**HỘI THẢO DOANH NGHIỆP GÓP Ý DỰ THẢO LUẬT NHÀ Ở (SỬA ĐỔI)**

**VÀ DỰ THẢO LUẬT KINH DOANH BẤT ĐỘNG SẢN (SỬA ĐỔI)**

**MỘT SỐ GÓP Ý DỰ THẢO LUẬT KINH DOANH BẤT ĐỘNG SẢN (NGÀY 05/4/2023)**

 *PGS.TS Nguyễn Thị Nga*

 *Phó Trưởng Khoa Pháp luật Kinh tế - Trường Đại học Luật Hà Nội*

 Dự thảo Luật Kinh doanh BĐS 2014 đang được đưa ra tổ chức lấy ý kiến phản biện, góp ý của các cơ quan, các cấp, các ngành. So với các Dự thảo lần trước thì Dự thảo LKDBĐS sửa đổi này đã có nhiều sự thay đổi. Tuy nhiên, đi sâu nghiên cứu Dự thảo này với tính cách là Luật chuyên ngành điều chỉnh về hoạt động kinh doanh đối với hàng hoá BĐS được vận hành trong điều kiện nền kinh tế thị trường và đang từng bước hội nhập sâu rộng vào nền kinh tế thế giới thì hiện Dự thảo vẫn đang còn nhiều điều luật thể hiện sự khiên cưỡng, gò bó gắn với nhiều chế định khuôn mẫu, mang dáng dấp của sự kiểm soát, cho phép hơn là sự tự do theo nguyên tắc của thị trường, không trái pháp luật vốn là xu hướng chung của các nước có nền kinh tế thị trường hiện nay. Do vậy, với mong muốn Dự thảo được hoàn thiện đồng bộ, trong một chỉnh thể thống nhất từ cấu trúc hình thức, cho đến nội dung cụ thể của từng điều khoản trong Dự thảo, bài viết xin được có một số ý kiến trao đổi sau đây về Dự thảo Luật Kinh doanh BĐS 2014 sửa đổi ngày 5/4/2023.

1. **Một số góp ý về hình thức**

 ***Thứ nhất,*** về phạm vi điều chỉnh

 **Điều 1. Luật Kinh doanh BĐS 2014 trước đây quy định về Phạm vi điều chỉnh:** Luật này quy định về kinh doanh bất động sản, quyền và nghĩa vụ của tổ chức, cá nhân kinh doanh bất động sản và quản lý nhà nước về kinh doanh bất động sản.

 **Điều 1 Dự thảo Luật Kinh doanh BĐS 2014 sửa đổi quy đinh: Phạm vi điều chỉnh:** Luật này quy định về kinh doanh bất động sản, quyền, nghĩa vụ*, trách nhiệm* của tổ chức, cá nhân kinh doanh bất động sản và quản lý nhà nước về kinh doanh bất động sản.

 -> So với Luật KDBĐS năm 2014, Dự thảo Luật KDBĐS sửa đổi đã bổ sung phạm vi điều chỉnh về “*trách nhiệm của tổ chức, cá nhân kinh doanh bất động sản*”. Tuy nhiên, nghiên cứu nội dung cụ thể các chương trong Dự thảo cho thấy, quy định phạm vi điều chỉnh chưa bao quát hết các nội dung chính, trụ cột của Dự thảo Luật KDBĐS sửa đổi. Hiện nay, trong Dự thảo Luật KDBĐS sửa đổi mới dừng lại phạm vi điều chỉnh về (1) Hoạt động KDBĐS; (2) Quản lý Nhà nước về kinh doanh bất động sản mà chưa cụ thể hoá phạm vi điều chỉnh đối với ***thị trường bất động sản trong khi*** Dự thảo luật KDBĐS có đến hai chương quy định về xây dựng, quản lý hệ thống thông tin về thị trường bất động sản và điều tiết thị trường bất động sản.

 ***-> Đề nghị bổ sung nội dung này vào phạm vi điều chỉnh của dự thảo Luật KBĐS sửa đổi.***

 ***Thứ hai,*** về giải thích từ ngữ hay được gọi là khái niệm/định nghĩa tại Điều 3 Dự thảo

 Khoản 1 Điều 3 quy định: “1. *Kinh doanh bất động sản* là việc đầu tư vốn để thực hiện hoạt động xây dựng, mua, nhận chuyển nhượng để bán, chuyển nhượng; cho thuê, cho thuê lại, cho thuê mua bất động sản; thực hiện dịch vụ môi giới bất động sản; dịch vụ sàn giao dịch bất động sản; dịch vụ tư vấn bất động sản; quản lý bất động sản”.

 Về điều luật trên chúng tôi có một số ý kiến sau đây:

 *Một là,* hoạt động kinh doanh BĐS và kinh doanh dịch vụ BĐS có tính chất và đặc điểm hoàn toàn khác nhau: từ loại hàng hoá, điều kiện kinh doanh, hình thức kinh doanh. Vì vậy, nên tách thành 2 điều luật khác nhau để quy định nhằm đảm bảo độ chuẩn xác của việc giải thích từ ngữ.

 *Hai là:* về nội dung của quy định: Với cách thức quy định “*để bán, chuyển nhượng; cho thuê, cho thuê lại, cho thuê mua bất động sản”*vô hình chung đang khiến người đọc hiểu các bất động sản bao gồm nhà ở, công trình xây dựng hay quyền sử dụng đất đều được bán, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê mua; trong khi hình thức bán, cho thuê mua áp dụng với nhà ở, công trình xây dựng chứ không áp dụng đối với quyền sử dụng đất; còn chuyển nhượng, cho thuê lại chỉ áp dụng đối với quyền sử dụng đất chứ không áp dụng cho nhà ở hay công trình xây dựng.

