**BẢN GÓP Ý DỰ THẢO**

**NGHỊ ĐỊNH SỬA ĐỔI, BỔ SUNG MỘT SỐ ĐIỀU CỦA NGHỊ ĐỊNH SỐ 52/2013/NĐ-CP NGÀY 16 THÁNG 5 NĂM 2013**

**CỦA CHÍNH PHỦ VỀ THƯƠNG MẠI ĐIỆN TỬ**

Người thực hiện: Luật sư Nguyễn Thanh Hà – Chủ tịch Công ty Luật TNHH SB LAW

Địa chỉ: Tầng 2, Tòa 21T2, Hapulico Complex, số 81 Vũ Trọng Phụng, quận Thanh Xuân, Hà Nội

Lời đầu tiên, tôi xin gửi lời chào và lời cảm ơn trân trọng đến Quý Cơ quan đã mời tôi đến dự buổi góp ý vào ngày 14/01/2021 cho Dự thảo 03 của Nghị định sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 52/2013/NĐ-CP ngày 16 tháng 05 năm 2013 của Chính phủ về thương mại điện tử (sau đây được gọi tắt là “**Dự thảo**”).

Qua nghiên cứu bản Dự thảo, tôi có một số góp ý dưới đây:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **QUY ĐỊNH TRONG DỰ THẢO** | **NHẬN XÉT** |
| 1. | **Khoản 11 của Điều 36**  Đối với những sàn giao dịch thương mại điện tử bán lẻ có tích hợp chức năng đặt hàng và thanh toán trực tuyến, ngoài các nghĩa vụ trên, thương nhân, tổ chức cung cấp dịch vụ sàn giao dịch thương mại điện tử có trách nhiệm:  a) Cung cấp cho cơ quan quản lý nhà nước công cụ tra cứu các thông tin liên quan tới người bán để phục vụ công tác thanh tra, kiểm tra, xử lý vi phạm và giải quyết khiếu nại, tố cáo.  […]  d) Liên đới trách nhiệm về hàng hóa, dịch vụ bán trên sàn giao dịch thương mại điện tử nếu không thực hiện các nghĩa vụ quy định tại các khoản 8, 9 Điều này.  khoản 11 (d) của Điều 36 | **Khoản 11 (a) Điều 36 Can thiệp quá sâu vào hoạt động của doanh nghiệp thương mại điện tử**  Ở góc độ của cơ quan quản lý nhà nước, có thể hiểu việc yêu cầu cung cấp công cụ này là để phục vụ các biện pháp quản lý trong quá trình thực hiện các chức năng, nhiệm vụ của mình. Tuy nhiên, điều này gây ra mối lo ngại lớn từ phía các doanh nghiệp vì quy định này mâu thuẫn với quy định về bảo vệ thông tin cá nhân được cụ thể hóa theo Luật định:   * điểm 1 (c) Điều 17 của Luật An Toàn Thông Tin Mạng, trong đó tổ chức vận hành sàn TMĐT với tư cách là Tổ chức, cá nhân xử lý thông tin cá nhân có trách nhiệm *“[…] Không được cung cấp, chia sẻ, phát tán thông tin cá nhân mà mình đã thu thập, tiếp cận, kiểm soát cho bên thứ ba, trừ trường hợp có sự đồng ý của chủ thể thông tin cá nhân đó* ***hoặc theo yêu cầu của cơ quan nhà nước có thẩm quyền***”. Như vậy, việc cung cấp thông tin cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền cần phải được thực hiện theo yêu cầu bằng văn bản theo đúng trình tự pháp luật. * Khoản 3 Điều 38 của Bộ Luật Dân Sự 2015: *“Thư tín, điện thoại, điện tín, cơ sở dữ liệu điện tử và các hình thức trao đổi thông tin riêng tư khác của cá nhân được bảo đảm an toàn và bí mật.*   *Việc bóc mở, kiểm soát, thu giữ thư tín, điện thoại, điện tín,* ***cơ sở dữ liệu điện tử*** *và các hình thức trao đổi thông tin riêng tư khác của người khác chỉ được thực hiện trong trường hợp luật quy định.*”  Như vậy, việc tiếp cận “*cơ sở dữ liệu điện tử*” của cá nhân chỉ được thực hiện trong trường hợp có văn bản quy phạm pháp luật ở cấp độ “Luật” (tương tự như việc cung cấp thông tin theo điểm 1 (c) Điều 17 của Luật An Toàn Thông Tin Mạng ở trên) quy định cho phép tiếp cận chứ không thể quy định ở cấp độ Nghị Định như dự thảo đề xuất.  Ngoài ra, các công cụ tra cứu này cũng tiềm ẩn nhiều rủi ro về khả năng lọt/lộ thông tin của doanh nghiệp/dữ liệu cá nhân người dùng khi rủi ro mất an toàn thông tin mạng là luôn hiện hữu từ các cuộc tấn công hoặc chiếm đoạt thông tin trên không gian mạng trên thế giới trong thời gian gần đây.  