

Góp Ý Dự Thảo Luật Kinh Doanh Bất Động Sản – Phần 2

Ngày: 1 tháng 7 năm 2023

Trong bài viết này, chúng tôi tiếp tục thảo luận về Dự Thảo Luật Kinh Doanh Bất Động Sản gần đây được công bố lấy ý kiến của công chúng. Phần 1 của các thảo luận này có thể được tìm thấy tại [Đây](#).

Bài viết này được thực hiện bởi Nguyễn Hoàng Dương và Nguyễn Quang Vũ.

1.1.1. Quy định mới về quản lý hoạt động tư vấn bất động sản

1.1. Điều 3.12 Dự Thảo Luật Kinh Doanh Bất Động Sản định nghĩa “tư vấn bất động sản” là hoạt động trợ giúp về các vấn đề liên quan đến pháp luật, đầu tư, và kinh doanh bất động sản. Tuy nhiên, định nghĩa này dường như không nhất quán với phạm vi của dịch vụ tư vấn bất động sản theo Điều 70.1. Cụ thể, Dự Thảo Luật Kinh Doanh Bất Động Sản quy định phạm vi kinh doanh dịch vụ tư vấn bất động sản bao gồm (a) Tư vấn về đầu tư tạo lập, kinh doanh bất động sản, (b) tư vấn về tài chính bất động sản, (c) tư vấn về giá bất động sản, (d) tư vấn về hợp đồng mua bán, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê mua bất động sản. Không rõ rằng liệu việc tư vấn về các quy định liên quan đến bất động sản được nêu tại Điều 3.12, nên được phân vào loại hoạt động nào trong Điều 70.1. Luật Kinh Doanh Bất Động Sản 2014 hiện hành quy định rõ việc tư vấn về các quy định liên quan đến bất động sản là hoạt động thuộc phạm vi kinh doanh dịch vụ tư vấn bất động sản.

1.2. Về điều kiện kinh doanh dịch vụ tư vấn bất động sản, Dự Thảo Luật Kinh Doanh Bất Động Sản yêu cầu:

1.2.1. người trực tiếp tư vấn phải có bằng cấp/ chứng chỉ về lĩnh vực mình trực tiếp tư vấn. Không rõ loại bằng cấp/chứng chỉ nào liên quan đến dịch vụ tư vấn bất động sản; và

1.2.2. đơn vị tư vấn trước khi thực hiện dịch vụ tư vấn bất động sản phải gửi thông tin về doanh nghiệp cho Sở Xây Dựng địa phương (SXD) để thông tin được công bố rộng rãi trên trang web của SXD địa phương. Căn cứ vào các quy định liên quan của Dự Thảo Luật Kinh Doanh Bất Động Sản, có vẻ như việc một công ty luật có kế hoạch tư vấn về luật kinh doanh bất động sản, sẽ được coi là kinh doanh bất động sản, và phải thông báo thông tin kinh doanh của công ty cho SXD địa phương. Nếu đúng như vậy, thì yêu cầu này không hợp lý vì việc vận hành và quản lý của các công ty luật vốn đã được điều chỉnh bởi Luật Luật Sư.

1.1.2. Điều kiện về kinh doanh bất động sản áp dụng cho tổ chức, cá nhân

2.1. Điều 10 Dự Thảo Luật Kinh Doanh Bất Động Sản hiện nay đã tách riêng các nhóm điều kiện áp dụng đối với tổ chức và cá nhân. Cụ thể,

2.1.1. Điều 10.1 quy định nhiều điều kiện khác nhau mà tổ chức phải đáp ứng để *kinh doanh bất động sản*. Các điều kiện đó bao gồm, bên cạnh các điều kiện khác, thành lập

doanh nghiệp có đăng ký ngành nghề kinh doanh bất động sản; và

2.1.2. Điều 10.2 quy định hai điều kiện mà cá nhân cần phải đáp ứng để *bán, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê mua bất động sản*. Các điều kiện này bao gồm (a) có đầy đủ năng lực hành vi dân sự khi xác lập, thực hiện quyền nghĩa vụ dân sự và (b) có quyền sở hữu hoặc sử dụng hợp pháp tương ứng với hình thức kinh doanh và loại bất động sản đưa vào kinh doanh.