 ***->* Cần sửa đổi theo hướng:** *Kinh doanh bất động sản là việc đầu tư vốn để thực hiện hoạt động xây dựng, mua, nhận chuyển nhượng để bán, cho thuê, cho thuê mua nhà ở, công trình xây dựng; chuyển nhượng; cho thuê, cho thuê lại quyền sử dụng đất; chuyển nhượng dự án bất động sản; thực hiện dịch vụ môi giới bất động sản; dịch vụ sàn giao dịch bất*

 ***Thứ ba, về cách sắp xếp và kết cấu trong điều luật còn lộn xộn. (Điều 25 Dự thảo)***

 Về điều kiện kinh doanh nhà và công trình xây dựng hình thành trong tương lai: tại Điều 25 Dự thảo về điều kiện đối với nhà ở, công trình xây dựng hình thành trong tương lai còn lộn xộn, chưa khoa học, vừa có điều kiện chung (khoản 7 về công khai thông tin…); vừa có điều kiện riêng chỉ áp dụng cho nhà ở; vừa có điều kiện nếu công trình xây dựng không có công năng phục vụ mục đích du lịch, lưu trú.

***->* Do đó, chúng tôi đề xuất:** Cần chỉnh sửa để đảm bảo tính khoa học.

1. **Một số góp ý về nội dung**

***Thứ nhất,*****công khai thông tin về bất động sản đưa vào kinh doanh (Điều 7 Dự thảo)**

**Điểm g Khoản 2 Điều 7 của Dự thảo quy định:** “g) Hồ sơ, giấy tờ về quyền sở hữu nhà ở, công trình xây dựng, quyền sử dụng đất và giấy tờ có liên quan đến việc đầu tư xây dựng bất động sản; hợp đồng bảo lãnh, văn bản cho phép bán, cho thuê mua của cơ quan nhà nước có thẩm quyền đối với việc bán, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai;”

Quy định nêu trên chưa thực sự rõ ràng, cụ thể, sẽ gây khó khăn cho doanh nghiệp khi thực hiện và sẽ là nguy cơ tạo nên những đòi hỏi, hạch sách, yêu cầu từ phía cán bộ thực hiện quyền quản lý, thanh tra và kiểm soát đối với các doanh nghiệp.

***->* Do đó, chúng tôi đề xuất:** Để dễ dàng trong việc thực hiện, chúng tôi kiến nghị 2 vấn đề sau: (i) quy định rõ “Hồ sơ, giấy tờ về quyền sở hữu nhà, công trình xây dựng, quyền sử dụng đất và giấy tờ có liên quan đến việc đầu tư xây dựng bất động sản” là những loại hồ sơ giấy tờ cụ thể nào? hoặc chỉ nêu thông tin cụ thể về: loại đất, nguồn gốc đất, giấy phép xây dựng...; và (ii) Thay cụm từ “hợp đồng bảo lãnh” thành “văn bản cam kết bảo lãnh”.

***Thứ hai,******về điều kiện của tổ chức, cá nhân kinh doanh bất động sản.* (Điều 10 Dự thảo)**

Trên cơ sở kế thừa các quy định về điều kiện của tổ chức, cá nhân kinh doanh bất động sản tại Điều 4 Nghị định 02/2022/NĐ-CP của Chính phủ, Điều 10 Dự thảo đã có sự sửa đổi, bổ sung như sau:

(i) Yêu cầu phải công khai thông tin không còn là một trong những điều kiện để tổ chức, cá nhân được kinh doanh BĐS;

(ii) Bổ sung điều kiện về năng lực tài chính của chủ đầu tư được thực hiện dự án bất động sản;

(ii) Bổ sung điều kiện về năng lực của tổ chức, cá nhân khi thực hiện kinh doanh bất động sản tại điểm b khoản 1 Điều 10 Dự thảo, cụ thể: “*b) Có đầy đủ năng lực hành vi dân sự khi xác lập, thực hiện quyền, nghĩa vụ dân sự. Không trong thời gian đang bị cấm, đình chỉ, tạm đình chỉ hoạt động theo quy định pháp luật hoặc theo quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc trong thời gian thực hiện thủ tục phá sản, giải thể tổ chức”.* Đối với điều kiện này, theo quan điểm của tác giả là không phù hợp, đơn thuần Dự thảo mới đang “sao chép” một cách cơ học trong BLDS, bởi: Dưới góc độ pháp luật dân sự, năng lực hành vi dân sự là điều kiện chỉ áp dụng đối với cá nhân khi xác lập, thực hiện quyền, nghĩa vụ dân sự; còn đối với tổ chức có tư cách pháp nhân thì không xác định năng lực hành vi dân sự của pháp nhân khi xác lập, thực hiện quyền, nghĩa vụ dân sự mà xác định theo năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân đó “*Năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân là khả năng của pháp nhân có các quyền, nghĩa vụ dân sự. Năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân không bị hạn chế, trừ trường hợp Bộ luật này, luật khác có liên quan quy định khác” (khoản 1 Điều 86 BLDS 2015).* Trong trường hợp pháp luật kinh doanh bất động sản không quy định điều kiện này thì cũng không ảnh hưởng đến việc xác định tổ chức, cá nhân có được thực hiện KDBĐS hay không vì BLDS – luật gốc cũng đã quy định; thực tế nếu cá nhân mà mất năng lực hành vi dân sự hay tổ chức mà giải thể hay phá sản mà tham gia các hoạt động KDBĐS thì hoàn toàn căn cứ vào quy định của BLDS để xác định các giao dịch đó vô hiệu và xử lý hậu quả của giao dịch vô hiệu.