Hơn nữa, trong Dự Thảo của Nghị định có rất nhiều quy định thể hiện rõ, các doanh nghiệp cung cấp dịch vụ sàn giao dịch thương mại điện tử phải có trách nhiệm cung cấp thông tin theo yêu cầu của cơ quan nhà nước có thẩm quyền khi có yêu cầu. Ngoài ra, Dự Thảo cũng đã có quy định về nghĩa vụ tham gia giải quyết khiếu nại, phản ánh và tranh chấp liên quan đến sàn giao dịch thương mại điện tử tại Cổng thông tin quản lý hoạt động thương mại điện tử của Bộ Công Thương.  Từ góc độ của các doanh nghiệp, việc phải bố trí nguồn nhân lực, vật lực để xây dựng và duy trì công cụ theo Dự Thảo cũng là một gánh nặng không hề nhẹ.  Bên cạnh lo ngại về tính pháp lý của quy định này, các vấn đề nêu trên đặt ra câu hỏi liệu việc xây dựng và cung cấp công cụ quản lý theo Dự Thảo có thực sự cần thiết và là biện pháp duy nhất để tăng cường hiệu quả quản lý nhà nước trong bối cảnh một số doanh nghiệp thương mại điện tử cũng đã có cơ chế hợp tác nhanh, hiệu quả với cơ quan nhà nước có thẩm quyền nhằm phối hợp/cung cấp thông tin kịp thời trong công tác phòng/chống tội phạm hoặc hỗ trợ điều tra các hành vi kinh doanh vi phạm pháp luật trên môi trường mạng . |
| 2. | **Khoản 11 (d) Điều 36 gây khó khăn về vận hành cho doanh nghiệp thương mại điện tử**  Khoản 11 (d) của Dự Thảo buộc doanh nghiệp phải liên đới chịu trách nhiệm về hàng hóa, dịch vụ bán trên sàn nếu không đảm bảo các nghĩa vụ được quy định trong Dự Thảo. Việc kiểm soát hàng hóa/tuân thủ quy định pháp luật là việc mà các sàn TMĐT đều nghiêm túc thực hiện trong khả năng hợp lý của sàn, và các doanh nghiệp vận hành sàn TMĐT có quy trình xử lý ngay khi phát hiện được hoặc theo yêu cầu của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Nhưng áp dụng quy định của Dự Thảo một cách máy móc sẽ là vô lý đối với các trường hợp ngoài tầm kiểm soát của sàn (vd: người bán dùng các thủ đoạn tinh vi để qua mặt hệ thống kiểm duyệt, đội ngũ nhân sự kiểm duyệt đăng bán của sàn t), và vô hình chung đẩy các sàn vào thế khó khi mà vấn đề hàng vi phạm quyền sở hữu trí tuệ, hàng vi phạm pháp luật vẫn là vấn đề chưa thể xử lý dứt điểm trong phạm vi toàn xã hội.  Để cho rõ ràng, để nghị Ban soạn thảo tách biệt 02 loại trách nhiệm pháp lý gồm   1. trách nhiệm của người bán hàng trên sàn thương mại điện tử đối với tính hợp pháp của hàng hóa, dịch vụ được đăng bán trên sàn giao dịch TMĐT; và 2. trách nhiệm của sàn giao dịch TMĐT trong tuân thủ các nghĩa vụ của sàn giao dịch TMĐT.   Trách nhiệm của sàn và người bán cần phải được xem xét một cách độc lập với nhau theo các quy định pháp luật hiện hành. Nếu người bán vi phạm quy định pháp luật trong hoạt động kinh doanh thông qua sàn giao dịch TMĐT thì tùy mức độ/hành vi vi phạm mà phải chịu trách nhiệm hình sự/dân sự/hành chính theo quy định pháp luật có liên quan.  Tương tự trường hợp sàn giao dịch TMĐT vì một lí do nào đó (vd: người bán dùng các thủ đoạn tinh vi để qua mặt hệ thống kiểm duyệt, đội ngũ nhân sự kiểm duyệt đăng bán của sàn) không thể đảm bảo tuân thủ các nghĩa vụ của mình, tùy tính chất và mức độ của hành vi sẽ phải chịu trách nhiệm pháp lý theo quy định pháp luật có liên quan nhưng sàn không thể chịu trách nhiệm cùng với người bán cho chính hành vi sai trái của người bán đó (ví dụ: người bán bị xác định kinh doanh hàng giả hàng nhái qua quá trình xác minh/điều tra của cơ quan nhà nước có thẩm quyền). |
