viễn thông 2009 cũng miễn Giấy phép viễn thông đối với các doanh nghiệp cung cấp dịch vụ viễn thông dưới hình thức đại lý dịch vụ viễn thông.

3.1.1.4. Điều kiện về chủ thể của Bên (các Bên) nước ngoài

Chủ thể tham gia ký kết hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông phải là các cá nhân, tổ chức có đầy đủ năng lực pháp luật, năng lực hành vi theo pháp luật mà họ mang quốc tịch. Theo đó, việc xác định năng lực pháp luật, năng lực hành vi của các chủ thể này phải được thực hiện cơ quan có thẩm quyền theo pháp luật họ mang quốc tịch. Trên thực tế, việc nhà đầu tư là cá nhân mang nhiều quốc tịch cũng là một vấn đề pháp lý nan giải trong quá trình thẩm định hồ sơ đầu tư của các cơ quan Nhà nước về quản lý đầu tư ở Việt Nam trong thời gian qua.

Theo Điều 4 của Nghị định 25/2011/NĐ-CP ngày 06 tháng 04 năm 2011 quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật viễn thông (sau đây gọi là Nghị định 25/2011/NĐ-CP) đã khẳng định: *Nhà đầu tư nước ngoài được phép đầu tư kinh doanh dịch vụ viễn thông dưới hình thức đầu tư trực tiếp, đầu tư gián tiếp theo quy định của pháp luật về viễn thông và pháp luật về đầu tư.* Trường hợp đầu tư trực tiếp để cung cấp dịch vụ viễn thông không có hạ tầng mạng, nhà đầu tư nước ngoài được liên doanh, hợp tác kinh doanh trên cơ sở hợp đồng với doanh nghiệp được thành lập tại Việt Nam. Trường hợp đầu tư để cung cấp dịch vụ viễn thông có hạ tầng mạng, nhà đầu tư nước ngoài được phép liên doanh, hợp tác kinh doanh trên cơ sở hợp đồng với doanh nghiệp viễn thông đã được cấp giấy phép thiết lập mạng viễn thông tại Việt Nam.

Do đặc thù của kinh doanh dịch vụ viễn thông là ngành kinh doanh có điều kiện. Ngoài các điều kiện theo ngoài quy định của pháp luật về đầu tư, việc gia nhập thị trường của chủ thể là Bên hoặc các Bên nước ngoài bằng hình thức liên doanh với doanh nghiệp Việt Nam còn phải bảo đảm các điều kiện sau:

Một là, Dự án đầu tư kinh doanh dịch vụ viễn thông của doanh nghiệp liên doanh phải phù hợp với quy hoạch phát triển viễn thông quốc gia, quy hoạch tài nguyên viễn thông; quy hoạch hạ tầng viễn thông thụ động trên địa bàn đầu tư;

Hai là, vốn pháp định và mức cam kết đầu tư doanh nghiệp liên doanh phải đáp ứng các điều kiện quy định tại các Điều 19, 20, 21 Nghị định 25/2011/NĐ-CP;

Ba là, tỷ lệ phần vốn góp của bên nước ngoài trong doanh nghiệp liên doanh phải phù hợp với các quy định của pháp luật Việt Nam, điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên. Theo đó, Việt Nam đã cam kết trong lĩnh vực viễn thông như sau:

- Đối với nhà đầu tư nước ngoài có thể cung cấp các dịch vụ viễn thông có hạ tầng mạng tại Việt Nam, nhà đầu tư có quyền thành lập doanh nghiệp liên doanh với đối tác Việt Nam (*là nhà khai thác dịch vụ Việt Nam đã được cấp phép trong lĩnh vực đó*) với điều kiện vốn góp tối đa của phía nước ngoài không quá 49% vốn pháp định của liên doanh;

- Đối với các dịch vụ viễn thông cơ bản (*dịch vụ thoại, truyền số liệu, thuê kênh riêng,....*), nhà đầu tư nước ngoài chỉ được phép đầu tư để cung cấp dịch vụ ở Việt Nam dưới các hình thức doanh nghiệp liên doanh với đối tác Việt Nam (*là nhà khai thác dịch vụ Việt Nam đã được cấp phép trong lĩnh vực đó*) với điều kiện vốn góp tối đa của phía nước ngoài không quá 49% vốn pháp định của liên doanh;

- Đối với các dịch vụ viễn thông gia tăng giá trị (*thư điện tử, fax, chuyển đổi giao thức,....*), các nhà đầu tư nước ngoài chỉ được phép đầu tư để cung cấp dịch vụ ở Việt Nam dưới các hình thức doanh nghiệp liên doanh với đối tác Việt Nam (*là nhà khai thác dịch vụ Việt Nam đã được cấp phép trong lĩnh vực đó*) với điều kiện tỷ lệ vốn góp nước ngoài trong liên doanh không quá 50%;

- Đối với nhà đầu tư nước ngoài có thể cung cấp các dịch vụ viễn thông không có hạ tầng mạng tại Việt Nam, nhà đầu tư nước ngoài chỉ được phép đầu tư để cung cấp dịch vụ ở Việt Nam dưới các hình thức doanh nghiệp liên doanh với đối tác Việt Nam (*là nhà khai thác dịch vụ Việt Nam đã được cấp phép trong lĩnh vực đó*) với điều kiện đối tác Việt Nam phải là nhà cung cấp đã được cấp phép trong lĩnh vực dịch vụ tương ứng, và tỷ lệ vốn góp tối đa của phía nước ngoài là 51% vốn pháp định của liên doanh (*kể từ 11/1/2010, bên nước ngoài được phép tự do lựa chọn đối tác khi thành lập liên doanh và được phép nâng mức vốn góp lên mức 65% vốn pháp định của liên doanh*);

- Riêng đối với dịch vụ mạng riêng ảo VPN mà một số đối tác lớn có mối quan tâm đặc biệt, được cung cấp trên hạ tầng mạng do Việt Nam kiểm soát, bên nước ngoài được tự do lựa chọn đối tác liên doanh ngay sau khi gia nhập và được phép tham gia vốn tối đa ở mức 70% vốn pháp định của liên doanh;

- Việt Nam cho phép các bên của các hợp đồng hợp tác kinh doanh (BCC) trong lĩnh vực viễn thông trước đây được ký mới thỏa thuận hiện tại hoặc chuyển sang hình thức doanh nghiệp liên doanh với những điều kiện không kém thuận lợi hơn những điều kiện họ đang được hưởng.

Bên cạnh đó, còn có quy định bắt buộc chung đối với cả nhà đầu tư trong nước và nhà đầu tư nước ngoài về tỷ lệ sở hữu đối với các doanh nghiệp viễn thông cùng kinh doanh trong cùng một thị trường dịch vụ viễn thông. Điều 3 của Nghị định 25/2011/NĐ-CP ngày 06 tháng 04 năm 2011 có quy định: “*Một tổ chức, cá nhân đã sở hữu trên 20% vốn điều lệ hoặc cổ phần trong một doanh nghiệp viễn thông thì không được sở hữu trên 20% vốn điều lệ hoặc cổ phần của doanh nghiệp viễn thông khác cùng kinh doanh trong một thị trường dịch vụ viễn thông thuộc Danh mục dịch vụ viễn thông do Bộ Thông tin và Truyền thông quy định*”. Theo đó, doanh nghiệp viễn thông cung cấp dịch vụ viễn thông có trách nhiệm báo cáo cơ quan quản lý chuyên ngành về viễn thông theo quy định của Bộ Thông tin và Truyền thông khi có thay đổi trong danh sách tổ chức, cá nhân sở hữu trên 20% vốn điều lệ hoặc cổ phần của doanh nghiệp.

3.1.2. Nội dung chủ yếu của hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông

Hợp đồng được tạo nên bởi ý chí của các đương sự trên cơ sở tự do ý chí. Do đó về nguyên tắc, pháp luật không ràng buộc hay hạn chế tự do cam kết, thỏa thuận của các bên mà không có lý do xác đáng. Tuy nhiên, hợp đồng được xem là luật của các bên tham gia giao kết mà có thể bị pháp luật áp dụng chế tài đối với sự vi phạm hợp đồng, nên pháp luật cũng đòi hỏi các bên ít nhất phải thỏa thuận về những điểm cốt yếu của hợp đồng. Bởi không phải ai cũng có khả năng thiết lập được một hợp đồng đầy đủ như luật gia, nên đối với các hợp đồng thông thường, các bên chỉ cần thỏa thuận với nhau về

bản chất và mục đích của hợp đồng⁹. Trong trường hợp tranh chấp xảy ra, pháp luật về hợp đồng, với tính cách là luật tư, có nhiệm vụ giải thích cho ý chí của các bên nếu hợp đồng không quy định đầy đủ các điều khoản hay quy định không rõ nghĩa.

Tuy nhiên, hợp đồng liên doanh có bản chất là hợp đồng thành lập công ty có nhiều đặc điểm khác biệt với các loại hợp đồng thông thường như tạo ra một thực thể kinh doanh có khả năng gây ảnh hưởng lớn đến xã hội và người thứ ba. Cụ thể hơn, hợp đồng liên doanh gắn liền với việc thành lập doanh nghiệp liên doanh – một pháp nhân mang quốc tịch Việt Nam. Cơ sở pháp lý cho việc giao kết hợp đồng liên doanh và sự tồn tại và hoạt động của các doanh nghiệp liên doanh (hình thành trên cơ sở Hợp đồng liên doanh ký kết giữa các bên) phải tuân thủ pháp luật của nước CHXHCN Việt Nam. Để bảo vệ trật tự công cộng, đạo đức xã hội và người thứ ba, đồng thời bảo hộ quan hệ hợp đồng liên doanh, nhất là quyền lợi của các bên, và định hướng doanh nghiệp liên doanh phục vụ tốt cho sự phát triển kinh tế, xã hội nên pháp luật Việt Nam quy định hợp đồng này phải thể hiện nhiều điều khoản bắt buộc.

Mặc dù Luật đầu tư 2014 và Nghị định 118/2015/NĐ-CP ngày 12 tháng 11 năm 2015 của Chính phủ (có hiệu lực thi hành kể từ ngày 27 tháng 12 năm 2015) không quy định những nội dung chủ yếu của hợp đồng liên doanh, tuy nhiên căn cứ vào nội dung của Điều 54 Nghị định 108/2006/NĐ-CP năm 2006 (hiện vẫn còn hiệu lực thi hành) hướng dẫn thi hành một số điều trong Luật Đầu tư 2005 thì hợp đồng liên doanh tại Việt Nam phải có nội dung như sau:

- “1. Tên và thông tin liên quan của các bên ký kết hợp đồng;*
- 2. Loại hình doanh nghiệp liên doanh sẽ thành lập;*
- 3. Lĩnh vực, ngành nghề và phạm vi kinh doanh;*
- 4. Vốn điều lệ, phần góp vốn của mỗi bên, phương thức, tiến độ góp vốn điều lệ;*
- 5. Tiến độ thực hiện dự án;*
- 6. Thời hạn hoạt động của dự án;*
- 7. Địa điểm thực hiện dự án;*
- 8. Quyền và nghĩa vụ của các bên liên doanh;*

⁹ Cách tiếp cận này cũng được thể hiện trong Điều 46, khoản 2 của Công ước Viên 1980 về Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế (CISG).

9. Các nguyên tắc quản lý tài chính; phân chia lợi nhuận và xử lý lỗ trong kinh doanh;

10. Thẻ thức sửa đổi và chấm dứt hợp đồng, điều kiện chuyển nhượng, điều kiện chấm dứt hoạt động, giải thể doanh nghiệp;

11. Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng, phương thức giải quyết tranh chấp”¹⁰

Ngoài ra, các bên ký kết có quyền được tự do thỏa thuận thêm những điều khoản phù hợp với ý chí của mình không trái với những quy định của pháp luật.

Tuy nhiên, hoạt động đầu tư trong kinh doanh dịch vụ viễn thông không chỉ tuân thủ theo các quy định của pháp luật về đầu tư mà còn đồng thời phải tuân thủ pháp luật về dịch vụ viễn thông¹¹, nên hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông ngoài việc phải có đầy đủ các nội dung trên còn có một số nội dung đặc thù như sau:

3.1.2.1. Lĩnh vực, ngành nghề và phạm vi kinh doanh

Nội dung thứ ba hợp đồng liên doanh quy định liên quan đến lĩnh vực, ngành nghề và phạm vi kinh doanh của doanh nghiệp liên doanh. Do đặc điểm của doanh nghiệp liên doanh là một doanh nghiệp được tổ chức và thực hiện theo Luật Doanh nghiệp 2014 nhưng đồng thời chịu sự điều chỉnh của Luật Đầu tư 2014 vì vậy lĩnh vực kinh doanh của doanh nghiệp đầu tư phải thỏa mãn cả hai nguồn luật này. Theo quy định của pháp luật Việt Nam về đầu tư, các lĩnh vực đầu tư tại Việt Nam được phân thành lĩnh vực ưu đãi đầu tư, lĩnh vực đầu tư có điều kiện và lĩnh vực cấm đầu tư. Tương tự như vậy, Luật Doanh nghiệp 2014 cũng chia các ngành nghề kinh doanh thuộc các nhóm được tự do kinh doanh, các nhóm ngành nghề có điều kiện và các ngành nghề bị cấm trong sản xuất kinh doanh.

Lĩnh vực đầu tư có điều kiện là những lĩnh vực mà để được phép đầu tư vốn hoạt động trong các ngành nghề liên quan, doanh nghiệp liên doanh phải thỏa mãn được những điều kiện về vốn pháp định cũng như các tiêu chuẩn pháp lý khác. Việc đủ điều kiện kinh doanh được thể hiện thông qua được cấp các loại giấy phép như giấy phép kinh doanh, giấy chứng nhận đủ điều kiện kinh doanh, giấy phép hành nghề theo quy định của pháp luật. Những ngành nghề này thường thuộc các vấn đề nhạy cảm như khai

¹⁰ Điều 54, Nghị định 108/2006/ NĐ –CP ngày 22 tháng 09 năm 2006 quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Đầu tư.

thác và chế biến khoáng sản, xây dựng các cơ sở y tế, xây dựng hệ thống cảng biển, dịch vụ viễn thông... (quy định tại Phụ lục IV của Luật đầu tư 2014). Các ngành nghề này đòi hỏi nhà nước phải có sự quản lý chặt chẽ, tránh tình trạng phát triển tự do có thể gây những hậu quả nghiêm trọng đối với nền kinh tế cũng như sự ổn định, bền vững của đời sống kinh tế xã hội.

Khác với các hợp đồng liên doanh khác, Hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông có mục tiêu thực hiện dự án đầu tư nhằm cung cấp dịch vụ viễn thông.

Theo khoản 7, Điều 3, Luật viễn thông 2009, “*Dịch vụ viễn thông là dịch vụ gửi, truyền, nhận và xử lý thông tin giữa hai hoặc một nhóm người sử dụng dịch vụ viễn thông, bao gồm dịch vụ cơ bản và dịch vụ giá trị gia tăng*”. và kinh doanh dịch vụ viễn thông là hoạt động đầu tư cơ sở hạ tầng viễn thông công cộng, cung cấp dịch vụ viễn thông nhằm mục đích sinh lợi¹².

Để xác định rõ các điều kiện gia nhập thị trường đối với từng loại hình dịch vụ viễn thông, ngày 18 tháng 05 năm 2012, Bộ Thông tin và Truyền Thông đã ban hành Thông tư số 05/2012/TT-BTTTT về phân loại dịch vụ viễn thông. Theo đó các dịch vụ viễn thông được phân loại như sau:

“Điều 1. Dịch vụ viễn thông

1. Theo đặc điểm công nghệ, phương thức truyền dẫn của mạng viễn thông, các dịch vụ viễn thông cơ bản và giá trị gia tăng quy định tại Điều 9 Nghị định số 25/2011/NĐ-CP ngày 06 tháng 4 năm 2011 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Viễn thông được kết hợp với nhau thành các loại hình dịch vụ cụ thể sau đây:

a) Dịch vụ viễn thông cố định bao gồm dịch vụ viễn thông cố định mặt đất, dịch vụ viễn thông cố định vệ tinh;

b) Dịch vụ viễn thông di động bao gồm dịch vụ viễn thông di động mặt đất, dịch vụ viễn thông di động vệ tinh, dịch vụ viễn thông di động hàng hải, dịch vụ viễn thông di động hàng không.

¹¹ Điều 18, Luật viễn thông 2009.

¹² Điều 13, khoản 1, Luật viễn thông 2009.

2. Theo hình thức thanh toán giá cước, các dịch vụ viễn thông quy định tại khoản 1 Điều này được phân thành dịch vụ trả trước và dịch vụ trả sau.

a) Dịch vụ trả trước là dịch vụ mà người sử dụng dịch vụ viễn thông thanh toán giá cước sử dụng dịch vụ trước khi sử dụng dịch vụ theo thỏa thuận giữa hai bên;

b) Dịch vụ trả sau là dịch vụ mà người sử dụng dịch vụ viễn thông thanh toán giá cước sử dụng dịch vụ sau khi sử dụng dịch vụ theo thỏa thuận giữa hai bên.

3. Theo phạm vi liên lạc, các dịch vụ viễn thông quy định tại khoản 1 Điều này được phân thành dịch vụ nội mạng và dịch vụ liên mạng.

a) Dịch vụ nội mạng là dịch vụ gửi, truyền, nhận và xử lý thông tin giữa những người sử dụng dịch vụ của cùng một mạng viễn thông;

b) Dịch vụ liên mạng là dịch vụ gửi, truyền, nhận và xử lý thông tin giữa những người sử dụng dịch vụ của các mạng viễn thông khác nhau. Các mạng viễn thông khác nhau là các mạng viễn thông khác loại của cùng một doanh nghiệp viễn thông hoặc các mạng viễn thông của các doanh nghiệp viễn thông khác nhau.

4. Dịch vụ viễn thông cộng thêm là dịch vụ tăng thêm tính năng, tiện ích cho người sử dụng dịch vụ viễn thông, là một phần không tách rời và được cung cấp cùng với các dịch vụ viễn thông cơ bản và giá trị gia tăng.

5. Các dịch vụ viễn thông khác theo quy định của Bộ Thông tin và Truyền thông.

Điều 4. Dịch vụ viễn thông cố định

1. Dịch vụ viễn thông cố định mặt đất là dịch vụ viễn thông được cung cấp thông qua mạng viễn thông cố định mặt đất. Theo phạm vi liên lạc, dịch vụ viễn thông cố định mặt đất được phân ra thành dịch vụ nội hạt, dịch vụ đường dài trong nước, dịch vụ quốc tế.

a) Dịch vụ nội hạt là dịch vụ gửi, truyền, nhận và xử lý thông tin giữa những người sử dụng dịch vụ viễn thông cố định mặt đất ở trong cùng phạm vi một tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương;

b) Dịch vụ đường dài trong nước là dịch vụ gửi, truyền, nhận và xử lý thông tin giữa những người sử dụng dịch vụ viễn thông cố định mặt đất ở các tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương khác nhau;

c) Dịch vụ quốc tế là dịch vụ gửi, truyền, nhận và xử lý thông tin của người sử dụng dịch vụ viễn thông cố định mặt đất ở Việt Nam đi quốc tế hoặc từ người sử dụng dịch vụ viễn thông ở nước ngoài tới người sử dụng dịch vụ viễn thông cố định mặt đất ở Việt Nam.

2. Dịch vụ viễn thông cố định vệ tinh là dịch vụ viễn thông được cung cấp thông qua mạng viễn thông cố định vệ tinh.

3. Các dịch vụ viễn thông cố định quy định tại các khoản 1, 2 Điều này bao gồm các dịch vụ sau:

a) Dịch vụ viễn thông cơ bản bao gồm: dịch vụ điện thoại (thoại, fax, truyền số liệu trong băng thoại); dịch vụ truyền số liệu; dịch vụ nhắn tin; dịch vụ truyền hình ảnh; dịch vụ hội nghị truyền hình; dịch vụ kênh thuê riêng; dịch vụ kết nối Internet; dịch vụ mạng riêng ảo và các dịch vụ viễn thông cơ bản khác theo quy định của Bộ Thông tin và Truyền thông;

b) Dịch vụ viễn thông giá trị gia tăng bao gồm: dịch vụ thư điện tử; dịch vụ thư thoại; dịch vụ fax giá tăng giá trị; dịch vụ truy nhập Internet, gồm dịch vụ truy nhập Internet băng hẹp có tốc độ tải thông tin xuống thấp hơn 256 kb/s và dịch vụ truy nhập Internet băng rộng có tốc độ tải thông tin xuống từ 256 kb/s trở lên và các dịch vụ viễn thông giá trị gia tăng khác theo quy định của Bộ Thông tin và Truyền thông;

c) Dịch vụ viễn thông cộng thêm bao gồm: dịch vụ hiển thị số chủ gọi; dịch vụ giấu số gọi; dịch vụ bắt số; dịch vụ chờ cuộc gọi; dịch vụ chuyển cuộc gọi; dịch vụ chặn cuộc gọi; dịch vụ quay số tắt và các dịch vụ viễn thông cộng thêm khác theo quy định của Bộ Thông tin và Truyền thông.

Điều 5. Dịch vụ viễn thông di động

1. Dịch vụ viễn thông di động mặt đất là dịch vụ viễn thông được cung cấp thông qua mạng viễn thông di động mặt đất (mạng thông tin di động, mạng trung kế vô tuyến, mạng nhắn tin), bao gồm:

a) Dịch vụ thông tin di động mặt đất;

b) Dịch vụ trung kế vô tuyến;

c) Dịch vụ nhắn tin.

2. Dịch vụ viễn thông di động vệ tinh là dịch vụ viễn thông được cung cấp thông qua mạng viễn thông di động vệ tinh.

3. Dịch vụ viễn thông di động hàng hải là dịch vụ viễn thông được cung cấp thông qua hệ thống đài bờ, đài tàu, đài vô tuyến điện đặt trên phương tiện nghề cá để bảo đảm liên lạc cho người sử dụng dịch vụ trên tàu, thuyền.

4. Dịch vụ viễn thông di động hàng không là dịch vụ viễn thông được cung cấp thông qua hệ thống đài mặt đất, đài máy bay để bảo đảm liên lạc cho người sử dụng dịch vụ trên máy bay.

