

Chương 1

KHÁI QUÁT VỀ LUẬT THƯƠNG MẠI

1. SƠ LƯỢC LỊCH SỬ PHÁT TRIỂN CỦA LUẬT THƯƠNG MẠI VIỆT NAM

1.1. Trong nền kinh tế kế hoạch hoá tập trung

Trong nền kinh tế kế hoạch hoá tập trung, Luật Kinh tế (hiện nay gọi là Luật Thương mại) được hình thành trước hết dựa trên cơ sở tiếp thu những thành quả lý luận về Luật kinh tế ở Liên Xô và một số nước xã hội chủ nghĩa Đông Âu trước đây ¹.

Theo quan niệm truyền thống của các nước xã hội chủ nghĩa trước đây, Luật kinh tế trước đây được coi là một ngành luật độc lập, điều chỉnh các quan hệ phát sinh trong quá trình quản lý, lãnh đạo kinh tế của Nhà nước và tổ chức thực hiện các hoạt động sản xuất kinh doanh của các đơn vị kinh tế cơ sở xã hội chủ nghĩa.

Ở Việt Nam, trong nền kinh tế kế hoạch hoá tập trung, Luật kinh tế được coi là là một ngành luật độc lập trong hệ thống pháp luật Việt Nam, bao gồm tổng hợp các quy phạm pháp luật điều chỉnh các quan hệ kinh tế phát sinh trong quá trình lãnh đạo và thực hiện các hoạt động sản xuất kinh doanh giữa các tổ chức kinh tế xã hội chủ nghĩa với nhau.

Như vậy, Luật kinh tế là ngành luật điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh chủ yếu giữa các tổ chức xã hội chủ nghĩa với nhau trong quá trình lãnh đạo và thực hiện hoạt động sản xuất kinh doanh nên chủ thể của Luật kinh tế chủ yếu là những tổ chức xã hội chủ nghĩa.

Trong thời kỳ kế hoạch hoá tập trung, việc kinh doanh chủ yếu được các tổ chức thuộc thành phần kinh tế quốc doanh thực hiện. Do vậy, Luật kinh tế trong thời kỳ này chủ yếu tập trung ghi nhận các chế

¹. Luật thương mại trước đây được gọi là Luật kinh tế.

độ pháp lý liên quan đến việc tổ chức và hoạt động của các tổ chức kinh tế quốc doanh. Nội dung của chế độ pháp lý này bao gồm các nội dung như: địa vị pháp lý của các chủ thể Luật kinh tế; chế độ pháp lý về tài sản của các đơn vị kinh tế quốc doanh; chế độ pháp lý về kế hoạch hoá nền kinh tế quốc dân; chế độ pháp lý hạch toán kinh tế; chế độ hợp đồng kinh tế và trọng tài kinh tế.

1.2. Trong nền kinh tế thị trường

Từ năm 1986, Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ VI đã đưa ra chủ trương chuyển đổi nền kinh tế, từ nền kinh tế kế hoạch hoá tập trung sang nền kinh tế hàng hoá nhiều thành phần vận hành theo cơ chế thị trường có sự quản lý của Nhà nước theo định hướng xã hội chủ nghĩa. Nghị quyết đã khẳng định: *“Thực chất của đổi mới về cơ chế quản lý kinh tế là cơ chế kế hoạch hoá theo phương thức hạch toán kinh doanh xã hội chủ nghĩa, đúng nguyên tắc tập trung dân chủ”*².

Bên cạnh việc khẳng định bản chất của việc đổi mới, Đảng ta cũng xác định rõ hai đặc trưng cơ bản của cơ chế mới là:

Thứ nhất, tính kế hoạch;

Thứ hai, sử dụng đúng đắn quan hệ hàng hoá - tiền tệ.

Trong thời kỳ hiện nay, việc đổi mới cơ chế kinh tế đã làm thay đổi cơ bản tính chất của các quan hệ kinh doanh. Điều này cũng đưa đến yêu cầu tất yếu phải có sự thay đổi trong thuật ngữ sử dụng là Luật thương mại cho phù hợp với thực tế khách quan hiện nay. Khác với mô hình kinh tế kế hoạch hoá, kinh tế thị trường đòi hỏi phải xoá bỏ chế độ độc tôn của một hình thức sở hữu, đòi hỏi phải khuyến khích và phát triển một cơ cấu kinh tế nhiều thành phần với sự bình đẳng của chúng trước pháp luật. Kinh tế thị trường đòi hỏi phải có một môi trường pháp lý bảo đảm quyền tự do kinh doanh của tất cả các chủ thể tham gia hoạt động sản xuất - kinh doanh. Đặc biệt, kinh tế thị trường đòi hỏi quyền

² Xem: Đảng Cộng sản Việt Nam (1987), *Văn kiện Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ VI*, Nxb Sự thật, Hà Nội, tr.65

lực công cộng phải thật sự tôn trọng nguyên tắc tự do kinh doanh của tất cả các chủ thể tham gia kinh doanh trên thương trường.

Có thể hiểu khác nhau về nội dung của cơ chế kinh tế, song trong mọi trường hợp, Luật thương mại hiện nay đều được coi là một bộ phận cấu thành của cơ chế kinh tế.

Về bản chất, Luật thương mại được hiểu là tổng hợp các quy phạm pháp luật do Nhà nước ban hành, điều chỉnh những quan hệ kinh tế phát sinh trong quá trình hoạt động sản xuất kinh doanh giữa các thương nhân hoặc giữa chúng với cơ quan quản lý Nhà nước về kinh tế nhằm thực hiện các mục tiêu kinh tế - xã hội của đất nước.

Như vậy, cùng với sự phát triển của nền kinh tế thị trường, Luật kinh tế Việt Nam trước đây cũng đã có sự thay đổi. Luật thương mại hiện nay cùng với pháp luật kinh doanh, thương mại sẽ là sự phản ánh pháp lý một cơ chế thị trường với những đặc trưng cơ bản sau:

Một là, nền kinh tế của Việt Nam hiện nay là nền kinh tế đang trong bước chuyển nhanh sang một cơ chế mới. Tính chất quá độ của của nền kinh tế ảnh hưởng lớn đến tính chất của cả hệ thống pháp luật về quản lý kinh tế nói chung và Luật thương mại nói riêng. Điều này thể hiện ở chỗ, trong toàn bộ hệ thống pháp luật kinh doanh vẫn còn tồn tại những quy định được coi là “tàn dư” của cơ chế kinh tế cũ và xét về tổng thể, phải chấp nhận rằng, chúng ta không thể có ngay một hệ thống pháp luật kinh doanh với chất lượng và cơ cấu hoàn toàn mới - pháp luật của nền kinh tế thị trường³.

Hai là, cơ chế kinh tế mà chúng ta xây dựng không hình thành từ sự hoàn thiện của cơ chế cũ - cơ chế kế hoạch hoá tập trung quan liêu bao cấp; mà ngược lại. Do vậy, quá trình hình thành cơ chế mới đòi hỏi phải có sự tư duy mới và theo đó, là tư duy pháp lý mới với tính cách là cơ sở lý luận và tư tưởng của quá trình đó.

³ Xem “Giáo trình Luật kinh tế Việt Nam”, (1997), Đại học Quốc gia Hà Nội, Nxb Đại quốc gia Hà Nội.

Ba là, khi chuyển đổi cơ chế kinh tế, chúng ta chưa kịp chuẩn bị một hệ thống các quy tắc xử sự trong đời sống kinh tế nhiều thành phần theo cơ chế thị trường có sự quản lý của Nhà nước. Do vậy, so với tiến trình của các quan hệ kinh tế, pháp luật thường xuất hiện chậm hơn với sự biến động và phát triển của các quan hệ kinh tế. Trong khi chúng ta chủ trương “cởi trói” cho các cơ sở sản xuất kinh doanh nhưng chúng ta lại chưa tạo được một hành lang pháp lý cần thiết cho các doanh nghiệp hoạt động.

Luật thương mại hiện nay bao gồm các nội dung sau:

1. Pháp luật về chủ thể kinh doanh;
2. Pháp luật về hợp đồng kinh doanh - thương mại;
3. Pháp luật về giải quyết tranh chấp kinh doanh - thương mại;
4. Pháp luật về cạnh tranh;
5. Pháp luật về phá sản.

Như vậy, về bản chất, phạm vi điều chỉnh của Luật thương mại không có gì thay đổi nhiều vẫn là các quan hệ phát sinh trong quá trình kinh doanh. Song, quá trình kinh doanh hiện nay có những thay đổi cả về chủ thể lẫn phương thức kinh doanh, do vậy, các quan hệ trong quá trình này cũng có những thay đổi cơ bản ⁴.

Những thay đổi của Luật thương mại trong giai đoạn này tập trung vào các nội dung cơ bản sau:

Thứ nhất, chủ thể của Luật thương mại được mở rộng một cách đáng kể, cả các loại hình kinh doanh lẫn tư cách pháp lý.

Khi các loại hình kinh doanh được mở rộng và được pháp luật thừa nhận tư cách pháp lý thì các nguyên tắc cơ bản trong kinh doanh như: tự do kinh doanh, bình đẳng trong kinh doanh, cạnh tranh lành mạnh,... được xác lập; địa vị pháp lý của các chủ thể được xác định cụ thể; quyền và nghĩa vụ của các chủ thể được pháp luật ghi nhận một cách rõ ràng và đầy đủ.

⁴ Xem “Giáo trình Luật thương mại - Tập 1” (2006), Đại học Luật Hà Nội, Nxb Công an nhân dân.

Thứ hai, nội dung của Luật thương mại có những thay đổi lớn về những chế độ pháp lý lẫn những quy định cụ thể.

Trong hoạt động kinh doanh, các chủ thể luôn có mối quan hệ với nhau. Chủ thể chủ yếu của Luật thương mại là các thương nhân (gồm doanh nghiệp và cá nhân có đăng ký kinh doanh) nên để có mối quan hệ trong kinh doanh đều chủ yếu thông qua quan hệ hợp đồng kinh tế. Nội dung Luật thương mại trong nền kinh tế thị trường đã thay đổi chế độ hợp đồng kinh tế thành chế độ hợp đồng thương mại. Do đó, pháp luật về hợp đồng thương mại hiện nay có nhiều điểm khác với chế độ hợp đồng kinh tế trước đây. Nhiều quy định về hợp đồng thương mại là sự phát triển, cụ thể hoá các quy định của Bộ luật dân sự, phù hợp với những đặc thù của lĩnh vực kinh doanh, thương mại.

Khi nội dung chế độ hợp đồng thương mại có sự thay đổi, các quy định của pháp luật về giải quyết tranh chấp cũng thay đổi. Hiện nay, các tranh chấp về kinh tế trước đây được gọi là các tranh chấp trong kinh doanh, thương mại. Hình thức giải quyết, cơ quan giải quyết, thẩm quyền và trình tự giải quyết các tranh chấp trong kinh doanh - thương mại cũng có sự thay đổi.

Thứ ba, trong cơ chế bao cấp, những quy định của pháp luật về kế hoạch hoá nền kinh tế quốc dân và hạch toán kinh tế là nội dung chủ yếu của Luật kinh tế. Trong giai đoạn hiện nay, những quy định của pháp luật về những vấn đề trên có những thay đổi lớn, chủ yếu chỉ áp dụng cho đối với một số doanh nghiệp Nhà nước (công ty Nhà nước và những doanh nghiệp Nhà nước mà Nhà nước có cổ phần, vốn góp chi phối). Do vậy, trong nội dung của Luật thương mại, chế độ pháp lý về kế hoạch hoá nền kinh tế quốc dân và hạch toán kinh tế không còn là giữ vị trí chủ yếu như trước đây. Để đáp ứng với thực tiễn và yêu cầu khách quan của nền kinh tế, một số chế định mới hình thành, như: chế định pháp luật về phá sản, chế định pháp luật về cạnh tranh,...

Tóm lại, trong cơ chế kế hoạch hoá tập trung, Luật kinh tế tồn tại như một ngành luật độc lập, điều chỉnh về những quan hệ phát sinh trong quá trình tổ chức và thực hiện hoạt động kinh doanh của các đơn vị kinh

tế quốc doanh. Khi Việt Nam chuyển đổi cơ chế kinh tế vận hành theo cơ chế thị trường, để phù hợp với cơ chế quản lý kinh tế mới, Luật kinh tế đã được đổi thành Luật thương mại và đây không chỉ là sự thay đổi về tên gọi mà còn có nhiều thay đổi về nội dung và hình thức. Luật thương mại có hệ thống chủ thể rộng rãi hơn, các quan hệ kinh tế cũng mang tính chất tài sản nhiều hơn, phương pháp dân sự (bình đẳng, thoả thuận) được áp dụng rộng rãi hơn so với trước đây (chủ yếu phương pháp mệnh lệnh hành chính). Các văn bản pháp luật kinh doanh, thương mại được sửa đổi, bổ sung ngày càng đáp ứng được nhu cầu đổi mới kinh tế của đất nước. Chuyển sang kinh tế thị trường, hơn bao giờ hết, pháp luật kinh doanh nói chung và Luật thương mại nói riêng có vai trò ngày càng quan trọng trong đời sống kinh tế của đất nước.

2. VAI TRÒ CỦA LUẬT THƯƠNG MẠI VÀ PHÁP LUẬT KINH DOANH -THƯƠNG MẠI TRONG NỀN KINH TẾ THỊ TRƯỜNG HIỆN NAY

Từ năm 1986, Nhà nước ta chủ trương phát triển nền kinh tế hàng hoá nhiều thành phần theo cơ chế thị trường. Qua một thời gian thực hiện, đã chứng minh được hiệu quả của chủ trương, đường lối đúng đắn đó cả về phương diện lý luận và phương diện thực tiễn: nền kinh tế nào cũng cần đến sự quản lý của Nhà nước.

Trong nền kinh tế thị trường, hoạt động kinh tế diễn ra rất phức tạp (đa dạng về chủ thể, về lợi ích,...). Tham gia vào quá trình hoạt động kinh tế là các doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế. Lợi nhuận là mục đích theo đuổi và động lực phát triển của doanh nghiệp. Dưới sự tác động của các quy luật khách quan của kinh tế thị trường, các doanh nghiệp sẽ phát triển không đồng đều dẫn đến nguy cơ độc quyền, lũng đoạn thị trường, làm ăn gian dối. Vì vậy, cần thiết phải có sự quản lý của Nhà nước để đảm bảo một nền kinh tế có tính tổ chức cao, ổn định, công bằng và có định hướng rõ rệt.

Tiêu chí cơ bản nhất để đánh giá pháp luật có đúng đắn hay không, chính là sự phát triển mạnh mẽ của nền kinh tế thị trường. Một xã hội,

nếu không có pháp luật hoặc pháp luật không phù hợp với những yêu cầu của nền kinh tế thị trường thì nền kinh tế thị trường không thể vận hành trôi chảy được. Một khi pháp luật không được chú trọng đúng với tầm quan trọng của nó thì kinh tế thị trường sẽ rơi vào tình trạng lộn xộn và đi đến thất bại.

Vai trò của luật thương mại nói riêng và pháp luật kinh doanh – thương mại nói chung được quy định bởi những yêu cầu khách quan do chính nền kinh tế thị trường đặt ra, nhất là nền kinh tế thị trường Việt Nam, một nền kinh tế thị trường với những đặc thù riêng của mình.

2.1. Các yêu cầu khách quan do nền kinh tế thị trường đặt ra đối với luật thương mại và pháp luật kinh doanh – thương mại

Các quy định của luật thương mại và pháp luật kinh doanh – thương mại cần đảm bảo các yêu cầu sau đây:

Thứ nhất, trong nền kinh tế thị trường, việc đảm bảo thống nhất, hài hoà giữa kinh tế và xã hội là một yêu cầu khách quan.

Pháp luật phải đóng vai trò bảo đảm tính hai mặt chủ yếu của quá trình đó: một mặt, bảo đảm quyền tự do của công dân; mặt khác phải đảm bảo lợi ích của xã hội, bảo vệ người tiêu dùng, người lao động; không để xảy ra tình trạng làm kinh tế bằng bất cứ giá nào và bằng bất cứ thủ đoạn nào.

Thứ hai, pháp luật kinh doanh – thương mại phải bảo đảm sự bình đẳng và công bằng.

Nói đến kinh tế thị trường là nói đến đa hình thức sở hữu đối với tư liệu sản xuất, đa thành phần kinh tế, đa lợi ích, vì vậy đòi hỏi phải có sự bình đẳng và công bằng.

Bình đẳng được hiểu là trong những hoàn cảnh như nhau, mọi doanh nghiệp được hưởng những khả năng, điều kiện và cơ hội như nhau; Phải được ngang quyền với nhau trong quan hệ, không có sự phân biệt đối xử nào.

Công bằng được hiểu là một giá trị quan trọng của pháp luật. Một quy định của pháp luật được coi là công bằng khi được nhiều người ủng

hộ. Do đó, để có một hệ thống pháp luật đạt được yêu cầu đó, phải xây dựng một cơ chế xây dựng pháp luật thật sự dân chủ.

Thứ ba, pháp luật phải được đề cao để hạn chế và đi đến xoá bỏ mọi tình trạng thiếu lành mạnh.

Trong nền kinh tế thị trường: tự do năng động, sáng tạo và nhạy bén là những yêu cầu khách quan của nó. Những cũng dễ dàng từ đó có nguy cơ làm xuất hiện tình trạng vô Chính phủ, tùy tiện làm ăn gian lận trong nền kinh tế thị trường nên chúng ta phải đặt ra yêu cầu đề cao pháp luật.