2.2. Việc tách biệt nêu trên dường như nhằm làm rõ việc một cá nhân, với năng lực của riêng mình, chỉ được thực hiện một số hoạt động hạn chế trong kinh doanh bất động sản. Để thực hiện trọn vẹn các hoạt động kinh doanh bất động sản được pháp luật cho phép, trước tiên cá nhân phải thành lập doanh nghiệp kinh doanh bất động sản và doanh nghiệp đó phải đáp ứng các điều kiện theo quy định tại khoản Điều 10.1. Theo Nghị định 2/2022 hiện hành, điều kiện kinh doanh bất động sản nhìn chung được áp dụng cho cả tổ chức và cá nhân.

1.1.3. Tiềm ẩn những ngoại lệ không cần thiết đối với điều kiện kinh doanh bất động sản

3.1. Điều 5 của Nghị định 2/2022 hiện hành quy định nhiều trường hợp tổ chức, cá nhân được bán, chuyển nhượng, cho thuê, thuê mua bất động sản quy mô nhỏ mà không cần đáp ứng điều kiện kinh doanh bất động sản. Những trường hợp ngoại lệ này hiện được luật hóa tại Điều 10.3 của Dự Thảo Luật Kinh Doanh Bất Động Sản. Quy định mới này có các vấn đề sau:

3.1.1. Câu mở đầu của Điều 10.3 nêu rõ rằng “*các trường hợp bán, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê mua bất động sản không bắt buộc phải đáp ứng các điều kiện nêu tại Điều 10.1 và Điều 10.2 nhưng phải tuân thủ điều kiện về bất động sản, dự án bất động sản đưa vào kinh doanh theo quy định của Luật này.*”. Chủ ý của ban soạn thảo được diễn đạt không rõ ràng và khá khó hiểu. Điều này là do các điều kiện quy định tại Điều 10.2 (xem 2.1.2) được cho là cần thiết và phù hợp với những nguyên tắc cơ bản của Bộ Luật Dân Sự 2015. Ví dụ như, không rõ làm thế nào một cá nhân có thể giao kết hợp đồng mua bán nhà của mình nếu cá nhân đó không có năng lực hành vi dân sự vì theo Bộ Luật Dân Sự 2015, giao dịch dân sự chỉ có thể có hiệu lực nếu các bên tham gia có năng lực pháp luật phù hợp với giao dịch đó.

3.1.2. Trong số các trường hợp ngoại lệ, Điều 10.3(đ) luật hóa trường hợp theo Điều 5.5 của Nghị định 2/2022 hiện hành quy định “*Tổ chức, cá nhân bán, cho thuê, cho thuê mua nhà, công trình xây dựng thuộc quyền sở hữu hợp pháp, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại quyền sử dụng đất thuộc quyền sử dụng hợp pháp của mình.*” Không rõ ngoại lệ này có gì khác biệt so với hoạt động mua bán nhà, công trình xây dựng, và quyền sử dụng đất thuộc các dự án bất động sản. Về mặt pháp lý, nhà phát triển bất động sản cũng cần có quyền sở hữu hợp pháp đối với nhà ở, công trình xây dựng và có quyền sử dụng hợp pháp quyền sử dụng đất để thực hiện các quyền quy định tại Điều 10.3(đ) của Dự Thảo Luật Kinh Doanh Bất Động Sản. Nếu ý định của người soạn thảo là loại

trừ bất động sản có mục đích ban đầu không nhằm mục đích thương mại, thì ngoại lệ được quy định theo Điều 10.3(e) cũng nên được sửa đổi để bao gồm cả trường hợp này.¹

1.1.4. Bất động sản đủ điều kiện để được chuyển nhượng hợp đồng mua bán/thuê mua không rõ ràng

4.1. Các quy định về chuyển nhượng hợp đồng mua bán/cho thuê mua nhà, công trình xây dựng (gọi chung là “hợp đồng mua bán”) của Dự Thảo Luật Kinh Doanh Bất Động Sản, về cơ bản, giống với quy định của pháp luật hiện hành về kinh doanh bất động sản. Cụ thể,

4.1.1. Theo Điều 3.9 Dự Thảo Luật Kinh Doanh Bất Động Sản, chuyển nhượng hợp đồng mua bán có nghĩa là *“bên mua/bên thuê mua chuyển nhượng toàn bộ quyền, trách nhiệm, nghĩa vụ theo hợp đồng mua bán bất động sản cho tổ chức, cá nhân khác thông qua hợp đồng được lập dưới dạng văn bản theo quy định của Luật này”*. Định nghĩa này được luật hóa từ Điều 3.6 Nghị định 2/2022; và