5. Các dịch vụ viễn thông di động quy định tại các khoản 1, 2, 3 và 4 Điều này bao gồm các dịch vụ sau:

a) Dịch vụ viễn thông cơ bản bao gồm: dịch vụ điện thoại; dịch vụ fax; dịch vụ truyền số liệu; dịch vụ truyền hình ảnh; dịch vụ nhắn tin và các dịch vụ viễn thông cơ bản khác theo quy định của Bộ Thông tin và Truyền thông;

b) Dịch vụ viễn thông giá trị gia tăng bao gồm: dịch vụ thư điện tử; dịch vụ thư thoại; dịch vụ fax giá tăng giá trị; dịch vụ truy nhập Internet, gồm dịch vụ truy nhập Internet băng hẹp có tốc độ tải thông tin xuống thấp hơn 256 kb/s và dịch vụ truy nhập Internet băng rộng có tốc độ tải thông tin xuống từ 256 kb/s trở lên và các dịch vụ viễn thông giá trị gia tăng khác theo quy định của Bộ Thông tin và Truyền thông;

c) Dịch vụ viễn thông cộng thêm bao gồm: dịch vụ hiển thị số chủ gọi; dịch vụ giấu số gọi; dịch vụ bắt số; dịch vụ chờ cuộc gọi; dịch vụ chuyển cuộc gọi; dịch vụ chặn cuộc gọi; dịch vụ quay số tắt và các dịch vụ viễn thông cộng thêm khác theo quy định của Bộ Thông tin và Truyền thông.

Điều 6. Điều chỉnh các dịch vụ viễn thông

Căn cứ vào tình hình phát triển thị trường và chính sách quản lý viễn thông trong từng thời kỳ, Bộ Thông tin và Truyền thông sẽ điều chỉnh các dịch vụ viễn thông cho phù hợp với yêu cầu quản lý”.

Về phạm vi kinh doanh, Hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông nhằm thực hiện các dự án đầu tư về kinh doanh cung cấp dịch vụ viễn thông trên lãnh thổ Việt Nam. Đây là một trong hình thức thực thi cam kết của Việt Nam theo phương thức thứ ba trong cung cấp dịch vụ viễn thông: cung ứng dịch vụ viễn thông

thông qua việc thiết lập các công ty có vốn đầu tư nước ngoài (hiện diện thương mại), gồm cả khả năng sở hữu và khai thác hạ tầng mạng viễn thông độc lập.

3.1.2.2. Vốn điều lệ và mức cam kết cho Dự án đầu tư cung ứng dịch vụ viễn thông

Pháp luật về cung ứng dịch vụ viễn thông có quy định rõ mức vốn điều lệ và cam kết đầu tư có phân hóa cho các dự án đầu tư cung ứng dịch vụ viễn thông: (i) thiết lập mạng viễn thông cố định mặt đất; (ii) vốn pháp định và mức cam kết đầu tư để thiết lập mạng viễn thông di động mặt đất; (iii) Vốn pháp định và mức cam kết đầu tư để thiết lập mạng viễn thông cố định vệ tinh và di động vệ tinh cụ thể như sau:

- Vốn pháp định và mức cam kết đầu tư để thiết lập mạng viễn thông cố định mặt đất

Doanh nghiệp đề nghị cấp phép thiết lập mạng viễn thông cố định mặt đất không sử dụng băng tần số vô tuyến điện, số thuê bao viễn thông phải đáp ứng điều kiện về vốn pháp định và mức cam kết đầu tư như sau: (i) Thiết lập mạng trong phạm vi một tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương: Vốn pháp định: 5 tỷ đồng Việt Nam; mức cam kết đầu tư: Ít nhất 15 tỷ đồng Việt Nam trong 3 năm đầu tiên kể từ ngày được cấp phép để phát triển mạng viễn thông theo quy định tại giấy phép; (ii) Thiết lập mạng trong phạm vi khu vực (từ 2 đến 30 tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương): Vốn pháp định: 30 tỷ đồng Việt Nam; mức cam kết đầu tư: Ít nhất 100 tỷ đồng Việt Nam trong 3 năm đầu tiên kể từ ngày được cấp phép để phát triển mạng viễn thông theo quy định tại giấy phép; (iii) Thiết lập mạng trong phạm vi toàn quốc (trên 30 tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương): Vốn pháp định: 100 tỷ đồng Việt Nam; mức cam kết đầu tư: Ít nhất 300 tỷ đồng Việt Nam trong 3 năm đầu tiên để phát triển mạng viễn thông theo quy định tại giấy phép.

Doanh nghiệp đề nghị cấp phép thiết lập mạng viễn thông cố định mặt đất có sử dụng băng tần số vô tuyến điện, số thuê bao viễn thông phải đáp ứng điều kiện về vốn pháp định và mức cam kết đầu tư như sau: (i) Thiết lập mạng trong phạm vi khu vực (từ 15 đến 30 tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương): Vốn pháp định: 100 tỷ đồng Việt Nam; mức cam kết đầu tư: Ít nhất 300 tỷ đồng Việt Nam trong 3 năm đầu tiên kể từ ngày được cấp phép để phát triển mạng viễn thông theo quy định tại giấy phép; (ii)

Thiết lập mạng trong phạm vi toàn quốc (trên 30 tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương): Vốn pháp định: 300 tỷ đồng Việt Nam; mức cam kết đầu tư: Ít nhất 1.000 tỷ đồng Việt Nam trong 3 năm đầu tiên và ít nhất 3.000 tỷ đồng Việt Nam trong 15 năm để phát triển mạng viễn thông theo quy định tại giấy phép

- Vốn pháp định và mức cam kết đầu tư để thiết lập mạng viễn thông di động mặt đất

Doanh nghiệp đề nghị cấp phép thiết lập mạng viễn thông di động mặt đất có sử dụng kênh tần số vô tuyến điện phải đáp ứng điều kiện về vốn pháp định và mức cam kết đầu tư như sau: (i) Vốn pháp định: 20 tỷ đồng Việt Nam; (ii) Mức cam kết đầu tư: Ít nhất 60 tỷ đồng Việt Nam trong 3 năm đầu tiên để phát triển mạng viễn thông với quy mô, phạm vi quy định tại giấy phép.

Doanh nghiệp đề nghị cấp phép thiết lập mạng viễn thông di động mặt đất không sử dụng băng tần số vô tuyến điện (mạng viễn thông di động ảo) phải đáp ứng điều kiện về vốn pháp định và mức cam kết đầu tư như sau: (i) Vốn pháp định: 300 tỷ đồng Việt Nam; (ii) Mức cam kết đầu tư: Ít nhất 1.000 tỷ đồng Việt Nam trong 3 năm đầu tiên và ít nhất 3.000 tỷ đồng Việt Nam trong 15 năm để phát triển mạng viễn thông theo quy định tại giấy phép.

Doanh nghiệp đề nghị cấp phép thiết lập mạng viễn thông di động mặt đất có sử dụng băng tần số vô tuyến điện phải đáp ứng điều kiện về vốn pháp định và mức cam kết đầu tư như sau: (i) Vốn pháp định: 500 tỷ đồng Việt Nam; (ii) Mức cam kết đầu tư: Ít nhất 2.500 tỷ đồng Việt Nam trong 3 năm đầu tiên và ít nhất 7.500 tỷ đồng Việt Nam trong 15 năm để phát triển mạng viễn thông theo quy định tại giấy phép.

- Vốn pháp định và mức cam kết đầu tư để thiết lập mạng viễn thông cố định vệ tinh và di động vệ tinh

Doanh nghiệp đề nghị cấp phép thiết lập mạng viễn thông cố định vệ tinh và di động vệ tinh phải đáp ứng điều kiện về vốn pháp định và cam kết đầu tư như sau: (i) Vốn pháp định: 30 tỷ đồng Việt Nam; (ii) Mức cam kết đầu tư: Ít nhất 100 tỷ đồng Việt Nam trong 3 năm đầu tiên để phát triển mạng viễn thông với quy mô, phạm vi quy định tại giấy phép.

Có thể dễ dàng nhận thấy, các điều kiện về tài chính cho Dự án đầu tư cung ứng dịch vụ viễn thông trong Hợp đồng liên doanh bao gồm: vốn điều lệ và mức cam kết

đầu tư. Tuy nhiên, hoàn toàn không rõ ràng về giá trị pháp lý của “*mức cam kết đầu tư*” với tính cách là điều kiện để gia nhập thị trường. Theo khoản 7, Điều 4 của Luật doanh nghiệp 2005 thì “*Vốn pháp định là mức vốn tối thiểu phải có theo quy định của pháp luật để thành lập doanh nghiệp*”. Theo cách quy định trên thì bản chất của “*mức cam kết đầu tư*” chính là tổng vốn đầu tư bắt buộc tối thiểu cho dự án đầu tư và do đó nó thuộc phạm trù của “*vốn pháp định*”. Điều này được khẳng định rõ hơn khi nghiên cứu về chế định “*Tiền phạt vi phạm thực hiện giấy phép*”.

“*Tiền phạt vi phạm thực hiện giấy phép*” là một chế tài không có trong tiền lệ lịch sử lập pháp của Việt Nam và không thuộc loại chế tài nào trong Luật xử lý vi phạm hành chính năm 2012. Đáng lưu ý, mặc dù các nhà lập pháp đang quy định loại chế tài này như một chế tài hành chính (*chỉ áp dụng đối với hành vi vi phạm quy định của pháp luật về quản lý nhà nước*) song nó còn được áp dụng cả đối với hành vi vi phạm các cam kết của của doanh nghiệp khi đề nghị cấp phép Giấy phép viễn thông nói chung và Giấy phép kinh doanh dịch vụ viễn thông nói riêng. Chúng tôi cho rằng hành vi vi phạm các cam kết của của doanh nghiệp khi đề nghị cấp phép Giấy phép kinh doanh dịch vụ viễn thông chỉ nên được xem xét để đánh giá hiệu quả thực hiện của Dự án đầu tư kinh doanh dịch vụ viễn thông và là cơ sở để gia hạn Giấy phép kinh doanh dịch vụ viễn thông của nhà đầu tư chứ không thể coi đó là hành vi vi phạm pháp luật hành chính. Bên cạnh đó, mức phạt cho loại vi phạm này cũng không phù hợp với mức phạt tiền được quy định tại Điều 24 của Luật xử lý các vi phạm hành chính 2012.

3.1.2.3. Tỷ lệ góp vốn, chuyển nhượng vốn đầu tư, tiến độ và thời hạn thực hiện Dự án

Tỷ lệ góp vốn của Bên (các Bên) nước ngoài

Tỷ lệ góp vốn của Bên (các Bên) nước ngoài trong Hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông đã được đề cập ở mục 1.1.2.

Nội dung về phương thức góp vốn và tiến độ góp vốn cũng phải được đề cập đến khi đàm phán ký kết hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông. Tuy nhiên, pháp luật nước ta không quy định cụ thể cách thức triển khai thực hiện việc góp vốn mà do các bên thỏa thuận tùy theo đặc điểm của từng dự án. Chính vì thế đã tạo ra sự đa dạng trong cách thức góp vốn của từng dự án khác nhau. Tiến độ góp vốn cũng là một

yếu tố quan trọng của các dự án và có vai trò tích cực trong việc thể hiện thiện chí của các bên tham gia thỏa thuận. Chính vì thế, trong nhiều dự án tiến độ góp vốn được các bên tham gia thỏa thuận là điều kiện tiên quyết cho việc triển khai dự án liên doanh. So với Luật Đầu tư nước ngoài 1996, sửa đổi vào năm 2000, Luật Đầu tư 2005, Luật đầu tư 2014 có thể nói đã quy định khá cởi mở trong vấn đề tiến độ góp vốn. Các nhà đầu tư có thể thỏa thuận góp một lần khi thành lập doanh nghiệp hoặc góp từng phần theo phương thức và tiến độ góp vốn quy định tại hợp đồng liên doanh. Trường hợp các bên tham gia liên doanh không góp vốn theo đúng thời hạn đã cam kết thì cơ quan cấp giấy phép có quyền tước giấy phép đầu tư. Đồng thời trong quá trình hoạt động kinh doanh, có những khi doanh nghiệp liên doanh phải thay đổi về mục tiêu quy mô dự án, đối tác, phương thức góp vốn khác với quy định ban đầu trong hợp đồng liên doanh. Trong trường hợp đó, việc cơ cấu lại vốn của doanh nghiệp phải do hội đồng quản trị hoặc hội đồng thành viên ký duyệt và do cơ quan cấp giấy phép đầu tư phê chuẩn.

Tuy nhiên, trong thực tiễn thực thi, đây cũng là một quy định gây ra nhiều tranh cãi vì trong không ít trường hợp khi doanh nghiệp đã bị giải thể và thu hồi giấy phép đầu tư thì việc góp vốn vẫn chưa được hoàn thành.

Điều kiện chuyển nhượng vốn đầu tư

Trong hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông yêu cầu phải quy định rõ những nội dung liên quan đến các điều kiện chuyển nhượng vốn. Trên thực tế, có rất nhiều các trường hợp doanh nghiệp liên doanh đang hoạt động thì có sự thay đổi về nhà đầu tư, hoặc các nhà đầu tư chuyển nhượng vốn trong nội bộ. Có nhiều trường hợp sau một thời gian hoạt động thì các nhà đầu tư rút vốn khỏi công ty và doanh nghiệp trở thành doanh nghiệp 100% vốn trong nước, cũng có không ít các trường hợp nhà đầu tư nước ngoài mua lại toàn bộ phần vốn góp của bên Việt Nam và chuyển đổi công ty thành hình thức 100% vốn nước ngoài. Trong những trường hợp như vậy, cần phải áp dụng các quy định liên quan đến điều kiện chuyển nhượng vốn đầu tư đã được quy định tại hợp đồng liên doanh cũng như trong điều lệ doanh nghiệp.

Trong điều khoản này, các nhà đầu tư cần thống nhất nêu rõ các trường hợp, điều kiện chuyển nhượng vốn bên trong cũng như bên ngoài cũng như các thủ tục pháp lý cần thiết. Thông thường điều này phụ thuộc vào ý chí của các bên tham gia đàm phán,

ký kết nhưng cần được sự phê duyệt của Đại hội đồng cổ đông, Hội đồng quản trị, Hội đồng thành viên và phải được cơ quan cấp giấy phép đầu tư, giấy chứng nhận đăng kinh doanh chấp thuận vì có liên quan tới chuyển đổi hình thức doanh nghiệp.

Tuy nhiên, có một thực tế là trong số các dự án liên doanh chuyển quyền sở hữu vốn giữa các bên tham gia hoặc giữa các bên tham gia cho chủ mới có đến 85% dự án đã chuyển từ liên doanh thành doanh nghiệp 100% vốn nước ngoài và chỉ có khoảng 15% dự án chuyển từ liên doanh thành 100% vốn Việt Nam. Điều này cho thấy vị thế của Việt Nam trong việc tham gia vào liên doanh đang giảm đi một cách đáng kể và đây cũng là tín hiệu về khả năng phát triển bền vững của hoạt động và mục đích sử dụng đối với đầu tư trực tiếp nước ngoài. Mặt khác, cũng không thể phủ nhận việc quy định của hợp đồng liên doanh tuy đã có nhiều đổi mới nhưng vẫn còn những hạn chế nhất định khiến hoạt động của liên doanh chưa thực sự hiệu quả.

Tiến độ và thời gian thực hiện dự án

Hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông cũng yêu cầu các bên quy định rõ về tiến độ thực hiện dự án. Việc quy định này là cần thiết để cơ quan cấp giấy phép đầu tư có thể thẩm định và đánh giá đúng về hiệu quả của dự án đầu tư.

Luật Đầu tư 2014 và Luật doanh nghiệp 2014 không quy định cụ thể về thời hạn tối đa của doanh nghiệp liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông đảm bảo cho việc các bên tham gia liên doanh được tự do thỏa thuận theo ý chí của các bên. Tuy nhiên, do đây là ngành kinh doanh có điều kiện nên pháp luật có quy định thời hạn đối với Giấy phép kinh doanh dịch vụ viễn thông. Theo đó, Giấy phép kinh doanh dịch vụ viễn thông bao gồm: (i) Giấy phép thiết lập mạng viễn thông công cộng, có thời hạn không quá 15 năm được cấp cho doanh nghiệp cung cấp dịch vụ có hạ tầng mạng; (ii) Giấy phép cung cấp dịch vụ viễn thông, có thời hạn không quá 10 năm được cấp cho doanh nghiệp cung cấp dịch vụ không có hạ tầng mạng (Điều 34, khoản 2, Luật viễn thông 2009). Việc miễn Giấy phép viễn thông chỉ được áp dụng đối với các thương nhân (bao gồm tổ chức, cá nhân) khi cung cấp dịch vụ viễn thông dưới hình thức đại lý dịch vụ viễn thông

Trên thực tế, việc thực hiện dự án theo đúng tiến độ luôn là một khó khăn của các dự án đầu tư nước ngoài nói chung và các dự án đầu tư nước ngoài về cung ứng

dịch vụ viễn thông nói riêng tại Việt Nam. Nguyên nhân của vấn đề trên xuất phát từ nhiều khía cạnh nhưng chủ yếu đến từ các quy định của chính pháp luật Việt Nam tạo ra nhiều khe hở, đồng thời cùng với năng lực quản lý đôi khi còn yếu kém chính là các nhân tố chính khiến ít khi các dự án đầu tư ở Việt Nam được thực hiện đúng tiến độ. Lấy ví dụ, việc giải tỏa thu hồi đất để lấy mặt bằng thực hiện dự án đôi khi mất thời gian hơn cả thời gian để thực hiện dự án. Có không ít các dự án đầu tư nói chung và đầu tư theo hình thức liên doanh nói riêng bị thất bại vì không thể thực hiện giải phóng mặt bằng. Mặc dù quy định về tiến độ thực hiện dự án còn ít nhiều mang tính hình thức, đây vẫn là một nội dung quan trọng buộc phải có trong hợp đồng liên doanh để cơ quan cấp giấy phép có cơ sở để ra quyết định cấp giấy phép.

Thời hạn hoạt động của doanh nghiệp liên doanh cũng là một điều khoản buộc phải có khi ký kết hợp đồng liên doanh. Thời hạn này thường được quy định theo năm và phụ thuộc vào hiệu quả hoạt động của doanh nghiệp khi chính thức đi vào hoạt động. Trên thực tế, doanh nghiệp có thể thay đổi thời hạn này miễn sao sự thay đổi đó phải được hội đồng quản trị hay hội đồng thành viên phê duyệt và đồng thời phải được cơ quan cấp giấy phép chuẩn y. Quy định về thời hạn hoạt động của doanh nghiệp liên doanh còn được quy định trong điều lệ doanh nghiệp và là một trong những yếu tố để đánh giá hiệu quả hoạt động của doanh nghiệp.

3.1.2.4 Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng, phương thức giải quyết tranh chấp

Điều khoản về trách nhiệm do vi phạm hợp đồng và phương thức giải quyết tranh chấp là một trong những điều khoản chủ yếu được quy định tại Luật Đầu tư 2005. Như đã phân tích trên, hợp đồng liên doanh, với tính chất là một hợp đồng có tính chất tổ chức thì điều khoản này càng là một nội dung bắt buộc phải quy định.

So với Luật đầu tư nước ngoài 1996, việc Luật đầu tư 2014 quy định về cơ quan giải quyết tranh chấp là một bước lớn thể hiện những quy định pháp lý của Việt Nam phần nào đã theo kịp thế giới và thể hiện sự quyết tâm “mở cửa” thu hút các nguồn đầu tư. Theo quy định của Điều 14, Luật đầu tư 2014 về giải quyết tranh chấp giữa các chủ đầu tư đến từ các quốc gia khác nhau như sau:

“1. Tranh chấp liên quan đến hoạt động đầu tư kinh doanh tại Việt Nam được giải quyết thông qua thương lượng, hoà giải. Trường hợp không thương lượng, hòa giải

được thì tranh chấp được giải quyết tại Trọng tài hoặc Tòa án theo quy định tại các khoản 2, 3 và 4 Điều này

2. Tranh chấp giữa các nhà đầu tư trong nước, tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài hoặc giữa nhà đầu tư trong nước, tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài với cơ quan nhà nước có thẩm quyền liên quan đến hoạt động đầu tư kinh doanh trên lãnh thổ Việt Nam được giải quyết thông qua Trọng tài Việt Nam hoặc Tòa án Việt Nam, trừ trường hợp quy định tại khoản 3 Điều này.

3. Tranh chấp giữa các nhà đầu tư trong đó có ít nhất một bên là nhà đầu tư nước ngoài hoặc tổ chức kinh tế quy định tại khoản 1 Điều 23 của Luật này được giải quyết thông qua một trong những cơ quan, tổ chức sau đây:

a) Tòa án Việt Nam;

b) Trọng tài Việt Nam;

c) Trọng tài nước ngoài;

d) Trọng tài quốc tế;

đ) Trọng tài do các bên tranh chấp thỏa thuận thành lập.

4. Tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài với cơ quan nhà nước có thẩm quyền liên quan đến hoạt động đầu tư kinh doanh trên lãnh thổ Việt Nam được giải quyết thông qua Trọng tài Việt Nam hoặc Tòa án Việt Nam, trừ trường hợp có thỏa thuận khác theo hợp đồng hoặc điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên có quy định khác”.

Về nguyên tắc, các bên tham gia đàm phán ký kết hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông được phép tự do lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp cũng như các cơ quan giải quyết tranh chấp cho mình. Việc quy định như vậy giúp các bên được đảm bảo về quyền lợi trong những trường hợp xảy ra tranh chấp, và đảm bảo trong trường hợp xảy ra tranh chấp sẽ được giải quyết thỏa đáng. Có thể nói những quy định về giải quyết tranh chấp quốc tế của Việt Nam đã phần nào phù hợp với quy định chung của thế giới khi có quy định đầy đủ các phương pháp từ có tính chất tài phán đến không mang tính chất tài phán như: thương lượng, hòa giải, trọng tài hoặc Tòa án tùy theo quy định. Các bên có thể tự do lựa chọn một hay nhiều phương thức giải quyết phù hợp với ý chí của mình. Về cơ quan giải quyết tranh chấp, chúng ta cũng có cả Trọng

tài và Tòa án đồng thời cũng cho phép các bên lựa chọn các cơ quan quốc tế nếu như có quy định trong hợp đồng liên doanh từ trước.

Tuy nhiên, điều đáng lưu ý là, so với các hợp đồng liên doanh khác, hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông còn được thực hiện trên cơ sở các Hiệp định hợp tác về dịch vụ viễn thông giữa Chính phủ Việt Nam và Chính phủ nước ngoài và theo đó việc giải quyết tranh chấp giữa Bên (các Bên) Việt Nam và Bên (các Bên) nước ngoài sẽ được thực hiện trên cơ sở Hiệp định kể trên.

3.1.2.5 Điều khoản đặc thù

Để đảm bảo tính khả thi, các hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông đều phải có các quy định về kết nối trên cơ sở các cam kết của Việt Nam về: (i) Các điều kiện để Đảm bảo Kết nối; (ii) Các thủ tục về Đàm phán kết nối; (iii) Thỏa thuận Kết nối mẫu; (iv) Thủ tục giải quyết Tranh chấp kết nối.