2.2. Đặc điểm của nền kinh tế thị trường Việt Nam

Nền kinh tế thị trường Việt Nam có những nét đặc thù sau:

a. Nền kinh tế thị trường Việt Nam được xây dựng từ một nền kinh tế kế hoạch tập trung cao độ. Nền kinh tế thị trường đối lập với nền kinh tế tự nhiên, tự cung tự cấp và đối lập với cơ chế cấp phát - giao nộp. Đặc điểm này xác định mức độ cải cách của hệ thống pháp luật, đòi hỏi phải được thay thế bằng một hệ thống pháp luật mới phù hợp.

b. Nền kinh tế thị trường Việt Nam với vai trò chủ đạo của nền kinh tế quốc doanh, mục đích nhằm đảm bảo sự phát triển ổn định và có hiệu quả của nền kinh tế. Muốn đạt được mục đích, cần phải đảm bảo cho thành phần kinh tế quốc doanh chiếm vị trí then chốt trong nền kinh tế: Có đủ lực lượng vật chất chi phối thị trường; là tấm gương sáng về năng suất về lao động, chất lượng.

c. Nền kinh tế thị trường Việt Nam có định hướng Xã hội chủ nghĩa. Nếu nhìn nhận đặc trưng của Xã hội chủ nghĩa là mục tiêu của một chế độ kinh tế phải đạt được là: dân giàu, nước mạnh, xã hội công bằng văn minh, thì Nhà nước Việt Nam sử dụng các yếu tố của nền kinh tế thị trường như là một công cụ để thực hiện các mục tiêu đó.

2.3. Các nội dung cơ bản của nền kinh tế thị trường đòi hỏi luật thương mại và pháp luật kinh doanh – thương mại phải đáp ứng

Thứ nhất, tạo ra những tiền đề pháp lý vững chắc để ổn định các quan hệ kinh tế, làm cho mọi thành phần kinh tế kinh tế, mọi công dân yên tâm chủ động phát huy mọi tiềm năng sáng tạo và tiềm lực kinh tế.

Thứ hai, tạo ra một cơ chế pháp lý đảm bảo một cách có hiệu quả sự bình đẳng thực sự giữa các thành phần kinh tế.

Thứ ba, đấu tranh phòng và chống một cách có hiệu quả những hiện tượng tiêu cực nảy sinh trong quá trình vận hành của nền kinh tế thị trường, đồng thời bảo vệ một cách chắc chắn lợi ích hợp pháp của các doanh nghiệp, của mọi công dân và của người tiêu dùng.

3. KHÁI NIỆM LUẬT THƯƠNG MẠI

3.1. Quan điểm về Luật kinh tế, Luật thương mại, Luật kinh doanh

a. Quan điểm về Luật kinh tế

Quan điểm về Luật kinh tế được biết đến ở các nước tư bản từ những năm đầu của thế kỷ XX, khi trong nền kinh tế xuất hiện những nhân tố mới như: sự can thiệp của nhà nước vào nền kinh tế, sự phát triển của kinh tế nhà nước, sự xuất hiện độc quyền,...

Nội dung của Luật kinh tế bao gồm: Luật thương mại, Luật lao động, một số quy định về sở hữu công nghiệp và lĩnh vực dân sự.

Theo quan niệm này, Luật kinh tế ở Việt Nam được coi là một ngành luật độc lập, theo đó, Luật kinh tế *“bao gồm tổng hợp các quy phạm pháp luật điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh trong quá trình tổ chức, quản lý và hoạt động sản xuất kinh doanh giữa các doanh nghiệp với nhau và với các cơ quan quản lý nhà nước”*.

Như vậy, với quan điểm này, Luật kinh tế là một ngành luật độc lập, có phạm vi, đối tượng và phương pháp điều chỉnh riêng.

b. Quan điểm về Luật kinh doanh

Theo quan điểm của một số nước khác, Luật kinh doanh là một ngành luật độc lập, được hiểu là *“tổng thể các quy phạm pháp luật điều chỉnh các quan hệ kinh doanh và các quan hệ xã hội khác liên quan mật thiết với quan hệ kinh doanh, trong đó, có các quan hệ trong lĩnh vực quản lý nhà nước đối với hoạt động kinh doanh nhằm đảm bảo lợi ích của nhà nước và xã hội”*.

Ở Việt Nam, thuật ngữ Luật kinh doanh hay Pháp luật kinh doanh cũng đã xuất hiện nhiều và được bàn đến nhưng chủ yếu là trong các đề tài nghiên cứu khoa học và các hội thảo khoa học. Nội dung cơ bản của Luật kinh doanh bao gồm bốn nội dung cơ bản: pháp luật về các loại hình doanh nghiệp, pháp luật về hành vi kinh doanh, pháp luật về phá sản, pháp luật về cơ quan tài phán trong kinh doanh.

c. Quan điểm về Luật thương mại

Trong đời sống kinh tế - xã hội cũng như trong khoa học pháp lý ở các nước theo hệ thống pháp luật Châu Âu lục địa, Luật thương mại tồn tại như là một ngành luật độc lập, có vai trò rất quan trọng. Luật thương mại cùng với Luật dân sự điều chỉnh các quan hệ tài sản mang tính chất hàng hoá - tiền tệ.

Ở Việt Nam, cùng với việc ban hành Luật thương mại 1997, trên thực tế đã xuất hiện nhiều khái niệm về Luật thương mại. Song, do khái niệm “thương mại” được hệ thống pháp luật nước ta lúc đó tiếp cận ở nghĩa hẹp, nó chỉ là một khâu của hoạt động thương mại nên Luật thương mại không được coi là một ngành luật độc lập mà chỉ được coi là một bộ phận cấu thành môn Luật kinh tế.

Trong thời gian gần đây, để phù hợp với xu hướng của các nước trên thế giới, hoạt động thương mại được pháp luật Việt Nam ghi nhận theo nghĩa rộng; đó là hoạt động nhằm mục đích sinh lợi, bao gồm: mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ, đầu tư, xúc tiến thương mại và các hoạt động khác nhằm mục đích sinh lợi. Với quan điểm như vậy, cho nên môn học Luật kinh tế được các cơ sở đào tạo Luật đổi tên theo khung chương trình đào tạo là môn học Luật thương mại.

Tóm lại, ở một phương diện nào đó, Luật kinh tế, Luật kinh doanh hay Luật thương mại được sử dụng như những khái niệm cùng loại điều chỉnh các quan hệ xã hội trong lĩnh vực kinh tế, thương mại hoặc kinh doanh tại một nước nào đó. Tuy nhiên, tùy thuộc vào cách thức và mức độ can thiệp của nhà nước vào hoạt động nói trên mà trong nội dung của mỗi quan điểm có sự khác nhau.

3.2. Khái niệm Luật thương mại

Luật kinh tế trước đây điều chỉnh những quan hệ kinh tế gắn liền với quá trình sản xuất - kinh doanh của các đơn vị kinh tế nhà nước hoặc với chức năng quản lý nhà nước với tính cách vừa là chủ thể của quyền lực công vừa là chủ sở hữu của những tư liệu sản xuất nền tảng xã hội⁵.

Hiện nay, với xu thế tất yếu của thời đại, kinh tế thị trường đòi hỏi phải xóa bỏ sự độc tôn của một hình thức sở hữu, đòi hỏi phải khuyến khích và phát triển một cơ cấu kinh tế nhiều thành phần với sự bình đẳng của chúng trước pháp luật. Kinh tế thị trường đòi hỏi phải có môi trường pháp lý đảm bảo quyền tự do kinh doanh của tất cả các chủ thể sản xuất – kinh doanh.

Đặc biệt, kinh tế thị trường đòi hỏi tổ chức công quyền phải tôn trọng nguyên tắc tự do kinh doanh của các loại hình doanh nghiệp. Trên cơ sở kế thừa những thành tựu nghiên cứu các vấn đề lý luận của luật kinh tế trước đây và dựa vào sự phát triển của đời sống kinh doanh, thương mại hiện nay, Luật thương mại hiện nay được hiểu là *tổng hợp các quy phạm pháp luật do nhà nước ban hành hoặc thừa nhận, điều chỉnh các quan hệ phát sinh trong quá trình tổ chức và thực hiện hoạt động kinh doanh thương mại giữa các thương nhân với nhau và các cơ quan quản lý Nhà nước có thẩm quyền*.

Từ khái niệm Luật thương mại, có thể nhận thấy Luật thương mại có hai thuộc tính cơ bản, đó là phạm vi điều chỉnh và chủ thể của Luật thương mại.

Phạm vi điều chỉnh của Luật thương mại được hiểu thông qua các hành vi điều chỉnh của Luật thương mại, đó là:

- Thông qua Luật thương mại, nhà nước điều chỉnh hành vi kinh doanh của các chủ thể kinh doanh, các hoạt động của thương nhân, như:

⁵ Xem Giáo trình “Luật kinh tế” của TS. Nguyễn Như Phát và TS. Phạm Hữu Nghị chủ biên, Nxb Giáo dục (năm 2000).

đầu tư, mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ đầu tư, xúc tiến thương mại và các hoạt động khác nhằm mục đích sinh lời.

- Thông qua Luật thương mại, nhà nước xác định địa vị pháp lý cho các thương nhân;

- Thông qua Luật thương mại, nhà nước điều chỉnh các hoạt động mang tính tổ chức của cơ quan nhà nước có thẩm quyền liên quan trực tiếp đến hoạt động kinh doanh - thương mại, như: đăng ký kinh doanh, kiểm tra, giám sát hoạt động kinh doanh - thương mại, giải thể và phá sản doanh nghiệp.

- Thông qua Luật thương mại, nhà nước quy định cơ quan tài phán trong kinh doanh;

- Thông qua Luật thương mại, nhà nước quy định điều kiện, thủ tục phá sản trong kinh doanh;

- Thông qua Luật thương mại, nhà nước quy định hành vi cạnh tranh của chủ thể kinh doanh trên thương trường.

Chủ thể của Luật thương mại chủ yếu là các thương nhân, trong một số trường hợp cụ thể, khi thực hiện các hoạt động mang tính tổ chức như đăng ký kinh doanh, giải thể, phá sản doanh nghiệp,... các cơ quan Nhà nước có thẩm quyền cũng là chủ thể của Luật kinh tế và các chủ thể có điều kiện khác khi tham gia quan hệ kinh doanh, thương mại.

3.3. Đối tượng điều chỉnh của Luật thương mại

a. Khái niệm

Đối tượng điều chỉnh của Luật thương mại là các quan hệ xã hội được các quy phạm pháp luật kinh doanh tác động, điều chỉnh tới.

b. Hành vi thương mại - đối tượng điều chỉnh của Luật thương mại

Khái niệm “Hành vi thương mại” hiện nay ở nước ta có nội hàm rộng hơn nhiều so với trước đây. Khái niệm này tương đồng với khái niệm “kinh doanh” được quy định trong Luật doanh nghiệp⁶.

⁶ Xem Khoản 2 Điều 4 Luật doanh nghiệp 2005.

Trước hết, chúng ta tìm hiểu khái niệm “thương mại”.

Theo Luật thương mại 2005, “hoạt động thương mại là hoạt động nhằm mục đích sinh lợi, bao gồm mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ, đầu tư, xúc tiến thương mại và các hoạt động nhằm mục đích sinh lợi khác”⁷.

Như vậy, hiện nay pháp luật Việt Nam đã ghi nhận khái niệm “hành vi thương mại” theo nghĩa rộng hơn so với trước đây. Khái niệm này bao hàm được bản chất của các hoạt động thương mại trong nền kinh tế thị trường và khái niệm “hành vi thương mại” hiện nay phù hợp với các cam kết quốc tế mà Việt Nam tham gia.

Hành vi thương mại được nhận dạng thông qua các đặc điểm sau:

Thứ nhất, hành vi thương mại phải được thực hiện trên thương trường và nhằm mục đích sinh lợi

Có thể nói, mục đích sinh lợi là dấu hiệu đầu tiên của hành vi thương mại. Khoản 1 Điều 3 Luật thương mại 2005 cũng đã ghi nhận: “hoạt động thương mại là hoạt động nhằm mục đích sinh lợi, bao gồm mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ, đối tượng, xúc tiến thương mại và các hoạt động nhằm mục đích sinh lợi khác”.

Thứ hai, hành vi thương mại là hành vi mang tính chất nghề nghiệp, được thương nhân thực hiện

Thương mại là hành vi mang tính chất nghề nghiệp có nghĩa là chủ thể của hành vi khi tham gia thị trường thực hiện sự phân công lao động của xã hội.

Được coi là hành vi mang tính chất nghề nghiệp thì các hành vi này phải được các chủ thể tiến hành một cách thường xuyên, liên tục, thể hiện tính chuyên nghiệp cao và mang lại thu nhập chính và thường xuyên cho chủ thể thực hiện hành vi. Với đặc điểm này, có thể dễ dàng nhận biết đâu là hành vi thương mại và hành vi nào không phải là hành vi thương mại.

Thứ ba, hành vi thương mại phải là hành vi của thương nhân

⁷ Xem Khoản 1 Điều 3 Luật thương mại 2005.

Đặc điểm về chủ thể này để phân biệt với hành vi dân sự. Chủ thể của hành vi thương mại trước hết phải có đầy đủ năng lực pháp luật và năng lực hành vi dân sự. Như vậy, chủ thể thực hiện hành vi thương mại trước hết là chủ thể thực hiện hành vi dân sự; nhưng điều đó không có nghĩa là, tất cả các chủ thể của hành vi dân sự đều là chủ thể thực hiện hành vi thương mại. Xuất phát từ tính chất của hành vi thương mại, chỉ có những chủ thể nào hội đủ những điều kiện là một thương nhân mới được coi là chủ thể thực hiện hành vi thương mại.

Phân loại hành vi thương mại: Căn cứ vào những dấu hiệu khác nhau, hành vi thương mại được chia thành các loại khác nhau.

Thứ nhất, dựa vào tính chất của hành vi và chủ thể thực hiện hành vi, hành vi thương mại được chia thành: hành vi thương mại thuần túy và hành vi thương mại phụ thuộc.

Hành vi thương mại thuần túy: là những hành vi có tính chất thương mại thuần túy vì bản chất của nó thuộc về công việc buôn bán hoặc vì hình thức của nó được pháp luật coi là tiêu biểu cho hành vi thương mại.

Hành vi thương mại phụ thuộc là những hành vi có bản chất dân sự nhưng do thương nhân thực hiện theo nhu cầu nghề nghiệp hay nhân lúc hành nghề và do đó được coi là hành vi thương mại. Ví dụ: Hành vi thương nhân mua phương tiện, thiết bị để trang bị cho các phòng làm việc của mình được coi là hành vi thương mại phụ thuộc (do nhu cầu của nghề nghiệp).

Thứ hai, dựa vào lĩnh vực phát sinh cũng như đối tượng của hành vi thương mại, các hành vi thương mại có thể chia ra thành bốn nhóm hành vi sau:

Một là, nhóm hành vi thương mại hàng hoá;

Hai là, nhóm hành vi thương mại dịch vụ;

Ba là, nhóm hành vi thương mại trong lĩnh vực đầu tư;

Bốn là, nhóm hành vi thương mại trong lĩnh vực sở hữu trí tuệ.

Nhóm hành vi thương mại hàng hoá là những hành vi phát sinh trong quá trình sản xuất hàng hoá, bao gồm việc mua bán hàng hoá và các hoạt động khác liên quan trực tiếp đến việc mua bán hàng hoá như cung ứng dịch vụ thương mại, xúc tiến thương mại. Trong đó, mua bán hàng hoá là hành vi chủ yếu nhất của thương mại hàng hoá, còn các hành vi (trung gian thương mại, xúc tiến thương mại) phải là những hành vi liên quan trực tiếp đến với hành vi mua bán hàng hoá, phục vụ trực tiếp cho việc mua bán hàng hoá. Các hành vi thương mại hàng hoá cụ thể ở Luật thương mại⁸.

Nhóm hành vi thương mại dịch vụ là những hành vi phát sinh trong quá trình sản xuất hàng hoá, bao gồm các hành vi trong sản xuất công nghiệp, xây dựng, vận tải, dịch vụ tài chính, ngân hàng, bảo hiểm.

Tất nhiên không phải tất cả các hành vi trong lĩnh vực trên là hành vi thương mại được mà chỉ những hành vi nào có đầy đủ những thành tố của hành vi thương mại mới được coi là hành vi thương mại dịch vụ.

Nhóm hành vi trong lĩnh vực đầu tư là những hành vi đầu tư nhằm mục đích tìm kiếm lợi nhuận của chủ đầu tư, bao gồm các hành vi như: góp vốn, chuyển nhượng vốn, phát hành và mua bán chứng khoán, thuê mua tài chính,...

Cũng tương tự như những hành vi thương mại trong lĩnh vực dịch vụ, không phải tất cả các hành vi đầu tư đều là hành vi thương mại, mà chỉ có những hoạt động đầu tư cho kinh doanh nhằm mục đích tìm kiếm lợi nhuận mới được coi là hành vi thương mại.

Nhóm hành vi thương mại trong lĩnh vực sở hữu trí tuệ là những hành vi liên quan đến việc chiếm hữu, sử dụng định đoạt tài sản trí tuệ nhằm mục đích thương mại, bao gồm các hành vi sử dụng đối tượng của sở hữu công nghiệp (ví dụ như sáng chế, giải pháp hữu ích) trong hoạt động kinh doanh, thương mại; sử dụng các đối tượng của sở hữu công nghiệp như là một yếu tố thể hiện lợi thế cạnh tranh, chuyển giao các đối tượng sở hữu công nghiệp,...

⁸ Xem Điều 50 Luật thương mại năm 1997 và các chương 2,3, 5 Luật thương mại năm 2005.

3.4. Chủ thể của Luật thương mại

a. Khái niệm

Mỗi ngành luật có cơ cấu chủ thể riêng, nhưng điều đó không có nghĩa là các chủ thể đó chỉ được tham gia vào những mối quan hệ xã hội do một ngành luật điều chỉnh. Những cá nhân có đủ năng lực hành vi dân sự và những tổ chức có tư cách pháp nhân có thể tham gia vào quan hệ pháp luật của nhiều ngành luật. Khi tham gia quan hệ xã hội do ngành luật nào điều chỉnh, chúng trở thành chủ thể của ngành luật đó.