***->* Do đó, chúng tôi đề xuất:** nên bỏ điều kiện đang được quy định tại điểm b khoản 1 Điều 10 Dự thảo Luật KDBĐS để thống nhất với BLDS.

***Thứ ba, về hình thức kinh doanh bất động sản (Điều 11 Dự thảo)***

Đối với hình thức được quy định tại điểm a khoản 1 Điều 11 Dự thảo “ *a,* *Tạo lập nhà ở, công trình xây dựng thông qua dự án bất động sản để bán, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê mua;”* Với quy định trên, sau khi chủ đầu tư tạo lập nhà ở, công trình xây dựng sẽ được thực hiện “*bán”,* ***“chuyển nhượng”,*** *“cho thuê”, “cho thuê mua*”; tuy nhiên vấn đề cần được Ban soạn xem xét lại đó là hình thức “chuyển nhượng” nhà ở, công trình xây dựng, bởi: **chuyển nhượng chỉ được áp dụng cho việc chuyển giao tài sản đặc biệt là quyền sử dụng đất và dự án bất động sản;** **còn đối với nhà ở, công trình xây dựng nếu thực hiện việc chuyển giao sang chủ thể khác thì sẽ áp dụng hình thức bán (chuyển giao quyền sở hữu); cho thuê, cho thuê mua. Hơn nữa, tại điểm a khoản 3 Điều 11, điểm a khoản 4 Điều 11) khi quy định cụ thể về hình thức này cũng không ghi nhận hình thức “chuyển nhượng” nhà, công trình xây dựng.**

***->* Do đó, chúng tôi đề xuất:** cần tách riêng hoạt động kinh doanh quyền sử dụng đất, kinh doanh nhà, công trình xây dựng gắn với các hình thức cụ thể, tương ứng mà không gộp chung trong cùng một nội dung sẽ không đảm bảo sự chuẩn xác và dễ gây nhầm lẫn cho khách hàng trong quá trình ký kết và thực hiện các giao dịch cụ thể.

***Thứ tư,*** về các hình thức kinh doanh gắn với nguồn gốc xác lập quyền sử dụng đất

Cũng tại Điều luật trên (Điều 11 Dự thảo), đối với hình thức trên được áp dụng cho chủ thể là tổ chức, cá nhân trong nước (khoản 2 Điều 11); người Việt Nam định cư ở nước ngoài (điểm a khoản 3 Điều 11)[[1]](#footnote-1); tổ chức kinh tế có vốn đầu tư ở nước ngoài (điểm a khoản 4 Điều 11)[[2]](#footnote-2); tuy nhiên riêng đối với người Việt Nam định cư ở nước ngoài (điểm a khoản 3 Điều 11); tổ chức kinh tế có vốn đầu tư ở nước ngoài (điểm a khoản 4 Điều 11) lại quy định cụ thể về hình thức tiếp cận đất đai (Nhà nước giao đất, nước cho thuê đất) để xác định các hình thức kinh doanh. Theo quan điểm của tác giả quy định này không phù hợp bởi:

(i) Nếu chỉ căn cứ vào hình thức tiếp cận đất đai từ Nhà nước để xác định hình thức kinh doanh trong trường hợp này là thiếu, bởi ngoài tiếp cận đất đai từ Nhà nước họ còn có thể tiếp cận từ các chủ thể khác thông qua các giao dịch nhận chuyển quyền sử dụng đất; việc có được bán, cho thuê hay cho thuê mua nhà ở, công trình xây dựng còn phụ thuộc vào chức năng, công năng của nhà ở, công trình xây dựng theo quy định của pháp luật có liên quan (VD: nhà ở thương mại, nhà ở xã hội thì phải tuân theo Luật nhà ở);

(ii) Đối với tổ chức, cá nhân trong nước cũng tiếp cận đất đai từ Nhà nước để có thể tạo lập nhà ở, công trình xây dựng nhưng khoản 2 Điều 11 Dự thảo lại không đề cập đến nội dung này.

Tôi thiết nghĩ, Luật KDBĐS phụ thuộc quá nhiều vào Luật Đất đai. Luật Đất đai hướng tới giải quyết mối quan hệ trên phạm vi diện rộng: kinh tế, chính trị, xã hội, lịch sử, an ninh, quốc phòng. Song Luật Kinh doanh thì chỉ hướng tới các hoạt động kinh doanh trên cơ sở tôn trọng tối đa các nguyên tắc của thị trường, bảo đảm không vi phạm vào các vùng cấm, có vị trí chiến lược cho quốc phòng, an ninh. Vì vậy, hoạt động kinh doanh trên cơ sở dự án được cấp phép thì không cần thiết phải gắn với hình thức sử dụng đất nào đối với dự án đầu tư với cách thức quy định như trên.