Theo đó, hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông đều phải ghi nhận doanh nghiệp liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông có quyền kết nối mạng viễn thông của mình với mạng hoặc dịch vụ viễn thông của doanh nghiệp viễn thông khác, có nghĩa vụ cho doanh nghiệp viễn thông khác kết nối với mạng hoặc dịch vụ viễn thông của mình theo các nguyên tắc:

- Thông qua thương lượng trên cơ sở bảo đảm công bằng, hợp lý, phù hợp với quyền, lợi ích của các bên tham gia;
- Sử dụng hiệu quả tài nguyên viễn thông và cơ sở hạ tầng viễn thông;
- Bảo đảm yêu cầu kỹ thuật về kết nối viễn thông và an toàn, thống nhất của các mạng viễn thông;
- Bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp của người sử dụng dịch vụ viễn thông và tổ chức, cá nhân có liên quan (Điều 42, Luật viễn thông 2009).

Trên cơ sở quy định của Điều 43, Luật viễn thông 2009, hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông đều phải quy định rõ nghĩa vụ kết nối của các doanh nghiệp liên doanh như sau, cụ thể:

Doanh nghiệp liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông có hạ tầng mạng có nghĩa vụ:

- Cung cấp kết nối tại bất kỳ điểm nào khả thi về mặt kỹ thuật trên mạng viễn thông;

- Bảo đảm kết nối kịp thời, hợp lý, công khai, minh bạch;

- Không phân biệt đối xử về giá cước, tiêu chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật viễn thông, chất lượng mạng và dịch vụ viễn thông;

Doanh nghiệp liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông nắm giữ phương tiện thiết yếu khi kết nối mạng viễn thông công cộng có trách nhiệm:

- Tạo điều kiện thuận lợi cho việc đàm phán và thực hiện kết nối của doanh nghiệp viễn thông khác;

- Xây dựng, đăng ký với cơ quan quản lý chuyên ngành về viễn thông và công bố công khai bản thoả thuận kết nối mẫu;

- Thực hiện các nghĩa vụ của doanh nghiệp liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông có hạ tầng mạng

Bên cạnh đó, các Bên trong liên doanh có thể có thoả thuận về kết nối mạng dùng riêng và chỉ sẽ cơ sở hạ tầng viễn thông theo Điều 44 và 45 của Luật viễn thông 2009.

3.1.3. Hiệu lực của hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông và điều kiện cung ứng dịch vụ viễn thông của doanh nghiệp liên doanh

Theo Luật đầu tư 2014 và Luật doanh nghiệp 2014, doanh nghiệp thực hiện đầu tư theo hình thức liên doanh có tư cách pháp nhân theo pháp luật Việt Nam, được thành lập và hoạt động kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đầu tư và Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp.

Tuy nhiên, để cung ứng dịch vụ viễn thông, doanh nghiệp phải xin cấp giấy phép kinh doanh dịch vụ viễn thông theo khoản 3, khoản 4 của Điều 18, Luật viễn thông 2009 và Thông tư số 12/2013/TT-BTTTT ngày 13 tháng 05 năm 2013 của Bộ Thông tin và Truyền thông hướng dẫn cấp phép kinh doanh dịch vụ viễn thông cụ thể như sau:

Cung ứng dịch vụ viễn thông của doanh nghiệp cung cấp dịch vụ viễn thông không có hạ tầng mạng

Để kinh doanh dịch vụ viễn thông, doanh nghiệp cung cấp dịch vụ viễn thông không có hạ tầng mạng phải có giấy phép cung cấp dịch vụ viễn thông theo loại hình dịch vụ viễn thông được quy định tại Thông tư số 05/2012/TT-BTTTT ngày 18 tháng 5

năm 2012 của Bộ trưởng Bộ Thông tin và Truyền thông về phân loại các dịch vụ viễn thông.

Hồ sơ đề nghị cấp Giấy phép cung cấp dịch vụ viễn thông (có thời hạn không quá 10 năm)

Doanh nghiệp nộp hồ sơ đề nghị cấp giấy phép cung cấp dịch vụ viễn thông phải gửi 5 bộ hồ sơ tới cơ quan quản lý chuyên ngành về viễn thông và phải chịu trách nhiệm về tính chính xác, trung thực của hồ sơ đề nghị cấp phép. Hồ sơ đề nghị cấp phép bao gồm:

(i) Đơn đề nghị cấp giấy phép theo mẫu do Bộ Thông tin và Truyền thông ban hành;

(ii) Bản sao có chứng thực giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh hoặc giấy chứng nhận đầu tư của doanh nghiệp;

(iii) Bản sao có chứng thực điều lệ của doanh nghiệp;

(iv) Kế hoạch kinh doanh trong 5 năm đầu tiên kể từ ngày được cấp giấy phép bao gồm các nội dung chính sau: Loại hình dịch vụ; phạm vi cung cấp dịch vụ; chất lượng dịch vụ; giá cước dịch vụ; dự báo và phân tích thị trường, doanh thu; tổng kinh phí đầu tư và phân bổ kinh phí cho từng năm; hình thức đầu tư, phương án huy động vốn; nhân lực; biện pháp bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của người sử dụng dịch vụ trong trường hợp doanh nghiệp ngừng kinh doanh dịch vụ;

(v) Kế hoạch kỹ thuật tương ứng với kế hoạch kinh doanh trong 5 năm đầu tiên kể từ ngày được cấp giấy phép bao gồm các nội dung chính sau: Cấu hình mạng viễn thông sẽ sử dụng theo từng năm, cả phần chính và phần dự phòng; phân tích năng lực mạng và thiết bị viễn thông; dung lượng các đường truyền dẫn; tài nguyên viễn thông; công nghệ, tiêu chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật áp dụng; kết nối viễn thông; phương án bảo đảm chất lượng dịch vụ; biện pháp bảo đảm an toàn, an ninh thông tin;

(vi) Dự thảo hợp đồng cung cấp dịch vụ viễn thông mẫu đối với các dịch vụ theo quy định tại Khoản 3 Điều 13 Nghị định 25/2011/NĐ-CP

Cung ứng dịch vụ viễn thông của doanh nghiệp cung cấp dịch vụ viễn thông có hạ tầng mạng

Để kinh doanh dịch vụ viễn thông, doanh nghiệp cung cấp dịch vụ viễn thông có hạ tầng mạng phải có giấy phép thiết lập mạng viễn thông công cộng quy định tại các Điều 19, 20, 21 Nghị định số 25/2011/NĐ-CP ngày 06 tháng 4 năm 2011 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Viễn thông (sau đây viết tắt là Nghị định số 25/2011/NĐ-CP) và giấy phép cung cấp dịch vụ viễn thông theo loại hình dịch vụ viễn thông được quy định tại Thông tư số 05/2012/TT-BTTTT ngày 18 tháng 5 năm 2012 của Bộ trưởng Bộ Thông tin và Truyền thông về phân loại các dịch vụ viễn thông.

Hồ sơ đề nghị cấp Giấy phép thiết lập mạng viễn thông công cộng (có thời hạn không quá 15 năm)

Doanh nghiệp nộp hồ sơ đề nghị cấp giấy phép thiết lập mạng viễn thông phải gửi 5 bộ hồ sơ tới cơ quan quản lý chuyên ngành về viễn thông và phải chịu trách nhiệm về tính chính xác, trung thực của hồ sơ đề nghị cấp phép. Hồ sơ đề nghị cấp phép bao gồm:

(i) Đơn đề nghị cấp giấy phép theo mẫu do Bộ Thông tin và Truyền thông ban hành;

(ii) Bản sao có chứng thực giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh hoặc giấy chứng nhận đầu tư của doanh nghiệp;

(iii) Bản sao có chứng thực điều lệ của doanh nghiệp;

(iv) Xác nhận của cơ quan, tổ chức có thẩm quyền hoặc văn bản hợp pháp chứng minh về vốn pháp định;

(v) Kế hoạch kinh doanh trong 5 năm đầu tiên kể từ ngày được cấp giấy phép bao gồm các nội dung chính sau: Dự báo và phân tích thị trường; phương án kinh doanh; doanh thu; tổng kinh phí đầu tư và phân bổ kinh phí cho từng năm; hình thức đầu tư, phương án huy động vốn; nhân lực;

(vi) Kế hoạch kỹ thuật tương ứng với kế hoạch kinh doanh trong 5 năm đầu tiên kể từ ngày được cấp giấy phép bao gồm các nội dung chính sau: Cấu hình mạng lưới, thiết bị theo từng năm, cả phần chính và phần dự phòng; phân tích năng lực mạng lưới, thiết bị; dung lượng các đường truyền dẫn; tài nguyên viễn thông; công nghệ, tiêu

chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật áp dụng; biện pháp bảo đảm chất lượng dịch vụ và an toàn, an ninh thông tin;

(vii) Văn bản cam kết thực hiện giấy phép theo mẫu do Bộ Thông tin và Truyền thông quy định.

Thời hạn và quy trình xử lý hồ sơ xin Giấy phép kinh doanh dịch vụ viễn thông

- Trong thời hạn 5 ngày làm việc kể từ ngày nhận được hồ sơ, cơ quan quản lý chuyên ngành về viễn thông xem xét và thông báo cho doanh nghiệp biết về tính hợp lệ của hồ sơ;

- Trong thời hạn 45 ngày làm việc, kể từ ngày nhận được hồ sơ hợp lệ, cơ quan quản lý chuyên ngành về viễn thông phối hợp với các cơ quan liên quan thẩm định hồ sơ và cấp phép hoặc trình Bộ trưởng Bộ Thông tin và Truyền thông cấp phép cho doanh nghiệp. Đối với trường hợp quy định tại Khoản 2 Điều 19 và Khoản 3 Điều 20 Nghị định số 25/2011/NĐ-CP, doanh nghiệp được cấp giấy phép viễn thông trong thời hạn 5 ngày làm việc kể từ ngày doanh nghiệp hoàn thành nghĩa vụ bảo đảm thực hiện giấy phép theo thông báo của cơ quan quản lý chuyên ngành về viễn thông;

- Trường hợp từ chối cấp phép, cơ quan quản lý chuyên ngành về viễn thông thông báo bằng văn bản nêu rõ lý do từ chối cho doanh nghiệp đề nghị cấp phép biết. (Điều 23, Nghị định 25/2011/NĐ-CP)

Thẩm quyền cấp Giấy phép kinh doanh dịch vụ viễn thông

Theo Điều 18 của Nghị định 25/2011/NĐ-CP và Điều 5 của Thông tư số 12/2013/TT-BTTTT, thẩm quyền cấp Giấy phép kinh doanh dịch vụ viễn thông được quy định cụ thể như sau:

“Bộ trưởng Bộ Thông tin và Truyền thông cấp:

a) Giấy phép thiết lập mạng viễn thông công cộng có sử dụng băng tần số vô tuyến điện;

b) Giấy phép cung cấp dịch vụ viễn thông trên mạng viễn thông công cộng có sử dụng băng tần số vô tuyến điện;

c) Giấy phép thử nghiệm mạng viễn thông có sử dụng băng tần số vô tuyến điện;

d) Giấy phép thiết lập mạng viễn thông dùng riêng cho các cơ quan đại diện ngoại giao, lãnh sự nước ngoài và cơ quan đại diện của các tổ chức quốc tế tại Việt Nam được hưởng quyền ưu đãi, miễn trừ ngoại giao, lãnh sự;

đ) Giấy phép lắp đặt cáp viễn thông trên biển.

2. Cơ quan quản lý chuyên ngành về viễn thông cấp (Cục Viễn Thông):

a) Giấy phép thiết lập mạng viễn thông công cộng ngoài trường hợp quy định tại Điểm a Khoản 1 Điều này;

b) Giấy phép cung cấp dịch vụ viễn thông trên mạng viễn thông công cộng ngoài trường hợp quy định tại Điểm b Khoản 1 Điều này;

c) Giấy phép thử nghiệm mạng và dịch vụ viễn thông ngoài trường hợp quy định tại Điểm c Khoản 1 Điều này;

d) Giấy phép thiết lập mạng viễn thông dùng riêng ngoài trường hợp quy định tại Điểm d Khoản 1 Điều này.”.

Cũng giống với các hợp đồng liên doanh khác, Hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông sẽ phát sinh hiệu lực khi thỏa mãn đầy đủ các điều kiện hiệu lực hợp đồng như: chủ thể có năng lực hành vi; nội dung của hợp đồng tuân theo những quy định của pháp luật; ý chí các bên khi tham gia đàm phán phù hợp với những nội dung quy định trong hợp đồng; hợp đồng được làm dưới dạng văn bản và có chữ ký tắt của các bên vào từng trang.

Về hình thức, hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông chỉ phát sinh hiệu lực khi dự án đầu tư kinh doanh dịch vụ viễn thông được cơ quan Nhà nước có thẩm quyền cấp Giấy chứng nhận đầu tư đồng thời là Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh (Điều 54, Nghị định 108/2006/NĐ-CP).

Theo Điều 5 của Nghị định 25/2011/NĐ-CP, thủ tục đăng ký, thẩm tra dự án đầu tư nước ngoài trong kinh doanh dịch vụ viễn thông được thực hiện như sau:

- *Dự án đầu tư nước ngoài kinh doanh dịch vụ viễn thông không có hạ tầng mạng có quy mô vốn đầu tư dưới 300 tỷ đồng Việt Nam phải thực hiện thủ tục đăng ký đầu tư tại cơ quan nhà nước quản lý đầu tư cấp tỉnh để được cấp giấy chứng nhận đầu tư.*

Hồ sơ đầu tư và thủ tục cấp Giấy chứng nhận đầu tư được thực hiện theo Điều 37 của Luật đầu tư 2014. Cơ quan nhà nước quản lý đầu tư cấp tỉnh cấp Giấy chứng nhận đầu tư trong thời hạn mười lăm ngày kể từ ngày nhận đủ hồ sơ đăng ký đầu tư hợp lệ

- Dự án đầu tư nước ngoài kinh doanh dịch vụ viễn thông không có hạ tầng mạng có quy mô vốn đầu tư từ 300 tỷ đồng Việt Nam trở lên phải thực hiện thủ tục thẩm tra đầu tư tại cơ quan nhà nước quản lý đầu tư cấp tỉnh để được cấp giấy chứng nhận đầu tư.

Hồ sơ đầu tư và thủ tục cấp Giấy chứng nhận đầu tư được thực hiện theo Điều 33 của Luật đầu tư 2014.

-Dự án đầu tư nước ngoài kinh doanh dịch vụ viễn thông có hạ tầng mạng phải thực hiện thủ tục thẩm tra, chấp thuận chủ trương đầu tư tại cơ quan nhà nước quản lý đầu tư cấp tỉnh để được cấp giấy chứng nhận đầu tư. Thẩm quyền chấp thuận chủ trương đầu tư được thực hiện theo quy định của pháp luật về đầu tư.

Hồ sơ đầu tư và thủ tục cấp Giấy chứng nhận đầu tư được thực hiện theo Điều 33 của Luật đầu tư 2014. Ngoài các nội dung thẩm tra theo quy định pháp luật về đầu tư, đối với dự án đầu tư nước ngoài trong kinh doanh dịch vụ viễn thông cần thẩm tra thêm các nội dung quy định tại Khoản 3 Điều 4 của Nghị định 25/2011/NĐ-CP.

Cũng giống với các hợp đồng liên doanh khác, Hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông sẽ phát sinh hiệu lực khi thỏa mãn đầy đủ các điều kiện hiệu lực hợp đồng như: chủ thể có năng lực hành vi; nội dung của hợp đồng tuân theo những quy định của pháp luật; ý chí các bên khi tham gia đàm phán phù hợp với những nội dung quy định trong hợp đồng; hợp đồng được làm dưới dạng văn bản và có chữ ký tắt của các bên vào từng trang.

Về hình thức, hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông chỉ phát sinh hiệu lực khi dự án đầu tư kinh doanh dịch vụ viễn thông được cơ quan Nhà nước có thẩm quyền cấp Giấy chứng nhận đầu tư và Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp theo Luật doanh nghiệp 2014 và Luật đầu tư 2014.

3.1.4. Thực hiện hợp đồng dịch vụ viễn thông

Sau khi được cấp Giấy chứng nhận đầu tư, Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh (hoặc Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp) và Giấy phép kinh doanh dịch vụ viễn

thông, doanh nghiệp liên doanh được cung ứng dịch vụ viễn thông chính thức được cung ứng dịch vụ viễn thông trên thị trường. Khi hợp đồng cung ứng dịch vụ viễn thông được giao kết, các bên trong hợp đồng có nghĩa vụ thực hiện các nghĩa vụ phát sinh theo các nguyên tắc nhất định. LTM 2005 và các văn bản luật chuyên ngành đã đưa ra các quy định cụ thể về quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng dựa trên các nguyên tắc cơ bản của BLDS 2015.

Thứ nhất, nghĩa vụ của bên cung cấp dịch vụ viễn thông:

Một là, cung cấp dịch vụ viễn thông

Bên cung ứng phải cung ứng các dịch vụ và thực hiện những công việc có liên quan một cách đầy đủ, phù hợp với hợp đồng; bảo quản và giao lại cho khách hàng tài liệu và phương tiện được giao để thực hiện dịch vụ sau khi hoàn thành công việc; thông báo ngay cho khách hàng trong trường hợp thông tin, tài liệu không đầy đủ, phương tiện không bảo đảm để hoàn thành việc cung ứng dịch vụ; giữ bí mật về thông tin mà mình biết được trong quá trình cung ứng dịch vụ nếu có thoả thuận hoặc pháp luật có quy định (điều 78, LTM 2005). Do tính đa dạng của dịch vụ, LTM 2005 đã quy định chi tiết hơn nghĩa vụ của nhà cung cấp phù hợp với tính chất của dịch vụ như: (i) Đối với các dịch vụ là công việc: *“nếu tính chất của loại dịch vụ được cung ứng yêu cầu bên cung ứng dịch vụ phải đạt được một kết quả nhất định thì bên cung ứng dịch vụ phải thực hiện việc cung ứng dịch vụ với kết quả phù hợp với các điều khoản và mục đích của hợp đồng. Trong trường hợp hợp đồng không có quy định cụ thể về tiêu chuẩn của kết quả cần đạt được, bên cung ứng dịch vụ phải thực hiện việc cung ứng dịch vụ với kết quả phù hợp với tiêu chuẩn thông thường của loại dịch vụ đó”* (Điều 79, LTM 2005).

Đối với các dịch vụ là sản phẩm hoàn chỉnh như dịch vụ viễn thông việc cung cấp dịch vụ phải diễn ra đồng thời với yêu cầu sử dụng dịch vụ của phía khách hàng, và đòi hỏi nhà cung cấp dịch vụ phải chuẩn bị các điều kiện vật chất, cơ sở hạ tầng sẵn sàng, phù hợp để đáp ứng nhu cầu sử dụng dịch vụ của khách hàng theo nỗ lực và khả năng cao nhất. Các yêu cầu này đã được thể hiện rõ trong việc quy định nghĩa vụ của doanh nghiệp viễn thông, đại lý dịch vụ viễn thông như đã trình bày ở mục 1.1.

Vấn đề chất lượng dịch vụ trong hợp đồng cung ứng dịch vụ viễn thông là vấn đề tương đối phức tạp. Do dịch vụ không có tính thuần nhất, khó tiêu chuẩn hoá. Bởi vậy,

doanh nghiệp viễn thông phải “*chịu trách nhiệm về chất lượng dịch vụ theo tiêu chuẩn đã đăng ký hoặc công bố*” (khoản 1, Điều 14 của Luật viễn thông 2009) và đại lý dịch vụ viễn thông phải “*cung cấp dịch vụ viễn thông theo chất lượng và giá cước trong hợp đồng đại lý dịch vụ viễn thông*” (khoản 7, Điều 15 của Luật viễn thông 2009).

Tuy nhiên, chất lượng dịch vụ viễn thông không những chỉ phụ thuộc vào điều kiện kỹ thuật mà còn phụ thuộc vào thái độ phục vụ, sự thuận tiện của trình tự thủ tục cung ứng và tâm lý đối với khách hàng. Qua đó, chất lượng dịch vụ khó xác định hơn nhiều so với chất lượng hàng hoá. Vấn đề này vẫn còn chưa được nhìn nhận thấu đáo và quy định chi tiết trong các văn bản pháp luật về dịch vụ viễn thông ở nước ta hiện nay.

Hai là, từ chối cung cấp dịch vụ viễn thông

Từ chối cung cấp dịch vụ là một chế định đặc thù trong pháp luật TMDV, theo đó bên cung cấp dịch vụ có quyền từ chối cung cấp dịch vụ cho các khách hàng khi xét thấy không đủ năng lực cung cấp, hay vì các lý do an ninh chính trị, bảo vệ lợi ích cộng đồng... Chế định này xuất phát từ đặc thù của dịch vụ. Nhu cầu dịch vụ của khách hàng luôn có ở mọi nơi, mọi lúc, trong khi khả năng cung cấp dịch vụ của doanh nghiệp cũng có hạn. Mặt khác, dịch vụ không thể lưu kho bãi, hay dự trữ được, cho nên nhà cung cấp luôn phải thiết lập hạ tầng vật chất, kỹ thuật làm kênh cung ứng dịch vụ đến khách hàng, nhất là các ngành bưu chính, viễn thông, hàng không, điện lực. Để cung cấp được dịch vụ được đòi hỏi cần vốn đầu tư lớn và thời gian để phát triển mạng lưới rộng khắp, bởi vậy sẽ không thể đáp ứng được tất cả các yêu cầu của khách hàng.

LTM 2005 chưa có quy định về quyền từ chối cung cấp dịch vụ, song các quy định tương tự lại được tìm thấy trong nhiều văn bản luật chuyên ngành. Pháp luật hàng hải, hàng không cũng có các điều khoản cho phép bên cung cấp dịch vụ từ chối cung cấp dịch vụ đối với các khách hàng khi có đủ lý do cho thấy việc sử dụng dịch vụ của khách hàng sẽ ảnh hưởng tới trật tự an toàn xã hội, đến môi trường xung quanh hay các khách hàng khác (Điều 60, 66 Luật HKDD, Điều 81, BLHH). Quyền từ chối cung cấp dịch vụ là điểm khác biệt trong hợp đồng dịch vụ và hợp đồng mua bán hàng hoá mà pháp luật hợp đồng cần lưu tâm.

Theo Điều 26 của Luật viễn thông 2009, doanh nghiệp viễn thông có quyền từ chối giao kết hợp đồng hoặc đơn phương chấm dứt hợp đồng với người sử dụng dịch vụ viễn thông, chỉ trong các trường hợp sau đây:

- “1. Người sử dụng dịch vụ viễn thông vi phạm hợp đồng đã giao kết;
2. Người sử dụng dịch vụ viễn thông vi phạm nghĩa vụ thanh toán giá cước đã bị các doanh nghiệp viễn thông thỏa thuận từ chối cung cấp dịch vụ;
3. Việc cung cấp dịch vụ viễn thông được cơ quan quản lý chuyên ngành về viễn thông xác nhận bằng văn bản là không khả thi về kinh tế - kỹ thuật;
4. Có yêu cầu bằng văn bản của cơ quan nhà nước có thẩm quyền theo quy định của pháp luật”.