Từ đó, chúng ta có thể đưa ra khái niệm về chủ thể của Luật thương mại như sau: Chủ thể của Luật thương mại là những tổ chức, cá nhân có đủ điều kiện để tham gia vào những quan hệ do Luật thương mại điều chỉnh.

b. Điều kiện trở thành chủ thể Luật thương mại

Để trở thành chủ thể của Luật thương mại, cần có các điều kiện sau đây:

Một là, phải được thành lập hợp pháp

Được thành lập hợp pháp nghĩa là các chủ thể của Luật thương mại được cơ quan Nhà nước có thẩm quyền ra quyết định thành lập, đăng ký kinh doanh. Và có chức năng, nhiệm vụ, phạm vi hoạt động rõ ràng. Chủ thể được tổ chức dưới một hình thức nhất định do pháp luật quy định (doanh nghiệp Nhà nước, doanh nghiệp tư nhân, các loại hình công ty,...)

Hai là, phải có tài sản

Tài sản là cơ sở vật chất không thể thiếu được để cho các chủ thể của Luật thương mại, đặc biệt là các doanh nghiệp tiến hành các hoạt động kinh doanh. Trên thực tế, tài sản đó tồn tại dưới dạng vốn kinh doanh: vốn điều lệ, vốn pháp định.

Khối lượng và cơ cấu tài sản cũng như khối lượng quyền năng của các doanh nghiệp có được đối với từng loại tài sản phụ thuộc và tính chất sở hữu, quy mô hoạt động từng chủ thể.

Thứ ba, phải có thẩm quyền kinh tế

Thẩm quyền kinh tế là cơ sở pháp lý để các chủ thể Luật thương mại thực hiện các hàng vi pháp lý nhằm tạo cho mình những quyền và nghĩa vụ cụ thể, đồng thời nó cũng quy định rõ giới hạn mà trong đó các chủ thể được phép hành động. Mỗi chủ thể có thẩm quyền kinh tế rộng hẹp khác nhau, phụ thuộc vào chức năng, nhiệm vụ và lĩnh vực hoạt động khác nhau của chúng trong hệ thống kinh tế.

Tóm lại, mọi tổ chức hoặc cá nhân tiến hành hoạt động sản xuất, kinh doanh chỉ trở thành chủ thể của Luật thương mại khi có đầy đủ cả ba điều kiện. Chủ thể của Luật thương mại có quyền và nghĩa vụ tham gia các hoạt động kinh doanh do Luật thương mại điều chỉnh.

c. Các loại chủ thể của Luật thương mại

Căn cứ vào chức năng hoạt động, vai trò, vị trí và mức độ tham gia các quan hệ kinh doanh của chủ thể mà chủ thể của Luật thương mại được phân thành loại như sau:

Một là, chủ thể chủ yếu của Luật thương mại là các thương nhân

Có thể nói, chủ thể chủ yếu của Luật thương mại là các thương nhân. Đây là loại chủ thể thường xuyên tham gia các mối quan hệ trong kinh doanh, thương mại thuộc đối tượng điều chỉnh của Luật thương mại.

Theo quy định của Luật thương mại 2005, *“thương nhân là các tổ chức kinh tế được thành lập hợp pháp, cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên và có đăng ký kinh doanh”*.

Đặc điểm thương nhân: Thương nhân có các dấu hiệu cơ bản sau:

Thứ nhất, thương nhân phải thực hiện hành vi thương mại

Thương nhân và hành vi thương mại có mối quan hệ chặt chẽ với nhau. Điều này được thể hiện rõ trong văn bản pháp luật của Việt Nam. Cụ thể: Trong Luật thương mại 1997, tại Khoản 1 Điều 5 quy định: “hành vi thương mại là hành vi của thương nhân trong hoạt động thương mại”. Hoặc là tại Khoản 6 Điều 5 quy định: “thương nhân là các tổ chức kinh tế được thành lập hợp pháp, cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên và có đăng ký kinh doanh”. Trong Luật thương mại 2005, tại Khoản 1 Điều 6 quy định: “thương nhân gồm tổ chức..., cá nhân hoạt động thương mại... ”.

Qua đó, có thể thấy thương nhân là chủ thể thực hiện hành vi thương mại. Thực hiện hành vi thương mại là dấu hiệu không thể tách rời của thương nhân; đây là tiêu chí quan trọng để phân biệt thương nhân với các chủ thể khác.

Thứ hai, thương nhân phải thực hiện hành vi thương mại độc lập, mang danh nghĩa chính mình và lợi ích của bản thân mình.

Theo quy định của Luật thương mại 2005, thương nhân phải hoạt động thương mại một cách độc lập, mang danh nghĩa chính mình và vì lợi ích của mình. Đây được coi là dấu hiệu cần thiết để phân biệt thương nhân với các chủ thể khác.

Theo pháp luật Việt Nam hiện nay, thương nhân gồm hai loại: các tổ chức kinh tế (doanh nghiệp) và cá nhân có đăng ký kinh doanh.

Trước hết, chúng ta tìm hiểu thương nhân là các tổ chức kinh tế (doanh nghiệp, hợp tác xã).

Theo quy định tại Khoản 2, 3 Điều 4 Luật doanh nghiệp 2005 (có hiệu lực từ ngày 1 tháng 7 năm 2006): “Doanh nghiệp là tổ chức kinh tế có tên riêng, có tài sản, có trụ sở giao dịch ổn định, được đăng ký kinh doanh theo quy định của pháp luật nhằm mục đích thực hiện các hoạt động kinh doanh.

Kinh doanh là việc thực hiện liên tục một, một số hoặc tất cả các công đoạn của quá trình đầu tư, từ sản xuất đến tiêu thụ sản phẩm hoặc cung ứng dịch vụ trên thị trường nhằm mục đích sinh lợi”.

Hiện nay, ở nước ta có các loại hình doanh nghiệp sau đây: công ty nhà nước, doanh nghiệp tư nhân, công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn (một thành viên và hai thành viên trở lên), công ty hợp danh.

Loại thứ hai, thương nhân là cá nhân có đăng ký kinh doanh

Thương nhân là cá nhân là những con người cụ thể có đầy đủ các dấu hiệu pháp lý mà pháp luật quy định:

- Đủ 18 tuổi trở lên.
- Có năng lực hành vi thương mại.

- Hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên.
- Có đăng ký kinh doanh.

Hai là, chủ thể không thường xuyên của Luật thương mại

Các cơ quan nhân danh Nhà nước thực hiện tổ chức quản lý, chỉ đạo các doanh nghiệp tiến hành hoạt động sản xuất, kinh doanh. Cơ quan quản lý Nhà nước đối với các doanh nghiệp được quy định tại Điều 162, Điều 163 và Điều 164 của Luật doanh nghiệp 2005

Ba là, chủ thể có điều kiện của Luật thương mại

Đó là các đơn vị hành chính sự nghiệp như trường học, bệnh viện, viện nghiên cứu và các tổ chức kinh tế-xã hội. Những đơn vị này tuy không có chức năng hoạt động sản xuất - kinh doanh nhưng trong quá trình hoạt động xuất hiện nhiều mối quan hệ kinh tế phục vụ cho hoạt động của đơn vị mình thể hiện bằng các hợp đồng thương mại.

Các tổ chức này chỉ là chủ thể của Luật thương mại khi tham gia quan hệ hợp đồng với các doanh nghiệp nhằm thực hiện những chức năng, nhiệm vụ mà Nhà nước giao cho và trong quá trình thực hiện hợp đồng, khi có tranh chấp xảy ra, nếu bên tham gia hợp đồng không nhằm mục đích lợi nhuận có yêu cầu giải quyết thì hợp đồng được áp dụng Luật thương mại.

4. NGUỒN CỦA LUẬT THƯƠNG MẠI

4.1. Khái niệm

Nguồn chủ yếu của Luật thương mại là tổng hợp các văn bản pháp luật có chứa đựng các quy tắc xử sự do cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành và một số văn bản khác nhằm điều chỉnh các quan hệ liên quan đến hoạt động kinh doanh, thương mại.

4.2. Các loại nguồn của Luật thương mại

a. Hiến pháp

Hiến pháp là đạo luật cơ bản của Nhà nước. Hiến pháp xác định chế độ chính trị, kinh tế - xã hội của đất nước nên Hiến pháp có giá trị

cao nhất và là nguồn của nhiều ngành luật, trong đó có Luật kinh tế. Hiến pháp được ban hành năm 1992 và được sửa đổi, bổ sung năm 2001. Hiến pháp là đạo luật có giá trị pháp lý cao nhất do cơ quan quyền lực cao nhất của Việt Nam ban hành. Những quy định trong Hiến pháp là cơ sở, là nguyên tắc chung cho việc xây dựng kinh tế. Các nguyên tắc chung được quy định tại chương II - Hiến pháp năm 1992, quy định về chế độ kinh tế. Đó là những quy định mang tính nguyên tắc chỉ đạo việc xác lập các quy phạm dưới luật.

Những quy định liên quan đến chế độ kinh tế và các quyền tự do trong Hiến pháp là cơ sở pháp lý cao nhất cho việc thực hiện quyền tự do kinh doanh của công dân của các chủ thể kinh doanh. Do vậy, Hiến pháp là một nguồn quan trọng nhất của Luật thương mại.

Hiến pháp quy định các những nguyên tắc cơ bản sau:

- Xác định định hướng và mục đích xây dựng nền kinh tế đất nước, quy định tại Điều 15, 16.

- Xác định rõ chế độ sở hữu nhà nước, quy định tại các Điều 17,18.

- Công nhận sự tồn tại của các thành phần kinh tế và sự bình đẳng giữa các thành phần kinh tế trong kinh doanh, quy định tại các Điều 19, 21, 22, 29.

- Khẳng định rõ quyền tự do kinh doanh của công dân, quy định tại Điều 57.

- Ghi nhận các biện pháp khuyến khích và bảo hộ đầu tư, quy định tại các Điều 22, 23, 25.

- Xác định rõ các công cụ quản lý kinh tế cũng như quy định nguyên tắc xử lý những vi phạm trong kinh doanh, quy định tại Điều 26.

b. Bộ luật dân sự

Bộ luật dân sự đầu tiên được ban hành 1995, sau đó Bộ luật Dân sự 2005 được ban hành để đáp ứng những yêu cầu mới trong đời sống dân sự của đất nước.

Bộ luật dân sự là một nguồn quan trọng của Luật thương mại, có vị trí quan trọng sau Hiến pháp. Vai trò của Bộ luật dân sự đối với Luật thương mại được thể hiện qua các nội dung sau: thông qua việc quy định về các vấn đề như: tài sản và sở hữu, bảo vệ quyền sở hữu, hợp đồng, sở hữu trí tuệ, chuyển quyền sử dụng đất,...

Cùng với các văn bản pháp luật khác trong hệ thống bản pháp luật kinh tế, Bộ luật dân sự góp phần xây dựng nên khung pháp lý cần thiết cho sự vận hành của nền kinh tế thị trường, tạo nên môi trường pháp lý thuận lợi và thống nhất cho các chủ thể của Luật kinh tế hoạt động.

c. Các Luật

Đây cũng là một loại nguồn quan trọng của Luật thương mại. Các văn bản Luật do Quốc hội thông qua trong thời gian qua rất nhiều và đa dạng, phong phú thể hiện ở nhiều lĩnh vực, nhiều hoạt động khác nhau.

Các văn bản luật quy định về địa vị pháp lý của các chủ thể tham gia hoạt động kinh doanh trên thương trường đó là; Luật Hợp tác xã năm 2012; Luật doanh nghiệp năm 2005; Luật đầu tư năm 2000,...

Các văn bản luật quy định cụ thể về các hành vi kinh doanh, thương mại, như: Luật cạnh tranh 2004, Luật thương mại 2005; Luật kinh doanh bảo hiểm 2000; Luật xây dựng 2003; Luật ngân hàng 2006; Luật chứng khoán 2006...

Các văn bản quy định thủ tục giải quyết yêu cầu phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản như là Luật phá sản 2004.

d. Pháp lệnh

Ủy ban thường vụ Quốc hội ban hành Pháp lệnh trong trường hợp lĩnh vực kinh doanh, thương mại còn tồn tại những hoạt động chưa có văn bản Luật điều chỉnh. Hiện nay ở nước ta, có nhiều Pháp lệnh do Ủy ban thường vụ Quốc hội ban hành.

d. Nghị định của Chính phủ; Quyết định, chỉ thị của Thủ tướng Chính phủ

Trong hoạt động cụ thể, khi chưa có văn bản hoặc Pháp lệnh, Nghị định của Chính phủ sẽ là văn bản để điều chỉnh các hoạt động.

Để điều chỉnh các hoạt động thương mại cụ thể, Chính phủ đã ban hành nhiều Nghị định, các văn bản này có ý nghĩa và vai trò quan trọng trong việc hướng dẫn cụ thể việc thực hiện hành các văn bản luật của Quốc hội hoặc các Pháp lệnh của Ủy ban thường vụ quốc hội. Chính phủ đã ban hành rất nhiều Nghị định liên quan đến nhiều hoạt động cụ thể trong lĩnh vực kinh doanh.

Một số nghị định do Chính phủ ban hành, như:

- Nghị định số 43/2010/NĐ/CP ngày 15.4.2010 của Chính phủ về đăng ký kinh doanh.

- - Nghị định số 102/2010/NĐ-CP ngày 1/10/2010 hướng dẫn thi hành một số điều của Luật doanh nghiệp.

- Nghị định số 89/2006/NĐ/CP ngày 30.8.2006 của Chính phủ về nhãn hàng hoá.

- Nghị định số 19/2006/NĐ/CP ngày 20.2.2006 của Chính phủ quy định chi tiết Luật thương mại về xuất xứ hàng hoá.

- Nghị định số 20/2006/NĐ/CP ngày 20.2.2006 của Chính phủ quy định chi tiết Luật thương mại về kinh doanh dịch vụ giám định thương mại.

- Nghị định số 95/2006/NĐ/CP ngày 8.9.2006 của Chính phủ quy định về chuyển đổi công ty nhà nước thành công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên.

- Nghị định số 100/2006/NĐ/CP ngày 21.9.2006 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Bộ luật dân sự, Luật sở hữu trí tuệ về quyền tác giả và quyền có liên quan.

- Nghị định số 20/2006/NĐ/CP ngày 20.2.2006 của Chính phủ quy định chi tiết Luật thương mại về kinh doanh dịch vụ giám định thương mại.

e. Thông tư hướng dẫn của các Bộ, cơ quan ngang Bộ

Ngoài các văn bản trên, còn có một loại nguồn quan trọng khác của Luật kinh tế, đó là các thông tư hướng dẫn của các Bộ, các cơ quan ngang Bộ. Các văn bản này được ban hành để hướng dẫn cụ thể các hoạt động mang tính chất nghiệp vụ trong lĩnh vực thương mại.

g. Điều ước quốc tế

Điều ước quốc tế là sự thoả thuận giữa các chủ thể của các quốc gia trên cơ sở bình đẳng, tự nguyện nhằm thiết lập nguyên tắc pháp lý bắt buộc, là cơ sở cho hoạt động thương mại (Hiệp định thương mại hàng hải, Hiệp định thương mại Việt - Mỹ, Công ước Viên năm 1980 về mua bán hàng hoá quốc tế)...

h. Tập quán quốc tế

Tập quán quốc tế là thói quen được thừa nhận rộng rãi trong hoạt động thương mại trên một vùng, miền hoặc một lĩnh vực thương mại có nội dung rõ ràng được các bên thừa nhận để các bên xác nhận quyền và nghĩa vụ của các bên trong hoạt động thương mại. (Ví dụ, trong thanh toán theo thể thức tín dụng (L/C), Quy tắc và thực hành thống nhất về tín dụng chứng từ (UCP)).

i. Điều lệ của thương nhân

Điều lệ của thương nhân là văn bản do chính thương nhân ban hành được Nhà nước thừa nhận thông qua một hình thức nhất định nhằm cụ thể hoá các quy định của pháp luật cho phù hợp với điều kiện về tổ chức và hoạt động của mỗi thương nhân.

Chương 2

PHÁP LUẬT VỀ HỢP TÁC XÃ

1. KHÁI NIỆM VÀ ĐẶC ĐIỂM CỦA HỢP TÁC XÃ

1.1. Khái niệm

Hợp tác xã (HTX) xuất hiện đầu tiên ở Vương quốc Anh cách đây đã gần 2 thế kỷ, cho đến nay HTX vẫn tồn tại, phát triển rộng rãi ở nhiều nước và khẳng định được vai trò ưu thế của mình.

Ở Việt Nam, sau hòa bình lập lại năm 1954 và trong công cuộc xây dựng chủ nghĩa xã hội ở miền Bắc, HTX được xem là công cụ để tập thể hóa các hoạt động sản xuất kinh doanh trong các lĩnh vực kinh tế truyền thống, nhằm tạo nền tảng vật chất và văn hóa cho cộng đồng dân cư ở địa phương.

Hợp tác xã xuất hiện và phát triển mạnh mẽ từ khi có phong trào hợp tác hóa ở miền Bắc (giai đoạn 1959 - 1960) và ở miền Nam (1975 - 1985). ở thời kỳ này, phong trào xây dựng và phát triển HTX trong các lĩnh vực, các ngành sản xuất được chú trọng và coi đó như một chiến lược để phát triển kinh tế xã hội. Hoạt động của kinh tế hợp tác đã có nhiều đóng góp to lớn trong việc phát triển sản xuất, ổn định tình hình xã hội, tăng trưởng kinh tế và cùng với kinh tế quốc doanh, nó được xác định là nền tảng của nền kinh tế xã hội chủ nghĩa (XHCH). HTX trong nền kinh tế kế hoạch hóa tập trung bao cấp có vai trò rất quan trọng.