(iii) Nếu tiếp tục ghi nhận nội dung này thì phải đảm bảo thống nhất, đồng bộ với Luật đất đai về các trường hợp giao đất, cho thuê đất. Hiện nay trong Dự thảo Luật đất đai (26.4.2023) đã chỉnh sửa so với Luật đất đai 2013 về các trường hợp giao đất có thu tiền và thuê đất để thực hiện dự án đầu tư nhà ở, cụ thể: Nếu như Điều 55 Luật đất đai quy định, “*Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất cho NVNĐCONN, DNCVĐTNN khi thực hiện dự án đầu tư xây dựng nhà ở để bán, kết hợp bán cho thuê”; Điều 56 “Nhà nước cho thuê đất cho NVNĐCONN, DNCVĐTNN khi thực hiện dự án đầu tư xây dựng nhà ở để cho thuê”* thì trong Dự thảo tại Điều 115, Điều 116 lại quy định *NVNĐCONN, TCCVĐTNN được giao đất có thu tiền để thực hiện dự án nhà ở thương mại theo quy định của pháp luật về nhà ở;* còn *tổ chức trong nước được giao đất để thực hiện dự án nhà ở thương mại, nhà ở xã hội, nhà ở công vụ theo quy định của pháp luật về nhà ở;* còn đối với công trình xây dựng khác không phải nhà ở sẽ thuộc trường hợp Nhà nước cho thuê đất.

***->* Do đó, chúng tôi đề xuất:** nếu Ban soạn thảo muốn quy định các hình thức sử dụng đất nào là hợp pháp để gắn với hình thức kinh doanh thì phải quy định đầy đủ và thống nhất cho tất cả các chủ thể trong nước và chủ thể có yếu tố nước ngoài, chứ không chỉ quy định riêng cho chủ thể có yếu tố nước ngoài như Dự thảo hiện nay. Hoặc loại bỏ toàn bộ nguồn gốc hình thành QSDĐ trong quy định về các hình thức kinh doanh của chủ thể đầu tư.

***Thứ năm, kinh doanh nhà ở, công trình xây dựng có sẵn***

Có một số vấn đề sau đây Ban soạn thảo cần xem xét kỹ lưỡng và thấu đáo. Cụ thể:

*Một là,* tại khoản **1 Điều 14** Dự thảo quy định “*Trường hợp cá nhân nước ngoài mua nhà ở của chủ đầu tư dự án bất động sản thì quyền sử dụng đất gắn với nhà ở thực hiện theo quy định của Luật đất đai, Luật Nhà ở”.* Mặc dù quy định này mới được bổ sung vào nguyên tắc kinh doanh nhà có sẵn, tuy nhiên chưa phù hợp, chưa đồng bộ, thống nhất với Luật đất đai, cụ thể: về nguyên tắc việc mua bán nhà ở, công trình xây dựng phải gắn với quyền sử dụng đất; tuy nhiên Luật đất đai 2013 hay Dự thảo hiện nay chưa xác định cá nhân nước ngoài được có quyền sử dụng đất tại Việt Nam.

***->* Do đó, chúng tôi đề xuất:** cần phải làm rõ vấn đề này trên cơ sở ghi nhận quyền sử dụng đất của cá nhân nước ngoài khi mua nhà ở tại Việt Nam.

*- Hai là,* về điều kiện kinh doanh nhà, công trình xây dựng có sẵn: Đối nhà, công trình xây dựng có sẵn đưa vào kinh doanh phải đáp ứng các điều kiện được quy định tại **khoản 1 Điều 15**, cụ thể: “*a, Có đăng ký quyền sở hữu nhà ở, công trình xây dựng trong Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất, trừ trường hợp quy định tại điểm c khoản 2 Điều này; b, Không có tranh chấp về quyền sử dụng đất theo quy định của Luật đất đai; không có tranh chấp về quyền sở hữu nhà ở, công trình xây dựng gắn liền với đất theo quy định của Bộ Luật dân sự; c, Không bị kê biên để bảo đảm thi hành án; d) Không thuộc trường hợp Luật cấm giao dịch hoặc pháp luật quy định bị hạn chế, đình chỉ, tạm đình chỉ giao dịch theo quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền*”. Đây là những điều kiện cần thiết để đảm bảo tính an toàn trong các giao dịch; tuy nhiên, đối với điều kiện “*a,* ***Có đăng ký quyền sở hữu nhà ở, công trình*** *xây dựng trong Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất, trừ trường hợp quy định tại điểm c khoản 2 Điều này”* cần phải chính sửa để phù hợp với quy định của Luật đất đai liên quan đến hoạt động đăng ký và cấp giấy chứng nhận QSDĐ. Bởi: theo quy định của pháp luật đất đai hoạt động đăng ký và cấp giấy là 02 hoạt động khác nhau, người sử dụng đất, chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất đã kê khai đăng ký được ghi vào hồ sơ địa chính và được xem xét, cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất, cụ thể tại Luật đất đai 2013 hay Dự thảo Luật đất đai (26.4.2023), ***Đăng ký đất đai, tài sản gắn liền với đất*** *là việc người sử dụng đất, người sở hữu tài sản, người được giao quản lý đất kê khai quyền sử dụng đất, quyền sở hữu tài sản gắn liền với đất và việc cơ quan nhà nước có thẩm quyền ghi nhận theo quy định của Luật này; còn* ***Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất*** *là chứng thư pháp lý để Nhà nước xác nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở, tài sản khác gắn liền với đất hợp pháp của người có quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và quyền sở hữu tài sản khác gắn liền với đất.*

Bên cạnh đó, Luật đất đai 2013 hay Dự thảo Luật đất đai (26.4.2023) đều ghi nhận, “đăng ký quyền sở hữu tài sản gắn liền với đất thực hiện theo yêu cầu của chủ sở hữu” – tôn trọng quyền của chủ sở hữu tài sản. Nhưng với quy định trên tại Dự thảo đã vô hình chung bắt buộc chủ sở hữu tài sản phải đi đăng ký, phần nào cản trở quyền của chủ sở hữu tài sản.