- Thứ hai, nghĩa vụ của khách hàng

Theo quy định của LTM 2005, khách hàng có các nghĩa vụ cơ bản sau:

Một là, tiếp nhận và sử dụng dịch vụ : Đối với các dịch vụ thương mại gắn liền với thương mại hàng hoá, hay các dịch vụ liên quan đến việc thực hiện một công việc nào đó (như tư vấn, kiểm toán), nghĩa vụ tiếp nhận dịch vụ của người mua không được thể hiện rõ nét, vì người mua sẽ tiếp nhận dịch vụ dưới dạng kết quả công việc được hoàn thành (nhận báo cáo vật tư, kiểm toán, nhận hàng tại ...). Bởi vậy, việc nhận kết quả thực hiện sẽ liên quan đến việc kiểm tra chất lượng công việc so với yêu cầu đưa ra.

Đối với các loại dịch vụ là sản phẩm hoàn chỉnh như dịch vụ viễn thông, hàng không, du lịch, vui chơi, giải trí, việc tiếp nhận và sử dụng dịch vụ được thể hiện dưới dạng quyền lựa chọn của khách hàng nhiều hơn, như sử dụng dịch vụ viễn thông tại bưu cục, hay thông báo cho công ty viễn thông biết để lắp đặt các thuê bao điện thoại tại nhà riêng, hoặc lựa chọn dịch vụ trước khi sử dụng.

Hai là, thanh toán tiền mua dịch vụ: Nghĩa vụ thanh toán là nghĩa vụ cơ bản của người mua dịch vụ. Điều 521 Bộ luật Dân sự quy định “*bên thuê dịch vụ phải trả tiền công cho bên làm dịch vụ*”. Người thuê vận chuyển phải trả tiền cước vận chuyển cho bên vận chuyển (điều 116, BLHH, điều 59, 65 Luật HKDD). Người mua bảo hiểm đóng phí bảo hiểm cho doanh nghiệp cung cấp (Điều 18, Luật KDBH) thanh toán cước viễn thông (Điều 16, Luật viễn thông 2009). Nghĩa vụ thanh toán là một trong các chế định cơ bản về phía khách hàng trong các hợp đồng thương mại (cả TMHH và TMDV).

LTM 2005 đề cập đến nghĩa vụ thanh toán của khách hàng tại điều 85 và 87, theo đó khách hàng có nghĩa vụ thanh toán như đã thỏa thuận, khi việc cung ứng dịch vụ được hoàn thành.

Các luật chuyên ngành đều có quy định riêng về phương thức thanh toán trong các hợp đồng cung cấp dịch vụ. Theo hình thức thanh toán giá cước, các dịch vụ viễn thông được phân loại thành dịch vụ trả trước và dịch vụ trả sau: (i) Dịch vụ trả trước là dịch vụ mà người sử dụng dịch vụ viễn thông thanh toán giá cước sử dụng dịch vụ trước khi sử dụng dịch vụ theo thỏa thuận giữa hai bên; và (ii) Dịch vụ trả sau là dịch vụ mà người sử dụng dịch vụ viễn thông thanh toán giá cước sử dụng dịch vụ sau khi sử dụng dịch vụ theo thỏa thuận giữa hai bên. Tuy nhiên, dù thanh toán theo hình thức nào thì người sử dụng dịch vụ viễn thông phải có nghĩa vụ “*thanh toán đầy đủ và đúng hạn giá cước dịch vụ viễn thông*” (điểm g, khoản 1, Điều 16 của Luật viễn thông 2009).

3.1.5. Trách nhiệm vật chất khi vi phạm hợp đồng cung cấp dịch vụ viễn thông

Thứ nhất, trách nhiệm vật chất khi vi phạm hợp đồng cung cấp dịch vụ.

Trách nhiệm vật chất khi vi phạm hợp đồng cung cấp dịch vụ được hiểu là việc áp dụng các chế tài do các bên trong hợp đồng không thực hiện hoặc thực hiện không đúng, không đầy đủ các nghĩa vụ đã cam kết trong hợp đồng. Hiện tại các chế tài về vi phạm hợp đồng cung cấp các dịch vụ thương mại (dịch vụ có liên quan đến thương mại hàng hoá) được quy định khá cụ thể trong LTM 2005 và các luật chuyên ngành với các hình thức như: phạt hợp đồng, buộc thực hiện hợp đồng và huỷ bỏ hợp đồng, trong đó bên vi phạm hợp đồng cung cấp các dịch vụ thương mại (dịch vụ vận chuyển, dịch vụ giám định hàng hoá...) có thể bị phạt không quá 8% giá trị phần nghĩa vụ bị vi phạm. (Điều 301-LTM 2005) hay 12% đối với dịch vụ xây dựng (điều 110, Luật Xây dựng).

Về bồi thường thiệt hại là một nội dung khó xác định trong hợp đồng cung cấp dịch vụ nói chung. Điều 302 LTM 2005 quy định nguyên tắc chung về bồi thường thiệt hại :”(1). *Bồi thường thiệt hại là việc bên vi phạm bồi hoàn những tổn thất do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra cho bên bị vi phạm;* (2). *Giá trị bồi thường thiệt hại bao gồm giá trị tổn thất thực tế, trực tiếp mà bên bị vi phạm phải chịu do bên vi phạm gây ra và khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm.*”

Thông thường trong các hợp đồng cung ứng dịch vụ, việc xác định các hình thức chế tài rất khác nhau, tùy thuộc vào từng loại dịch vụ cụ thể :

- Đối với các dịch vụ thương mại hoặc các hợp đồng dịch vụ là công việc thì việc vi phạm hợp đồng có thể các định được mức bồi thường thiệt hại, ví dụ làm hỏng, làm mất hàng hoá trên đường vận chuyển phải bồi thường theo giá trị hàng hoá bị hỏng, bị mất (điều 76, 77 luật HKDD, 108, 109, 110 BLHH). Đối với việc mất hành lý của khách hàng, luật HKDD quy định mức tiền bồi thường cụ thể ứng với trạng lượng hàng hoá tại điều 90. Tuy nhiên trách nhiệm bồi thường thiệt hại luôn đi kèm với nghĩa vụ chứng minh lỗi, chứng minh tổn thất thuộc về bên vi phạm (điều 229LTM, điều 108, điều 109 BLHH, điều 63, điều 64 luật HKDD).

- Việc yêu cầu thực hiện lại hợp đồng cung cấp dịch vụ được áp dụng đối với các dịch vụ có nêu kết quả hoàn thành ví dụ, báo cáo tư vấn, kết quả kiểm toán chưa đáp ứng yêu cầu... Chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng được quy định tại điều 297 LTM 2005, theo đó bên có quyền lợi bị vi phạm yêu cầu bên vi phạm thực hiện đúng hợp đồng, đầy đủ hợp đồng và bên vi phạm phải trả phí tổn phát sinh;

- Đối với chế tài huỷ hợp đồng được quy định tại điều 312 LTM 2005, các luật dịch vụ chuyên ngành đều quy định việc huỷ hợp đồng hay chấm dứt hợp đồng đối với bên vi phạm. Theo đó bên có quyền lợi bị vi phạm tuyên bố huỷ hợp đồng nếu việc vi phạm của bên kia là điều kiện để huỷ hợp đồng mà các bên đã thoả thuận. Doanh nghiệp viễn thông có quyền huỷ hợp đồng khi bên kia vi phạm (Điều 26 của Luật viễn thông 2009); doanh nghiệp bảo hiểm có quyền chấm dứt hợp đồng bảo hiểm (Điều 23 Luật KDBH) ... Tuy nhiên, việc huỷ hợp đồng cũng được quy định rất khác nhau trong các luật chuyên ngành. Đặc biệt trong quá trình giải quyết tranh chấp về thương mại quốc tế, các cơ quan xét xử của Việt Nam rất khó áp dụng chế tài huỷ hợp đồng, nêu như luật áp dụng cho hợp đồng được các bên lựa chọn là Luật thương mại Việt Nam.

Đối với dịch vụ viễn thông, cần lưu ý có hai loại chế tài áp dụng đặc thù sau đây:

- *Hoàn trả giá cước và bồi thường thiệt hại*

+ Doanh nghiệp viễn thông cung cấp dịch vụ không đúng thời gian và chất lượng theo hợp đồng đã giao kết với người sử dụng dịch vụ viễn thông thì phải hoàn trả một phần hoặc toàn bộ giá cước đã thu;

+ Doanh nghiệp viễn thông không phải bồi thường thiệt hại gián tiếp hoặc nguồn lợi không thu được do việc cung cấp dịch vụ viễn thông không bảo đảm thời gian và chất lượng gây ra;

+ Trong việc cung cấp, sử dụng dịch vụ viễn thông, các bên giao kết Hợp đồng sử dụng dịch vụ viễn thông có trách nhiệm bồi thường thiệt hại vật chất trực tiếp do lỗi của mình gây ra cho phía bên kia;

+ Các bên giao kết Hợp đồng sử dụng dịch vụ viễn thông được miễn trách nhiệm bồi thường thiệt hại trong trường hợp bất khả kháng (Điều 33, Luật viễn thông 2009).

- Ngừng hoặc từ chối cung cấp dịch vụ: khi vi phạm hợp đồng cung cấp dịch vụ viễn thông, Luật viễn thông 2009 cho phép bên cung cấp dịch vụ viễn thông ngưng hoặc từ chối cung cấp dịch vụ (Điều 26 của Luật viễn thông 2009).

Tuy nhiên, việc từ chối hoặc ngưng cung cấp dịch vụ của bên cung cấp dịch vụ diễn ra ngay cả khi không có sự vi phạm hợp đồng cung cấp dịch vụ mà theo quy định của pháp luật hoặc yêu cầu của các cơ quan có thẩm quyền do dịch vụ là lĩnh vực nhạy cảm có ảnh hưởng đến cả an ninh, xã hội và quyền lợi của các công dân, do vậy các luật chuyên ngành dịch vụ đều có điều khoản cho phép công ty cung cấp dịch vụ có quyền ngưng cung cấp dịch vụ hoặc từ chối cung cấp dịch vụ trong các trường hợp mà việc cung cấp dịch vụ đó cho đối tượng có thể gây nguy hại cho an ninh, trật tự, xã hội cho lợi ích của người khác hay của chính bản thân khách hàng đó. Tất nhiên, các trường hợp này đều được luật quy định như: Doanh nghiệp viễn thông có quyền từ chối cung cấp dịch vụ hoặc đơn phương đề nghị chỉ hợp đồng cung cấp dịch vụ khi người sử dụng dịch vụ vi phạm pháp luật về viễn thông theo văn bản kết luận của cơ quan nhà nước có thẩm quyền và không thực hiện trách nhiệm của mình theo kết luận xử lý của văn bản (khoản 4, Điều 26 Luật viễn thông 2009).

Thứ hai, quy định về giải quyết tranh chấp

Tranh chấp trong kinh doanh dịch vụ viễn thông là tranh chấp giữa các doanh nghiệp viễn thông phát sinh trực tiếp trong quá trình thiết lập mạng viễn thông, cung cấp dịch vụ viễn thông, bao gồm:

- Tranh chấp về kết nối viễn thông;
- Tranh chấp về chia sẻ cơ sở hạ tầng viễn thông;

- Tranh chấp về thanh toán giá cước giữa các doanh nghiệp viễn thông;
- Các tranh chấp khác theo quy định của Bộ Thông tin và Truyền thông.

Trình tự, thủ tục giải quyết tranh chấp được thực hiện như sau:

Trong thời hạn 30 ngày làm việc kể từ ngày nhận được hồ sơ đề nghị giải quyết tranh chấp, cơ quan quản lý chuyên ngành về viễn thông có trách nhiệm tổ chức hiệp thương giữa các bên. Các bên tranh chấp có nghĩa vụ cung cấp đầy đủ thông tin, chứng cứ có liên quan và có nghĩa vụ tham gia hiệp thương. Kết quả hiệp thương phải được lập thành văn bản;

Trong thời hạn 15 ngày làm việc kể từ ngày kết thúc hiệp thương, cơ quan quản lý chuyên ngành về viễn thông ra quyết định giải quyết tranh chấp. Các bên tranh chấp có nghĩa vụ thi hành ngay quyết định giải quyết tranh chấp, kể cả trường hợp không đồng ý với quyết định giải quyết tranh chấp của cơ quan quản lý chuyên ngành về viễn thông và có quyền khiếu nại, khởi kiện theo quy định của pháp luật.

3.2. Thực tiễn thực hiện pháp luật về hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông ở Việt nam hiện nay

Theo Sách trắng về Công nghệ thông tin và truyền thông năm 2014, tính đến ngày 26/12/2013, tổng doanh thu viễn thông ước đạt 9,9 tỷ USD. Tổng số thuê bao điện thoại đạt 105 triệu thuê bao, trong đó di động chiếm 93%; hơn 31 triệu người sử dụng Internet; tổng số thuê bao Internet băng rộng (xDSL) đạt hơn 5,17 triệu thuê bao; tổng băng thông kết nối Internet trong nước đạt 613,8Gb/s và tổng băng thông kết nối Internet quốc tế đạt 549Gb/s; hơn 263.000 tên miền “.vn” đã đăng ký và Việt Nam tiếp tục giữ vị trí số 1 Đông Nam Á về số lượng sử dụng tên miền cấp cao mã quốc gia, đạt tốc độ tăng trưởng bình quân 172% năm; tổng số tên miền tiếng Việt đã đăng ký đạt gần 950.000; tổng số địa chỉ IPv4 đã cấp đạt trên 15,5 triệu địa chỉ¹³. Rõ ràng, khác với điều kiện mở cửa thị trường của thập kỷ 90, hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông hiện nay đã, đang thay thế các hợp đồng hợp tác kinh doanh (BCC) giữa Bên Việt Nam và Bên nước ngoài trên thị trường viễn thông ở nước ta hiện nay. Không còn nghi ngờ, hợp đồng liên doanh đã, đang và sẽ là công cụ quan trọng để các nhà đầu tư nước ngoài gia nhập và cạnh tranh quyết liệt và chiếm giữ thị phần trên thị trường viễn

thông nói chung và thị trường dịch vụ viễn thông ở nước ta trong thời gian qua. Số lượng các doanh nghiệp liên doanh tham gia thị trường dịch vụ viễn thông ngày càng tăng và thể hiện qua con số thống kê về số lượng các doanh nghiệp cung cấp dịch vụ viễn thông và Internet và thị phần trên các thị trường viễn thông dưới đây:

Bảng 1: Số lượng doanh nghiệp cung cấp dịch vụ viễn thông và Internet năm 2011-2012

TT	Phân loại	2011	2012	Chi tiết
1	Số lượng doanh nghiệp được cấp giấy phép cung cấp dịch vụ viễn thông cố định	10	10	VNPT, Viettel, FPT Telecom, HTC, CMC Telecom, Gtel, Đông Dương, VTC, SPT, Vishipel
2	Số lượng doanh nghiệp đang cung cấp dịch vụ viễn thông cố định	6	9	VNPT, Viettel, FPT Telecom, HTC, CMC Telecom, Gtel, Đông Dương, VTC, SPT.
3	Số lượng các doanh nghiệp được cấp giấy phép cung cấp dịch vụ viễn thông di động	7	6	VinaPhone, VMS (MobiFone), Viettel, Gtel Mobile (GMobile), SPT (SFone), HTC (Vietnamobile)
4	Số lượng các doanh nghiệp đang cung cấp dịch vụ viễn thông di động	7	6	VinaPhone, VMS (MobiFone), Viettel, Gtel Mobile (GMobile), SPT (SFone), HTC (Vietnamobile)
5	Số lượng các doanh nghiệp được cấp giấy phép cung cấp dịch vụ 3G	5	4	VinaPhone, VMS (MobiFone), Viettel, HTC (Vietnamobile)
6	Số lượng các doanh nghiệp đang cung cấp dịch vụ 3G	5	4	VinaPhone, VMS (MobiFone), Viettel, HTC (Vietnamobile)
7	Số lượng các doanh nghiệp được cấp giấy phép cung cấp dịch vụ di động không có hệ thống truy nhập vô tuyến (MVNO)	2	1	VTC
8	Số lượng các doanh nghiệp đang cung cấp dịch vụ di động không có hệ thống truy nhập vô tuyến (MVNO)	0	0	
9	Số lượng các doanh nghiệp được cấp giấy phép cung cấp dịch vụ Internet	91	85	VNPT, Viettel, FPT Telecom,...
10	Số lượng các doanh nghiệp đang cung cấp dịch vụ Internet	50	57	VNPT, Viettel, FPT Telecom,...

(Nguồn: Sách Trắng về CNTT và truyền thông, Bộ Thông tin và Truyền thông 2014)

(Trong đó SPT¹⁴, HTC¹⁵, Gtel Mobile¹⁶ là các doanh nghiệp liên doanh)

¹³ Nguồn: Báo cáo tổng kết công tác năm 2013 của Bộ TT&TT

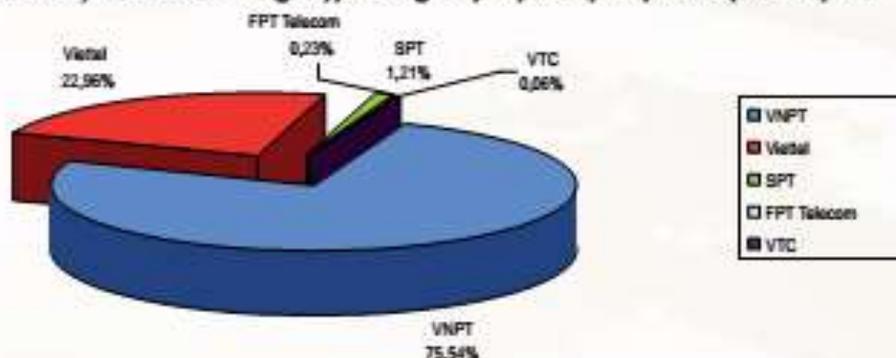
¹⁴ Từ tháng 12/2011, S-Telecom được cấp giấy phép chuyển đổi sang hình thức công ty liên doanh với SingTel (Singapore), trong đó SPT giữ cổ phần chi phối.

¹⁵ Là kết quả của sự hợp tác giữa Hutchison Telecom Group và Công ty Cổ phần Viễn thông Hà Nội, Vietnamobile là một thành viên của Hutchison Asia Telecom

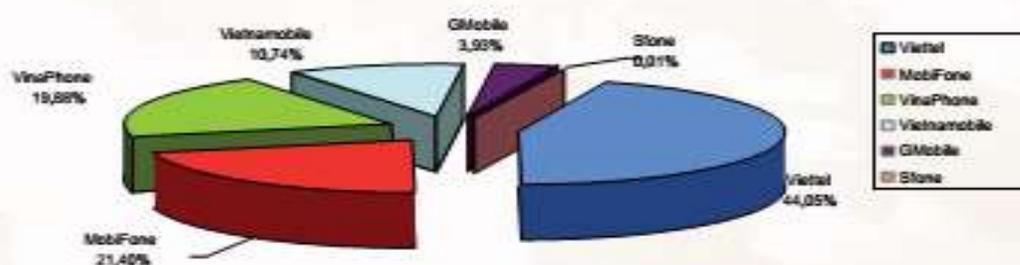
¹⁶ Công ty Cổ phần Viễn Thông Di Động Toàn Cầu (Gtel Mobile JSC.) được thành lập ngày 8/7/2008, dưới hình thức một công ty liên doanh giữa hai cổ đông - Tổng Công ty viễn thông Toàn cầu (Gtel Corp) và Tập đoàn VimpelCom (Liên bang Nga).

Bảng 2. Thị phần (thuê bao) các doanh nghiệp cung cấp dịch vụ viễn thông và Internet năm 2012

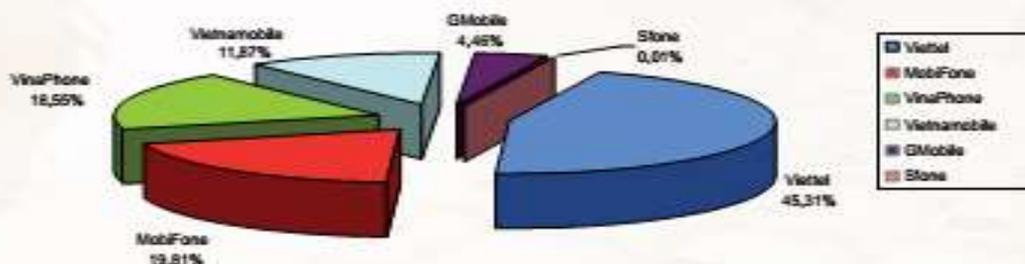
Thị phần (thuê bao) các doanh nghiệp cung cấp dịch vụ điện thoại cố định



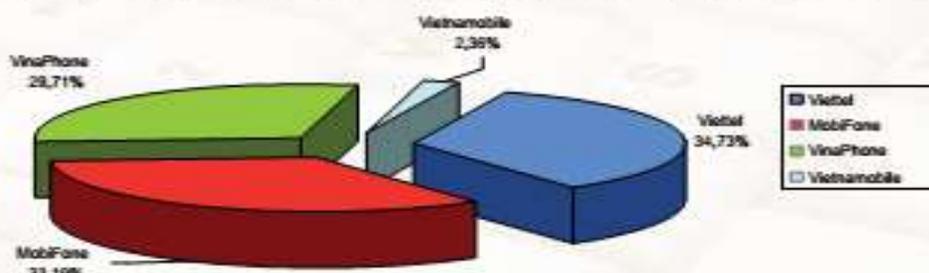
Thị phần (thuê bao) các doanh nghiệp cung cấp dịch vụ điện thoại di động 2G và 3G



Thị phần (thuê bao) các doanh nghiệp cung cấp dịch vụ điện thoại di động 2G



Thị phần (thuê bao) các doanh nghiệp cung cấp dịch vụ điện thoại di động 3G



(Nguồn: Sách Trắng về CNTT và truyền thông, Bộ Thông tin và Truyền thông 2014)

Qua khảo sát việc thực hiện pháp luật về hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông ở nước ta hiện nay tại Mobifone, Vinaphone¹⁷ đã cho thấy một số vấn đề rất đáng lưu ý như sau:

Một là, khái niệm pháp lý về doanh nghiệp liên doanh nói chung và doanh nghiệp liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông chưa thực sự rõ ràng và đang thực sự là rào cản không chỉ đối với nhà đầu tư mà còn đối với cơ quan quản lý Nhà nước

Theo Luật đầu tư 2014 thì khái niệm doanh nghiệp liên doanh đã bị xóa bỏ, thay vào đó chỉ hình thành khái niệm doanh nghiệp có vốn đầu tư trực tiếp nước ngoài được hình thành từ hợp đồng liên doanh. Doanh nghiệp liên doanh trong lĩnh vực viễn thông được thành lập dựa trên căn cứ là hợp đồng liên doanh sẽ hoạt động theo giấy chứng nhận đầu tư và giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp và phải tuân thủ theo các điều kiện gia nhập thị trường cung ứng dịch vụ viễn thông ở Việt Nam. Đồng thời, còn phải tuân thủ các quy định khác có liên quan đến hoạt động đầu tư của mình: ví dụ như đối với dự án đầu tư nước ngoài cung ứng dịch vụ viễn thông thì Nhà nước cho thuê đất chứ không giao đất như đối với một số dự án đầu tư trong nước. Các doanh nghiệp liên doanh cũng phải chịu các quy định chặt chẽ hơn liên quan đến việc quản lý hoạt động như phải áp dụng các chế độ kế toán, kiểm toán, chuyển lợi nhuận về nước đối với nhà đầu tư nước ngoài.