Tháng 3 năm 1996, Quốc hội đã thông qua Luật Hợp tác xã. Luật này có hiệu lực từ ngày 1.1.1997. Tiếp đó, Chính phủ cũng đã ban hành nhiều văn bản hướng dẫn thực hiện Luật góp phần hoàn thiện khung pháp lý về HTX, xác định địa vị pháp lý của HTX trong nền kinh tế thị trường.

Tuy nhiên, quá trình thực hiện trong hơn 6 năm cũng cho thấy, Luật HTX năm 1996 đã bộc lộ những hạn chế và bất cập, đòi hỏi phải có sự sửa đổi, bổ sung cho phù hợp với những điều kiện mới đã có nhiều

thay đổi. Chính vì thế, ngày 26.11.2003, Quốc hội khóa XI, kỳ họp thứ 4 đã thông qua Luật HTX 2003, có hiệu lực kể từ ngày 1.7.2004 thay thế cho Luật HTX 1996. Hiện nay, Quốc hội khóa XIII, kỳ họp thứ 4 đã thông qua Luật Hợp tác xã (ngày 20 tháng 11 năm 2012). Luật này có hiệu lực từ ngày 1.7.2013.

Điều 3 Luật HTX 2012 quy định:

“Hợp tác xã là tổ chức kinh tế tập thể, đồng sở hữu, có tư cách pháp nhân, do ít nhất 07 thành viên tự nguyện thành lập và hợp tác tương trợ lẫn nhau trong hoạt động sản xuất, kinh doanh, tạo việc làm nhằm đáp ứng nhu cầu chung của thành viên, trên cơ sở tự chủ, tự chịu trách nhiệm, bình đẳng và dân chủ trong quản lý hợp tác xã”.⁹

Như vậy, so với Luật hợp tác xã 2003, khái niệm hợp tác xã được quy định ngắn gọn và cụ thể hơn: về số lượng thành viên, về sở hữu tài sản, về mục đích hoạt động chính của hợp tác xã, về trách nhiệm, về nguyên tắc quản lý trong hoạt động của hợp tác xã. Đây là một điểm mới, tiến bộ của Luật hợp tác xã 2012.

1.2. Đặc điểm

a. Hợp tác xã là một tổ chức kinh tế tập thể

Hợp tác xã là một tổ chức kinh tế, được thành lập theo quy định của pháp luật để tiến hành các hoạt động sản xuất, kinh doanh. Tuy nhiên, HTX không chỉ là một tổ chức kinh tế được hiểu theo nghĩa phổ thông

⁹ Điều 1 Luật Hợp tác xã 2003 quy định: “Hợp tác xã là tổ chức kinh tế tập thể do các cá nhân, hộ gia đình, pháp nhân (sau đây gọi chung là xã viên) có nhu cầu, lợi ích chung, tự nguyện góp vốn, góp sức lập ra theo quy định của Luật này để phát huy sức mạnh tập thể của từng xã viên tham gia hợp tác xã, cùng giúp nhau thực hiện có hiệu quả các hoạt động sản xuất, kinh doanh và nâng cao đời sống vật chất, tinh thần, góp phần phát triển kinh tế – xã hội của đất nước.

Hợp tác xã hoạt động như một loại hình doanh nghiệp, có tư cách pháp nhân, tự chủ, tự chịu trách nhiệm về các nghĩa vụ tài chính trong phạm vi vốn điều lệ, vốn tích lũy và các nguồn vốn khác của hợp tác xã theo quy định của pháp luật”.

mà HTX là một tổ chức kinh tế tập thể. Kinh tế tập thể dựa trên sở hữu của các xã viên và sở hữu tập thể, liên kết rộng rãi những người lao động, các hộ sản xuất kinh doanh, doanh nghiệp nhỏ và vừa, thuộc các thành phần kinh tế, không giới hạn quy mô, lĩnh vực và địa bàn

b. Hợp tác xã là một tổ chức kinh tế mang tính xã hội

Với tư cách là một tổ chức kinh tế độc lập, tự chủ, HTX cũng tiến hành các hoạt động sản xuất, kinh doanh, sử dụng các chức năng kinh doanh như các doanh nghiệp để phục vụ cho lợi ích của các thành viên. Tuy nhiên, khác với các doanh nghiệp lấy lợi nhuận làm mục tiêu hoạt động, HTX còn có mục tiêu giúp đỡ lẫn nhau, đáp ứng các nhu cầu, nguyện vọng chung của thành viên về kinh tế và đời sống, phục vụ và hỗ trợ thành viên phát triển sản xuất, kinh doanh, tăng thêm lợi ích cho thành viên.

c. Hợp tác xã có số lượng thành viên từ 7 người trở lên

Số lượng thành viên là một trong những tiêu chí để phân biệt HTX với các loại hình doanh nghiệp khác. Việc qui định HTX phải có 7 người trở lên là nhằm bảo đảm tính chất tập thể của tổ chức này.

d. Các thành viên hợp tác xã cùng góp vốn, cùng hưởng lợi và cùng chịu trách nhiệm.

Các thành viên hợp tác xã phải cùng nhau góp vốn tối thiểu vào Hợp tác xã.

“Vốn góp tối thiểu” là số vốn mà cá nhân, hộ gia đình, pháp nhân phải góp vào vốn điều lệ của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã theo quy định của điều lệ hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã để trở thành thành viên, hợp tác xã thành viên.¹⁰

Luật Hợp tác xã 2012 quy định: Đối với hợp tác xã, vốn góp của thành viên thực hiện theo thỏa thuận và theo quy định của điều lệ nhưng không quá 20% vốn điều lệ của hợp tác xã; Đối với liên hiệp hợp tác xã, vốn góp của hợp tác xã thành viên thực hiện theo thỏa thuận và theo quy định của điều lệ nhưng không quá 30% vốn điều lệ của liên hiệp hợp tác xã.

¹⁰ Khoản 2 Điều 4 Luật HTX 2012.

Thời hạn, hình thức và mức góp vốn điều lệ theo quy định của điều lệ, nhưng thời hạn góp đủ vốn không vượt quá 06 tháng, kể từ ngày hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã được cấp giấy chứng nhận đăng ký hoặc kể từ ngày được kết nạp. Khi góp đủ vốn, thành viên, hợp tác xã thành viên được hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã cấp giấy chứng nhận vốn góp. Giấy chứng nhận vốn góp.

Luật HTX 2012 khẳng định, việc thành lập HTX là hoàn toàn tự nguyện xuất phát từ nhu cầu, lợi ích chung của các thành viên.

“Nhu cầu chung của thành viên, hợp tác xã thành viên” là nhu cầu sử dụng sản phẩm, dịch vụ giống nhau phát sinh thường xuyên, ổn định từ hoạt động sản xuất, kinh doanh, đời sống của thành viên, hợp tác xã thành viên. Đối với hợp tác xã tạo việc làm thì nhu cầu chung của thành viên là nhu cầu việc làm của thành viên trong hợp tác xã do hợp tác xã tạo ra.¹¹

Các thành viên tham gia HTX cùng góp vốn, bình đẳng, dân chủ trong việc quản lý HTX, cùng có quyền lợi và cùng chịu trách nhiệm về các khoản nợ, rủi ro, thiệt hại, các khoản lỗ của HTX.

e. Hợp tác xã có tư cách pháp nhân kể từ ngày được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh

Điều đó có nghĩa là bản thân HTX là một chủ thể pháp luật, là chủ sở hữu của tài sản HTX, là chủ và con nợ đối với các quyền đòi hỏi của HTX và các khoản nợ của HTX. Bản thân HTX là nguyên đơn hoặc bị đơn trong tố tụng. Là một pháp nhân HTX có cơ cấu tổ chức của một tổ chức độc lập đối với các xã viên đứng đằng sau nó.

2. NGUYÊN TẮC TỔ CHỨC VÀ HOẠT ĐỘNG CỦA HỢP TÁC XÃ

Nguyên tắc tổ chức và hoạt động của HTX là những tư tưởng, quan điểm chủ đạo mang tính chất xuất phát điểm và chỉ đạo xuyên suốt quá trình tổ chức và hoạt động của HTX.

¹¹Khoản 1 Điều 4 Luật Hợp tác xã 2012.

Hợp tác xã tổ chức và hoạt động theo các nguyên tắc sau đây:

2.1. Tự nguyện thành lập, gia nhập, ra khỏi hợp tác xã

Mọi cá nhân, hộ gia đình, pháp nhân có đủ điều kiện theo quy định của Luật này, tán thành Điều lệ hợp tác xã đều có quyền gia nhập hợp tác xã; xã viên có quyền ra hợp tác xã theo quy định của Điều lệ hợp tác xã.

2.2. Hợp tác xã, Liên hiệp hợp tác xã kết nạp rộng rãi thành viên. Hợp tác xã

Khi các đối tượng theo quy định của pháp luật có đủ các điều kiện theo quy định của Luật Hợp tác xã, tự nguyện muốn gia nhập hợp tác xã, Liên hiệp hợp tác xã thì Hợp tác xã, Liên hiệp Hợp tác xã có quyền kết nạp thành viên, Hợp tác xã của mình. Điều này giúp cho Hợp tác xã, Liên hiệp Hợp tác xã có thể dễ dàng tăng thêm thành viên, tạo được sức mạnh trong hoạt động nhằm đáp ứng được các mục đích đạt ra.

2.3. Dân chủ, bình đẳng và công khai

Thành viên, hợp tác xã thành viên có quyền bình đẳng, biểu quyết ngang nhau không phụ thuộc vốn góp trong việc quyết định tổ chức, quản lý và hoạt động của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã; được cung cấp thông tin đầy đủ, kịp thời, chính xác về hoạt động sản xuất, kinh doanh, tài chính, phân phối thu nhập và những nội dung khác theo quy định của điều lệ.

2.4. Tự chủ, tự chịu trách nhiệm và cùng có lợi

Hợp tác xã, Liên hiệp hợp tác xã tự chủ, tự chịu trách nhiệm về hoạt động của mình trước pháp luật. Hợp tác xã tự chủ và tự chịu trách nhiệm về kết quả hoạt động sản xuất, kinh doanh; tự quyết định về phân phối thu nhập.

Sau khi thực hiện xong nghĩa vụ nộp thuế và trang trải các khoản lỗ của hợp tác xã, lãi được trích một phần vào các quỹ của hợp tác xã, một phần chia theo vốn góp và công sức đóng góp của xã viên, phần còn lại chia cho xã viên theo mức độ sử dụng dịch vụ của hợp tác xã.

2.5. Thành viên, hợp tác xã thành viên và hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã có trách nhiệm thực hiện cam kết theo hợp đồng dịch vụ và theo quy định của điều lệ

Trong quá trình hoạt động, thành viên phải cam kết thực hiện theo hợp đồng dịch vụ và theo quy định của Điều lệ Hợp tác xã.

Thu nhập của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã được phân phối chủ yếu theo mức độ sử dụng sản phẩm, dịch vụ của thành viên, hợp tác xã thành viên hoặc theo công sức lao động đóng góp của thành viên đối với hợp tác xã tạo việc làm.

2.6. Bảo đảm về công tác đào tạo, giáo dục và bồi dưỡng cho thành viên Hợp tác xã

Hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã quan tâm giáo dục, đào tạo, bồi dưỡng cho thành viên, hợp tác xã thành viên, cán bộ quản lý, người lao động trong hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã và thông tin về bản chất, lợi ích của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã.

2.7. Hợp tác và phát triển cộng đồng

Xã viên phải có ý thức phát huy tinh thần xây dựng tập thể và hợp tác với nhau trong hợp tác xã, trong cộng đồng xã hội; hợp tác giữa các hợp tác xã trong nước và ngoài nước theo quy định của pháp luật.

Hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã chăm lo phát triển bền vững cộng đồng thành viên, hợp tác xã thành viên và hợp tác với nhau nhằm phát triển phong trào hợp tác xã trên quy mô địa phương, vùng, quốc gia và quốc tế.

3. THÀNH LẬP VÀ ĐĂNG KÝ KINH DOANH HỢP TÁC XÃ

Luật hợp tác xã 2012 đã quy định những bước cụ thể khi thành lập HTX như sau:

Bước 1: Khởi xướng việc thành lập hợp tác xã

Sáng lập viên hợp tác xã khởi xướng việc thành lập hợp tác xã.

“Sáng lập viên hợp tác xã” có thể là cá nhân, hộ gia đình, pháp nhân tự nguyện cam kết sáng lập, tham gia thành lập hợp tác xã. Sáng lập viên liên hiệp hợp tác xã là hợp tác xã tự nguyện cam kết sáng lập, tham gia thành lập liên hiệp hợp tác xã.

Sáng lập viên vận động, tuyên truyền thành lập hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã; xây dựng phương án sản xuất, kinh doanh, dự thảo điều lệ; thực hiện các công việc để tổ chức hội nghị thành lập hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã.

Các sáng lập viên phải báo cáo bằng văn bản với Ủy ban nhân dân cấp xã nơi dự định đặt trụ sở chính của hợp tác xã về việc thành lập, địa điểm đóng trụ sở, phương hướng sản xuất, kinh doanh và kế hoạch hoạt động của hợp tác xã. Việc báo cáo với Ủy ban nhân dân cấp xã chỉ mang tính thông báo, chứ không mang ý nghĩa xin phép. Vì vậy, ngay sau khi thực hiện việc thông báo, các sáng lập viên được tiến hành các hoạt động tiếp theo để chuẩn bị cho sự ra đời HTX, mà không cần phải chờ đợi được sự đồng ý hay không đồng ý cho thành lập của Ủy ban nhân dân cấp xã.

Bước 2: Tổ chức hội nghị thành lập hợp tác xã

Theo quy định của Luật HTX 2012 thì hội nghị thành lập hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã do sáng lập viên tổ chức theo quy định của pháp luật.

Thành phần tham gia hội nghị thành lập hợp tác xã bao gồm sáng lập viên là cá nhân, người đại diện hợp pháp của sáng lập viên; người đại diện hợp pháp của hộ gia đình, pháp nhân và cá nhân khác có nguyện vọng gia nhập hợp tác xã.

Thành phần tham gia hội nghị thành lập liên hiệp hợp tác xã bao gồm người đại diện hợp pháp của sáng lập viên và của các hợp tác xã có nguyện vọng gia nhập liên hiệp hợp tác xã.

Đây là hội nghị đầu tiên của Hợp tác xã. Hội nghị sẽ thảo luận, thông qua các nội dung sau:

Thứ nhất, Hội nghị thảo luận về dự thảo điều lệ, phương án sản xuất, kinh doanh của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã và dự kiến danh sách thành viên, hợp tác xã thành viên.

Thứ hai, Hội nghị thông qua điều lệ. Những người tán thành điều lệ và đủ điều kiện theo quy định của Luật này thì trở thành thành viên, hợp tác xã thành viên.

Điều lệ của HTX. Liên hiệp HTX bao gồm các nội dung sau:

1. Tên gọi, địa chỉ trụ sở chính; biểu tượng (nếu có).
2. Mục tiêu hoạt động.
3. Ngành, nghề sản xuất, kinh doanh.
4. Đối tượng, điều kiện, thủ tục kết nạp, thủ tục chấm dứt tư cách thành viên, hợp tác xã thành viên; biện pháp xử lý đối với thành viên, hợp tác xã thành viên nợ quá hạn.
5. Mức độ thường xuyên sử dụng sản phẩm, dịch vụ; giá trị tối thiểu của sản phẩm, dịch vụ mà thành viên, hợp tác xã thành viên phải sử dụng; thời gian liên tục không sử dụng sản phẩm, dịch vụ của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã nhưng không quá 03 năm; thời gian liên tục không làm việc cho hợp tác xã đối với hợp tác xã tạo việc làm nhưng không quá 02 năm.
6. Quyền và nghĩa vụ của thành viên, hợp tác xã thành viên.
7. Cơ cấu tổ chức hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã; chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và phương thức hoạt động của hội đồng quản trị, chủ tịch hội đồng quản trị, giám đốc (tổng giám đốc), ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên; thể thức bầu, bãi nhiệm, miễn nhiệm thành viên hội đồng quản trị, chủ tịch hội đồng quản trị, ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên; bộ phận giúp việc cho hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã.
8. Số lượng thành viên, cơ cấu và nhiệm kỳ của hội đồng quản trị, ban kiểm soát; trường hợp thành viên hội đồng quản trị đồng thời làm giám đốc (tổng giám đốc).
9. Trình tự, thủ tục tiến hành đại hội thành viên và thông qua quyết định tại đại hội thành viên; tiêu chuẩn, trình tự, thủ tục bầu đại biểu tham dự đại hội đại biểu thành viên.

10. Vốn điều lệ, mức vốn góp tối thiểu, hình thức góp vốn và thời hạn góp vốn; trả lại vốn góp; tăng, giảm vốn điều lệ.

11. Việc cấp, cấp lại, thay đổi, thu hồi giấy chứng nhận vốn góp.

12. Nội dung hợp đồng dịch vụ giữa hợp tác xã với thành viên, giữa liên hiệp hợp tác xã với hợp tác xã thành viên bao gồm nghĩa vụ cung ứng và sử dụng sản phẩm, dịch vụ; giá và phương thức thanh toán sản phẩm, dịch vụ. Đối với hợp tác xã tạo việc làm, nội dung hợp đồng dịch vụ giữa hợp tác xã và thành viên là nội dung hợp đồng lao động giữa hợp tác xã và thành viên.

13. Việc cung ứng, tiêu thụ sản phẩm, dịch vụ, việc làm mà hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã cam kết cung ứng, tiêu thụ cho thành viên, hợp tác xã thành viên ra thị trường.

Tỷ lệ cung ứng, tiêu thụ sản phẩm, dịch vụ, việc làm mà hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã cam kết cung ứng, tiêu thụ cho thành viên, hợp tác xã thành viên ra thị trường cho từng lĩnh vực, loại hình theo quy định của Chính phủ.