***->* Do đó, chúng tôi đề xuất: cần sửa đổi quy định này cho tương thích với Luật Đất đai.**

*- Ba là,* Dự thảo Luật KDBĐS bổ sung quy định về thực hiện giao dịch kinh doanh nhà, công trình xây dựng có sẵn tại **Điều 17**[[3]](#footnote-3). Tuy nhiên, các quy định trong Điều 17 theo quan điểm của tác giả chưa phù hợp dưới góc độ là một giao dịch dân sự và từ đó thể hiện sự thiếu thống nhất với quy định của BLDS. Về bản chất, thực hiện giao dịch dân sự nói chung và kinh doanh nhà ở, công trình xây dựng nói riêng là việc các bên tiến hành các hành vi mà mỗi bên tham gia hợp đồng phải thực hiện nhằm đáp ứng những quyền dân sự tương ứng của bên kia. Điều này có nghĩa là, sau khi giao dịch được giao kết và có hiệu lực thì quyền và nghĩa vụ của các bên phát sinh và từ thời điểm đó xác định bước sang giai đoạn thực hiện giao dịch. Do đó, các quy định tại khoản 1, 2, 3, 5 và khoản 7 Điều 17 (điều kiện, yêu cầu các chủ thể phải đáp ứng khi kinh doanh BĐS và trách nhiệm của cơ quan có thẩm quyền) không thể được xác định thuộc phạm vi của “thực hiện” giao dịch kinh doanh nhà ở và công trình xây dựng được.

Cũng tương tự với phân tích trên, khoản 2 Điều 23 Dự thảo quy định về việc thực hiện giao dịch kinh doanh nhà ở, công trình xây dựng hình thành trong tương lai cũng chưa hợp lý.

 ***->* Do đó, chúng tôi đề xuất:** việc thực hiện giao dịch KD nhà, công trình xây dựng có sẵn, hình thành trong tương lai không nên quy định trong Luật KDBĐS mà có thể áp dụng quy định của BLDS.

***Thứ sáu, về đối tượng được mua, thuê, thuê mua nhà ở, công trình xây dựng***

 **Khoản 1 Điều 16 của dự thảo Luật quy định như sau: “Tổ chức nước ngoài, cá nhân nước ngoài, người Việt Nam định cư ở nước ngoài được mua nhà ở theo quy định của pháp luật về nhà ở để sử dụng, được thuê nhà ở để sử dụng.**

 **Người Việt Nam định cư ở nước ngoài được mua, thuê, thuê mua công trình xây dựng để sử dụng theo đúng công năng của công trình xây dựng”.**

 **Với quy định trên thì chỉ người Việt Nam định cư ở nước ngoài, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài là các đối tượng được quyền mua công trình xây dựng không phải là nhà ở tại các dự án kinh doanh bất động sản. Nhưng đối với tổ chức nước ngoài, cá nhân nước ngoài thì không được mua công trình xây dựng (bất động sản du lịch và thương mại dịch vụ). Quy định nêu trên chưa thực sự hợp lý, gò bó, khiên cưỡng, chưa đảm bảo quyền bình đẳng và thu hút được đầu tư, đặc biệt hạn chế quyền đối với chủ thể có yếu tố nước ngoài được mua các công trình xây dựng tại Việt Nam.**

 ***->* Do đó, chúng tôi đề xuất: Để khắc phục sự khiên cưỡng nêu trên, tạo đà cho thị trường BĐS được phát triển, đa dạng hàng hoá BĐS trên thị trường, kích thích thị trường phát triển sôi động, có tính thanh khoản cao, Nhà nước vẫn kiểm soát tốt thị trường và tăng nguồn thu cho NSNN thì cần thiết phải: cho phép tổ chức nước ngoài và cá nhân nước ngoài được mua các công trình xây dựng, trừ trường hợp khu vực hạn chế về an ninh, quốc phòng (pháp luật không cho phép).**

***Thứ bảy, kinh doanh nhà và công trình xây dựng hình thành trong tương lai (Điều 26 Dự thảo)***

Về thanh toán trong mua bán, thuê mua nhà ở, công trình xây dựng hình thành trong tương lai: Theo Điều 26 Dự thảo quy định về thanh toán trong mua bán, thuê mua bất động sản hình thành trong tương lai, trong trường hợp bên mua, bên thuê mua chưa được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất thì bên bán, bên cho thuê mua không được thu quá 95% giá trị hợp đồng. Tuy nhiên, quy định về thanh toán trong mua bán, thuê mua bất động sản hình thành trong tương lai chưa quy định bên bán, bên cho thuê mua bất động sản trong tương lai được áp dụng các biện pháp, hình thức đảm bảo thay thế khi chưa thu được 5% giá trị hợp đồng còn lại. Đồng thời, cũng chưa có quy định trách nhiệm đảm bảo nghĩa vụ thanh toán hết 5% giá trị hợp đồng của bên mua, bên thuê mua cho bên bán, bên cho thuê mua. Như vậy, trong trường hợp cơ quan nhà nước có thẩm quyền đã cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất nhưng bên mua, bên thuê mua chưa thanh toán hết 5% giá trị còn lại thì ai sẽ là người giữ những giấy tờ này. Bên cạnh đó, trong trường hợp này thì bên bán, bên cho thuê mua có được bảo lưu quyền sở hữu đối với bất động sản hay không, về vấn đề này Dự thảo Luật KDBĐS (sửa đổi) cũng giữ nguyên quy định như Luật KDBĐS hiện hành.