| 3. | **Điều 67c**  […]  2. Các điều kiện tiếp cận thị trường gồm:  […]  b) Nhà đầu tư nước ngoài thuộc danh sách các công ty công nghệ uy tín toàn cầu trong lĩnh vực thương mại điện tử do Bộ Công Thương công bố định kỳ.  c) Nhà đầu tư nước ngoài chi phối từ 1 doanh nghiệp trở lên thuộc nhóm 5 doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường dịch vụ thương mại điện tử theo danh sách do Bộ Công Thương công bố phải có ý kiến thẩm định của Bộ Quốc phòng, Bộ Công an. Nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường quy định tại điểm này không bao gồm doanh nghiệp có thị phần ít hơn 10% trên thị trường liên quan.  3. Kiểm soát, chi phối doanh nghiệp hoạt động cung cấp dịch vụ thương mại điện tử là khi thuộc một trong các trường hợp sau:  a) Nhà đầu tư nước ngoài nắm giữ quyền sở hữu trên 50% vốn điều lệ hoặc trên 50% cổ phần có quyền biểu quyết của doanh nghiệp;  b) Nhà đầu tư nước ngoài kiểm soát, chi phối hệ thống công nghệ của website cung cấp dịch vụ thương mại điện tử;  c) Nhà đầu tư trực tiếp hoặc gián tiếp quyết định bổ nhiệm, miễn nhiệm hoặc bãi nhiệm đa số hoặc tất cả thành viên hội đồng quản trị, chủ tịch hội đồng thành viên, giám đốc hoặc tổng giám đốc của doanh nghiệp;  d) Nhà đầu tư có quyền quyết định các vấn đề quan trọng trong hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp bao gồm việc lựa chọn hình thức tổ chức kinh doanh; lựa chọn ngành, nghề, địa bàn, hình thức kinh doanh; lựa chọn điều chỉnh quy mô và ngành, nghề kinh doanh; lựa chọn hình thức, phương thức huy động, phân bổ và sử dụng vốn kinh doanh của doanh nghiệp đó.  […]  5. Cơ quan cấp Giấy phép kinh doanh về hoạt động cung cấp dịch vụ thương mại điện tử của tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài có trách nhiệm lấy ý kiến của Bộ Công Thương trước khi cấp, điều chỉnh, thay đổi đăng ký tại các giấy tờ có liên quan.” | ***Đây là quy định tăng rào cản tiếp cận thị trường của nhà đầu tư nước ngoài trong lĩnh vực thương mại điện tử***  Theo khoản 5 Điều 67c của Dự Thảo, Cơ quan cấp Giấy phép kinh doanh có trách nhiệm lấy ý kiến của Bộ Công Thương trước khi cấp, điều chỉnh, thay đổi đăng ký tại các giấy tờ có liên quan. Quy định này bất cập ở chỗ khi làm thủ tục đầu tư, Doanh nghiệp/Nhà đầu tư đã phải xin ý kiến chấp thuận từ Bộ Kế Hoạch và Đầu Tư (có tham vấn ý kiến Bộ Công Thương) nên việc tiếp tục phải xin ý kiến Bộ Công Thương khi doanh nghiệp thực hiện các thủ tục điều chỉnh, thay đổi đăng ký tại các giấy tờ có liên quan làm tăng thủ tục hành chính, gây khó khăn gấp nhiều lần cho doanh nghiệp (ngay cả thay đổi thông thường như tên hay địa chỉ doanh nghiệp cũng có thể cần phải hỏi ý kiến của Bộ Công Thương), và gây sự bất an cho nhà đầu tư nước ngoài trong quá trình hoạt động tại Việt Nam. Việc chấp thuận đầu tư đã được Bộ Kế Hoạch và Đầu Tư phê duyệt thì việc hỏi lại ý kiến Bộ Công Thương khi điều chỉnh đăng ký/giấy phép có thể mang tính chồng chéo và gây xung đột vì chức năng cấp phép đầu tư thuộc cơ quan đăng ký đầu tư.  