14. Đầu tư, góp vốn, mua cổ phần, liên doanh, liên kết; thành lập doanh nghiệp của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã.

15. Lập quỹ; tỷ lệ trích lập quỹ; tỷ lệ, phương thức phân phối thu nhập.

16. Quản lý tài chính, sử dụng và xử lý tài sản, vốn, quỹ và các khoản lỗ; các loại tài sản không chia.

17. Nguyên tắc trả thù lao cho thành viên hội đồng quản trị, ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên; nguyên tắc trả tiền lương, tiền công cho người điều hành, người lao động.

18. Xử lý vi phạm điều lệ và nguyên tắc giải quyết tranh chấp nội bộ.

19. Sửa đổi, bổ sung điều lệ.

20. Các nội dung khác do đại hội thành viên quyết định nhưng không trái với quy định của Luật này và các quy định khác của pháp luật có liên quan.

Nghị quyết của hội nghị thành lập về những nội dung này phải được biểu quyết thông qua theo nguyên tắc đa số.

Cũng trong Hội nghị này, các thành viên, hợp tác xã thành viên tiếp tục thảo luận và quyết định các nội dung sau đây của Hợp tác xã:

- a) Phương án sản xuất, kinh doanh;
- b) Bầu hội đồng quản trị và chủ tịch hội đồng quản trị; quyết định việc lựa chọn giám đốc (tổng giám đốc) trong số thành viên, đại diện hợp pháp của hợp tác xã thành viên hoặc thuê giám đốc (tổng giám đốc);
- c) Bầu ban kiểm soát, trưởng ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên;
- d) Các nội dung khác có liên quan đến việc thành lập và tổ chức, hoạt động của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã.

Bước 3: Đăng ký Hợp tác xã, liên hiệp Hợp tác xã.

Luật Hợp tác xã quy định: rước khi hoạt động, hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền nơi hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã dự định đặt trụ sở chính.

Hồ sơ đăng ký hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã bao gồm:

- a) Giấy đề nghị đăng ký hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã;
- b) Điều lệ;
- c) Phương án sản xuất, kinh doanh;
- d) Danh sách thành viên, hợp tác xã thành viên; danh sách hội đồng quản trị, giám đốc (tổng giám đốc), ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên;
- đ) Nghị quyết hội nghị thành lập.

3. Người đại diện hợp pháp của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã phải kê khai đầy đủ, trung thực và chính xác các nội dung quy định của pháp luật và chịu trách nhiệm trước pháp luật về các nội dung đã kê khai.

Cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp giấy chứng nhận đăng ký trong thời hạn 05 ngày làm việc, kể từ ngày nhận được hồ sơ theo quy định của pháp luật, trường hợp từ chối phải trả lời bằng văn bản và nêu rõ lý do.

Hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã được cấp giấy chứng nhận đăng ký khi có đủ các điều kiện sau đây:

1. Ngành, nghề sản xuất, kinh doanh mà pháp luật không cấm;
2. Hồ sơ đăng ký theo quy định của pháp luật;
3. Tên của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã được đặt theo quy của pháp luật;
4. Có trụ sở chính theo quy định của pháp luật.

Luật HTX 2012 quy định về việc chi nhánh, văn phòng đại diện và địa điểm kinh doanh như sau:

- Hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã được lập chi nhánh, văn phòng đại diện và địa điểm kinh doanh ở trong nước và nước ngoài. Trình tự, thủ tục thành lập thực hiện theo quy định của Chính phủ.

- Văn phòng đại diện có nhiệm vụ đại diện theo ủy quyền nhằm phục vụ cho hoạt động của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã.

- Chi nhánh là đơn vị trực thuộc của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã có nhiệm vụ thực hiện toàn bộ hoặc một phần chức năng, nhiệm vụ của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã. Ngành, nghề kinh doanh của chi nhánh phải phù hợp với ngành, nghề kinh doanh của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã.

- Chi nhánh, văn phòng đại diện và địa điểm kinh doanh phải mang tên của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã, kèm theo phần bổ sung tương ứng xác định chi nhánh, văn phòng đại diện và địa điểm kinh doanh.

Luật HTX 2012 quy định về việc thay đổi nội dung đăng ký của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã như sau:

- Trường hợp hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã thay đổi một trong các nội dung về tên, địa chỉ trụ sở chính, ngành, nghề sản xuất, kinh doanh, vốn điều lệ, người đại diện theo pháp luật; tên, địa chỉ, người đại diện chi nhánh, văn phòng đại diện thì phải đăng ký với cơ quan nhà nước có thẩm quyền đã cấp giấy chứng nhận đăng ký. Việc thay đổi chỉ

được thực hiện sau khi cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp giấy chứng nhận đăng ký.

- Khi hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã thay đổi nội dung điều lệ, số lượng thành viên, hợp tác xã thành viên, thành viên hội đồng quản trị, ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên, địa điểm kinh doanh thì phải gửi thông báo đến cơ quan nhà nước có thẩm quyền đã cấp giấy chứng nhận đăng ký trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày thay đổi.

4. QUY CHẾ PHÁP LÝ VỀ XÃ VIÊN HỢP TÁC XÃ

4.1. Điều kiện trở thành thành viên, hợp tác xã thành viên

Cá nhân, hộ gia đình, pháp nhân trở thành thành viên hợp tác xã phải đáp ứng đủ các điều kiện sau đây:

a) Cá nhân là công dân Việt Nam hoặc người nước ngoài cư trú hợp pháp tại Việt Nam, từ đủ 18 tuổi trở lên, có năng lực hành vi dân sự đầy đủ; hộ gia đình có người đại diện hợp pháp theo quy định của pháp luật; cơ quan, tổ chức là pháp nhân Việt Nam.

Đối với hợp tác xã tạo việc làm thì thành viên chỉ là cá nhân;

b) Có nhu cầu hợp tác với các thành viên và nhu cầu sử dụng sản phẩm, dịch vụ của hợp tác xã;

c) Có đơn tự nguyện gia nhập và tán thành điều lệ của hợp tác xã;

d) Góp vốn theo quy định pháp luật;

đ) Điều kiện khác theo quy định của điều lệ hợp tác xã.

Hợp tác xã trở thành thành viên liên hiệp hợp tác xã phải đáp ứng đủ các điều kiện sau đây:

a) Có nhu cầu hợp tác với các hợp tác xã thành viên và có nhu cầu sử dụng sản phẩm, dịch vụ của liên hiệp hợp tác xã;

b) Có đơn tự nguyện gia nhập và tán thành điều lệ của liên hiệp hợp tác xã;

c) Góp vốn theo quy định pháp luật

d) Điều kiện khác theo quy định của điều lệ liên hiệp hợp tác xã.

Pháp luật cũng quy định: Cá nhân, hộ gia đình, pháp nhân có thể là thành viên của nhiều hợp tác xã; hợp tác xã có thể là thành viên của nhiều liên hiệp hợp tác xã trừ trường hợp điều lệ hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã có quy định khác. Chính phủ quy định điều kiện, thủ tục trở thành thành viên hợp tác xã đối với pháp nhân Việt Nam và cá nhân là người nước ngoài cư trú hợp pháp tại Việt Nam.

4.2. Quyền và nghĩa vụ của thành viên hợp tác xã

a. Quyền của thành viên, hợp tác xã thành viên

Thành viên, hợp tác xã thành viên có các quyền sau đây:

1. Được hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã cung ứng sản phẩm, dịch vụ theo hợp đồng dịch vụ.
2. Được phân phối thu nhập theo quy định của Luật này và điều lệ.
3. Được hưởng các phúc lợi của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã.
4. Được tham dự hoặc bầu đại biểu tham dự đại hội thành viên, hợp tác xã thành viên.
5. Được biểu quyết các nội dung thuộc quyền của đại hội thành viên theo quy định của Luật HTX.
6. Ứng cử, đề cử thành viên hội đồng quản trị, ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên và các chức danh khác được bầu của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã.
7. Kiến nghị, yêu cầu hội đồng quản trị, giám đốc (tổng giám đốc), ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên giải trình về hoạt động của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã; yêu cầu hội đồng quản trị, ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên triệu tập đại hội thành viên bất thường theo quy định của Luật HTX.
8. Được cung cấp thông tin cần thiết liên quan đến hoạt động của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã; được hỗ trợ đào tạo, bồi dưỡng và nâng cao trình độ nghiệp vụ phục vụ hoạt động của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã.

9. Ra khỏi hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã theo quy định của điều lệ.
10. Được trả lại vốn góp khi ra khỏi hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã theo quy định của Luật và điều lệ.
11. Được chia giá trị tài sản được chia còn lại của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã theo quy định của Luật và điều lệ.
12. Khiếu nại, tố cáo, khởi kiện theo quy định của pháp luật.
13. Quyền khác theo quy định của điều lệ.

b. Nghĩa vụ của thành viên, hợp tác xã thành viên

Thành viên, hợp tác xã thành viên có các quyền sau đây:

1. Sử dụng sản phẩm, dịch vụ của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã theo hợp đồng dịch vụ.
2. Góp đủ, đúng thời hạn vốn góp đã cam kết theo quy định của điều lệ.
3. Chịu trách nhiệm về các khoản nợ, nghĩa vụ tài chính của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã trong phạm vi vốn góp vào hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã.
4. Bồi thường thiệt hại do mình gây ra cho hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã theo quy định của pháp luật.
5. Tuân thủ điều lệ, quy chế của hợp tác xã, Liên hiệp hợp tác xã, nghị quyết đại hội thành viên, hợp tác xã thành viên và quyết định của hội đồng quản trị hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã.
6. Nghĩa vụ khác theo quy định của điều lệ.

4.3. Chấm dứt tư cách thành viên, hợp tác xã thành viên

4.3.1. Khái niệm

Chấm dứt tư cách xã viên là việc kết thúc quan hệ xã viên với HTX và thông qua đó kết thúc các quyền và nghĩa vụ của cả hai bên. Luật HTX 2003 qui định tư cách xã viên chấm dứt trong các trường hợp sau:

- a) Thành viên là cá nhân chết, bị Tòa án tuyên bố là đã chết, mất tích, bị hạn chế hoặc mất năng lực hành vi dân sự hoặc bị kết án phạt tù theo quy định của pháp luật;

b) Thành viên là hộ gia đình không có người đại diện hợp pháp theo quy định của pháp luật; thành viên là pháp nhân bị giải thể, phá sản; hợp tác xã thành viên của liên hiệp hợp tác xã bị giải thể, phá sản;

c) Hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã bị giải thể, phá sản;

d) Thành viên, hợp tác xã thành viên tự nguyện ra khỏi hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã;

đ) Thành viên, hợp tác xã thành viên bị khai trừ theo quy định của điều lệ;

e) Thành viên, hợp tác xã thành viên không sử dụng sản phẩm, dịch vụ trong thời gian liên tục theo quy định của điều lệ nhưng không quá 03 năm. Đối với hợp tác xã tạo việc làm, thành viên không làm việc trong thời gian liên tục theo quy định của điều lệ nhưng không quá 02 năm;

g) Tại thời điểm cam kết góp đủ vốn, thành viên, hợp tác xã thành viên không góp vốn hoặc góp vốn thấp hơn vốn góp tối thiểu quy định trong điều lệ;

h) Trường hợp khác do điều lệ quy định.

4.3.2. Thẩm quyền chấm dứt tư cách thành viên, hợp tác xã thành viên

Thẩm quyền quyết định chấm dứt tư cách thành viên, hợp tác xã thành viên được thực hiện như sau:

a) Đối với trường hợp quy định tại điểm a, b, c, d và e khoản 1 Điều 16 Luật Hợp tác xã 2012 thì hội đồng quản trị quyết định và báo cáo đại hội thành viên gần nhất;

b) Đối với trường hợp quy định tại điểm đ, g và h khoản 1 Điều 16 Luật hợp tác xã 2013 thì hội đồng quản trị trình đại hội thành viên quyết định sau khi có ý kiến của ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên.

Việc giải quyết quyền lợi và nghĩa vụ đối với thành viên, hợp tác xã thành viên trong trường hợp chấm dứt tư cách thành viên, hợp tác xã thành viên thực hiện theo quy định của Luật hợp tác xã và điều lệ.

5. CHẾ ĐỘ PHÁP LÝ VỀ TỔ CHỨC VÀ QUẢN LÝ TRONG HỢP TÁC XÃ

Cơ cấu tổ chức hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã gồm đại hội thành viên, hội đồng quản trị, giám đốc (tổng giám đốc) và ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên.

5.1. Đại hội thành viên

- Khái niệm Đại hội thành viên

Đại hội thành viên là tổ chức có quyền quyết định cao nhất của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã. Đại hội thành viên gồm đại hội thành viên thường niên và đại hội thành viên bất thường. Đại hội thành viên được tổ chức dưới hình thức đại hội toàn thể hoặc đại hội đại biểu (sau đây gọi chung là đại hội thành viên). Đại hội thành viên có quyền và nhiệm vụ theo quy định của pháp luật.

Hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã có 100 thành viên, hợp tác xã thành viên trở lên có thể tổ chức đại hội đại biểu thành viên. Đại biểu tham dự đại hội đại biểu thành viên phải thể hiện được ý kiến, nguyện vọng và có trách nhiệm thông tin về kết quả đại hội cho tất cả thành viên, hợp tác xã thành viên mà mình đại diện.

Tiêu chuẩn đại biểu và trình tự, thủ tục bầu đại biểu tham dự đại hội đại biểu thành viên do điều lệ quy định. Số lượng đại biểu tham dự đại hội đại biểu thành viên do điều lệ quy định nhưng phải bảo đảm:

a) Không được ít hơn 30% tổng số thành viên, hợp tác xã thành viên đối với hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã có từ trên 100 đến 300 thành viên, hợp tác xã thành viên;

b) Không được ít hơn 20% tổng số thành viên, hợp tác xã thành viên đối với hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã có từ trên 300 đến 1000 thành viên, hợp tác xã thành viên;

c) Không được ít hơn 200 đại biểu đối với hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã có trên 1000 thành viên, hợp tác xã thành viên.

- Triệu tập đại hội thành viên

+ Hội thành viên thường niên phải được họp trong thời hạn 03 tháng, kể từ ngày kết thúc năm tài chính do hội đồng quản trị triệu tập. Đại hội thành viên bất thường do hội đồng quản trị, ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên hoặc thành viên đại diện của ít nhất một phần ba tổng số thành viên, hợp tác xã thành viên triệu tập theo quy định của pháp luật.

+ Hội đồng quản trị triệu tập đại hội thành viên bất thường trong những trường hợp sau đây:

- a) Giải quyết những vấn đề vượt quá thẩm quyền của hội đồng quản trị;
- b) Hội đồng quản trị không tổ chức được cuộc họp định kỳ sau hai lần triệu tập;
- c) Theo đề nghị của ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên;
- d) Theo đề nghị của ít nhất một phần ba tổng số thành viên, hợp tác xã thành viên.

Trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày nhận được đề nghị của ban kiểm soát, kiểm soát viên hoặc đề nghị của ít nhất một phần ba tổng số thành viên, hợp tác xã thành viên, hội đồng quản trị phải triệu tập đại hội thành viên bất thường.

+ Trường hợp quá thời hạn 15 ngày, kể từ ngày nhận được đề nghị của ban kiểm soát, kiểm soát viên hoặc đề nghị của ít nhất một phần ba tổng số thành viên, hợp tác xã thành viên mà hội đồng quản trị không triệu tập đại hội thành viên bất thường hoặc quá 03 tháng, kể từ ngày kết thúc năm tài chính mà hội đồng quản trị không triệu tập đại hội thường niên thì ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên có quyền triệu tập đại hội thành viên.

+ Trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên có quyền triệu tập mà không triệu tập đại hội thành viên bất thường theo quy định tại khoản 3 Điều này thì thành viên đại diện cho ít nhất một phần ba tổng số thành viên, hợp tác xã thành viên có quyền triệu tập đại hội.

+ Đại hội thành viên do người triệu tập chủ trì, trừ trường hợp đại hội thành viên quyết định bầu thành viên khác chủ trì.

+ Đại hội thành viên được tiến hành khi có ít nhất 75% tổng số thành viên, hợp tác xã thành viên hoặc đại biểu thành viên tham dự; trường hợp không đủ số lượng thành viên thì phải hoãn đại hội thành viên.

Trường hợp cuộc họp lần thứ nhất không đủ điều kiện tiến hành thì triệu tập họp lần thứ hai trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày dự định họp lần thứ nhất. Cuộc họp của đại hội thành viên lần thứ hai được tiến hành khi có ít nhất 50% tổng số thành viên, hợp tác xã thành viên hoặc đại biểu thành viên tham dự.

Trường hợp cuộc họp lần thứ hai không đủ điều kiện tiến hành thì triệu tập họp lần thứ ba trong thời hạn 20 ngày, kể từ ngày dự định họp lần thứ hai. Trong trường hợp này, cuộc họp của đại hội thành viên được tiến hành không phụ thuộc vào số thành viên tham dự.