***Thứ tám, về hợp đồng kinh doanh bất động sản (chương VI)***

Dự thảo Luật KDBĐS đã dành 01 chương – cụ thể là chương VI quy định về hợp đồng kinh doanh bất động sản (từ Điều 45 đến Điều 53), bao gồm:

*Một là, các loại hợp đồng trong kinh doanh bất động sản (bao gồm cả hợp đồng trong kinh doanh dịch vụ bất động sản).*

Khoản 1 Điều 45 Dự theo đã nêu rõ các loại hợp đồng kinh doanh bất động sản đối với những bất động sản cụ thể được phép kinh doanh. Việc nhà làm luật liệt kê các loại hợp đồng như trên nhằm bao quát được toàn bộ các loại BĐS được đưa vào kinh doanh (Điều 6 Dự thảo) trên cơ sở các hình thức kinh doanh (Điều 11 Dự thảo). Tuy nhiên, tại khoản 1 Điều 45 Dự thảo lại thiếu vắng loại hợp đồng cho thuê nhà ở; hợp đồng cho thuê lại quyền sử dụng đất cho dù đây là 02 hình thức kinh doanh bất động sản đã được ghi nhận tại Điều 11 Dự thảo và cũng là hình thức kinh doanh phổ biến diễn ra trên thực tế.

*Hai là, vấn đề công chứng, chứng thực của hợp đồng kinh doanh bất động sản, hợp đồng kinh doanh dịch vụ bất động sản.*

Theo khoản 3 Điều 45 Dự thảo, việc công chứng, chứng thực hợp đồng là không bắt buộc; trừ hợp đồng mua bán, thuê mua nhà ở, công trình xây dựng và hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất mà các bên tham gia giao dịch là tổ chức, cá nhân quy định tại khoản 2 Điều 10 của dự thảo Luật KDBĐS thì mới phải công chứng hoặc chứng thực*.* Đối tượng của loại hợp đồng kinh doanh bất động sản là nhà ở, công trình xây dựng, quyền sử dụng đất luôn mang giá trị lớn, chứa đựng nhiều rủi ro và tranh chấp có thể xảy ra bất cứ lúc nào; do đó, công chứng, chứng thực hợp đồng sẽ là căn cứ để xác định trách nhiệm của các bên, bảo vệ được quyền và lợi ích chính đáng, hợp pháp của các chủ thể. Điều này được cụ thể hoá trong Luật nhà ở (Điều 122) và Luật đất đai (Điều 167). Chính vì thế, việc quy định không bắt buộc phải công chứng hợp đồng kinh doanh bất động sản trừ hợp đồng mua bán, thuê mua nhà ở, công trình xây dựng và hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất mà các bên tham gia giao dịch là tổ chức, cá nhân quy định tại khoản 2 Điều 10 của dự thảo Luật KDBĐS là chưa bảo đảm an toàn pháp lý, quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức; cũng như chưa đảm bảo phù hợp với Luật nhà ở 2014 (Điều 122 quy định: “Trường hợp mua bán, tặng cho, đổi, góp vốn, thế chấp nhà ở, chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở thương mại thì phải thực hiện công chứng, chứng thực hợp đồng, trừ trường hợp quy định tại khoản 2 Điều này”) và Luật đất đai (mặc dù có loại trừ riêng trường hợp chuyển nhượng quyền sử dụng đất trong KDBĐS).

*Ba là, thời điểm có hiệu lực của hợp đồng*

Theo quy định tại khoản 4 Điều 45 Dự thảo, thời điểm có hiệu lực của hợp đồng ***là thời điểm bên sau cùng ký vào hợp đồng hoặc bằng hình thức chấp nhận khác được thể hiện trên hợp đồng****;* Trường hợp hợp đồng có công chứng, chứng thực thì thời điểm có hiệu lực của hợp đồng là thời điểm hợp đồng được ***hoàn thành công chứng, chứng thực theo quy định của pháp luật về công chứng, chứng thực****.*

Như vậy, dự thảo Luật trên cơ sở kế thừa quy định tại khoản 3 Điều 17 Luật KDBĐS 2014 tiếp tục ghi nhận sự tự thoả thuận của các bên về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng thông qua hình thức ghi nhận trên hợp đồng; nếu các bên không thoả thuận thì thời có hiệu lực được ghi nhận cụ thể là “***thời điểm bên sau cùng ký vào hợp đồng”***. Đây là điểm mới của Dự thảo khi quy định về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng; tuy nhiên theo quan điểm của tác giả việc quy định như trên đang mang tính chất “mô tả”, dễ hình dung, nhận diện vấn đề nhưng lại không mang tính khoa học pháp lý và không phù hợp với quy định của Bộ luật dân sự 2015 *(* *Điều 401. Hiệu lực của hợp đồng: “1. Hợp đồng được giao kết hợp pháp có hiệu lực từ thời điểm giao kết, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật liên quan có quy định khác”)*

*Bốn là là, sử dụng hợp đồng mẫu trong kinh doanh bất động sản*

 **Điểm n Khoản 1 Điều 20 Dự thảo quy định:** Áp dụng, thực hiện ký hợp đồng mua, thuê, thuê mua nhà ở, công trình xây dựng đúng theo quy định về hợp đồng mẫu và các quy định liên quan về hợp đồng trong kinh doanh bất động sản theo quy định của Luật này.