4.1.2. Theo Điều 51.1 của Dự Thảo Luật Kinh Doanh Bất Động Sản, việc chuyển nhượng hợp đồng mua bán chỉ được thực hiện nếu, cùng với các điều kiện khác, hồ sơ xin cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất (GCNQSDĐ) chưa được nộp cho cơ quan có thẩm quyền. Điều kiện này tương tự như Điều 59.1 Luật Kinh Doanh Bất Động Sản 2014 hiện hành và Điều 7.2(b) Nghị định 2/2022.

4.2. Quy định trên không làm rõ liệu đối tượng của hợp đồng mua bán chuyển nhượng buộc phải là (a) bất động sản hình thành trong tương lai, (b) bất động sản xây dựng sẵn, hay (c) cả hai loại bất động sản được nêu tại (a) và (b). Mặc dù vậy, Điều 50 của Dự Thảo Luật Kinh Doanh Bất Động Sản đã quy định rõ hợp đồng mua bán được phép chuyển nhượng chỉ bao gồm (a) hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai, (b) hợp đồng thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai và (c) hợp đồng thuê mua công trình xây dựng có sẵn. Quy định mới này có các vấn đề pháp lý sau:

4.2.2. Đối với các hợp đồng có đối tượng là nhà ở, Dự Thảo Luật Kinh Doanh Bất Động Sản đi theo hướng tiếp cận của pháp luật hiện hành, thể hiện ở việc chuyển nhượng hợp đồng mua bán chỉ áp dụng đối với nhà ở hình thành trong tương lai. Theo quan điểm của chúng tôi, khái niệm chuyển nhượng hợp đồng mua bán cần được mở rộng bao gồm cả hợp đồng mua bán/cho thuê mua nhà ở có sẵn. Điều này là do đối tượng của việc chuyển nhượng hợp đồng mua bán là các quyền và nghĩa vụ theo hợp

¹ Điều 10.2(e) quy định một ngoại lệ trong đó “Tổ chức, hộ gia đình, cá nhân bán, cho thuê, cho thuê mua, chuyển nhượng bất động sản do mình đầu tư xây dựng mà không phải là dự án đầu tư xây dựng bất động sản để kinh doanh theo quy định của pháp luật”.

đồng mua bán liên quan chứ không phải là bản thân bất động sản đó. Theo đó, với điều kiện người mua trong hợp đồng mua bán chưa được cấp GCNQSDĐ (xem 4.1.2) và hợp đồng mua bán đáp ứng các điều kiện cần thiết khác, thì hợp đồng mua bán đó nên được phép chuyển nhượng;

4.2.3. Đối với hợp đồng có đối tượng là công trình xây dựng,

- (a) không rõ vì sao Điều 50 Dự Thảo Luật Kinh Doanh Bất Động Sản cho phép chuyển nhượng hợp đồng thuê mua công trình xây dựng có sẵn, nhưng lại không cho phép chuyển nhượng hợp đồng mua bán công trình xây dựng có sẵn. Hy vọng đây chỉ là lỗi soạn thảo; và
- (b) cũng không rõ tại sao Dự Thảo Luật Kinh Doanh Bất Động Sản không cho phép chuyển nhượng hợp đồng mua bán có đối tượng là công trình xây dựng hình thành trong tương lai. Về mặt logic, nếu hợp đồng mua bán có đối tượng là nhà ở hình thành trong tương lai được phép chuyển nhượng, thì hợp đồng có đối tượng là công trình xây dựng hình thành trong tương lai cũng phải được áp dụng tương tự.

1.1.5. Quy định mới về mua bán quyền sử dụng đất đã có hạ tầng kỹ thuật trong dự án bất động sản

5.1. Theo Dự Thảo Luật Kinh Doanh Bất Động Sản, dường như luật mới sẽ chỉ tập trung vào việc mua bán quyền sử dụng đất đã có hạ tầng kỹ thuật trong các dự án bất động sản (gọi chung là “**đất dự án**”). Đây là một thay đổi đáng hoan nghênh vì các giao dịch liên quan đến đất đai không phải đất dự án đã được điều chỉnh bởi luật đất đai và bộ luật dân sự.