Tuy nhiên, theo quy định tại Điều 26 của Luật đầu tư thì nhà đầu tư tiếp cận theo cách góp vốn mua cổ phần của doanh nghiệp viễn thông của Việt Nam thì doanh nghiệp đó chỉ làm thủ tục đăng ký kinh doanh theo quy định của pháp luật về doanh nghiệp. Có nghĩa là, sau khi nhà đầu tư nước ngoài góp vốn, mua cổ phần (kể cả khi tỉ lệ đó dưới 49% vốn điều lệ) vẫn cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh và thủ tục đăng ký không bị điều chỉnh bởi điều kiện đầu tư áp dụng cho đầu tư nước ngoài. Đồng thời, trong quá trình hoạt động cũng không phải tuân thủ các qui định quản lý dành cho nhà đầu tư nước ngoài. Như vậy có thể nói việc quy định không thống nhất giữa các Luật và các văn bản hướng dẫn thi hành cũng như giữa các văn bản luật khác nhau đã khiến các nhà đầu tư nước ngoài có hai cách tiếp cận đều là đầu tư trực tiếp nhưng địa vị pháp lý của doanh nghiệp mới sẽ khác nhau theo thủ tục một cơ quan hoặc hai cơ quan cấp

¹⁷ Nguồn: Sách Trắng về CNTT và truyền thông, Bộ Thông tin và Truyền thông 2014.

giấy chứng nhận khác nhau. Như vậy, để có thể phân biệt được cách tiếp cận của nhà đầu tư để có thể tiến hành đánh giá, quản lý chúng ta phải nhận dạng thông qua thủ tục có lập hợp đồng liên doanh hay không. Rõ ràng, với quy định trên đã vô hiệu hóa mục tiêu phân hóa điều chỉnh pháp luật giữa đầu tư trực tiếp và gián tiếp của nhà đầu tư nước ngoài nói chung và trong lĩnh vực dịch vụ viễn thông nói riêng.

Hai là, còn tồn tại những bất cập trong các quy định về đối tác liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông ở Việt Nam

Theo quy định của hợp đồng liên doanh về các bên tham gia liên doanh chỉ cần đảm bảo là những pháp nhân, cá nhân có đầy đủ năng lực hành vi theo quy định của pháp luật dân sự Việt Nam. Tuy nhiên, những quy định này phần nào còn mang tính hình thức vì những điều kiện để được công nhận là pháp nhân chỉ là những điều kiện cơ bản mà doanh nghiệp nào cũng có thể dễ dàng đạt được.

Trên thực tế thành lập các doanh nghiệp liên doanh với nước ngoài cho thấy bên Việt Nam thường chọn các đối tác nước ngoài không đủ tư cách pháp lý, năng lực tài chính và tiềm lực công nghệ cho nên khó có thể duy trì được sự hoạt động lâu dài của liên doanh. Nếu đối tác là những tập đoàn, công ty hoặc chi nhánh của những công ty lớn trên thế giới, có đủ tiềm lực về mọi mặt thì liên doanh sẽ hoạt động tốt tuy nhiên ngược lại nếu đối tác là những công ty nhỏ, không đủ tiềm lực kinh tế thì khó có thể hoạt động tại thị trường Việt Nam trong dài hạn. Trên thực tế, gần 50% trong số các dự án liên doanh bị rút giấy phép là do chọn đối tác không đủ năng lực tài chính. Trường hợp rút vốn Tập đoàn VimpelCom (Liên bang Nga) trong liên doanh Công ty Cổ phần Viễn Thông Di Động Toàn Cầu (Gtel Mobile JSC.) là một ví dụ.

Công ty Cổ phần Viễn Thông Di Động Toàn Cầu (Gtel Mobile JSC.) được thành lập ngày 8/7/2008, dưới hình thức một công ty liên doanh giữa hai cổ đông - Tổng Công ty viễn thông Toàn cầu (GTel Corp) và Tập đoàn VimpelCom (Liên bang Nga). Do những bất đồng trong chiến lược kinh doanh và năng lực tài chính của Tập đoàn VimpelCom (Liên bang Nga), Chính phủ Việt Nam và Bộ Thông Tin và Truyền thông đã chấp thuận cho phía Vimpelcom đã chuyển giao toàn bộ cổ phần của mình trong

liên doanh cho phía Việt Nam, qua đó đưa GTel Mobile JSC chính thức trở thành doanh nghiệp viễn thông 100% vốn trong nước trong tháng 04/2012¹⁸.

Ba là, còn tồn tại những bất cập trong quy định về phương thức góp vốn và tiến trình góp vốn của các Bên trong triển khai liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông ở Việt Nam

Pháp luật đầu tư hiện hành cho phép các bên tham gia ký kết hợp đồng liên doanh góp vốn thành nhiều lần và việc hoàn thiện công tác góp vốn có thể diễn ra trong thời gian dài. Tuy nhiên trên thực tế thực thi, các Bên Việt Nam thường góp vốn là giá trị quyền sử dụng đất cũng như những tài sản, thiết bị và nhân công có sẵn nên việc góp vốn thường được tiến hành một lần ngay khi dự án bắt đầu tiến hành triển khai các bước xây dựng cơ bản. Như vậy, trong những thời kỳ nhất định có khi mức vốn góp của bên Việt Nam còn cao hơn hẳn bên nước ngoài nhưng theo quy định thì lợi ích mà hai bên được hưởng cũng như vị thế điều hành hoạt động của liên doanh lại tỉ lệ thuận với phần vốn góp đã được ghi trong giấy phép đầu tư. Điều này một phần khiến các bên Việt Nam bị thua thiệt về cả kinh tế cũng như quyền điều hành trong liên doanh, mặt khác còn làm mất đi yếu tố kinh tế để ràng buộc và thúc đẩy bên nước ngoài thực hiện việc góp vốn đầy đủ và đúng tiến độ.

Việc góp vốn bằng giá trị quyền sử dụng đất trong hoàn cảnh hiện nay khi nước ta còn đang thiếu vốn và các nguồn lực khác là một cách để tạo thêm điều kiện kinh tế khi chúng ta tham gia vào liên doanh. Tuy nhiên, có một thực tế là các doanh nghiệp Việt Nam trong một số trường hợp khi đang nắm một diện tích đất đai nào đó thì họ sẵn sàng kêu gọi đầu tư nước ngoài mà không quan tâm đến hiệu quả thực sự của dự án. Có một số trường hợp vì lợi ích cục bộ còn cạnh tranh cả với những doanh nghiệp Việt Nam khác có chuyên môn phù hợp. Điều này dẫn đến tình trạng là ngay cả khi dự án đầu tư đi vào hoạt động đã không thể hoạt động một cách hiệu quả và vô hình chung đã gây thiệt hại cho cả nền kinh tế. Một hệ lụy khác kéo theo là các cán bộ trong những kiểu liên doanh như thế không có chuyên môn và sự am hiểu của ngành nghề nên không có khả năng tham gia điều hành liên doanh và bị lệ thuộc vào bên đối tác. Thậm chí họ còn

¹⁸ Nguồn: Báo cáo tổng kết công tác năm 2013 của Bộ TT&TT.

trở thành người làm thuê cho bên đối tác. Điều này làm mất đi hiệu quả của liên doanh với mục tiêu tận dụng học hỏi kinh nghiệm từ nước ngoài để nâng cao trình độ quản lý trong doanh nghiệp nói riêng và hiệu quả trong quản lý kinh tế nói chung.

Quy định hình thức góp vốn đa dạng bằng tiền mặt và cả các tài sản hợp pháp cũng là một quy định nhằm nâng cao hiệu quả đầu tư. Thu hút máy móc, thiết bị, kỹ thuật, công nghệ hiện đại từ các nhà đầu tư nước ngoài trong khai thác dịch vụ viễn thông là mong muốn và trên thực tế đã đạt được nhiều thành tựu đáng phấn khởi của Việt Nam trong thời gian qua. Tuy nhiên, cũng do sự thiếu chặt chẽ trong quản lý, yếu kém trong khả năng kiểm tra, kiểm soát của Việt Nam nên dẫn đến tình trạng bên nước ngoài đưa những thiết bị chất lượng kém hơn trong hợp đồng đã ký kết vào dự án. Hoặc trong quá trình chuyển giao công nghệ, một số công nghệ đã phổ biến trên thế giới nhưng chúng ta vẫn bị ép buộc phải chấp nhận và chịu phí chuyển giao công nghệ. Bên cạnh đó, việc định giá tài sản vốn góp vào liên doanh cũng gặp phải những vấn đề khá phức tạp. Việt Nam thường có xu hướng đánh giá cao các loại tài sản, máy móc, thiết bị đưa vào góp vốn trong doanh nghiệp liên doanh mặc dù các loại máy móc, thiết bị này đã cũ kỹ, lạc hậu và không thể sử dụng trong hoạt động của liên doanh. Việc này sẽ tạo điều kiện cho các bên nước ngoài đẩy cao giá thiết bị lên làm cho phần vốn góp của họ trong liên doanh sẽ trở nên cao hơn. Điều này dẫn đến hệ quả là bên nước ngoài sẽ thu được lợi nhuận và bên Việt Nam phải chịu thua thiệt không chỉ trong một lần trao đổi mà còn diễn ra trong suốt quá trình hoạt động của dự án và bên nước ngoài được lợi bao nhiêu thì bên Việt Nam sẽ bị thiệt bấy nhiêu.

Như vậy, việc hình thành khung pháp lý về định giá các loại tài sản đặc thù để khai thác dịch vụ viễn thông, đánh giá chính xác tiến độ tiến độ hoàn thành việc góp vốn cho phép các Bên tuân thủ đúng các quy định của pháp luật và tránh việc đưa Việt Nam trở thành một “bãi rác công nghệ” là yêu cầu cấp bách trong giai đoạn hiện nay.

Bốn là, khung pháp luật về quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông còn thiếu chi tiết, đồng bộ và còn rất nhiều bất cập.

Quy định của pháp luật Việt Nam về đầu tư yêu cầu các bên tham gia ký kết hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông phải quy định rõ về các quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia. Bao gồm có quyền được chia lợi nhuận, được tham gia vào

việc quản lý, điều hành các hoạt động sản xuất kinh doanh, nghĩa vụ cùng chia sẻ thiệt hại trong trường hợp có thua lỗ cùng các quyền và nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật.

Trong trường hợp liên doanh có lợi nhuận, các Bên sẽ được hưởng theo tỷ lệ vốn góp ban đầu. Tuy nhiên, một số liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông hoạt động tại Việt Nam hiện nay thường báo cáo lỗ trong thời gian đầu hoạt động. Thậm chí có những liên doanh hoạt động được 3, 4 năm nhưng vẫn báo lỗ (Ví dụ như Gtel Mobile JSC). Như đã nói ở trên, thông qua việc nắm nhiều quyền quyết định trong liên doanh, các chủ đầu tư nước ngoài có khả năng tạo ra lỗ giả và gây sức ép đối với bên Việt Nam.

Để giải quyết được những bất cập nói trên không chỉ cần có sự tham gia của các quy định pháp luật mà bản thân đại diện cho Bên Việt Nam cần phải là những người thực sự có năng lực và có tầm nhìn để có thể đưa liên doanh lớn mạnh, hoạt động bền vững ngay cả khi các nhà đầu tư nước ngoài đã rút vốn rời khỏi liên doanh.

Năm là, khung pháp luật về triển khai liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông còn rất nhiều bất cập.

Bên cạnh những vấn đề kinh tế của một doanh nghiệp liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông, còn có những vấn đề xã hội khác mà trong hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông chưa quy định đang gây ra ngày càng nhiều các bất cập trong xã hội như vấn đề quy định về lao động và môi trường.

Thiếu quy định trong vấn đề lao động

Việc các doanh nghiệp liên doanh nói chung và liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông nói riêng vi phạm các nguyên tắc trong quan hệ lao động đang diễn ra ngày càng phổ biến ở nước ta hiện nay. Đặc biệt là trốn tránh thực hiện các chế độ cho người lao động như đóng bảo hiểm, quy chế tăng lương, thưởng và các chế độ khác.

Trong một cuộc điều tra mới đây của Viện công nhân và công đoàn thuộc Tổng liên đoàn Lao động Việt Nam có khoảng 74% lao động trong các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài (FDI) có việc làm ổn định, 22% không có việc làm ổn định và 4% thiếu việc làm. Chỉ có 16,6% số lao động làm việc trong doanh nghiệp FDI có tâm trạng thoải mái khi làm việc; 26,3% số lao động cho biết có quan hệ tốt với người sử dụng lao

động; 44,4% số lao động cho rằng doanh nghiệp trả lương thấp, không đủ sống. Còn 15,4% số lao động bức xúc vì phải làm tăng ca, tăng giờ thường xuyên¹⁹.

Cung ứng dịch vụ viễn thông là một ngành kinh doanh đặc thù – cung ứng dịch vụ liên tục (tổ chức làm ca) và có ảnh hưởng trực tiếp đến sức khỏe của người lao động ở một số quy trình, công đoạn. Đáng tiếc là, việc quyền lợi của người lao động trong kinh doanh dịch vụ viễn thông chưa được pháp luật quy định chi tiết, cụ thể và đòi hỏi trở thành một nội dung thỏa thuận bắt buộc trong hợp đồng liên doanh. Vì lý do này, từ năm 2012, tranh chấp lao động giữa người lao động với Công ty Cổ phần Viễn thông Đông Dương Telecom (Indochina Telecom) đã bùng phát với một số lượng lớn khi "Mạng di động ảo" của Công ty này chính thức bị Bộ Thông tin và Truyền thông rút giấy phép cung cấp dịch vụ viễn thông di động là ví dụ điển hình.

Thiếu quy định về đảm bảo vệ sinh môi trường

Cung ứng dịch vụ viễn thông là một ngành kinh doanh đặc thù có ảnh hưởng trực tiếp đến sức khỏe của con người và bởi vậy bảo đảm an toàn về môi trường là đòi hỏi cấp bách khi cung ứng dịch vụ viễn thông ở nhiều quốc gia trên thế giới. Ngoài một số quy định về an toàn bức xạ, pháp luật về dịch vụ viễn thông và bảo vệ môi trường hầu như không đề cập đến yêu cầu an toàn về môi trường trong quá trình cung ứng dịch vụ viễn thông và cũng không yêu cầu trở thành một nội dung bắt buộc trong các thỏa thuận liên doanh ở nước ta hiện nay.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 3

1. Dịch vụ viễn thông (DVVT) có một vai trò quan trọng trong đời sống kinh tế - xã hội của mỗi quốc gia. Trong giao lưu thương mại quốc tế, DVVT ngày càng tỏ rõ ưu thế, thu hút sự quan tâm của Tổ chức Thương mại Thế giới (WTO) nói chung và của mỗi quốc gia trong đó có Việt Nam nói riêng. Trong khuôn khổ của WTO, DVVT được điều chỉnh bởi “Hiệp định chung về Thương mại dịch vụ – General Agreement on Trade in Services – GATS” năm 1994. Hiệp định GATS đặt nền móng pháp lý và khung khổ pháp lý quốc tế đồng bộ đầu tiên cho thương mại dịch vụ và trực tiếp tác

¹⁹ Nguồn: Lương liên doanh không đủ sống, <<http://vietbao.vn/Viec-lam/Luong-lien-doanh-khong-du-song/75165168/267/>>

động chi phối đến tất cả các hiệp định thương mại song phương và đa phương trên thế giới, buộc tất cả các nước thành viên phải tuân thủ.

2. Thoát thai từ một nền kinh tế tập trung quan liêu bao cấp, DVVT tuy là ngành kinh tế quan trọng song chưa được đối xử như một lĩnh vực thương mại dịch vụ. Trong bối cảnh mà nền kinh tế chỉ biết và chú trọng đến dịch vụ thương mại, nên hệ thống pháp luật của Việt Nam trong thời gian dài đã coi coi dịch vụ nói chung và DVVT nói riêng là một dạng hàng hoá đặc biệt. Hệ quả này đã tiếp tục ảnh hưởng đến pháp luật về DVVT ngày hôm nay khi về cơ bản chúng ta chưa có một khuôn khổ pháp lý chung cho thương mại dịch vụ.

3. Sau khi trở thành thành viên chính thức thứ 150 của WTO, Việt Nam phải tuân thủ các quy định của Hiệp định GATS, Hiệp định về dịch vụ viễn thông cơ bản của WTO đồng thời phải thực hiện đầy đủ các cam kết về mở cửa thị trường viễn thông. Theo đó, sự hiện diện thương mại của nhà đầu tư nước ngoài theo phương thức cung cấp dịch vụ thứ ba đã đang thay thế các hợp đồng hợp tác kinh doanh (BCC) giữa Bên Việt Nam và Bên nước ngoài trên thị trường dịch vụ viễn thông ở nước ta hiện nay. Trên thực tế, nhiều doanh nghiệp liên doanh như SPT, HTC, Gtel Mobile... đã gia nhập và cạnh tranh quyết liệt và chiếm giữ thị phần đáng kể trên thị trường dịch vụ viễn thông ở nước ta trong thời gian qua.

4. Qua khảo sát việc thực hiện pháp luật về hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông ở nước ta đã cho thấy: (i) khái niệm pháp lý về doanh nghiệp liên doanh nói chung và doanh nghiệp liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông chưa thực sự rõ ràng và đang thực sự là rào cản không chỉ đối với nhà đầu tư mà còn đối với cơ quan quản lý Nhà nước; (ii) còn tồn tại những bất cập trong các quy định về đối tác liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông ở Việt Nam; (iii) còn tồn tại những bất cập trong quy định về phương thức góp vốn và tiến trình góp vốn của các Bên trong triển khai liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông ở Việt Nam; (iv) khung pháp luật về quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông còn thiếu chi tiết, đồng bộ và còn rất nhiều bất cập; (v) khung pháp luật về triển khai liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông còn rất nhiều bất cập. đặc biệt thiếu các quy định về lao động và bảo vệ môi trường.

Chương 4

PHƯƠNG HƯỚNG VÀ CÁC GIẢI PHÁP NÂNG CAO HIỆU QUẢ GIAO KẾT VÀ THỰC HIỆN HỢP ĐỒNG LIÊN DOANH TRONG KINH DOANH DỊCH VỤ VIỄN THÔNG Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

4.1 Phương hướng hoàn thiện

Thứ nhất, khuôn khổ luật pháp về hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông cần phải được hoàn thiện đầy đủ và đồng bộ

Môi trường chính sách dịch vụ viễn thông ở Việt Nam là một hệ thống khá phức tạp với nhiều loại luật, các văn bản dưới luật. Trong lĩnh vực viễn thông có tới hơn 100 văn bản quy phạm pháp luật điều chỉnh. Điều này gây khó khăn lớn cho các việc thực hiện, nhất là khi liên quan đến thương nhân nước ngoài. Việc phân định trách nhiệm thiếu rõ ràng giữa các cơ quan quản lý nhà nước trong các lĩnh vực dịch vụ cũng tạo nên tính thiếu nhất quán của môi trường pháp lý. Có một số điều khoản của các văn bản mới về vấn đề này mâu thuẫn với một số văn bản đang có hiệu lực, thí dụ như các quy định về thẩm quyền xử lý vụ việc cạnh tranh trong hoạt động kinh doanh dịch vụ viễn thông trong Luật viễn thông 2009 và Nghị định 25/2011/NĐ-CP (Điều 6) hoàn toàn mâu thuẫn với các thẩm quyền xử lý vụ việc cạnh tranh của Luật cạnh tranh 2004 và các văn bản quy phạm pháp luật hướng dẫn thi hành Luật cạnh tranh.

Mặc dù có nhiều bước tiến đáng kể so với giai đoạn trước khi ban hành Luật viễn thông 2009, song chi phí giao dịch cao do thủ tục cấp phép phiền hà, tình trạng thiếu minh bạch, khó tiên liệu do hay thường xuyên bị thay đổi của pháp luật là những thực tế khá phổ biến hiện nay trong lĩnh vực dịch vụ viễn thông. Đây cũng chính là những nguyên nhân làm tăng mức độ rủi ro, giảm quy mô kinh doanh và đầu tư vào lĩnh vực sử dụng dịch vụ và đương nhiên trở thành những cản trở đối với việc phát triển nó.

Pháp luật về hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông được chú trọng phát triển chủ yếu là để đáp ứng yêu cầu của các hiệp định và hiệp ước quốc tế về thương mại dịch vụ nói chung và dịch vụ viễn thông nói riêng, chẳng hạn như Hiệp định thương mại song phương Việt Nam - Hoa Kỳ, và Hiệp định ASEAN về thương mại dịch vụ. Hiện tại, hệ thống pháp luật về dịch vụ viễn thông đang thiếu những quy định về

những vấn đề thông thường, mang tính nội tại của nền kinh tế dịch vụ. Trong bối cảnh hội nhập quốc tế, các rào cản đối với thương mại dịch vụ nói chung và dịch vụ viễn thông nói riêng thường do các qui định như thế tạo ra. Mặt khác, Nhà nước chưa thực sự chú trọng sử dụng pháp luật để điều tiết, kiểm soát khu vực dịch vụ viễn thông nhằm:

- (i) Tạo môi trường kinh doanh hiệu quả, minh bạch, giảm chi phí giao dịch;
- (ii) Bảo vệ lợi ích người tiêu dùng;
- (iii) Bảo đảm sự phổ cập dịch vụ viễn thông như là dịch vụ thiết yếu phục vụ xã hội;
- (iv) Duy trì nguồn thu ngân sách;
- (v) Thực hiện các mục tiêu chính sách quốc gia.

Chẳng hạn, hiện tại, pháp luật về dịch vụ viễn thông duy trì chế độ cấp giấy phép phức tạp, chồng chéo trong trường hợp nhà cung cấp cung ứng nhiều loại hình dịch vụ viễn thông. Sự lẫn lộn giữa các điều kiện và tiêu chí cho việc cấp phép cung ứng dịch vụ viễn thông cũng cản trở nhà đầu tư, đặc biệt là nhà đầu tư nước ngoài tiếp cận khu vực này. Như đã phân tích ở trên, pháp luật cũng chưa thực sự chú trọng bảo vệ lợi ích người tiêu dùng, nhất là trong những trường hợp người tiêu dùng phải ký hợp đồng cung ứng dịch vụ viễn thông theo mẫu, hay chất lượng dịch vụ viễn thông thời gian qua.