- Quyền hạn và nhiệm vụ của đại hội thành viên

Đại hội thành viên quyết định các nội dung sau đây:

1. Thông qua báo cáo kết quả hoạt động trong năm; báo cáo hoạt động của hội đồng quản trị và ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên;
2. Phê duyệt báo cáo tài chính, kết quả kiểm toán nội bộ;
3. Phương án phân phối thu nhập và xử lý khoản lỗ, khoản nợ; lập, tỷ lệ trích các quỹ; phương án tiền lương và các khoản thu nhập cho người lao động đối với hợp tác xã tạo việc làm;
4. Phương án sản xuất, kinh doanh;
5. Đầu tư hoặc bán tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất;
6. Góp vốn, mua cổ phần, thành lập doanh nghiệp, liên doanh, liên kết; thành lập chi nhánh, văn phòng đại diện; tham gia liên hiệp hợp tác xã, tổ chức đại diện của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã;
7. Tăng, giảm vốn điều lệ, vốn góp tối thiểu; thẩm quyền quyết định và phương thức huy động vốn;

8. Xác định giá trị tài sản và tài sản không chia;
9. Cơ cấu tổ chức của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã;
10. Việc thành viên hội đồng quản trị đồng thời là giám đốc (tổng giám đốc) hoặc thuê giám đốc (tổng giám đốc);
11. Bầu, bãi nhiệm, miễn nhiệm chủ tịch hội đồng quản trị, thành viên hội đồng quản trị, trưởng ban kiểm soát, thành viên ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên; tăng, giảm số lượng thành viên hội đồng quản trị, ban kiểm soát;
12. Chuyển nhượng, thanh lý, xử lý tài sản cố định;
13. Chia, tách, sáp nhập, hợp nhất, giải thể, phá sản hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã;
14. Sửa đổi, bổ sung điều lệ;
15. Mức thù lao, tiền thưởng của thành viên hội đồng quản trị, thành viên ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên; tiền công, tiền lương và tiền thưởng của giám đốc (tổng giám đốc), phó giám đốc (phó tổng giám đốc) và các chức danh quản lý khác theo quy định của điều lệ;
16. Chấm dứt tư cách thành viên, hợp tác xã thành viên theo quy định;
17. Những nội dung khác do hội đồng quản trị, ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên hoặc ít nhất một phần ba tổng số thành viên, hợp tác xã thành viên đề nghị.

- *Biểu quyết trong đại hội thành viên*

Luật HTX quy định các nội dung sau đây được đại hội thành viên thông qua khi có ít nhất 75% tổng số đại biểu có mặt biểu quyết tán thành:

- a) Sửa đổi, bổ sung điều lệ;
- b) Chia, tách, sáp nhập, hợp nhất, giải thể, phá sản hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã;
- c) Đầu tư hoặc bán tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã.

Các nội dung không thuộc quy định trên được thông qua khi có trên 50% tổng số đại biểu biểu quyết tán thành.

Mỗi thành viên, hợp tác xã thành viên hoặc đại biểu thành viên tham dự đại hội thành viên có một phiếu biểu quyết. Phiếu biểu quyết có giá trị ngang nhau, không phụ thuộc vào số vốn góp hay chức vụ của thành viên, hợp tác xã thành viên hoặc đại biểu thành viên.

5.2. Hội đồng quản trị hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã

- Khái niệm

Hội đồng quản trị hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã là cơ quan quản lý hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã do hội nghị thành lập hoặc đại hội thành viên bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm theo thể thức bỏ phiếu kín. Hội đồng quản trị gồm chủ tịch và thành viên, số lượng thành viên hội đồng quản trị do điều lệ quy định nhưng tối thiểu là 03 người, tối đa là 15 người.

Nhiệm kỳ của hội đồng quản trị hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã do điều lệ hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã quy định nhưng tối thiểu là 02 năm, tối đa là 05 năm. Hội đồng quản trị sử dụng con dấu của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã để thực hiện quyền hạn và nhiệm vụ theo quy định của pháp luật.

Hội đồng quản trị hợp tác xã họp định kỳ theo quy định của điều lệ nhưng ít nhất 03 tháng một lần; hội đồng quản trị liên hiệp hợp tác xã họp định kỳ theo quy định của điều lệ nhưng ít nhất 06 tháng một lần do chủ tịch hội đồng quản trị hoặc thành viên hội đồng quản trị được chủ tịch hội đồng quản trị ủy quyền triệu tập.

Hội đồng quản trị họp bất thường khi có yêu cầu của ít nhất một phần ba tổng số thành viên hội đồng quản trị hoặc chủ tịch hội đồng quản trị, trưởng ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên, giám đốc (tổng giám đốc) hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã.

- Cuộc họp hội đồng quản trị được thực hiện như sau:

Cuộc họp hội đồng quản trị được tiến hành khi có ít nhất hai phần ba tổng số thành viên hội đồng quản trị tham dự. Quyết định của hội

đồng quản trị được thông qua theo nguyên tắc đa số, mỗi thành viên có một phiếu biểu quyết có giá trị ngang nhau;

Trường hợp triệu tập họp hội đồng quản trị theo định kỳ nhưng không đủ số thành viên tham dự theo quy định, chủ tịch hội đồng quản trị phải triệu tập cuộc họp hội đồng quản trị lần hai trong thời gian không quá 15 ngày, kể từ ngày dự định họp lần đầu. Sau hai lần triệu tập họp mà không đủ số thành viên tham dự, hội đồng quản trị triệu tập đại hội thành viên bất thường trong thời hạn không quá 30 ngày, kể từ ngày dự định họp lần hai để xem xét tư cách của thành viên hội đồng quản trị không tham dự họp và có biện pháp xử lý; chủ tịch hội đồng quản trị báo cáo đại hội thành viên gần nhất để xem xét tư cách của thành viên hội đồng quản trị không tham dự họp và biện pháp xử lý;

Nội dung và kết luận của cuộc họp hội đồng quản trị phải được ghi biên bản; biên bản cuộc họp hội đồng quản trị phải có chữ ký của chủ tọa và thư ký phiên họp. Chủ tọa và thư ký liên đới chịu trách nhiệm về tính chính xác và trung thực của biên bản. Đối với nội dung mà hội đồng quản trị không quyết định được thì trình đại hội thành viên quyết định. Thành viên hội đồng quản trị có quyền bảo lưu ý kiến và được ghi vào biên bản cuộc họp.

- Quyền hạn và nhiệm vụ của hội đồng quản trị

1. Quyết định tổ chức các bộ phận giúp việc, đơn vị trực thuộc của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã theo quy định của điều lệ.

2. Tổ chức thực hiện nghị quyết của đại hội thành viên và đánh giá kết quả hoạt động của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã,

3. Chuẩn bị và trình đại hội thành viên sửa đổi, bổ sung điều lệ, báo cáo kết quả hoạt động, phương án sản xuất, kinh doanh và phương án phân phối thu nhập của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã; báo cáo hoạt động của hội đồng quản trị.

4. Trình đại hội thành viên xem xét, thông qua báo cáo tài chính; việc quản lý, sử dụng các quỹ của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã.

5. Trình đại hội thành viên phương án về mức thù lao, tiền thưởng của thành viên hội đồng quản trị, thành viên ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên; mức tiền công, tiền lương và tiền thưởng của giám đốc (tổng giám đốc), phó giám đốc (phó tổng giám đốc).

6. Chuyển nhượng, thanh lý, xử lý tài sản lưu động của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã theo thẩm quyền do đại hội thành viên giao.

7. Kết nạp thành viên mới, giải quyết việc chấm dứt tư cách thành viên được quy định của Luật HTX và báo cáo đại hội thành viên.

8. Đánh giá hiệu quả hoạt động của giám đốc (tổng giám đốc), phó giám đốc (phó tổng giám đốc).

9. Bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức, thuê hoặc chấm dứt hợp đồng thuê giám đốc (tổng giám đốc) theo nghị quyết của đại hội thành viên.

10. Bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức, thuê hoặc chấm dứt hợp đồng thuê phó giám đốc (phó tổng giám đốc) và các chức danh khác theo đề nghị của giám đốc (tổng giám đốc) nếu điều lệ không quy định khác.

11. Khen thưởng, kỷ luật thành viên, hợp tác xã thành viên; khen thưởng các cá nhân, tổ chức không phải là thành viên, hợp tác xã thành viên nhưng có công xây dựng, phát triển hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã.

12. Thông báo tới các thành viên, hợp tác xã thành viên nghị quyết, quyết định của đại hội thành viên, hội đồng quản trị.

13. Ban hành quy chế hoạt động của hội đồng quản trị để thực hiện quyền và nhiệm vụ được giao.

14. Thực hiện quyền, nhiệm vụ khác theo quy định của điều lệ, nghị quyết của đại hội thành viên và chịu trách nhiệm về quyết định của mình trước đại hội thành viên và trước pháp luật.

- Quyền hạn và nhiệm vụ của chủ tịch hội đồng quản trị

Chủ tịch hội đồng quản trị là người đại diện theo pháp luật của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã, có quyền và nhiệm vụ sau:

1. Lập chương trình, kế hoạch hoạt động của hội đồng quản trị và phân công nhiệm vụ cho các thành viên hội đồng quản trị.

2. Chuẩn bị nội dung, chương trình, triệu tập và chủ trì cuộc họp của hội đồng quản trị, đại hội thành viên trừ trường hợp Luật hợp tác xã hoặc điều lệ có quy định khác.

3. Chịu trách nhiệm trước đại hội thành viên và hội đồng quản trị về nhiệm vụ được giao.

4. Ký văn bản của hội đồng quản trị theo quy định của pháp luật và điều lệ.

5. Thực hiện quyền hạn và nhiệm vụ khác theo quy định của Luật hợp tác xã và điều lệ.

5.3. Giám đốc (tổng giám đốc) hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã

Giám đốc (tổng giám đốc) là người điều hành hoạt động của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã.

Giám đốc (tổng giám đốc) có quyền hạn và nhiệm vụ sau đây:

a) Tổ chức thực hiện phương án sản xuất, kinh doanh của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã;

b) Thực hiện nghị quyết của đại hội thành viên, quyết định của hội đồng quản trị;

c) Ký kết hợp đồng nhân danh hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã theo ủy quyền của chủ tịch hội đồng quản trị;

d) Trình hội đồng quản trị báo cáo tài chính hằng năm;

đ) Xây dựng phương án tổ chức bộ phận giúp việc, đơn vị trực thuộc của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã trình hội đồng quản trị quyết định;

e) Tuyển dụng lao động theo quyết định của hội đồng quản trị;

g) Thực hiện quyền hạn và nhiệm vụ khác được quy định tại điều lệ, quy chế của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã.

3. Trường hợp giám đốc (tổng giám đốc) do hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã thuê thì ngoài việc thực hiện quyền hạn và nhiệm vụ quy định tại khoản 2 Điều này còn phải thực hiện quyền hạn và nhiệm vụ theo hợp đồng lao động và có thể được mời tham gia cuộc họp đại hội thành viên, hội đồng quản trị.

5.4. Ban kiểm soát, kiểm soát viên

Ban kiểm soát, kiểm soát viên hoạt động độc lập, kiểm tra và giám sát hoạt động của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã theo quy định của pháp luật và điều lệ. Ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên do đại hội thành viên bầu trực tiếp trong số thành viên, đại diện hợp tác xã thành viên theo thể thức bỏ phiếu kín. Số lượng thành viên ban kiểm soát do đại hội thành viên quyết định nhưng không quá 07 người.

Hợp tác xã có từ 30 thành viên trở lên, liên hiệp hợp tác xã có từ 10 hợp tác xã thành viên trở lên phải bầu ban kiểm soát. Đối với hợp tác xã có dưới 30 thành viên, liên hiệp hợp tác xã có dưới 10 hợp tác xã thành viên, việc thành lập ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên do điều lệ quy định. Trường ban kiểm soát do đại hội thành viên bầu trực tiếp trong số các thành viên ban kiểm soát; nhiệm kỳ của ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên theo nhiệm kỳ của hội đồng quản trị.

Ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên chịu trách nhiệm trước đại hội thành viên và có quyền hạn, nhiệm vụ sau đây:

a) Kiểm tra, giám sát hoạt động của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã theo quy định của pháp luật và điều lệ;

b) Kiểm tra việc chấp hành điều lệ, nghị quyết, quyết định của đại hội thành viên, hội đồng quản trị và quy chế của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã;

c) Giám sát hoạt động của hội đồng quản trị, giám đốc (tổng giám đốc), thành viên, hợp tác xã thành viên theo quy định của pháp luật, điều lệ, nghị quyết của đại hội thành viên, quy chế của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã;

d) Kiểm tra hoạt động tài chính, việc chấp hành chế độ kế toán, phân phối thu nhập, xử lý các khoản lỗ, sử dụng các quỹ, tài sản, vốn vay của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã và các khoản hỗ trợ của Nhà nước;

đ) Thẩm định báo cáo kết quả sản xuất, kinh doanh, báo cáo tài chính hằng năm của hội đồng quản trị trước khi trình đại hội thành viên;

e) Tiếp nhận kiến nghị liên quan đến hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã; giải quyết theo thẩm quyền hoặc kiến nghị hội đồng quản trị, đại hội thành viên giải quyết theo thẩm quyền;

g) Trưởng ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên được tham dự các cuộc họp của hội đồng quản trị nhưng không được quyền biểu quyết;

h) Thông báo cho hội đồng quản trị và báo cáo trước đại hội thành viên về kết quả kiểm soát; kiến nghị hội đồng quản trị, giám đốc (tổng giám đốc) khắc phục những yếu kém, vi phạm trong hoạt động của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã;

i) Yêu cầu cung cấp tài liệu, sổ sách, chứng từ và những thông tin cần thiết để phục vụ công tác kiểm tra, giám sát nhưng không được sử dụng các tài liệu, thông tin đó vào mục đích khác;

k) Chuẩn bị chương trình và triệu tập đại hội thành viên bất thường theo quy định của Luật hợp tác xã;

l) Thực hiện quyền hạn và nhiệm vụ khác theo quy định của Luật hợp tác xã và điều lệ.

5. Thành viên ban kiểm soát, kiểm soát viên được hưởng thù lao và được trả các chi phí cần thiết khác trong quá trình thực hiện nhiệm vụ.

6. Ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên được sử dụng con dấu của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã để thực hiện nhiệm vụ của mình.

6. CHẾ ĐỘ TÀI CHÍNH VÀ CHẾ ĐỘ SỞ HỮU TÀI SẢN TRONG HỢP TÁC XÃ

Đây là một chế định ghi nhận sự đổi mới trong pháp luật về hợp tác xã ở nước ta, bao gồm các nội dung về vốn, quỹ và tài sản của hợp tác xã,

về xử lý tài sản và vốn của hợp tác xã khi giải thể, phân phối lãi, xử lý các khoản lỗ.

6.1. Vốn của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã

- Vốn góp và giấy chứng nhận vốn góp

Vốn góp là tiền đồng Việt Nam, các loại tài sản khác được quy đổi ra tiền đồng Việt Nam bao gồm ngoại tệ, hiện vật, giá trị quyền sử dụng đất, quyền sở hữu trí tuệ và các loại giấy tờ có giá tại thời điểm góp vốn. Giá trị vốn góp bằng các loại tài sản khác được xác định theo nguyên tắc thỏa thuận giữa hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã với thành viên, hợp tác xã thành viên hoặc thông qua tổ chức thẩm định.

Theo quy định của Luật hợp tác xã 2012, đối với hợp tác xã, vốn góp của thành viên thực hiện theo thỏa thuận và theo quy định của điều lệ nhưng không quá 20% vốn điều lệ của hợp tác xã. Đối với liên hiệp hợp tác xã, vốn góp của hợp tác xã thành viên thực hiện theo thỏa thuận và theo quy định của điều lệ nhưng không quá 30% vốn điều lệ của liên hiệp hợp tác xã.

Thời hạn, hình thức và mức góp vốn điều lệ theo quy định của điều lệ, nhưng thời hạn góp đủ vốn không vượt quá 06 tháng, kể từ ngày hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã được cấp giấy chứng nhận đăng ký hoặc kể từ ngày được kết nạp.

Khi góp đủ vốn, thành viên, hợp tác xã thành viên được hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã cấp giấy chứng nhận vốn góp. Giấy chứng nhận vốn góp có các nội dung chủ yếu sau đây:

- a) Tên, địa chỉ trụ sở chính của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã;
- b) Số và ngày cấp giấy chứng nhận đăng ký hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã;
- c) Họ, tên, địa chỉ thường trú, quốc tịch, số chứng minh nhân dân hoặc hộ chiếu của thành viên là cá nhân hoặc người đại diện hợp pháp cho hộ gia đình.

Trường hợp thành viên là pháp nhân thì phải ghi rõ tên, trụ sở chính, số quyết định thành lập hoặc số đăng ký; họ, tên, địa chỉ thường

trú, quốc tịch, số chứng minh nhân dân hoặc hộ chiếu của người đại diện theo pháp luật của pháp nhân. Đối với hợp tác xã thành viên thì phải ghi rõ tên, trụ sở chính, số giấy chứng nhận đăng ký của hợp tác xã thành viên; họ, tên, địa chỉ thường trú, quốc tịch, số chứng minh nhân dân hoặc hộ chiếu của người đại diện theo pháp luật của hợp tác xã thành viên;

d) Tổng số vốn góp; thời điểm góp vốn;

đ) Họ, tên, chữ ký của người đại diện theo pháp luật của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã.

- Vốn hoạt động của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã

Vốn hoạt động của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã gồm vốn góp của thành viên, hợp tác xã thành viên, vốn huy động, vốn tích lũy, các quỹ của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã; các khoản trợ cấp, hỗ trợ của Nhà nước, của các tổ chức, cá nhân trong nước và nước ngoài; được tặng, cho và các nguồn thu hợp pháp khác.

Điều lệ hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã quy định cụ thể việc quản lý, sử dụng vốn hoạt động của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã phù hợp với quy định của Luật này và quy định của pháp luật có liên quan. Việc sử dụng vốn của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã để góp vốn, mua cổ phần, thành lập doanh nghiệp do chính phủ quy định.

- Huy động vốn và các khoản trợ cấp

Hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã ưu tiên huy động vốn từ thành viên, hợp tác xã thành viên để đầu tư, mở rộng sản xuất, kinh doanh trên cơ sở thỏa thuận với thành viên, hợp tác xã thành viên. Trường hợp huy động vốn từ thành viên, hợp tác xã thành viên chưa đáp ứng đủ nhu cầu thì hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã huy động vốn từ các nguồn khác theo quy định của pháp luật và điều lệ.

Hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã tiếp nhận các khoản trợ cấp, hỗ trợ của Nhà nước, các tổ chức, cá nhân trong nước và nước ngoài theo thỏa thuận phù hợp với quy định của pháp luật.

Việc quản lý các khoản trợ cấp, hỗ trợ của Nhà nước được thực hiện như sau:

a) Khoản trợ cấp, hỗ trợ không hoàn lại của Nhà nước được tính vào tài sản không chia của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã;

b) Khoản hỗ trợ của Nhà nước phải hoàn lại được tính vào số nợ của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã.

Việc quản lý, sử dụng các khoản trợ cấp, hỗ trợ có yếu tố nước ngoài phải phù hợp với quy định của pháp luật và điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên.

- Tăng, giảm vốn điều lệ hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã

Vốn điều lệ của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã tăng trong trường hợp đại hội thành viên quyết định tăng mức vốn góp tối thiểu hoặc huy động thêm vốn góp của thành viên, hợp tác xã thành viên hoặc kết nạp thành viên, hợp tác xã thành viên mới.

Vốn điều lệ của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã giảm khi hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã trả lại vốn góp cho thành viên, hợp tác xã thành viên. Trường hợp vốn điều lệ giảm mà có thành viên, hợp tác xã thành viên có vốn góp vượt quá mức vốn góp tối đa theo quy định của Luật thì phải trả lại phần vốn vượt mức vốn góp tối đa theo quy định của Luật hoặc huy động thêm vốn của thành viên, hợp tác xã thành viên khác hoặc kết nạp thành viên, hợp tác xã thành viên mới để bảo đảm về tỷ lệ vốn góp tối đa theo quy định của Luật và điều lệ.

Đối với hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã hoạt động trong ngành, nghề yêu cầu phải có vốn pháp định thì vốn điều lệ sau khi giảm không được thấp hơn vốn pháp định áp dụng đối với ngành, nghề đó.

- Về tài sản của hợp tác xã

Tài sản thuộc sở hữu của hợp tác xã được hình thành từ vốn hoạt động của hợp tác xã. Việc quản lý, sử dụng tài sản của hợp tác xã, kể cả việc mua, bán, chuyển nhượng, cho, tặng, biếu hoặc các hình thức khác phải thực hiện theo quy định của Điều lệ hoặc Quy chế quản lý tài chính của hợp tác xã, nghị quyết Đại hội xã viên và các quy định của pháp luật có liên quan về quản lý tài chính.

Các công trình kết cấu hạ tầng, vật kiến trúc, công trình phúc lợi văn hoá, xã hội phục vụ chung cho cộng đồng dân cư trên địa bàn được

hình thành từ quỹ phát triển sản xuất; quỹ phúc lợi; các nguồn vốn do nhà nước, các tổ chức, cá nhân trong và ngoài nước trợ cấp không hoàn lại; quà biếu, tặng là những tài sản không chia của hợp tác xã.

6.2. Xử lý các khoản lỗ, khoản nợ của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã

Hợp tác xã 2012 quy định: kết thúc năm tài chính, nếu phát sinh lỗ thì hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã phải xử lý giảm lỗ theo quy định của pháp luật. Trường hợp đã xử lý giảm lỗ nhưng vẫn không đủ thì sử dụng quỹ dự phòng tài chính để bù đắp; nếu vẫn chưa đủ thì khoản lỗ còn lại được chuyển sang năm sau; khoản lỗ này được trừ vào thu nhập tính thuế.

Thời gian được chuyển các khoản lỗ thực hiện theo quy định của pháp luật về thuế. Các khoản nợ của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã được xử lý theo quy định của pháp luật và điều lệ. Trình tự xử lý vốn, tài sản của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã như sau:

- a) Thu hồi các tài sản của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã;
- b) Thanh lý tài sản, trừ phần tài sản không chia;
- c) Thanh toán các khoản nợ phải trả và thực hiện nghĩa vụ tài chính của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã.

Việc xử lý tài sản còn lại, trừ tài sản không chia được thực hiện theo thứ tự ưu tiên sau đây:

- a) Thanh toán chi phí giải thể, bao gồm cả khoản chi cho việc thu hồi và thanh lý tài sản;
- b) Thanh toán nợ lương, trợ cấp và bảo hiểm xã hội của người lao động;
- c) Thanh toán các khoản nợ có bảo đảm theo quy định của pháp luật;
- d) Thanh toán các khoản nợ không bảo đảm;
- đ) Giá trị tài sản còn lại được hoàn trả cho thành viên, hợp tác xã thành viên theo tỷ lệ vốn góp trên tổng số vốn điều lệ.

Việc xử lý tài sản thực hiện theo thứ tự ưu tiên được quy định Trường hợp giá trị tài sản còn lại không đủ để thanh toán các khoản nợ thuộc cùng một hàng ưu tiên thanh toán thì thực hiện thanh toán một phần theo tỷ lệ tương ứng với các khoản nợ phải chi trả trong hàng ưu

tiên đó. Chính phủ quy định việc xử lý tài sản không chia của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã khi giải thể, phá sản.

6.3. Phân phối thu nhập

Theo qui định của Luật hợp tác xã 2012, sau khi hoàn thành nghĩa vụ tài chính theo quy định của pháp luật, thu nhập của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã được phân phối như sau:

1. Trích lập quỹ đầu tư phát triển với tỷ lệ không thấp hơn 20% trên thu nhập; trích lập quỹ dự phòng tài chính với tỷ lệ không thấp hơn 5% trên thu nhập;

2. Trích lập các quỹ khác do đại hội thành viên quyết định;

3. Thu nhập còn lại sau khi đã trích lập các quỹ theo quy định của pháp luật thì được phân phối cho thành viên, hợp tác xã thành viên theo nguyên tắc sau đây:

a) Chủ yếu theo mức độ sử dụng sản phẩm, dịch vụ của thành viên, hợp tác xã thành viên; theo công sức lao động đóng góp của thành viên đối với hợp tác xã tạo việc làm;

b) Phần còn lại được chia theo vốn góp;

c) Tỷ lệ và phương thức phân phối cụ thể do điều lệ hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã quy định;

4. Thu nhập đã phân phối cho thành viên, hợp tác xã thành viên là tài sản thuộc sở hữu của thành viên, hợp tác xã thành viên. Thành viên, hợp tác xã thành viên có thể giao thu nhập đã phân phối cho hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã quản lý, sử dụng theo thỏa thuận với hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã.

7. TỔ CHỨC LẠI, GIẢI THỂ, PHÁ SẢN HỢP TÁC XÃ

7.1. Tổ chức lại hợp tác xã

Sau một thời gian đi vào hoạt động, do tác động của những yếu tố chủ quan và khách quan, nhiều HTX đã xuất hiện nhu cầu tổ chức lại HTX. Theo thông lệ, việc tổ chức lại HTX có thể diễn ra dưới các hình

thức như: chia, tách HTX hoặc hợp nhất, sáp nhập HTX. Quyết định tổ chức lại HTX thuộc thẩm quyền quyết định của Đại hội xã viên.

- Chia, tách hợp tác xã

Chia hợp tác xã là biện pháp tổ chức lại HTX, theo đó HTX được tổ chức lại (HTX bị chia) được chia thành hai hay nhiều HTX, qua đó cho ra đời các HTX mới (HTX được chia) và kết thúc sự tồn tại của HTX bị chia.

Tách hợp tác xã là biện pháp tổ chức lại HTX, theo đó HTX được tổ chức lại (HTX bị tách) được tách thành hai hay nhiều HTX, qua đó cho ra đời một hoặc một số HTX mới (HTX được chia) trong khi HTX bị tách vẫn tiếp tục tồn tại.

Thủ tục chia, tách HTX được quy định cụ thể ở Điều 52 Luật HTX năm 2012.

- Hợp nhất, sáp nhập hợp tác xã

Hợp nhất hợp tác xã: Là việc hai hay nhiều HTX (HTX bị hợp nhất) quyết định cùng chuyển toàn bộ tài sản, quyền và nghĩa vụ của mình sang một HTX mới do họ cùng thành lập (HTX hợp nhất), đồng thời chấm dứt sự tồn tại của các HTX bị hợp nhất.

Thủ tục hợp nhất HTX được quy định cụ thể ở khoản 1 Điều 53 Luật HTX 2012.

Sáp nhập hợp tác xã: Là việc một hoặc một số HTX (HTX bị sáp nhập) chuyển toàn bộ tài sản, quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp của mình sang một HTX khác (HTX sáp nhập), đồng thời chấm dứt sự tồn tại của (các) HTX bị sáp nhập.

Thủ tục hợp nhất hợp tác xã được quy định cụ thể ở khoản 2 Điều 53 Luật HTX năm 2012.

7.2. Giải thể hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã

Giải thể hợp tác xã là việc chấm dứt sự tồn tại và hoạt động của HTX. Các quy định pháp luật về giải thể bao gồm hai nội dung cơ bản là: Các trường hợp giải thể và thủ tục giải thể.

- Giải thể tự nguyện

Đại hội thành viên, hợp tác xã thành viên quyết định việc giải thể tự nguyện và thành lập hội đồng giải thể tự nguyện. Hội đồng giải thể tự nguyện gồm đại diện hội đồng quản trị, ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên, ban điều hành, đại diện của thành viên, hợp tác xã thành viên.

Trong thời hạn 60 ngày, kể từ ngày đại hội thành viên ra nghị quyết giải thể tự nguyện, hội đồng giải thể tự nguyện có trách nhiệm thực hiện các công việc sau đây:

- Thông báo về việc giải thể tới cơ quan nhà nước đã cấp giấy chứng nhận đăng ký cho hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã; đăng báo địa phương nơi hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã hoạt động trong 03 số liên tiếp về việc giải thể;

- Thông báo tới các tổ chức, cá nhân có quan hệ kinh tế với hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã về thời hạn thanh toán nợ, thanh lý các hợp đồng; thực hiện việc xử lý tài sản và vốn của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã theo quy định tại Điều 49 của Luật này.

- *Giải thể bắt buộc*

Ủy ban nhân dân cùng cấp với cơ quan nhà nước cấp giấy chứng nhận đăng ký hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã quyết định giải thể bắt buộc đối với hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã thuộc một trong các trường hợp sau đây:

- a) Hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã không hoạt động trong 12 tháng liên tục;

- b) Hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã không bảo đảm đủ số lượng thành viên tối thiểu theo quy định của Luật này trong 12 tháng liên tục;

- c) Hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã không tổ chức được đại hội thành viên thường niên trong 18 tháng liên tục mà không có lý do;

- b) Bị thu hồi giấy chứng nhận đăng ký;

- đ) Theo quyết định của Tòa án.

Thủ tục giải thể bắt buộc đối với hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã như sau:

Ủy ban nhân dân cùng cấp với cơ quan nhà nước cấp giấy chứng nhận đăng ký hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã ra quyết định giải thể và

thành lập hội đồng giải thể. Chủ tịch hội đồng giải thể là đại diện của Ủy ban nhân dân; ủy viên thường trực là đại diện của cơ quan nhà nước cấp giấy chứng nhận đăng ký; ủy viên khác là đại diện của cơ quan nhà nước chuyên ngành cùng cấp, tổ chức đại diện, liên minh hợp tác xã tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương (nếu hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã là thành viên của liên minh), Ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn nơi hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã đóng trụ sở, hội đồng quản trị, ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên, thành viên, hợp tác xã thành viên;

Hồ sơ giải thể bắt buộc gồm quyết định giải thể bắt buộc và giấy chứng nhận đăng ký hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã;

Trong thời hạn 60 ngày, kể từ ngày ra quyết định giải thể bắt buộc, hội đồng giải thể có trách nhiệm thực hiện các công việc sau đây: đăng báo địa phương nơi hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã đã đăng ký trong 03 số liên tiếp về quyết định giải thể bắt buộc; thông báo tới các tổ chức, cá nhân có quan hệ kinh tế với hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã về việc giải thể và thời hạn thanh toán nợ, thanh lý các hợp đồng; xử lý tài sản và vốn của hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã theo quy định.

Ngay sau khi hoàn thành việc giải thể theo quy định tại khoản 1, khoản 2 của Điều này, hội đồng giải thể phải nộp 01 bộ hồ sơ về việc giải thể, con dấu và bản gốc giấy chứng nhận đăng ký hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã tới cơ quan đã cấp giấy chứng nhận đăng ký. Việc xử lý các tài liệu khác thực hiện theo quy định của pháp luật.

Cơ quan nhà nước đã cấp giấy chứng nhận đăng ký hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã phải xóa tên hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã trong sổ đăng ký.

Trong trường hợp không đồng ý với quyết định giải thể bắt buộc, hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã có quyền khiếu nại đến cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc khởi kiện ra Tòa án theo quy định của pháp luật.

7.3. Phá sản hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã

Việc giải quyết phá sản đối với hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã được thực hiện theo quy định của pháp luật về phá sản, trừ việc giải quyết tài sản không chia quy định tại khoản 2 Điều 48 của Luật hợp tác xã

Chương 4

PHÁP LUẬT VỀ DOANH NGHIỆP TƯ NHÂN VÀ HỘ KINH DOANH

A. PHÁP LUẬT VỀ DOANH NGHIỆP TƯ NHÂN

1. KHÁI QUÁT VỀ DOANH NGHIỆP TƯ NHÂN

1.1. Khái niệm Doanh nghiệp tư nhân

Khái niệm doanh nghiệp ra đời khá muộn ở Việt Nam. Doanh nghiệp tư nhân ra đời sau Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ VI của Đảng; khi Nhà nước ban hành các văn bản pháp luật thừa nhận sự tồn tại của kinh tế tư nhân nói chung và doanh nghiệp tư nhân nói riêng. Văn bản đầu tiên là Nghị định số 27/HĐBT- 1998 của Hội đồng Bộ trưởng. Sau đó ngày 21/12/1990 Luật doanh nghiệp tư nhân được ban hành. Luật Doanh nghiệp tư nhân quy định: “Nhà nước công nhận sự tồn tại lâu dài và sự phát triển của doanh nghiệp tư nhân, thừa nhận sự bình đẳng trước pháp luật với các doanh nghiệp khác”¹⁰.

Hiến pháp 1992 của Việt Nam cũng ghi nhận: “Nhà nước phát triển nền kinh tế hàng hóa nhiều thành phần với các hình thức tổ chức sản xuất kinh doanh đa dạng, dựa trên sở hữu toàn dân, sở hữu tập thể, sở hữu tư nhân¹¹”; “Các cơ sở sản xuất kinh doanh thuộc mọi thành phần kinh tế đều bình đẳng trước pháp luật”¹².

Qua đó, cho thấy đầu những năm 1990, hình thức doanh nghiệp tư nhân đã được thừa nhận và sau này ngày càng được hoàn thiện hơn qua các văn bản Luật.

¹⁰ Xem Điều 1 Luật doanh nghiệp tư nhân năm 1990

¹¹ Xem Điều 19 Hiến pháp năm 1992.

¹² Xem Điều 22 Hiến pháp năm 1992

Một trong những văn bản đánh dấu rõ nét nhất sự hoàn thiện đối với các loại hình doanh nghiệp của Việt Nam nói chung và doanh nghiệp tư nhân nói riêng là Luật doanh nghiệp 1999. Luật doanh nghiệp 1999 đã bổ sung cả cơ cấu lại các quy định về doanh nghiệp tư nhân, từ khái niệm, cơ cấu tổ chức, trình tự thành lập, quyền và nghĩa vụ của doanh nghiệp tư nhân cũng như của chủ doanh nghiệp tư nhân. Luật doanh nghiệp năm 1999 đã đặt cơ sở cho sự phát triển đồng bộ, thống nhất giữa các loại hình doanh nghiệp.

Tại Điều 99 của Luật doanh nghiệp 1999, doanh nghiệp tư nhân được quy định như sau: *“Doanh nghiệp tư nhân là doanh nghiệp do một cá nhân làm chủ và tự chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình về mọi hoạt động của doanh nghiệp”*.

Ngày 29/11/2005, Luật doanh nghiệp 2005 được Quốc hội ban hành thay thế cho Luật doanh nghiệp năm 1999, Luật doanh nghiệp nhà nước 2003, Luật đầu tư nước ngoài tại Việt Nam 1996 (sửa đổi, bổ sung năm 2000). Luật doanh nghiệp 2005 ra đời đáp ứng nhu cầu phát triển kinh tế ngày càng mạnh của Việt Nam và phù hợp với xu hướng phát triển của kinh tế trên thế giới. Trong Luật doanh nghiệp 2005, một lần nữa, vị trí và vai trò của doanh nghiệp tư nhân được khẳng định thông qua sự bổ sung, hoàn thiện hơn nữa các quy định về loại hình doanh nghiệp tư nhân. Tại Điều 141 Luật doanh nghiệp 2005 quy định: *“Doanh nghiệp tư nhân là doanh nghiệp do một cá nhân làm chủ và tự chịu trách nhiệm toàn bộ tài sản của mình về mọi hoạt động của doanh nghiệp. Doanh nghiệp tư nhân không được phát hành bất kỳ một loại chứng khoán nào; mỗi cá nhân chỉ được quyền thành lập một doanh nghiệp tư nhân”*.

1.2. Đặc điểm Doanh nghiệp tư nhân

Thứ nhất, về chủ sở hữu của doanh nghiệp tư nhân

Theo quy định của pháp luật Việt Nam. Doanh nghiệp tư nhân thuộc nhóm doanh nghiệp một chủ sở hữu. Doanh nghiệp tư nhân là doanh nghiệp do một cá nhân bỏ vốn ra thành lập và đầu tư, mỗi cá nhân chỉ được quyền sở hữu một doanh nghiệp tư nhân.