5.2. Điều 30 của Dự Thảo Luật Kinh Doanh Bất Động Sản quy định các hình thức kinh doanh đất dự án như sau:

5.2.1. chuyển nhượng đất dự án cho cá nhân để xây dựng nhà ở;

5.2.2. chuyển nhượng đất dự án cho tổ chức để đầu tư xây dựng nhà ở và công trình xây dựng; và

5.2.3. cho thuê, cho thuê lại đất dự án cho cá nhân, tổ chức để sử dụng đất dự án đúng mục đích và dự án đầu tư được cấp có thẩm quyền phê duyệt.

5.3. Đối với trường hợp thứ nhất, không rõ tại sao Điều 30 chỉ cho phép cá nhân nhận chuyển nhượng đất dự án để xây dựng nhà ở, mà không cho phép phát triển công trình xây dựng khác như đối với tổ chức trong trường hợp thứ hai. Ví dụ, nếu đất dự án có mục đích sử dụng là đất thương mại và dịch vụ thì căn cứ vào Điều 30, cá nhân không được mua đất dự án đó. Cách tiếp cận của Dự Thảo Luật Kinh Doanh Bất Động Sản dường như chưa phù hợp với luật đất đai. Theo Luật Đất Đai 2023, hộ gia đình, cá nhân được Nhà Nước cho thuê đất với mục đích thương mại và dịch vụ.

5.4. Dự Thảo Luật Kinh Doanh Bất Động Sản cũng đưa ra nhiều điều kiện khắt khe áp dụng vào việc mua bán đất dự án. Ví dụ, trước khi ký hợp đồng chuyển nhượng đất dự án với khách hàng là cá nhân, thì chủ đầu tư phải được chính quyền địa phương xác nhận đất dự án đã đủ điều kiện để chuyển nhượng.

1.1.6. Quy định về việc xác định thời điểm hợp đồng mua bán bất động sản có hiệu lực không rõ ràng

6.1. Theo Điều 17.3 của Luật Kinh Doanh Bất Động Sản 2014 hiện hành, thời điểm hợp đồng mua bán bất động sản có hiệu lực sẽ do các bên thỏa thuận và ghi rõ trong hợp đồng. Trường hợp các bên không thỏa thuận hoặc hợp đồng không được công chứng, chứng thực thì ngày có hiệu lực là ngày hợp đồng được ký kết.

6.2. Theo Điều 45.4 Dự Thảo Luật Kinh Doanh Bất Động Sản, ngày hợp đồng có hiệu lực sẽ là ngày mà bên sau cùng ký kết hợp đồng hoặc bằng hình thức chấp nhận khác được thể hiện trên hợp đồng. Quy tắc này có thể làm phát sinh các vấn đề sau:

6.2.1. Theo quy định tại Điều 401.1 của Bộ Luật Dân Sự 2015, hợp đồng được giao kết hợp pháp có hiệu lực kể từ thời điểm được giao kết, *“trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác”*. Có vẻ như quy định mới về xác định ngày có hiệu lực của hợp đồng là dựa trên trường hợp ngoại lệ tại Điều 401.1 của Bộ Luật Dân sự 2015. Theo quan điểm của chúng tôi, trường hợp ngoại lệ theo Điều 401.1 của Bộ Luật Dân Sự 2015 chỉ nên áp dụng để điều chỉnh các trường hợp mà hợp đồng phải được công chứng hoặc đăng ký với cơ quan có thẩm quyền để có hiệu lực. Trong nhiều trường hợp, hợp đồng bất động sản không cần làm thủ tục bổ sung, thì ngày có hiệu lực là ngày ghi trong hợp đồng hoặc là ngày do các bên thỏa thuận;

6.2.2. Theo quy định mới này, về nguyên tắc, thỏa thuận về ngày có hiệu lực của hợp đồng sẽ không có hiệu lực nếu ngày ghi trong hợp đồng không phải là ngày mà bên sau cùng ký kết hợp đồng. Theo đó, để tránh rủi ro này, trong hợp đồng cần quy định rõ ngày ghi trong hợp đồng là ngày bên sau cùng ký kết hợp đồng; và

6.2.3. Không rõ liệu *“các hình thức chấp nhận khác được thể hiện trong hợp đồng”* nghĩa là gì. Không rõ ý định của ban soạn thảo có phải là đang chỉ chữ ký điện tử hay điểm chỉ?