Một bất cập cần được đặc biệt lưu ý là cơ sở để áp dụng các mức thuế khác nhau đối với hoạt động dịch vụ viễn thông chưa rõ ràng. Hiện nay, trừ một số trường hợp đặc biệt, tất cả các doanh nghiệp ở Việt Nam đều phải đóng thuế VAT và thuế thu nhập doanh nghiệp. Tuy nhiên, chưa có sự phân hóa về thuế suất giữa doanh nghiệp viễn thông và đại lý dịch vụ viễn thông theo thông lệ quốc tế;

Thứ hai, cần xóa bỏ nhanh chóng những quy định pháp luật về liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông không tương thích so với các quy định tương ứng của pháp luật quốc tế (WTO/GATS và các hiệp định liên quan)

So sánh các quy định của pháp luật về dịch vụ viễn thông ở Việt Nam nói chung, các quy định về hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông và các quy định của Hiệp định GATS và các văn kiện pháp lý có liên quan chúng ta thấy có những điểm khác biệt sau đây:

- *Nguyên tắc đối xử tối huệ quốc (MFN)*. Hiệp định GATS của WTO yêu cầu các nước thành viên phải dành cho nhau hưởng đối xử tối huệ quốc, tuy nhiên Việt Nam

vẫn chưa có quy định pháp luật cụ thể về việc cho hưởng đối xử MFN trong dịch vụ viễn thông;

- *Nguyên tắc đối xử quốc gia (NT)*. Hiện tại các nhà cung cấp dịch vụ viễn thông nước ngoài tại Việt Nam, cũng như những dịch vụ viễn thông do họ cung cấp nhìn chung chưa được hưởng chế độ đối xử quốc gia mà còn phải tuân theo những quy định riêng. Các quy định riêng này thường liên quan đến các vấn đề như giá cả (giá cao hơn so với các nhà cung cấp dịch vụ trong nước), điều kiện đầu tư (điều kiện về vốn pháp định, một số các tiêu chuẩn nghiệp vụ, kỹ thuật). Nội dung này sẽ được thay đổi đáng kể khi Việt Nam phải thực hiện nghĩa vụ chính thức của quốc gia thành viên theo các Hiệp định thương mại tự do thế hệ mới (FTAs) như TPP;

- *Minh bạch hoá chính sách*. Việt Nam đang chuyển đổi sang cơ chế thị trường nên chính sách và pháp luật về dịch vụ viễn thông trong giai đoạn xây dựng, hoàn thiện và phát triển. Vì vậy, các chính sách và các quy định của pháp luật về dịch vụ viễn thông thường thay đổi, chưa ổn định và chưa hoàn toàn minh bạch. Đồng thời khi có những thay đổi thì lại chưa thông tin một cách kịp thời cho các nhà kinh doanh trong nước cũng như nước ngoài trong lĩnh vực dịch vụ viễn thông;

- *Nguyên tắc bình đẳng, cạnh tranh công bằng*. Mặc dù trong những năm qua, Việt Nam đã cố gắng thu hẹp khoảng cách về đối xử giữa DN 100% vốn của Nhà nước với DN ngoài quốc doanh, giữa DN Việt Nam với DN có vốn đầu tư nước ngoài nhưng vẫn còn có sự chưa bình đẳng giữa các DN này.

- *Cam kết mở cửa thị trường*. Nhìn chung, hiện nay ở Việt Nam chưa thực sự mở cửa trong một số lĩnh vực dịch vụ viễn thông. Một số dịch vụ viễn thông còn sử dụng những quy định, biện pháp mang tính hạn chế về số lượng, trợ giá các dịch vụ, số lượng người cung cấp dịch vụ, số lượng thể nhân được tuyển dụng, tỷ lệ góp vốn của bên nước ngoài, hình thức công ty của người nước ngoài... Về các hình thức cung cấp dịch vụ viễn thông thì hiện tại pháp luật Việt Nam mới quy định cụ thể về hình thức, đó là hiện diện thương mại. Hiện diện thương mại thường được thể hiện dưới các hình thức doanh nghiệp theo Luật Doanh nghiệp 2014, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài theo Luật Đầu tư 2014 tại Việt Nam. Vì vậy, chưa tạo điều kiện mở cửa thị trường cho sự phát triển hình thức cung cấp dịch vụ qua biên giới và tiêu thụ dịch vụ ở nước ngoài.

Thứ ba, xóa bỏ những biểu hiện của sự bất bình đẳng giữa các chủ thể tham gia vào cung cấp dịch vụ viễn thông: giữa công ty nhà nước (Công ty 100% vốn của Nhà nước) và các công ty tư nhân (bao gồm cả doanh nghiệp liên doanh)

Một trong những đặc điểm nổi bật của quá trình cải cách kinh tế ở Việt Nam là vai trò ngày càng tăng của khu vực kinh tế tư nhân. Tỷ trọng của khu vực nhà nước trong GDP đã giảm dần, đặc biệt kể từ khi ban hành Luật Doanh nghiệp 2005 đến nay.

Tuy nhiên, vị trí độc quyền và/hoặc thống lĩnh thị trường của doanh nghiệp 100% vốn của Nhà nước trong ngành dịch vụ viễn thông vẫn tồn tại. Sự không bình đẳng trong tiếp cận thị trường của các thương nhân khác, kể cả các nhà đầu tư nước ngoài so với doanh nghiệp 100% vốn của Nhà nước thể hiện ở việc Nhà nước thường khống chế số lượng nhà khai thác, cung cấp dịch vụ qua chế độ cấp phép, các ưu đãi dành cho các doanh nghiệp 100% vốn của Nhà nước.

Thứ tư, các quy định về đầu tư nước ngoài trong lĩnh vực kinh doanh dịch vụ viễn thông cần tiếp tục tạo sự thuận lợi cho việc tiếp cận thị trường của các thương nhân nước ngoài bằng hình thức liên doanh

Có thể nhận thấy từ năm 1987 trở lại đây, pháp luật đầu tư tại Việt Nam đã được sửa theo hướng thúc đẩy và bảo đảm tốt hơn các quyền của nhà đầu tư. 41 hiệp định bảo hộ đầu tư và 38 hiệp định tránh đánh thuế hai lần đã được ký với nhiều nước và lãnh thổ trên thế giới. Pháp luật cho phép người nước ngoài đầu tư vào Việt Nam dưới mọi hình thức, trong đó có hình thức công ty 100% vốn nước ngoài ở tất cả các lĩnh vực, ngành nghề không bị pháp luật cấm.

Tuy nhiên, tiếp cận và tham gia thị trường cung cấp dịch vụ viễn thông vẫn là một vấn đề đối với các nhà đầu tư nước ngoài.

Trước đây, Pháp lệnh Bưu chính Viễn thông 2002 nêu thương nhân nước ngoài chỉ được tham gia cung cấp dịch vụ viễn thông dưới hình thức hợp đồng hợp tác - kinh doanh (BCC). Trong các hợp đồng này, thương nhân nước ngoài đầu tư vốn, công nghệ, kinh nghiệm quản lý và được chia sẻ lợi nhuận song không có quyền sở hữu cổ phần. Trong hầu hết các trường hợp, các dự án BCC bộc lộ nhiều bất cập, không khuyến khích được các nhà đầu tư nước ngoài. Hiện nay, Điều 17 Luật viễn thông 2009, Điều 3, 4 Nghị định 25/2011/NĐ-CP đều khống chế tỷ lệ vốn góp của bên nước ngoài,

tỷ lệ sở hữu doanh nghiệp viễn thông vẫn tiếp tục được xem là các rào cản cho các thương nhân nước ngoài tiếp cận thị trường viễn thông ở Việt Nam hiện nay.

Thứ năm, tiếp tục tăng cường các cơ chế thực thi pháp luật về liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông

Sự yếu kém về thực thi các văn bản pháp luật là một trở ngại lớn đối với sự phát triển của ngành dịch vụ viễn thông và thực hiện dự án liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông ở Việt Nam. Đặc biệt, đối với các công ty hoạt động trong dịch vụ viễn thông mới, việc thực hiện còn khó khăn hơn nhiều. Điều này dễ dẫn đến quyền sở hữu không bảo đảm và hậu quả trước mắt là rủi ro kinh doanh và chi phí giao dịch tăng lên. Các công ty buộc phải áp dụng một số chiến lược giảm thiểu rủi ro để hạn chế ảnh hưởng trong trường hợp các công ty khác vi phạm hợp đồng. Họ có thể sử dụng các hợp đồng ngắn hạn với những hứa hẹn gia hạn hợp đồng trong trường hợp thực hiện thành công, hay thanh toán trả chậm để bảo đảm sự giao hàng trong tương lai. Hơn nữa, các công ty dịch vụ nhỏ, chiếm tỷ trọng lớn trong tổng số công ty ở Việt Nam, có ít nguồn lực để bảo vệ họ trong trường hợp vi phạm bởi phía bên kia.

Thứ sáu, xây dựng hoàn chỉnh tiêu chuẩn dịch vụ viễn thông, tăng cường công tác thực hiện và giám sát cung cấp dịch vụ viễn thông của các doanh nghiệp liên doanh

Một trong những vai trò quan trọng của luật pháp là bảo vệ lợi ích người tiêu dùng bằng cách yêu cầu bảo đảm chất lượng vì đa số người tiêu dùng phải ký hợp đồng đối với dịch vụ viễn thông trước khi họ có thể thực sự chắc chắn về chất lượng của dịch vụ mà họ nhận được. Mặc dù trong những năm qua đã có những sự cải thiện khá mạnh, nhưng hệ thống các tiêu chuẩn dịch vụ viễn thông ở Việt Nam vẫn chưa đầy đủ và chưa thống nhất với các tiêu chuẩn quốc tế. Vẫn còn có sự trùng lặp về trách nhiệm giữa các bộ khác nhau. Ví dụ, Bộ Văn hoá và Thông tin, Thể Thao và Du lịch và Bộ Khoa học - Công nghệ, Bộ Thông tin và Truyền thông đều có chức năng cấp giấy chứng nhận đối với một số sản phẩm dịch vụ IT phục vụ viễn thông. Một sự khác biệt quan trọng nữa giữa hệ thống của Việt Nam và quốc tế là: ở Việt Nam, các tiêu chuẩn dịch vụ do các Bộ trong Chính phủ xây dựng trong khi đó trên thế giới, các tiêu chuẩn này do các hiệp hội chuyên nghiệp soạn thảo, ban hành và đưa vào thực hiện.

Việc thiếu các tiêu chuẩn rõ ràng cho nhiều loại hình dịch vụ cũng như thiếu minh bạch trong công tác quản lý làm cho việc thực hiện trở nên khó khăn. Khá phổ biến là các khiếu nại của khách hàng thường không được giải quyết thỏa đáng. Có thể thấy vấn đề chất lượng khá phổ biến trong công tác xây dựng, nơi những sự vi phạm các tiêu chuẩn chất lượng do pháp luật đề ra không được xử lý thích đáng. Cơ chế chế tài yếu kém này rõ ràng đã khuyến khích cạnh tranh không bình đẳng và cuộc cạnh tranh giảm giá và chất lượng trong các nhà cung cấp dịch vụ, kết quả là năng lực cạnh tranh của các nhà cung cấp dịch vụ viễn thông Việt Nam luôn ở mức độ thấp.

4.2 Những giải pháp cụ thể

4.2.1 Nhóm giải pháp về hoàn thiện các quy định pháp luật về giao kết và thực hiện hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông ở Việt Nam hiện nay

Việc hoàn thiện các quy định pháp luật về giao kết và thực hiện hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông nhằm giải quyết những điểm bất hợp lý, chưa khả thi trong pháp luật hiện hành. Những nội dung cần hoàn thiện bao gồm:

Thứ nhất, hoàn thiện các quy định về quan hệ tiền hợp đồng trong giao kết hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông

Các nước trên thế giới có nhiều cách tiếp cận khác nhau đối với việc điều chỉnh quan hệ tiền hợp đồng, trong đó điển hình là cách tiếp cận của hệ thống các nước theo hệ thống Common Law và hệ thống các nước theo hệ thống Civil Law. Tuy nhiên, nhìn chung theo pháp luật các nước trên thế giới, pháp luật điều chỉnh quan hệ tiền hợp đồng bao gồm năm nhóm:

- + Hiệu lực của lời mời giao kết hợp đồng
- + Các công cụ làm thuận tiện giao dịch
- + Đề nghị giao kết hợp đồng và chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng
- + Các hình thức xử lý vi phạm đối với hành vi xâm phạm quan hệ tiền hợp đồng
- + Luật áp dụng đối với các quan hệ tiền hợp đồng

Pháp luật Việt Nam còn có quá ít quy định về các quan hệ tiền hợp đồng trong giao kết hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông. Trong khi đó, lý luận và thực tiễn áp dụng pháp luật ở các nước đã cho thấy pháp luật điều chỉnh quan hệ tiền hợp đồng trong giao kết hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông

bao gồm rất nhiều nội dung như hiệu lực của lời mời giao kết hợp đồng; các công cụ làm thuận tiện giao dịch; đề nghị giao kết hợp đồng và chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng; xử lý vi phạm đối với hành vi vi phạm quan hệ tiền hợp đồng và luật áp dụng đối với các quan hệ tiền hợp đồng.

+ Pháp luật Việt Nam nhìn chung chưa có quy định rõ ràng về chế độ trách nhiệm đối với các hành vi vi phạm quan hệ tiền hợp đồng nói chung và hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông nói riêng. Vẫn còn nhiều vấn đề đặt ra cần giải quyết như chế độ trách nhiệm đối với quan hệ tiền hợp đồng, vấn đề lỗi của người vi phạm...

+ Pháp luật Việt Nam chưa làm rõ về giá trị pháp lý của các quan hệ có tính chất tiến triển hướng tới việc giao kết hợp đồng nhưng trên thực tế hợp đồng không được giao kết. Nói cách khác, trong trường hợp có các quan hệ có tính chất tiến triển hướng tới việc giao kết hợp đồng nhưng trên thực tế hợp đồng không được giao kết do một bên tự động chấm dứt và làm ảnh hưởng tới bên kia thì các quan hệ này có tính chất ràng buộc hay không đối với các bên chưa được làm rõ trong luật pháp Việt Nam.

+ Pháp luật Việt Nam chưa xác định cụ thể giá trị pháp lý của các thoả thuận đạt được trong quá trình đàm phán hợp đồng. Pháp luật Việt Nam chưa làm rõ được giá trị của các tài liệu tiền hợp đồng, nghĩa là các tài liệu được soạn thảo trong quá trình thương lượng, đàm phán hợp đồng sau khi hợp đồng đã được giao kết, cũng như chưa làm rõ được mối quan hệ giữa những tài liệu tiền hợp đồng này với hợp đồng đã được giao kết.

Để hoàn thiện pháp luật Việt Nam về quan hệ tiền hợp đồng trong giao kết hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông, cần thực hiện những biện pháp sau đây:

+ Xây dựng và ban hành quy định về lời mời đưa ra đề nghị giao kết hợp đồng và giá trị pháp lý của những lời mời này.

+ Xây dựng và ban hành các quy định về giá trị pháp lý của các quan hệ có tính chất tiến triển hướng tới việc giao kết hợp đồng nhưng trên thực tế hợp đồng không được giao kết

+ Xây dựng và ban hành các quy định xác định cụ thể giá trị pháp lý của các thoả thuận đạt được trong quá trình đàm phán hợp đồng

+ Xây dựng và ban hành các quy định về chế độ trách nhiệm đối với những hành vi xâm phạm quan hệ tiền hợp đồng.

Pháp luật Việt Nam đã thừa nhận nghĩa vụ trung thực, thiện chí trong quan hệ hợp đồng. Theo đó, các bên phải thiện chí, trung thực trong việc xác lập, thực hiện quyền, nghĩa vụ, không bên nào được lừa dối bên nào. Pháp luật cũng ghi nhận việc nguyên tắc chịu trách nhiệm dân sự, theo đó các bên phải nghiêm chỉnh thực hiện nghĩa vụ dân sự của mình và tự chịu trách nhiệm về việc không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ, nếu không tự nguyện thực hiện thì có thể bị cưỡng chế thực hiện theo quy định của pháp luật. Tuy nhiên, pháp luật Việt Nam chưa chỉ rõ các hình thức trách nhiệm đối với việc vi phạm nghĩa vụ trung thực, thiện chí trong quan hệ tiền hợp đồng; trách nhiệm liên quan đến lời hứa hẹn được đưa ra trong quá trình đàm phán hợp đồng và trách nhiệm đối với hành vi thủ đắc không có căn cứ. Điều này cho thấy để áp dụng chế độ trách nhiệm đối với hành vi vi phạm quan hệ tiền hợp đồng, việc căn cứ vào những quy định hiện hành là không đủ. Điều này đặt ra yêu cầu phải tiếp tục hoàn thiện các quy định pháp luật về chế độ trách nhiệm đối với các quan hệ tiền hợp đồng.

Việc xây dựng và hoàn thiện chế độ trách nhiệm đối với các quan hệ tiền hợp đồng cần được làm rõ theo ba chế độ trách nhiệm sau đây:

+ Chế độ trách nhiệm đối với việc vi phạm nghĩa vụ trung thực, thiện chí trong quan hệ tiền hợp đồng;

+ Chế độ trách nhiệm liên quan đến lời hứa hẹn được đưa ra trong quá trình đàm phán hợp đồng;

Thứ hai, hoàn thiện các quy định về xử lý xung đột pháp luật và lựa chọn luật áp dụng đối với hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông

Để hoàn thiện pháp luật Việt Nam về giải quyết xung đột pháp luật và lựa chọn luật áp dụng cho hợp đồng trong giao kết hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông cần thực hiện một cách đồng bộ những biện pháp sau đây:

- Xây dựng và ban hành những quy định cụ thể về lựa chọn luật áp dụng đối với các quan hệ tiền hợp đồng trong giao kết hợp đồng liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông

Trong giai đoạn tiền hợp đồng, nhìn chung các bên không có sự lựa chọn luật áp dụng đối với hợp đồng. Do đó, pháp luật Việt Nam cần xác định những yếu tố căn bản làm cơ sở cho sự lựa chọn luật áp dụng của các bên.

- Xây dựng và ban hành những quy định cụ thể về luật áp dụng đối với dịch vụ viễn thông cụ thể;

- Xây dựng và ban hành những quy định cụ thể về lựa chọn luật áp dụng đối với quan hệ tiền hợp đồng

Trường hợp luật áp dụng được ghi nhận trong các văn bản được xác lập trong quá trình đàm phán hợp đồng như Biên bản làm việc, Bản ghi nhớ nhưng sau này lại không được đề cập trong hợp đồng thì nếu sau đó các bên không tài liệu nào thoả thuận bổ sung về lựa chọn luật áp dụng với hợp đồng, pháp luật cần khẳng định rằng luật được các bên thoả thuận trong các văn bản xác lập trong quá trình đàm phán hợp đồng sẽ trở thành luật áp dụng đối với hợp đồng.

- Thực tiễn áp dụng pháp luật ở Việt Nam cần làm quen với các nguyên tắc đã được áp dụng phổ biến trên thế giới

Thực tiễn áp dụng tập quán thương mại quốc tế ở Việt Nam cũng cần làm quen với việc áp dụng các nguyên tắc đã được áp dụng phổ biến trên thế giới. Lý luận và thực tiễn áp dụng pháp luật ở Việt Nam không khẳng định rõ vấn đề đặt ra là liệu ở Việt Nam, các bên có quyền được lựa chọn những quy tắc quốc tế (ví dụ, Nguyên tắc Hợp đồng Thương mại Quốc tế, Nguyên tắc Luật Hợp đồng Châu Âu) không phải là pháp luật một nước hay tập quán thương mại quốc tế để điều chỉnh quan hệ hợp đồng không?. Tuy nhiên, trong quan hệ thương mại quốc tế, chúng ta nên cho phép các bên lựa chọn áp dụng nguyên tắc nêu trên.

Thứ ba, khôi phục lại sự điều chỉnh của pháp luật đối với các điều khoản chủ yếu của hợp đồng liên doanh trong giao kết hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông

Cần phải nhấn mạnh là, việc Luật đầu tư 2014 và Nghị định 118/2015/NĐ-CP ngày 12 tháng 11 năm 2015 của Chính phủ (có hiệu lực thi hành kể từ ngày 27 tháng 12 năm 2015) không quy định những nội dung chủ yếu của hợp đồng liên doanh là không phù hợp với các ngành kinh doanh có điều kiện như kinh doanh dịch vụ viễn thông. Khôi phục lại sự điều chỉnh của pháp luật đối với các điều khoản chủ yếu của hợp đồng liên doanh trong giao kết hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông sẽ giúp Nhà nước đạt được các mục tiêu của chính sách phát triển viễn thông của quốc gia đồng thời giúp cho các Bên trong liên doanh ngăn ngừa được các rủi ro pháp lý liên quan đến hiệu lực của hợp đồng liên doanh.

Thứ tư, thực hiện đầy đủ các điều ước quốc tế liên quan đến hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông mà Việt Nam đã ký kết hoặc tham gia.

Việc thực hiện nghiêm túc các điều ước quốc tế liên quan đến hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông mà Việt Nam đã ký kết hoặc tham gia, qua đó đưa pháp luật Việt Nam phù hợp với các chuẩn mực của pháp luật về dịch vụ viễn thông và thông lệ quốc tế. Đây là yếu tố hết sức quan trọng đối với quan hệ thương mại với nước ngoài, bởi lẽ trong nhiều trường hợp, các giao dịch thương mại giữa doanh nghiệp Việt Nam với doanh nghiệp nước ngoài phải đối mặt với nhiều loại rào cản thương mại. Việc vận dụng hợp lý các điều ước quốc tế cũng giúp cho Việt Nam tận dụng được lợi thế của nước đang phát triển khi được thụ hưởng nhiều đãi ngộ trong các điều ước quốc tế.

4.2.2. Nhóm giải pháp về hoàn thiện pháp luật về trình tự, thủ tục cấp Giấy chứng nhận đầu tư cho dự án liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông ở Việt Nam hiện nay

Để đảm bảo môi trường cạnh tranh thực sự, chế độ cấp phép phải minh bạch, công khai và nhanh chóng cho doanh nghiệp. Yêu cầu này cũng được thể hiện rõ trong Tài liệu Tham chiếu Viễn thông của WTO.