 Chúng tôi kiến nghị bỏ Điểm n Khoản 1 Điều 20 Dự thảo vì Bộ Luật dân sự 2015 quy định nguyên tắc thỏa thuận của các bên trong giao dịch dân sự, do vậy đề nghị Hợp đồng mẫu chỉ quy định các điều khoản chung hoặc nguyên tắc chung. Các điều khoản cụ thể về giao dịch mua bản nhà ở nên để các bên tự thỏa thuận, không quy định việc áp dụng và thực hiện theo Hợp đồng mẫu, bởi vì trên thực tế nếu phát sinh các điều khoản mà pháp luật không cấm thì các bên có thể thỏa thuận trong Hợp đồng.

*Năm là, nội dung của hợp đồng trong kinh doanh bất động sản.*

Nội dung của hợp đồng kinh doanh bất động sản được quy định tại Điều 47 của Dự thảo Luật KDBĐS (sửa đổi) chưa thật sự tách bạch với các quy định trong BLDS năm 2015 (*Điều 398 BLDS 2015 quy định, hợp đồng có thể có các nội dung sau đây: a) Đối tượng của hợp đồng; b) Số lượng, chất lượng; c) Giá, phương thức thanh toán; d) Thời hạn, địa điểm, phương thức thực hiện hợp đồng; đ) Quyền, nghĩa vụ của các bên; e) Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng; g) Phương thức giải quyết tranh chấp”.* Điều này theo quan điểm của tác giả là chưa hợp lý, điều luật này chỉ nên quy định những nội dung mang tính đặc thù của BĐS khi thực hiện kinh doanh, tránh trùng lặp với BLDS bởi hợp đồng kinh doanh bất động sản là một dạng của hợp đồng dân sự.Bên cạnh đó, việc quy định hợp đồng kinh doanh bất động sản phải có các nội dung theo quy định tại Điều 47 Dự thảo cũng chưa phù hợp, chưa đảm bảo tính thống nhất với BLDS bởi một trong những nguyên tắc có liên quan đến hợp đồng dân sự đó là *“Các bên trong hợp đồng có quyền thỏa thuận về nội dung trong hợp đồng”*

*Sáu là, về chuyển nhượng hợp đồng trong kinh doanh bất động sản.*

Kế thừa Luật KDBĐS 2014, Dự thảo tiếp tục ghi nhận về việc chuyển nhượng hợp đồng trong kinh doanh BĐS nhằm gíup khách hàng ứng phó tình hình thay đổi khi họ không có đủ điều kiện tài chính hoặc không có nhu cầu sử dụng nhà ở, công trình xây dựng hình thành trong tương lai; và đảm bảo hoạt động kinh doanh bất động sản của nhà đầu tư khi bán nhà ở, công trình xây dựng hình thành trong tương lai tiếp tục được diễn ra. Tại khoản 9 Điều 3 Dự thảo quy định khái niệm, cụ thể “*Chuyển nhượng hợp đồng mua bán, thuê mua nhà ở, công trình xây dựng là việc bên mua, thuê mua chuyển giao toàn bộ quyền, trách nhiệm và nghĩa vụ theo hợp đồng mua bán, thuê mua nhà ở, công trình xây dựng cho tổ chức, cá nhân khác thông qua văn bản chuyển nhượng hợp đồng được lập theo quy định của Luật này”.* Tuy nhiên, khái niệm trên còn một số nội dung còn bất cập, mâu thuẫn với chính các quy định khác trong Luật. Cụ thể:

+ Với khái niệm trên, có thể thấy việc chuyển nhượng hợp đồng trong kinh doanh BĐS bao gồm: chuyển nhượng HĐ mua bán nhà ở, công trình xây dựng; HĐ cho thuê mua nhà, công trình xây dựng; và đối tượng của các hợp đồng được chuyển nhượng chỉ được nếu chung chung là “nhà ở, công trình xây dựng” mà không phân biệt đó là nhà ở công trình xây dựng có sẵn hay hình thành trong tương lai. Điều này mâu thuẫn với chính quy định tại Điều 50 khi quy định chỉ thực hiện việc chuyển nhượng với hợp đồng mua bán, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai và cho HĐ cho thuê mua công trình xây dựng có sẵn.

+ Bên cạnh đó, tại khoản 1 Điều 50 Dự thảo xác định, hợp đồng kinh doanh bất động sản được chuyển nhượng bao gồm: “*a) Hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai; b) Hợp thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai; c) Hợp đồng thuê mua công trình xây dựng có sẵn*” cũng tồn tại hạn chế, theo tôi còn thiếu. Bởi: Về bản chất, đối tượng của việc chuyển nhượng HĐ kinh doanh BĐS là Hợp đồng; không phải là BĐS; hay nói cách khác tại thời điểm chuyển nhượng HĐ, bên chuyển nhượng chưa phải là chủ sở hữu tài sản nên họ không có quyền thực hiện các giao dịch với BĐS đó. Do đó, hợp đồng được chuyển giao sẽ áp dụng với hai trường hợp: (i) HĐ mua bán, cho thuê mua BĐS hình thành trong tương lai (tại thời điểm ký HĐ và HĐ có hiệu lực thì bên mua bán chưa phải chủ sở hữu tài sản); (i) HĐ cho thuê mua BĐS có sẵn và hình thành trong tương lai (tại thời điểm lý HĐ cho thuê mua và HĐ có hiệu lực thì bên thuê mua chưa có quyền sở hữu tài sản). Chính vì vậy, việc chuyển nhượng HĐ trong KDBĐS nên bổ sung *“ Hợp đồng mua bán công trình xây dựng hình thành trong tương lai; Hợp thuê mua công trình xây dựng hình thành trong tương lai; c) Hợp đồng thuê mua nhà ở có sẵn*”.