Khoản 2(c) Điều 67 của Dự Thảo cũng quy định các doanh nghiệp chi phối 01 trong 05 doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường dịch vụ TMĐT theo danh sách do Bộ Công Thương công bố phải có ý kiến thẩm định của Bộ Quốc Phòng, Bộ Công An. Tuy nhiên, khái niệm “chi phối” có điểm trùng lặp với quy định của Luật Cạnh Tranh, và một hành vi (chẳng hạn như nhà đầu tư nước ngoài mua 50% vốn điều lệ của doanh nghiệp) có thể làm cho doanh nghiệp phải thực hiện cùng lúc 02 thủ tục thẩm định riêng biệt theo Dự Thảo (ý kiến thẩm định của Bộ Quốc Phòng, Bộ Công An), và Luật Cạnh Tranh (Thông Báo Tập Trung Kinh Tế đến Ủy Ban Cạnh Tranh Quốc Gia - Trực thuộc Bộ Công Thương). Ngoài ra, các vấn đề liên quan đến hoạt động vận hành hàng ngày của doanh nghiệp như kiểm soát hệ thống công nghệ thông tin cung cấp dịch vụ thương mại điện tử của doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài hoặc quyền quyết định ngành nghề, địa bàn, hình thức kinh doanh của doanh nghiệp… cũng có thể phải thông qua thủ tục thẩm định của Bộ Quốc Phòng, Bộ Công An.  Trong một thời gian dài, các nhà đầu tư nước ngoài tin tưởng rằng mình được quyền tiếp cận thị trường theo các khuôn khổ pháp lý đã được thiết lập bởi Luật đầu tư 2014, Nghị định 52. Với quy định trong Dự Thảo thì các nhà đầu tư nước ngoài sẽ không còn nhiều cơ hội để tiếp cận thị trường theo các khuôn khổ đã được thiết lập trước đó. Dự Thảo cũng đặt các nhà đầu tư nước ngoài đứng trước rủi ro có khả năng mất một phần hoặc toàn bộ số vốn đã đầu tư tại Việt Nam nếu không thể thoái vốn cho một bên thứ ba do các rào cản về đầu tư nước ngoài đặc biệt trong bối cảnh phần lớn các doanh nghiệp hoạt động trong lĩnh vực cung ứng dịch vụ sàn TMĐT vẫn đang trong tình trạng lỗ với số lỗ năm sau cao hơn năm trước và một số doanh nghiệp đã phải tính đến phương án mua bán, sáp nhập doanh nghiệp để tiếp tục có vốn hoạt động.  Khoản 2(c) Điều 67c của Dự Thảo còn giới hạn việc tiếp cận thị trường ở quy định chỉ có “*các nhà đầu tư nước ngoài thuộc danh sách các công ty công nghệ uy tín toàn cầu trong lĩnh vực thương mại điện tử do Bộ Công Thương công bố định kỳ*” mới được phép tiếp cận thị trường TMĐT tại Việt Nam. Việc giới hạn ở “*Công ty công nghệ uy tín toàn cầu*” là tiêu chí mang tính chủ quan, với các tiêu chí không rõ ràng và mang tính phân biệt đối xử, khiến cho nhiều nhà đầu tư có uy tín ở cấp độ khu vực hoặc trong các lĩnh vực không phải là lĩnh vực công nghệ bị hạn chế tiếp cận thị trường VN, tức gây sự bất bình đẳng cho chính các nhà đầu tư đến từ khu vực ASEAN hoặc các nhà đầu tư đến từ Nhật Bản, Hàn Quốc là những quốc gia có đầu tư hoặc đóng góp về vốn ODA lớn cho Việt Nam. Hơn nữa, việc hạn chế chỉ có những “Công ty công nghệ” có uy tín cũng loại bỏ một nhóm các nhà đầu tư có tiềm lực từ nước ngoài là các Quỹ đầu tư hiện đang có các hoạt động đầu tư tại Việt Nam.  Trong lĩnh vực TMĐT, ngoài yếu tố công nghệ thì tiềm lực tài chính cũng là một trong những vấn đề mang tính quyết định. Học hỏi kinh nghiệm từ nước láng giềng khu vực, Indonesia, đã mở cửa thị trường TMĐT của mình từ năm 2016 với nhiều chính sách mang tính thiết thực (vd: nhà đầu tư nước ngoài được nắm giữ 100% vốn trong doanh nghiệp nếu đầu tư ít nhất 100 tỉ IDR (tương đương 6,67 triệu USD) hoặc tạo ít nhất 1.000 việc làm mới cho lao động bản địa thông qua việc đầu tư trực tiếp[[1]](#footnote-1)). Đây cũng có thể là một kinh nghiệm hay để Việt Nam học hỏi vừa có thể tiếp nhận được nguồn lực dồi dào từ các nhà đầu tư nước ngoài, vừa đáp ứng được yêu cầu quản lý của cơ quan nhà nước. |

Trên đây là một số góp ý của tôi đối với Dự thảo. Rất mong Quý cơ quan quan tâm, ghi nhận để hoàn thiện Dự thảo.

1. <https://www.aseanbriefing.com/news/indonesias-e-commerce-sector-market-potential-challenges/> [↑](#footnote-ref-1)