Quá trình cấp phép của Việt Nam hiện còn nhiều bất cập. Các tiêu chí cấp phép không đủ rõ ràng trong các quy định có liên quan. Các văn bản hướng dẫn của cơ quan quản lý không đủ rõ và không đủ chi tiết. Ví dụ, điều 38 của Nghị định 25/2011/NĐ-CP ngày 06 tháng 04 năm 2011 liên quan tới các điều kiện về năng lực chuyên môn và tài

chính để cấp phép cung cấp cơ sở hạ tầng mạng, người xin cấp phép phải “có đủ nguồn nhân lực và tài chính thích hợp để thực thi dự án liên quan”. Tuy nhiên, không rõ thế nào là “đủ”. Bên cạnh đó, Nghị định này cũng yêu cầu dự án xin cấp phép phải phù hợp với chiến lược và kế hoạch phát triển ngành, tuy nhiên những văn bản này phần lớn mang tính chung chung, khó có thể cụ thể hóa. Do vậy, việc cấp phép có thể được vận dụng tùy theo cách hiểu và quyết định cảm tính của các quan chức có trách nhiệm, tạo kẽ hở cho sự lạm dụng.

Ngoài ra quá trình cấp phép còn nhiều thủ tục rườm rà và quá trình xem xét quá dài. Điều thường xuyên xảy ra là thời gian cần thiết để có được giấy phép dài hơn nhiều so với thời hạn quy định trong các văn bản chính thức. Khi việc cấp phép bị từ chối, doanh nghiệp xin cấp phép có thể không biết lý do tại sao bị từ chối và những việc cần phải làm để có được giấy phép. Trong nhiều trường hợp, các công ty xin giấy phép để cung cấp một số dịch vụ nhất định, nhưng phải đợi rất lâu mà không nhận được bất cứ sự trả lời nào từ Bộ Bưu chính Viễn thông (BCVT). Ví dụ trường hợp của công ty OCI: doanh nghiệp này đã xin giấy phép thành lập Trung tâm One Connection Global Centre ở Việt Nam nhằm cung cấp dịch vụ điện thoại qua Internet từ tháng 10/2003. Đơn xin giấy phép của họ trình bày chi tiết các lợi ích của dự án đối với doanh nghiệp, khu vực viễn thông và nền kinh tế Việt Nam. Tuy nhiên, cho đến tháng 10/2004, doanh nghiệp vẫn chưa nhận sự trả lời nào từ Bộ BCVT. Đối với OCI, đây là một sự khác biệt so với các nhà chức trách Singapore nơi hướng dẫn OCI cụ thể những việc cần hoàn thiện để có được giấy phép.

Để giải quyết những bất cập trên trong vấn đề cấp phép, Bộ BCVT nên cung cấp các quy định và hướng dẫn rõ ràng hơn về các tiêu chí được cấp phép cho các loại hình dịch vụ viễn thông khác nhau. Trong chừng mực có thể, các tiêu chí đó nên được lượng hoá để giúp người xin cấp phép nắm bắt tốt hơn các yêu cầu hoặc lý do bị từ chối cấp giấy phép. Điều này cũng giúp quá trình cấp phép minh bạch hơn và ít cảm tính hơn. Hơn nữa, điều này còn giúp Bộ BCVT giám sát việc triển khai các giấy phép đã được cấp

4.2.3 Nhóm giải pháp về hoàn thiện pháp luật về giải quyết tranh chấp về hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông ở Việt Nam hiện nay

Tăng cường chính sách cạnh tranh là vấn đề trung tâm của ngành viễn thông trong bối cảnh tự do hoá. Việc khảo sát kinh nghiệm của các nước cho thấy nếu không có chính sách cạnh tranh và các quy định hỗ trợ cạnh tranh đi kèm thì sẽ không thu được lợi ích tối ưu từ quá trình tự do hoá. Việt Nam cũng đã có những bước đi ban đầu theo hướng tăng cường cạnh tranh như cấp giấy phép cho một số doanh nghiệp ngoài Tập đoàn Bưu chính Viễn thông (VNPT) hoạt động kinh doanh trong lĩnh vực dịch vụ điện thoại di động, Internet và điện thoại cố định. Tuy nhiên, có hai điểm đặc trưng về môi trường cạnh tranh của thị trường dịch vụ viễn thông của Việt Nam.

Thứ nhất, đây chủ yếu là sân chơi của do các doanh nghiệp nhà nước (VNPT, Viettel, SPT, ETC, VISHIPEL, Hanoi Telecom), trừ một số doanh nghiệp tư nhân trong lĩnh vực cung cấp dịch vụ Internet. Do vậy, cần phải có chiến lược tăng cường hơn nữa sự tham gia của doanh nghiệp tư nhân trong nước và nhà đầu tư nước ngoài để thúc đẩy cạnh tranh. Tuy nhiên đối với một số mảng dịch vụ liên quan đến hạ tầng mạng dịch vụ cố định mang đặc điểm lợi thế kinh tế dựa trên quy mô thì cơ quan quản lý cần phải tính toán kỹ lưỡng xem số lượng bao nhiêu doanh nghiệp được phép tham gia cung cấp dịch vụ là tối ưu, nếu không việc đầu tư thêm vào hạ tầng mạng sẽ không có hiệu quả, gây lãng phí nguồn lực xã hội.

Đối với đầu tư nước ngoài, vì lý do một số lĩnh vực viễn thông sử dụng hạ tầng mạng có vai trò đặc biệt quan trọng đối với an ninh, chính trị của đất nước, chỉ nên khuyến khích hình thức liên doanh với tỷ lệ sở hữu phía Việt Nam chiếm chi phối (tức là từ 51% trở lên).

Thứ hai, mức độ cạnh tranh của thị trường chưa cao doanh nghiệp chủ đạo của nhà nước là VNPT vẫn chiếm thị phần áp đảo. Hiện nay, VNPT chiếm thị phần trên 60%, một thị phần rất lớn nếu so sánh với hai công ty chủ đạo của Trung Quốc là China Mobile và China Telecom chỉ chiếm mỗi công ty không quá 40% thị phần dịch vụ viễn thông Trung Quốc.

Việc tập trung thị trường quá mức vào một công ty như vậy sẽ gây ảnh hưởng đến vấn đề kết nối, một yếu tố rất quan trọng đảm bảo sự cạnh tranh của thị trường. Công ty viễn thông lớn thường không có động cơ kết nối (mặc dù có nghĩa vụ) với

mạng của công ty nhỏ mới tham gia thị trường, do vậy sẽ hạn chế cạnh tranh từ các công ty này.

Nguyên nhân đứng đằng sau sự chi phối thị trường quá mức của VNPT chính là chức năng kép của công ty này: sở hữu mạng đường trục, đồng thời lại là nhà cung cấp dịch vụ trên mạng đó. Chính vai trò kép này của VNPT đã tác động tiêu cực đến vấn đề kết nối, một yếu tố rất quan trọng đảm bảo sự cạnh tranh thực sự của thị trường như kinh nghiệm của các nước cho thấy. Việc tách sở hữu mạng đường trục ra khỏi hoạt động cấp dịch vụ của VNPT và giao mạng này cho một doanh nghiệp độc lập khai thác là một hướng cần phải làm trong thời gian tới nhằm thiết lập một môi trường cạnh tranh thực sự.

Bên cạnh việc tăng cường chính sách cạnh tranh, *các quy định hỗ trợ cạnh tranh* liên quan đến kết nối, cấp giấy phép, cơ quan quản lý độc lập cũng cần phải được thiết lập và thực hiện có hiệu quả.

4.2.4. Các giải pháp khác nhằm nâng cao hiệu quả thực thi hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông ở Việt Nam hiện nay

- Đảm bảo kết nối

Việc kết nối giữa các mạng dịch vụ khác nhau phải được đảm bảo như quy định của nhà nước về nghĩa vụ kết nối đối với các doanh nghiệp. Tuy nhiên, trong những năm gần đây, kết nối luôn nổi lên là vấn đề “nóng” đối với ngành viễn thông. Các công ty mới tham gia thị trường dịch vụ viễn thông của Việt Nam hạn chế về mạng lưới nên phải phụ thuộc vào mạng lưới và hạ tầng của VNPT. Vì cũng là doanh nghiệp cung cấp dịch vụ nên một điều dễ hiểu là VNPT không mặn mà trong việc tạo kết nối cho các doanh nghiệp mới tham gia thị trường mặc dù theo quy định của chính phủ các doanh nghiệp phải có nghĩa vụ kết nối.

Theo điều tra, đa số doanh nghiệp (78%) không thuộc VNPT cho rằng họ có vấn đề khó khăn trong việc kết nối với VNPT. Có hai sự kiện nổi bật liên quan đến kết nối là tranh chấp giữa Viettel và VNPT năm 2005 và tranh chấp giữa EVN Telecom và VNPT năm 2006. Sau đó, Chính phủ đã phải quyết định buộc VNPT mở thêm dung lượng kết nối cho Viettel và EVN Telecom.

- Không phân biệt đối xử trong kết nối

Kết nối cần phải được thực hiện trên cơ sở không phân biệt đối xử giữa các doanh nghiệp. Theo cuộc điều tra năm 2006 của UNDP, phần lớn các doanh nghiệp được phỏng vấn cho rằng VNPT đã thiên vị với các doanh nghiệp thành viên của mình khi không yêu cầu họ phải ký thoả thuận kết nối, hợp đồng chia sẻ hạ tầng, hoặc thuê mạng nội hạt, đường dài và quốc tế. Các doanh nghiệp này cũng được kết nối nhanh, trong khi các doanh nghiệp mới phải chờ đợi lâu mới triển khai được dịch vụ mới của mình. Ví dụ, VNPT ngay lập tức kết nối giữa hai nhà cung cấp dịch vụ di động là thành viên của mình, Vinaphone và VMS, trong khi mạng di động của SPT lại phải đợi tới 1 năm kể từ khi hoạt động mới kết nối được với Vinaphone và chỉ được kết nối thử nghiệm với VMS.

- Kết nối phải nhanh chóng

Thời gian kết nối quyết định tính cạnh tranh của doanh nghiệp do vậy, kết nối phải nhanh chóng, kịp thời để doanh nghiệp có thể triển khai mạng dịch vụ của mình trên thị trường. Hiện nay, thời gian kết nối vẫn còn kéo dài. Nếu theo quy định của Bộ Bưu chính Viễn thông thì VNPT cần phải đảm bảo kết nối trong thời gian 45 ngày. Nhưng trên thực tế, thời gian kết nối kéo dài hơn nhiều. Vẫn theo cuộc điều tra do UNDP tiến hành ở trên, Viettel mất hơn 5 tháng để đàm phán kết nối với VNPT, 5 tháng nữa đàm phán với các doanh nghiệp thành viên của VNPT, và 8 tháng để thuê đường truyền quốc tế của VNPT. Thời gian như vậy là quá dài và ảnh hưởng rất lớn đến hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp xin kết nối.

- Giá kết nối phải dựa trên chi phí

Theo yêu cầu của Tài liệu Tham chiếu Viễn thông của WTO, giá kết nối phải dựa trên cơ sở chi phí. Nghị định 217/2003/NĐ-CP cũng có quy định như trên về giá kết nối, ngoài ra còn có một số tiêu chí khác như giá kết nối không mang tính phân biệt đối xử, mức độ hợp lý so với mức giá của khu vực và của thế giới, có tính đến cấu phần đóng góp dịch vụ phổ cập. Tuy nhiên vì không có hướng dẫn chi tiết nên việc thực hiện vẫn còn những bất cập. Theo đánh giá của UNDP (2006), nhiều doanh nghiệp cho rằng giá kết nối vẫn chưa dựa trên cơ sở chi phí thực tế và không bao quát được tất cả các loại hình dịch vụ. Chi phí kết nối ở Việt Nam chiếm tỷ trọng cao trong tổng chi phí và doanh thu dịch vụ, do vậy giá kết nối cao sẽ ảnh hưởng đến khả năng cạnh tranh của

doanh nghiệp mới tham gia thị trường trong việc triển khai các dịch vụ. Do đó, cơ quan quản lý cần phải tham vấn kỹ lưỡng với doanh nghiệp trước khi đưa ra giá kết nối chính thức đối với doanh nghiệp chủ đạo của nhà nước VNPT.

- Thiết lập cơ quan quản lý độc lập

Kinh nghiệm của các nước cho thấy rằng trong điều kiện tự do hoá với sự tham gia nhiều hơn của đầu tư tư nhân và đầu tư nước ngoài vào thị trường dịch vụ viễn thông, cần thiết phải có một cơ quan quản lý độc lập để thiết lập môi trường cạnh tranh của thị trường, không phân biệt đối xử giữa các loại hình doanh nghiệp. Quá trình làm cho một cơ quan quản lý trở nên độc lập chia làm 2 giai đoạn chính. Giai đoạn thứ nhất là tách việc cung cấp dịch vụ/hoạt động mạng khỏi chức năng quản lý và chính sách. Giai đoạn thứ hai là tách biệt các chức năng quản lý và phát triển chính sách. Ở Việt Nam, giai đoạn thứ nhất đã được hoàn thành. Vấn đề chính ở Việt Nam là các chức năng quản lý và phát triển chính sách vẫn chưa được tách biệt và vẫn do Bộ BCVT đảm trách.

Tuy nhiên, xét điều kiện cụ thể của Việt Nam vào lúc này, việc tách cơ quan quản lý độc lập ra khỏi Bộ BCVT là không khả thi vì như kinh nghiệm của các nước cho thấy, để hoạt động có hiệu quả, cơ quan quản lý độc lập phải có nguồn kinh phí tồn, có lực lượng chuyên môn giỏi trong lĩnh vực mình quản lý. Yêu cầu này trong hiện tại là không thể, do vậy, trong ngắn hạn, hướng đi tối ưu nhất đối với Việt Nam vẫn là Bộ BCVT tiếp tục đảm nhiệm vai trò cơ quan quản lý độc lập và điều quan trọng là cần phải nâng cấp trang thiết bị và tăng cường đào tạo chuyên môn cho cán bộ nhằm theo kịp với sự phát triển của công nghệ cũng như sự phát triển của hoạt động kinh doanh (định giá cước, cấp giấy phép, giải quyết tranh chấp kết nối...).

- Áp dụng hiệu quả mô hình Quỹ Dịch vụ phổ cập

Theo kinh nghiệm của các nước, khi độc quyền không còn nữa, Quỹ Dịch vụ phổ cập là một công cụ được sử dụng rộng rãi nhất để cung cấp dịch vụ phổ cập thay cho công cụ trợ cấp chéo. Trước đây, Việt Nam cũng sử dụng trợ cấp chéo để thực hiện mục tiêu xã hội, chẳng hạn mức cước áp dụng cho các cuộc gọi quốc tế tại Việt Nam nằm trong số các nước có mức cước cao nhất trên thế giới, trong khi các mức cước nội hạt và liên tỉnh thì lại khá rẻ so với mức trung bình trong khu vực.

Hiện nay, Việt Nam đã chuyển sang mô hình Quỹ Dịch vụ phổ cập được hình thành từ sự đóng góp bắt buộc của các doanh nghiệp, nguồn ODA, và các nguồn khác. Quỹ này sẽ được sử dụng để xây dựng các mạng lưới dịch vụ phổ cập thông qua hình thức chỉ định hoặc đấu thầu. Trong ngắn hạn, hình thức chỉ định có thể là thích hợp khi chỉ có một số lượng rất ít các doanh nghiệp có khả năng xây dựng được mạng lưới là các doanh nghiệp chủ đạo. Tuy nhiên, trong dài hạn, khi các doanh nghiệp mới tham gia thị trường phát triển mạnh hơn cả về số lượng lẫn quy mô, đủ khả năng để có thể xây dựng mạng lưới thì hình thức đấu thầu nên được ưu tiên vì nó không mang tính bóp méo. Sử dụng có hiệu quả Quỹ Dịch vụ phổ cập, không phân biệt đối xử, cũng như không tạo gánh nặng cho doanh nghiệp là một thách thức đối với Việt Nam. Điều này đòi hỏi cơ quan quản lý phải nỗ lực rất nhiều trong việc xây dựng các mô hình tính toán chi phí cho các dự án phổ cập dịch vụ, trên cơ sở đó mới có hình thức phân bổ quỹ thích hợp./.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 4

Xuất phát từ sự cần thiết của việc phải nhanh chóng hoàn thiện pháp luật về *hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông* trong điều kiện kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa và hội nhập kinh tế quốc tế hiện nay ở Việt Nam, pháp luật về hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông cần phải được hoàn thiện theo các yêu cầu sau đây:

1. Chuẩn hoá những khái niệm cơ bản về hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông và giao kết hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông, chuẩn hoá khung pháp luật điều chỉnh quan hệ tiền hợp đồng trong hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông.

2. Hoàn thiện những quy định pháp luật về quan hệ tiền hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông theo hướng làm rõ trước khi giao kết hợp đồng, quan hệ giữa các bên cũng có thể kéo theo những nghĩa vụ nhất định.

3. Hoàn thiện những quy định pháp luật về điều kiện có hiệu lực của hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông. Trong đó, điều quan trọng là pháp luật Việt Nam cần theo kịp chuẩn mực quốc tế trong các lĩnh vực mới của quan hệ thương

mại với nước ngoài, ví dụ rửa tiền, cấm vận, hàng rào kỹ thuật, các quy định về chất lượng sản phẩm...

4. Hoàn thiện những quy định pháp luật về luật áp dụng và lựa chọn luật áp dụng trong giao kết hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông.

5. Dự báo được xu hướng vận động, phân tích bối cảnh phát triển mới của pháp luật Việt Nam về hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông trong điều kiện hội nhập kinh tế quốc tế và gia nhập Tổ chức Thương mại Thế giới.

Đây là những giải pháp cơ bản nhằm đảm bảo tính khả thi của pháp luật về hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông, từng bước nâng cao hiệu quả của việc áp dụng pháp luật trong điều kiện hiện hành ở Việt Nam.

KẾT LUẬN

1. Tuy đều thừa nhận cơ sở pháp lý của Công ty là hợp đồng song quan niệm về hợp đồng công ty có sự khác biệt trong các dòng họ pháp luật lớn trên thế giới. Qua khảo sát pháp luật của các quốc gia thuộc dòng họ Civil Law và Common Law đã cho phép đi đến kết luận *bản chất của công ty là giao dịch pháp lý dưới hình thức hợp đồng được thiết lập trên cơ sở sự thỏa thuận của các thành viên nhằm xác lập các quyền và nghĩa vụ pháp lý giữa họ, với công ty, giữa công ty với bên thứ ba và với Nhà nước.*

2. Hợp đồng công ty có một số đặc điểm cơ bản: (i) hợp đồng thành lập công ty (Memorandum of association) là một hoặc tập hợp các văn kiện pháp lý ràng buộc không chỉ đối với các thành viên sáng lập công ty mà còn đối với các thành viên khác của công ty nhằm thiết lập các điều kiện cơ bản cho sự tồn tại và hoạt động của công ty; (ii) về hình thức, hợp đồng thành lập công ty (Memorandum of association) mặc dù có giá trị ưu tiên cao nhất song chỉ là một thỏa thuận trong một tập hợp các thỏa thuận ràng buộc pháp lý giữa các thành viên công ty; (iii) về nội dung, hợp đồng thành lập công ty (Memorandum of association) giữ vai trò nền tảng pháp lý cao nhất và trung tâm của hệ thống các quy định về quản trị công ty;

Tuy nhiên, pháp luật của các quốc gia trên thế giới cũng đã thừa nhận trường hợp thành lập công ty mà không cần có hợp đồng công ty – công ty cổ phần hoặc công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên.

3. Luật Đầu tư 2005, Luật đầu tư 2015 không nêu khái niệm về hợp đồng liên doanh. Tuy nhiên cách hiểu về hợp đồng liên doanh thống nhất với quan điểm của Luật Đầu tư 1996. Theo đó, hợp đồng liên doanh có một số đặc điểm riêng biệt rất đáng lưu ý sau đây: (i) hợp đồng liên doanh theo pháp luật Việt Nam có sự tham gia của bên (các bên) của quốc gia sở tại với bên (hoặc các bên) nước ngoài); (ii) hợp đồng liên doanh theo pháp luật Việt Nam gắn liền với việc thành lập doanh nghiệp liên doanh – một pháp nhân mang quốc tịch Việt Nam; (iii) hợp đồng liên doanh theo pháp luật Việt Nam chỉ được giao kết phù hợp với lộ trình mở cửa thị trường mà Việt Nam đã cam kết trong WTO, ASEAN...và các hiệp định thương mại song phương mà Việt Nam là một Bên

của Hiệp định; (iv) mặc dù có nhiều điểm tương đồng với hợp đồng hợp tác kinh doanh (BCC), song hợp đồng liên doanh với BCC cũng có nhiều điểm khác biệt cơ bản;

4. Điểm chung trong cách tiếp cận của các nước về điều kiện có hiệu lực của hợp đồng là đều xác định hợp đồng phải đáp ứng đầy đủ các điều khoản cơ bản và được sự chuẩn thuận của cơ quan quản lý Nhà nước có thẩm quyền theo các quy định pháp luật của quốc gia tiếp nhận đầu tư. Trước khi Luật doanh nghiệp 2014 và Luật đầu tư năm 2014 được ban hành, pháp luật Việt Nam tiếp nhận cả hai phương thức quy định: phương thức thứ nhất được thể hiện trong pháp luật về đầu tư (quy định các điều khoản bắt buộc đối với Hợp đồng liên doanh) và pháp luật về doanh nghiệp quy định về điều lệ của doanh nghiệp liên doanh (được tổ chức dưới hình thức Công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc Công ty cổ phần). Đây là một trong những bằng chứng sống động và thuyết phục về sự tồn tại của các doanh nghiệp ở Việt Nam đang được hình thành trên các nền tảng pháp lý khác nhau: doanh nghiệp liên doanh (doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài) chỉ chú ý điều chỉnh về hợp đồng liên doanh và sự hợp nhất bản hợp đồng thành lập công ty và bản điều lệ công ty trong điều chỉnh pháp luật đối với doanh nghiệp nội địa.

Tuy nhiên, sau khi Luật doanh nghiệp 2014 và Luật đầu tư năm 2014 được ban hành, pháp luật Việt Nam lựa chọn phương thức: pháp luật về doanh nghiệp quy định về điều lệ của doanh nghiệp liên doanh (được tổ chức dưới hình thức Công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc Công ty cổ phần). Theo đó, việc kiểm soát đối với các doanh nghiệp liên doanh được thực hiện như đối với các doanh nghiệp trong nước.

5. Hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông cũng có những đặc điểm riêng, cụ thể: (i) về chủ thể, nhà đầu tư nước ngoài với tính cách là một Bên của Hợp đồng phải đáp ứng được các điều kiện về gia nhập thị trường phù hợp với lộ trình mở cửa thị trường viễn thông mà Việt Nam đã cam kết; (ii) hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông chỉ có hiệu lực khi được các cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam phê chuẩn và cấp Giấy chứng nhận đầu tư; (iii) đảm bảo tính khả thi của các hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông, Việt Nam đã cam kết ban hành các quy định về kết nối và là yêu cầu phải tuân thủ trong các Hợp đồng kinh doanh dịch vụ viễn thông.