Trên đây là những góp ý của tôi đối với Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản sửa đổi ngày 5/4/2023.

1. a, Tạo lập nhà ở, công trình xây dựng thông qua đầu tư dự án bất động sản để bán, cho thuê, cho thuê mua theo hình thức: đối với đất được Nhà nước cho thuê thì được đầu tư xây dựng nhà ở để cho thuê, đầu tư xây dựng công trình xây dựng để bán, cho thuê, cho thuê mua; đối với đất được Nhà nước giao đất thì được đầu tư xây dựng nhà ở, công trình xây dựng để bán, cho thuê, cho thuê mua; đối với đất thuê của tổ chức, hộ gia đình, cá nhân thì được đầu tư xây dựng nhà ở, công trình xây dựng để cho thuê theo đúng mục đích sử dụng đất; đầu tư xây dựng nhà ở, công trình xây dựng để kinh doanh trên đất thuê, đất nhận chuyển nhượng trong khu công nghiệp, cụm công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao, khu kinh tế theo đúng mục đích sử dụng đất; [↑](#footnote-ref-1)
2. a, Tạo lập nhà ở, công trình xây dựng thông qua đầu tư dự án bất động sản để bán, cho thuê, cho thuê mua theo hình thức: đối với đất được Nhà nước cho thuê thì được đầu tư xây dựng nhà ở để cho thuê, đầu tư xây dựng công trình xây dựng để bán, cho thuê, cho thuê mua; đối với đất được Nhà nước giao thì được đầu tư xây dựng nhà ở, *công trình xây dựng* để bán, cho thuê, cho thuê mua; đầu tư xây dựng nhà ở, công trình xây dựng để kinh doanh trên đất thuê trong khu công nghiệp, cụm công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao, khu kinh tế theo đúng mục đích sử dụng đất; [↑](#footnote-ref-2)
3. **Điều 17. Thực hiện giao dịch kinh doanh nhà ở, công trình xây dựng**

	1. *Bất động sản được đưa vào kinh doanh phải có đủ điều kiện theo quy định tại Điều 15 của Luật này.*
	2. *Tổ chức, cá nhân kinh doanh bất động sản xác lập các giao dịch bán, cho thuê, cho thuê mua nhà ở, công trình xây dựng thông qua hợp đồng và tuân thủ các quy định tại Chương VI của Luật này;*
	3. *Các bên ký kết hợp đồng và thực hiện giao dịch kinh doanh bất động sản tuân thủ các quy định sau đây:*
	4. *Các bên ký kết hợp đồng có trách nhiệm chuẩn bị đầy đủ thông tin, giấy tờ để xác lập giao dịch, ký kết hợp đồng theo quy định của pháp luật về dân sự; đáp ứng điều kiện đối với tổ chức, cá nhân kinh doanh bất động sản theo quy định của pháp luật về kinh doanh bất động sản; đáp ứng điều kiện về đối tượng được mua, thuê, thuê mua nhà ở, công trình xây dựng theo quy định của pháp luật về kinh doanh bất động sản và pháp luật có liên quan;*
	5. *Trước khi ký hợp đồng, bên bán, cho thuê, cho thuê mua cung cấp đầy đủ thông tin và giấy tờ pháp lý của nhà ở, công trình xây dựng cho khách hàng;*
	6. *Trường hợp bất động sản được thực hiện giao dịch thông qua sàn giao dịch bất động sản thì các bên thực hiện giao dịch thông qua sàn giao dịch bất động sản theo đúng quy định tại Mục 2 Chương VII của Luật này*
	7. *Trường hợp bất động sản được thực hiện giao dịch thuộc diện phải công chứng, chứng thực hợp đồng giao dịch thì các bên phải thực hiện công chứng, chứng thực hợp đồng theo đúng quy định của pháp luật về công chứng, chứng thực;*
	8. *Các bên ký kết hợp đồng có trách nhiệm thực hiện đúng hợp đồng đã ký kết, thực hiện đầy đủ các nghĩa vụ tài chính và các nghĩa vụ liên quan khác đối với nhà nước theo quy định pháp luật.*
	9. *Các bên ký kết hợp đồng bán, cho thuê mua nhà ở, công trình xây dựng được thỏa thuận để một bên thực hiện nộp hồ sơ đề nghị cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp Giấy chứng nhận đối với nhà ở, công trình xây dựng đó. Trường hợp mua, thuê mua nhà ở, công trình xây dựng của chủ đầu tư dự án thì chủ đầu tư có trách nhiệm làm thủ tục để cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp Giấy chứng nhận cho bên mua, bên thuê mua, trừ trường hợp bên mua, bên thuê mua tự nguyện làm thủ tục đề nghị cấp Giấy chứng nhận.*
	10. *Cơ quan nhà nước có thẩm quyền về đăng ký quyền sử dụng đất và quyền sở hữu nhà ở, công trình xây dựng có trách nhiệm cấp Giấy chứng nhận để đăng ký quyền sử dụng đất và quyền sở hữu nhà ở, công trình xây dựng cho bên mua, bên thuê mua nhà ở, công trình xây dựng theo quy định pháp luật về đất đai.*
	11. *Quy định về thực hiện giao dịch kinh doanh nhà ở tại Điều này không áp dụng đối với nhà ở xã hội.* [↑](#footnote-ref-3)