6. Dịch vụ viễn thông (DVVT) có một vai trò quan trọng trong đời sống kinh tế - xã hội của mỗi quốc gia. Trong giao lưu thương mại quốc tế, DVVT ngày càng tỏ rõ ưu thế, thu hút sự quan tâm của Tổ chức Thương mại Thế giới (WTO) nói chung và của mỗi quốc gia trong đó có Việt Nam nói riêng. Trong khuôn khổ của WTO, DVVT được điều chỉnh bởi “Hiệp định chung về Thương mại dịch vụ – General Agreement on Trade in Services – GATS” năm 1994. Hiệp định GATS đặt nền móng pháp lý và khung khổ pháp lý quốc tế đồng bộ đầu tiên cho thương mại dịch vụ và trực tiếp tác động chi phối đến tất cả các hiệp định thương mại song phương và đa phương trên thế giới, buộc tất cả các nước thành viên phải tuân thủ.

7. Thoát thai từ một nền kinh tế tập trung quan liêu bao cấp, DVVT tuy là ngành kinh tế quan trọng song chưa được đối xử như một lĩnh vực thương mại dịch vụ. Trong bối cảnh mà nền kinh tế chỉ biết và chú trọng đến dịch vụ thương mại, nên hệ thống pháp luật của Việt Nam trong thời gian dài đã coi coi dịch vụ nói chung và DVVT nói riêng là một dạng hàng hoá đặc biệt. Hệ quả này đã tiếp tục ảnh hưởng đến pháp luật về DVVT ngày hôm nay khi về cơ bản chúng ta chưa có một khuôn khổ pháp lý chung cho thương mại dịch vụ.

8. Sau khi trở thành thành viên chính thức thứ 150 của WTO, Việt Nam phải tuân thủ các quy định của Hiệp định GATS, Hiệp định về dịch vụ viễn thông cơ bản của WTO đồng thời phải thực hiện đầy đủ các cam kết về mở cửa thị trường viễn thông. Theo đó, sự hiện diện thương mại của nhà đầu tư nước ngoài theo phương thức cung cấp dịch vụ thứ ba đã đang thay thế các hợp đồng hợp tác kinh doanh (BCC) giữa Bên Việt Nam và Bên nước ngoài trên thị trường dịch vụ viễn thông ở nước ta hiện nay. Trên thực tế, nhiều doanh nghiệp liên doanh như SPT, HTC, Gtel Mobile... đã gia nhập và cạnh tranh quyết liệt và chiếm giữ thị phần đáng kể trên thị trường dịch vụ viễn thông ở nước ta trong thời gian qua.

9. Qua khảo sát việc thực hiện pháp luật về hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông ở nước ta đã cho thấy: (i) khái niệm pháp lý về doanh nghiệp liên doanh nói chung và doanh nghiệp liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông chưa thực sự rõ ràng và đang thực sự là rào cản không chỉ đối với nhà đầu tư mà còn đối với cơ quan quản lý Nhà nước; (ii) còn tồn tại những bất cập trong các quy định về đối tác

liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông ở Việt Nam; (iii) còn tồn tại những bất cập trong quy định về phương thức góp vốn và tiến trình góp vốn của các Bên trong triển khai liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông ở Việt Nam; (iv) khung pháp luật về quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông còn thiếu chi tiết, đồng bộ và còn rất nhiều bất cập; (v) khung pháp luật về triển khai liên doanh kinh doanh dịch vụ viễn thông còn rất nhiều bất cập. đặc biệt thiếu các quy định về lao động và bảo vệ môi trường.

10. Xuất phát từ sự cần thiết của việc phải nhanh chóng hoàn thiện pháp luật về hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông trong điều kiện kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa và hội nhập kinh tế quốc tế hiện nay ở Việt Nam, pháp luật về hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông cần phải được hoàn thiện theo các yêu cầu sau đây: (i) Chuẩn hoá những khái niệm cơ bản về hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông và giao kết hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông, chuẩn hoá khung pháp luật điều chỉnh quan hệ tiền hợp đồng trong hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông. (ii) Hoàn thiện những quy định pháp luật về quan hệ tiền hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông theo hướng làm rõ trước khi giao kết hợp đồng, quan hệ giữa các bên cũng có thể kéo theo những nghĩa vụ nhất định; (iii) Hoàn thiện những quy định pháp luật về điều kiện có hiệu lực của hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông. Trong đó, điều quan trọng là pháp luật Việt Nam cần theo kịp chuẩn mực quốc tế trong các lĩnh vực mới của quan hệ thương mại với nước ngoài, ví dụ rửa tiền, cấm vận, hàng rào kỹ thuật, các quy định về chất lượng sản phẩm...; (iv) Hoàn thiện những quy định pháp luật về luật áp dụng và lựa chọn luật áp dụng trong giao kết hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông; (v) Dự báo được xu hướng vận động, phân tích bối cảnh phát triển mới của pháp luật Việt Nam về hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông trong điều kiện hội nhập kinh tế quốc tế và gia nhập Tổ chức Thương mại Thế giới.

11. Trên cơ sở đó, Luận án đã đề xuất các nhóm giải pháp nhằm hoàn thiện giải pháp nhằm nâng cao hiệu quả giao kết và thực hiện hợp đồng liên doanh trong kinh doanh dịch vụ viễn thông ở Việt Nam hiện nay.

**DANH MỤC CÁC CÔNG TRÌNH KHOA HỌC
ĐÃ CÔNG BỐ CỦA TÁC GIẢ**

1. Lê Kim Giang (2009), “*Bài học thực tiễn về hợp tác kinh tế quốc tế trong doanh nghiệp dịch vụ viễn thông*”, Tạp chí Cộng sản, số 31, tr. 53 – 56.
2. Lê Kim Giang (2009), “*Đặc điểm của hợp đồng hợp tác kinh doanh viễn thông tại Việt Nam*”, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 14(1551), tr. 18 – 22.
3. Lê Kim Giang (2009), “*Pháp luật và Doanh nghiệp trong điều kiện hội nhập*”, Tạp chí dân chủ và Pháp luật (số chuyên đề), tr. 190 – 197

TÀI LIỆU THAM KHẢO

Tiếng Việt

1. Bộ Thông tin và Truyền thông (2010), Sách trắng WiTFOR *Công nghệ thông tin và Truyền thông*, Nxb Thông tin và Truyền thông.
2. Bộ Thông tin và Truyền thông (2011), Báo cáo thường niên *Vietnam Telecoms International Summit 2011 - Getting Vietnam online with broadband for all*.
3. Trần Nhật Lệ, Nguyễn Việt Dũng (2002), *Cải cách viễn thông*, Nxb Bưu điện.
4. Bùi Xuân Phong (2002), *Chiến lược kinh doanh bưu chính viễn thông*, Nxb Bưu điện.
5. Đỗ Trung Tá - Bộ trưởng Bộ BCVT (2003), Tham luận tại Hội thảo Việt Nam gia nhập WTO: *Ngành Viễn thông Việt Nam trong quá trình hội nhập kinh tế quốc tế*, Ngân hàng Thế giới, Hà Nội.
6. Đỗ Trung Tá (2004), *Ngành Bưu chính - Viễn thông trong tiến trình chủ động hội nhập kinh tế quốc tế*, Báo Nhân Dân.
7. Hà Văn Hội (2006), *Hội nhập WTO: những tác động đến bưu chính, viễn thông và công nghệ thông tin Việt Nam*, Nxb Bưu điện.
8. Hà Văn Hội (2003), *Các vấn đề đặt ra đối với lĩnh vực viễn thông và công nghệ thông tin Việt Nam trong tiến trình gia nhập WTO*, Tạp chí Bưu chính viễn thông số 211(412).
9. Khu Thị Tuyết Mai (2006), *Hội nhập WTO - kinh nghiệm một số nước và bài học cho Việt Nam*, Tạp chí Kinh tế châu Á - Thái Bình Dương, số 46 (137).
10. Luật Viễn thông và các Nghị định quy định chi tiết thi hành (2012), Nxb Thông tin và Truyền thông.
11. Mai Liêm Trực, Nguyễn Ngô Hồng (2005), *Viễn thông Việt Nam trong quá trình đổi mới*, Tạp chí BCVT và CNTT.
12. Mai Liêm Trực (2003), *Tiến tới xây dựng chiến lược ngành CNTT viễn thông*, Hà Nội.
13. Nghị định số 25/2011/NĐ-CP ngày 06/4/2011 của Chính phủ Quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Viễn thông.
14. Nghị định số 55/2010/NĐ-CP ngày 24/5/2010 của Chính phủ sửa đổi bổ

sung một số điều của Nghị định số 142/2004/NĐ-CP của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính về bưu chính, viễn thông và tần số vô tuyến điện

15. Ngô Huy Cương (2004), Hợp đồng thành lập Công ty ở Việt Nam, Luận án tiến sỹ luật học, Hà Nội,

16. Nguyễn Như Phát, Phan Thảo Nguyên (2006), *Pháp luật thương mại dịch vụ Việt Nam và hội nhập kinh tế quốc tế*, Nxb Bưu điện.

17. Phan Tâm (2006), *Bưu chính Viễn thông và công nghệ thông tin Việt Nam với WTO*, chuyên san đặc biệt, Tạp chí Bưu chính Viễn thông.

18. Quán Duy Ngân Hà (2004), đề tài cấp Bộ: *Nghiên cứu và xây dựng dự thảo Quy định của Bộ về hoạt động hợp tác quốc tế trong lĩnh vực bưu chính viễn thông và công nghệ thông tin*, mã số 71-04-KHKT-RD.

19. Nguyễn Am Hiểu (2001), "Pháp luật về công ty", *Giáo trình khoa Luật kinh tế Việt Nam*, Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội, Tr.149

20. Vụ Hợp tác quốc tế (Bộ Thông tin và Truyền thông) (2003), Báo cáo: *Các tác động ảnh hưởng của hội nhập kinh tế quốc tế đối với Bưu chính Viễn thông Việt Nam*, Tạp chí Bưu chính Viễn thông và Công nghệ thông tin.

21. Vụ Hợp tác quốc tế (Bộ Thông tin và Truyền thông) (2003), Báo cáo: *Các tác động ảnh hưởng của hội nhập kinh tế quốc tế đối với Bưu chính Viễn thông Việt Nam*, Tạp chí Bưu chính Viễn thông và Công nghệ thông tin.

22. Ban chấp hành trung ương Đảng Công sản Việt nam khoá X (2007), Nghị quyết 08-NQ/TW về một số chủ trương, chính sách lớn để phát triển nhanh và bền vững khi Việt Nam là thành viên của tổ chức thương mại Thế giới.

23. Mai Thế Bày, "Xung quanh việc định tội danh đối với hành vi lắp đặt, sử dụng trái phép các thiết bị thu phát sóng vô tuyến điện, có sử dụng phổ tần số liên quan đến dịch vụ viễn thông quốc tế", Tạp chí Kiểm sát. Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Số 07/2009, tr. 36 – 39.

24. Mai Ngọc Cường chủ biên(1995), các học thuyết kinh tế- Lịch sử phát triển, tác giả và tác phẩm, NXB Thống kê.

25. Bùi Ngọc Cường (2004) Một số vấn đề về quyền tự do kinh doanh trong pháp luật kinh tế hiện hành ở Việt Nam, NXB Chính trị Quốc gia, Hà Nội.

26. Nguyễn Hoàng Hằng (2010), **“Tìm hiểu pháp luật về dịch vụ viễn thông tại Việt Nam”**, Đại học Luật Hà Nội, Luận án thạc sỹ;
27. Nguyễn Thanh Hưng, Nguyễn Thị Thanh Thuý (2002), Hàng rào phi thuế quan các rào cản đối với Thương mại quốc tế, tạp chí thương mại (18),(16).
28. Lê Bộ Lĩnh (Chủ biên) (2006), Vòng đàm phán Doha: Nội dung, tiến triển và những vấn đề đặt ra cho các nước đang phát triển, NXB khoa học xã hội
29. Võ Đại Lược (2004), Tự do hoá thương mại và hội nhập kinh tế quốc tế và vấn đề an ninh, tạp chí những vấn đề kinh tế thế giới, (8) (3-10);
30. Trần Hồng Minh (2006), Tác động của hội nhập kinh tế khi Việt Nam gia nhập WTO, tạp chí kinh tế và dự báo.
31. Phạm Duy Nghĩa, (Chủ biên), (2001), Tìm hiểu pháp luật Hoa kỳ trong điều kiện Việt Nam hội nhập kinh tế khu vực và thế giới, NXB chính trị quốc gia, Hà Nội.
32. Chế Quang Nghĩa, “Những thủ đoạn thực hiện hành vi "trộm cắp cước viễn thông quốc tế" ở Việt Nam” Tạp chí Tòa án nhân dân. Tòa án nhân dân tối cao, Số 11/2008, tr. 14 - 16, 28.
33. Phan Thảo Nguyên (2007), **“Pháp luật viễn thông Việt Nam trong bối cảnh hội nhập kinh tế quốc tế”** Tạp chí Nhà nước và Pháp luật. Viện Nhà nước & pháp luật, Số: 01/ Năm 2007, tr 31 – 35,79;
34. Phan Thảo Nguyên (2006), “Kết nối mạng viễn thông và yêu cầu thực thi pháp luật cạnh tranh”, Tạp chí Luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, Số 6/2006, tr. 15 – 21.
35. Nguyễn Thị Hồng Nhung, (2003), Tự do hoá thương mại ở ASEAN, NXB, Khoa học xã hội.
36. Nguyễn Như Phát, Phan Thảo Nguyên,(2006), Pháp luật thương mại dịch vụ Việt Nam và hội nhập kinh tế quốc tế.
37. Bùi Xuân Phong, Trần Đức Thung (2002), **“Chiến lược kinh doanh bưu chính viễn thông”** NXB Chính trị Quốc gia, Hà Nội.
38. Mai Hồng Quỳ, Trần Việt Dũng (2005), Luật thương mại quốc tế, NXB, Đại học quốc gia, Tp. Hồ Chí Minh .

39. Vũ Như Thăng (2007), Tự do hoá thương mại dịch vụ trong WTO: Luật và thông lệ, NXB Hà Nội.
40. Đinh Văn Thành (Chủ biên) (2005), Rào cản trong thương mại quốc tế, NXB Thống kê, Hà nội.
41. Nguyễn Văn Trinh, Nguyễn tiến Dũng, Vũ Văn Nghinh (2007), Lịch sử các học thuyết kinh tế, NXB Đại học quốc gia Tp Hồ chí Minh.
42. Trần Văn Tùng,(2000), Tính hai mặt của toàn cầu hoá, NXB, Thế giới, Hà nội.
43. Ủy ban Quốc gia về hợp tác kinh tế quốc tế(2005), Tác động của các Hiệp định WTO đối với các nước đang phát triển.
44. Ủy ban về hợp tác kinh tế quốc tế(2006), Việt nam gia nhập tổ chức thương mại thế giới-Thời cơ và thách thức, NXB, Lao động, Hà nội.
45. WTO (1994), Hiệp định chung về dịch vụ (GATS).
46. Bùi Quốc Việt (2007), “Tập đoàn bưu chính viễn thông Việt Nam trong giai đoạn hội nhập WTO”, Tạp chí Thông tin đối ngoại Số 8/2007.
47. WTO (2996), Biểu cam kết về dịch vụ của Việt nam với WTO.
48. Walter Goode (1997), Từ điển chính sách thương mại quốc tế, NXB Thống kê, Hà nội.

Tiếng Anh

49. Aaditya Mattoo, Robert M. Ster, and Gianni Zanini (2008), *A Handbook of International Trade in Services*”, Oxford University Press, First published.
50. Bernard M. Hoekman, *Liberalizing trade in services*, World Bank. Development Research Group. Trade.
51. John Whalley (2003), *Liberalization In Chinas Key Service Sectors Following WTO Accession: Some Scenarios And Issues Of Measurement*, National Bureau Of Economic Research.
52. Mari Pangestu and Debbie Mrongowius (2003), *Telecommunication Services in China: Facing the Challenges of WTO Accession*.
53. Peter Cowhey and Mikhail M. Klimenko (2002), *The WTO Agreement And*

Telecommunication Policy Reforms, University of California in San Diego.

54. Phedon Nicolaides (1989), *Liberalizing trade in services: strategies for success*, Published in North America for the Royal Institute of International Affairs, Council on Foreign Relations Press.

55. Rudiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll (2008), *WTO - trade in services*.

56. Takatoshi Ito, Anne O. Krueger (2008), *Trade in services in the Asia-Pacific region*.

57. Deluxe Black's Dictionary, West Publishing Co., 1990.

58. Daniel Khoury, Yvonne SYamouni, *Understanding Contract Law*, Butterworths, Sydney, Adelaide, Brisbane, Caberra, Hobart, Melbourne, Perth, 1989, P.7-8.

59. Robert W. Emerson, John W. Hardwick, *Business Law*, Barron's educational series Inc., USA, 1997, p.65-66.

60. Henn H. G., Alexander J. R. (1983), *Law of Corporations and Other Business Enterprises*, Third Edition, West Publishing Company, USA, P.237

61. Hamilton R. W. (1990), *The Law of Corporations*, West Publishing Company, USA, P.79-80

62. Emerson R. W., Hardwick J. W. (1997), *Business law*, Barron's Education Series, INC, USA, P.320.

63. Hamilton R. W. (1990), *The Law of Corporations*, West Publishing Company, USA, P.48.

64. *Precis de Legislation Civile*. October 3 1883. Xem them: Pham Diem (1993), *Legislation in Vietnam under the French Rule*, Legal Forum, Vol.3, No.34 , P.24

65. Allen W. J., Kraakman R. (2003), *Commentaries and Cases on the Law of Business Organization*, Aspen publishers, New York' P.37

66. Bevan C. J. (1995), *Corporations Law*, Third edition, The Law Book Company LTD, P.32-33.

67. Bevan C. J. (1995), *Corporations Law*, Third edition, The Law Book Company LTD, P.32

68.

Website

69. Nguyễn văn: “A joint venture is an association of firms or individuals formed to undertake a specific business project. It is similar to a partnership, but limited to a specific project (such as producing a specific product or doing research in a specific area). Nguồn: <http://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3243>

70. Administrative Measures for the Determination of High and New Technology Enterprises: http://www.ciipacn.org/hot/news_show.asp?id=225

71. Administrative Measures for the Licensing of Telecommunication Business Operations: <http://www.miit.gov.cn/n11293472/n11294912/n11296542/12130160.html>

72. Anti-monopoly Law of the PRC (2007): http://www.china.org.cn/government/laws/2009-02/10/content_17254169.htm

73. Catalogue of Industries for Guiding Foreign Investment (2011): http://www.gov.cn/flfg/2011-12/29/content_2033089.htm

74. Code of the PRC Customs Tariffs (2012): <http://www.qgtong.com/hgsz/>

75. Foreign Trade Law of The PRC (2004): <http://english.mofcom.gov.cn/aarticle/policyrelease/internationalpolicy/200703/20070304473373.html> *

76. Key information on China's participation in the WTO: http://www.wto.org/english/thewto_e/countries_e/china_e.htm

77. Law of the PRC on Foreign-funded Enterprises: http://www.china.org.cn/business/laws_regulations/2007-08/02/content_1219563.htm

78. Law of the PRC on Sino-Foreign Cooperative Joint Ventures (2000): http://www.gov.cn/banshi/2005-08/31/content_69772.htm

79. Law of the PRC on Sino-Foreign Equity Joint Ventures (2001): http://www.law-lib.com/law/law_view.asp?id=598

80. Measures for the Administration of Chinese-Foreign Cooperative Audio-video Product Distribution Enterprises (2004): www.wipo.int/clea/docs_new/pdf/en/cn/cn063en.pdf

81. Measures for the Administration of Import of Audio and Video Recordings (2011): http://en.nbwh.gov.cn/art/2011/3/23/art_1345_15364.html *

82. Measures for the Administration of the Publication of Audio-Visual Programs through the Internet or Other Information Network (2004):
<http://www.sarft.gov.cn/articles/2004/10/11/20070924103429960289.html>
83. Provisional Regulation on Investment in Cinemas by Foreign Investors (2003):
[http://www.asianlii.org/cn/legis/cen/laws/proiicbf711/ *](http://www.asianlii.org/cn/legis/cen/laws/proiicbf711/)
84. Provisions on Guiding Foreign Investment (2002):
http://news.xinhuanet.com/zhengfu/2002-02/27/content_291499.htm
85. Provisions on the Administration of Foreign-funded Telecommunications Enterprises (2001): http://www.china.org.cn/business/laws_regulations/2007-06/22/content_1214774.htm
86. Regulation on the Administration of Audio and Video Products (2011 revision):
http://www.china.com.cn/policy/txt/2011-03/24/content_22208716.htm
87. Regulation to Encourage Foreign Investment in High and New Technology Industries in Beijing: <http://www.bjfao.gov.cn/affair/invest/25646.htm>
88. Regulations of Telecommunications of Liaoning Province, PRC (Amended in 2004): http://www.ccicc.com.cn/_zcfg/show.php?itemid=1652
89. Regulations of Telecommunications of the PRC (2000):
http://www.china.org.cn/business/laws_regulations/2010-01/20/content_19273945.html
90. The Implementation Rules of Law of the PRC on Foreign-funded Enterprises:
http://www.ndrc.gov.cn/wzly/zcfg/wzzcqy/t20050715_36943.htm
91. The Implementation Rules of law of the PRC on Sino-Foreign Equity Joint Ventures : http://www.ndrc.gov.cn/wzly/zcfg/wzzcqy/t20050715_36941.htm
92. The Implementation Rules of the law of the PRC on Sino-Foreign Cooperative Joint Ventures (2001):
<http://www.jxxzsp.gov.cn/Approve/fwzn/download.aspx?kind=flfg&ID=418>
93. The Supplementary Provisions II of the Provisional Regulation on Investment in Cinemas by Foreign Investors:
<http://www.sarft.gov.cn/articles/2006/02/20/20070924093120170800.html>
94. The Supplementary Provisions of the Provisional Regulation on Investment in Cinemas by Foreign Investors:

http://www.fdi.gov.cn/pub/FDI_EN/Laws/InvestmentDirection/GuidanceforSpecificIndustries/t20060620_51297.jsp *

95. Wikipedia, the free encyclopedia, Contract, (<http://en.wikipedia.org/wiki/Contracts>) 8/10/2008

96. The Executive Order 13224 - blocking property and prohibiting transactions with persons who commit, threaten to commit, or support terrorism

97. The Forty Recommendations on Money Laundering. 1990. Revised in 1996 and 2003. The Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF).

98. CCH Asia Limited (1990), *Guide to Company Law in Malaysia & Singapore*, CCH Asia Limited

99. Lemeunier, F. (1993), *Nguyên lý và thực hành, Luật thương mại, Luật kinh doanh*, NXB Chính Trị Quốc Gia, Hà Nội, Tr. 172.

100. GTR Delaume (1988), “The principle of party autonomy in international contracts is well established”, *Law and Practice of Transnational contracts*.