Doanh nghiệp tư nhân là doanh nghiệp mà tất cả tài sản thuộc về một chủ sở hữu duy nhất; người chủ này là một cá nhân, một con người cụ thể. Cá nhân này vừa là người sử dụng tài sản, đồng thời cũng là người quản lý hoạt động của doanh nghiệp tư nhân.

Cá nhân có thể trực tiếp hoặc gián tiếp điều hành quản lý doanh nghiệp. Song chủ doanh nghiệp vẫn phải chịu trách nhiệm về mọi khoản nợ trong hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp tư nhân.

Thứ hai, về vốn của doanh nghiệp tư nhân

Vốn của doanh nghiệp tư nhân do chủ doanh nghiệp tư nhân tự khai, chủ doanh nghiệp có nghĩa vụ khai báo chính xác tổng số vốn đầu tư, trong đó nêu rõ: số vốn bằng tiền Việt Nam, ngoại tệ tự do chuyển đổi, vàng và các tài sản khác. Đối với vốn bằng tài sản khác, còn phải ghi rõ loại tài sản, số lượng, giá trị còn lại của mỗi loại tài sản. Toàn bộ vốn và tài sản, kể cả vốn vay và tài sản thuê, được sử dụng vào hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp tư nhân đều được phải ghi chép đầy đủ vào sổ kế toán và báo cáo tài chính của doanh nghiệp tư nhân.

Trong quá trình hoạt động, chủ doanh nghiệp tư nhân có quyền tăng hoặc giảm vốn đầu tư của mình vào hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp. Việc tăng, giảm vốn đầu tư của chủ doanh nghiệp phải được ghi chép vào sổ kế toán. Trường hợp giảm vốn đầu tư xuống thấp hơn vốn đầu tư đã đăng ký, thì chủ doanh nghiệp tư nhân chỉ được giảm vốn sau khi đã khai báo với cơ quan đăng ký kinh doanh.

Thứ ba, về trách nhiệm tài sản của chủ doanh nghiệp tư nhân

Chủ doanh nghiệp tư nhân phải chịu trách nhiệm vô hạn về mọi khoản nợ đến hạn của doanh nghiệp. Trách nhiệm vô hạn nghĩa là chủ doanh nghiệp phải chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình mà không có sự phân biệt tài sản trong kinh doanh và tài sản ngoài kinh doanh.

Tài sản trong kinh doanh là những tài sản được sử dụng vào hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, tài sản ngoài kinh doanh là những tài sản tiêu dùng hàng ngày như: xe cộ, nhà cửa...không đưa vào hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp.

Có thể nói rằng, chế độ trách nhiệm tài sản của doanh nghiệp tư nhân khác với chế độ trách nhiệm tài sản của công ty. Chế độ chịu trách nhiệm vô hạn của chủ doanh nghiệp tư nhân có những ưu điểm và nhược điểm nhất định.

Thứ tư, về phát hành chứng khoán của doanh nghiệp tư nhân

Theo quy định của Luật doanh nghiệp năm 2005, doanh nghiệp tư nhân không được phát hành bất kỳ một loại chứng khoán nào.

Như vậy, khác với công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn, trong quá trình hoạt động kinh doanh, doanh nghiệp tư nhân không được quyền huy động vốn bằng việc phát hành các loại chứng khoán như cổ phiếu, trái phiếu... Đây cũng là một hạn chế của loại hình doanh nghiệp tư nhân.

Thứ năm, về tư cách pháp nhân

Doanh nghiệp tư nhân là tổ chức kinh tế không có tư cách pháp nhân. Đây là loại hình doanh nghiệp duy nhất không có tư cách pháp nhân trong hệ thống các doanh nghiệp của Việt Nam hiện nay.

Doanh nghiệp tư nhân là doanh nghiệp do một cá nhân đầu tư và là chủ sở hữu. Doanh nghiệp tư nhân không có sự tách bạch về tài sản (chủ doanh nghiệp phải chịu trách nhiệm vô hạn về các khoản nợ của doanh nghiệp). Vì thế nó không thỏa mãn một trong các điều kiện cơ bản của một pháp nhân¹³.

2. THÀNH LẬP, GIẢI THỂ VÀ PHÁ SẢN DOANH NGHIỆP TƯ NHÂN

2.1. Thành lập Doanh nghiệp tư nhân

a. Đối tượng có quyền thành lập và quản lý doanh nghiệp tư nhân

Theo Khoản 1,2 Điều 13 Luật doanh nghiệp 2005, mọi cá nhân có quyền thành lập và quản lý doanh nghiệp, trừ các trường hợp sau:

1. Cán bộ, công chức theo quy định của pháp luật về cán bộ công chức.

¹³ Xem Khoản 3 Điều 84 Bộ luật dân sự Việt Nam 2005

2. Sĩ quan, hạ sĩ quan, quân nhân chuyên nghiệp, công nhân quốc phòng trong các cơ quan, đơn vị thuộc Quân đội nhân dân; sĩ quan, hạ sĩ quan chuyên nghiệp trong các đơn vị thuộc Công an nhân dân.

3. Cán bộ lãnh đạo, quản lý nghiệp vụ trong các cơ quan Nhà nước trừ những người được cử làm đại diện để quản lý phần vốn góp của Nhà nước tại doanh nghiệp khác;

4. Người chưa thành niên, người thành niên bị hạn chế hoặc bị mất năng lực hành vi dân sự.

5. Người đang chấp hành hình phạt tù hoặc bị Tòa án cấm hành nghề kinh doanh.

6. Các trường hợp khác theo quy định của Luật phá sản.¹⁴

b. Thủ tục thành lập

Trước đây, thủ tục thành lập Doanh nghiệp tư nhân phải trải qua ba bước: Xin phép thành lập, ký quyết định thành lập, đăng ký kinh doanh. Hiện nay, việc thành lập doanh nghiệp tư nhân nói riêng và các doanh nghiệp khác nói chung đơn giản, gọn nhẹ hơn, chỉ còn một bước duy nhất: đăng ký doanh nghiệp và Đăng báo công khai.

¹⁴ Theo quy định tại Điều 94 Luật phá sản Doanh nghiệp, Hợp tác xã 2004, thì:

- Người giữ chức vụ Giám đốc, Tổng giám đốc, Chủ tịch Hội đồng thành viên, Hội đồng quản trị của công ty, Tổng công ty 100% vốn nhà nước bị tuyên bố phá sản không được đảm đương các chức vụ đó ở bất kỳ doanh nghiệp nhà nước nào, kể từ ngày công ty, tổng công ty nhà nước bị tuyên bố phá sản.

- Người được giao đại diện phần vốn góp của Nhà nước ở doanh nghiệp khác mà doanh nghiệp đó bị tuyên bố phá sản không được cử đảm đương các chức vụ quản lý ở bất kỳ doanh nghiệp nào có vốn của nhà nước.

- Chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh của công ty hợp danh, Giám đốc (Tổng giám đốc), Chủ tịch và các thành viên Hội đồng quản trị, Hội đồng thành viên của doanh nghiệp; Chủ nhiệm, các thành viên Ban quản trị HTX bị tuyên bố phá sản không được quyền thành lập doanh nghiệp, HTX; không được làm người quản lý doanh nghiệp, HTX trong thời hạn từ một đến ba năm kể từ ngày doanh nghiệp, HTX bị tuyên bố phá sản, trừ trường hợp bị tuyên bố phá sản vì lý do bất khả kháng).

Đăng ký doanh nghiệp (bao gồm đăng ký kinh doanh và đăng ký mã số thuế theo Nghị định 43/2010/NĐ-CP) là việc ghi nhận về mặt pháp lý sự ra đời của một doanh nghiệp. Kể từ thời điểm đăng ký, doanh nghiệp được cấp giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, doanh nghiệp tư nhân mới có tư cách chủ thể để tham gia các hoạt động kinh doanh trên thương trường. Địa vị pháp lý của doanh nghiệp tư nhân chỉ được xác nhận khi chủ doanh nghiệp đã đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Việc tiến hành đăng ký doanh nghiệp được quy định như sau:

Trước hết, chủ doanh nghiệp tư nhân nộp một bộ hồ sơ đăng ký kinh doanh theo quy định của pháp luật tới Phòng đăng ký kinh doanh của Tỉnh nơi doanh nghiệp tư nhân đặt trụ sở chính. Hồ sơ đăng ký kinh doanh của doanh nghiệp tư nhân gồm có:

1. Giấy đề nghị đăng ký doanh nghiệp;
2. Bản sao Giấy chứng minh nhân dân; Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác.
3. Văn bản xác nhận vốn pháp định của cơ quan, tổ chức có thẩm quyền đối với doanh nghiệp kinh doanh ngành, nghề mà theo quy định của pháp luật phải có vốn pháp định.
4. Chứng chỉ hành nghề của Giám đốc và cá nhân khác đối với doanh nghiệp kinh doanh ngành, nghề mà theo quy định của pháp luật phải có chứng chỉ hành nghề.

Cơ quan đăng ký kinh doanh xem xét hồ sơ và cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp trong thời hạn 5 ngày làm việc, kể từ ngày nhận hồ sơ, nếu từ chối thì thông báo bằng văn bản cho người thành lập doanh nghiệp biết. Thông báo phải nêu rõ lý do và các yêu cầu sửa đổi.

Đăng báo công khai: Pháp luật doanh nghiệp quy định, chậm nhất là 30 ngày sau khi nhận được giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, chủ doanh nghiệp phải công bố hoạt động của mình trên mạng thông tin doanh nghiệp của cơ quan đăng ký kinh doanh hoặc một trong các loại tờ báo viết hoặc báo điện tử trong ba số liên tiếp về các nội dung sau:

- Tên doanh nghiệp tư nhân;
- Địa chỉ, trụ sở chính của doanh nghiệp tư nhân, chi nhánh, văn phòng đại diện (nếu có);
- Mục tiêu, ngành nghề kinh doanh,;
- Vốn đầu tư ban đầu của doanh nghiệp tư nhân;
- Họ tên, địa chỉ thường trú của doanh nghiệp tư nhân;
- Nơi đăng ký kinh doanh.

Việc đăng báo công khai này có ý nghĩa như một lời tự giới thiệu của doanh nghiệp để công chúng biết rằng: tại thời điểm này, có một doanh nghiệp được thành lập và hoạt động trên thương trường.

2.2. Giải thể doanh nghiệp tư nhân

a. Khái niệm

Giải thể doanh nghiệp là việc chấm dứt sự tồn tại của doanh nghiệp đó về mặt pháp lý và trên thực tế.

b. Các trường hợp giải thể

Theo Điều 157 Luật doanh nghiệp 2005, doanh nghiệp tư nhân giải thể trong các trường hợp sau:

- Theo quyết định của chủ doanh nghiệp tư nhân. Đây là trường hợp giải thể tự nguyện, nghĩa là theo nguyện vọng của chính bản thân chủ doanh nghiệp. Luật doanh nghiệp đã tôn trọng quyền tự do kinh doanh của chủ doanh nghiệp. Việc thành lập doanh nghiệp hay giải thể doanh nghiệp sẽ hoàn toàn phụ thuộc vào ý chí và sự lựa chọn của chủ doanh nghiệp tư nhân.

- Doanh nghiệp bị thu hồi giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh (nay gọi là giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp). Đây là trường hợp giải thể bắt buộc đối với doanh nghiệp tư nhân. Việc quy định này xuất phát từ việc đảm bảo tính pháp chế tuyệt đối trong việc áp dụng luật.

- Doanh nghiệp tư nhân sẽ bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh khi có sự vi phạm pháp luật. Tại Khoản 2 Điều 165 Luật doanh nghiệp 2005 quy định doanh nghiệp bị thu hồi Giấy chứng nhận

đăng ký kinh doanh và bị xoá tên trong sổ đăng ký kinh doanh trong các trường hợp sau đây:

- Nội dung kê khai trong hồ sơ đăng ký kinh doanh là giả mạo;
- Doanh nghiệp do những người bị cấm thành lập doanh nghiệp theo quy định của pháp luật;
- Không đăng ký mã số thuế trong thời hạn một năm kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh;
- Không hoạt động tại trụ sở đăng ký trong thời hạn sáu tháng liên tục, kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh hoặc chứng nhận thay đổi trụ sở chính;
- Không báo cáo về hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp với cơ quan đăng ký kinh doanh trong mười hai tháng liên tục;
- Ngừng hoạt động kinh doanh một năm liên tục mà không thông báo với cơ quan đăng ký kinh doanh;
- Doanh nghiệp không gửi báo cáo theo quy định đến cơ quan đăng ký kinh doanh trong thời hạn ba tháng, kể từ ngày có yêu cầu bằng văn bản;
- Kinh doanh ngành, nghề bị cấm.

c. Thủ tục giải thể doanh nghiệp

Việc giải thể doanh nghiệp được thực hiện theo quy định sau đây:

Trước hết, phải thông qua quyết định giải thể doanh nghiệp. Quyết định giải thể doanh nghiệp phải có các nội dung chủ yếu sau đây:

1. Tên, địa chỉ trụ sở chính của doanh nghiệp;
2. Lý do giải thể;
3. Thời hạn, thủ tục thanh toán hợp đồng và thanh toán các khoản nợ của doanh nghiệp; thời hạn thanh toán nợ, thanh lý hợp đồng không được vượt quá sáu tháng, kể từ ngày thông qua quyết định giải thể;
4. Phương án xử lý các nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng lao động;
5. Họ, tên, chữ ký của người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp.

Chủ doanh nghiệp tư nhân trực tiếp tổ chức thanh lý tài sản doanh nghiệp, trừ trường hợp Điều lệ công ty quy định thành lập tổ chức thanh lý riêng. Trong thời hạn bảy ngày làm việc kể từ ngày thông qua, quyết định giải thể phải được gửi đến cơ quan đăng ký kinh doanh, tất cả các chủ nợ, người có quyền, nghĩa vụ và lợi ích liên quan, người lao động trong doanh nghiệp và phải được niêm yết công khai tại trụ sở chính và chi nhánh của doanh nghiệp.

Đối với trường hợp mà pháp luật yêu cầu đăng báo thì quyết định giải thể doanh nghiệp phải được đăng ít nhất trên một tờ báo viết hoặc báo điện tử trong ba số liên tiếp.

Quyết định giải thể phải được gửi cho các chủ nợ kèm theo thông báo về phương án giải quyết nợ. Thông báo phải có tên, địa chỉ của chủ nợ; số nợ, thời hạn, địa điểm và phương thức thanh toán số nợ đó; cách thức và thời hạn giải quyết khiếu nại của chủ nợ. Các khoản nợ của doanh nghiệp được thanh toán theo số thứ tự sau đây:

- Các khoản nợ lương, trợ cấp thôi việc, bảo hiểm xã hội theo quy định của pháp luật và các quyền lợi khác của người lao động theo thỏa ước lao động tập thể và hợp đồng lao động đã ký kết;
- Nợ thuế và các khoản nợ khác.

Sau khi đã thanh toán hết các khoản nợ và chi phí giải thể doanh nghiệp, phần còn lại thuộc về chủ doanh nghiệp tư nhân, các thành viên, cổ đông hoặc chủ sở hữu công ty.

Trong thời hạn bảy ngày làm việc kể từ ngày thanh toán hết các khoản nợ của doanh nghiệp, người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp phải gửi hồ sơ giải thể doanh nghiệp đến cơ quan đăng ký kinh doanh. Trong thời hạn bảy ngày làm việc kể từ ngày nhận hồ sơ hợp lệ, cơ quan đăng ký kinh doanh xóa tên doanh nghiệp trong sổ đăng ký kinh doanh.

Trường hợp doanh nghiệp bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, doanh nghiệp giải thể trong thời hạn sáu tháng, kể từ ngày bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Trình tự và thủ tục giải thể được thực hiện theo quy định của pháp luật.

Sau thời hạn sáu tháng quy định tại khoản này mà cơ quan đăng ký kinh doanh không nhận được hồ sơ giải thể doanh nghiệp thì doanh nghiệp đó coi như đã được giải thể và cơ quan đăng ký kinh doanh xoá tên doanh nghiệp trong sổ đăng ký kinh doanh. Trong trường hợp này, người đại diện theo pháp luật, các thành viên đối với công ty trách nhiệm hữu hạn, chủ sở hữu công ty đối với công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, các thành viên Hội đồng quản trị đối với công ty cổ phần, các thành viên hợp danh đối với công ty hợp danh liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ và các nghĩa vụ tài sản khác chưa thanh toán.

2.3. Phá sản doanh nghiệp

Trong điều kiện của nền kinh tế thị trường, dưới sự tác động của quy luật cạnh tranh, bên cạnh những doanh nghiệp đứng vững và phát triển, cũng có những doanh nghiệp làm ăn thua lỗ và bị phá sản. Sự phá sản doanh nghiệp trong nền kinh tế thị trường là một tất yếu khách quan. Tuy nhiên, một doanh nghiệp phá sản có thể ảnh hưởng đến lợi ích của những người có liên quan cũng như lợi ích chung của xã hội. Chính vì vậy, ngày 30 tháng 12 năm 1993, Quốc hội nước ta đã ban hành Luật phá sản doanh nghiệp và đã được thay thế bằng Luật Phá sản ban hành ngày 15/6/2004 (hiệu lực từ 1/1/2005).

Theo quy định của Luật phá sản, doanh nghiệp tư nhân “lâm vào tình trạng phá sản là doanh nghiệp không có khả năng thanh toán nợ đến hạn khi chủ nợ có yêu cầu”.

Cùng với việc xác định lý do phá sản doanh nghiệp tư nhân, Luật phá sản cũng quy định cụ thể về cơ sở để tuyên bố phá sản, cơ quan có thẩm quyền cũng như thủ tục tuyên bố phá sản doanh nghiệp nói chung và doanh nghiệp tư nhân nói riêng (Luật phá sản).

3. QUYỀN VÀ NGHĨA VỤ CỦA DOANH NGHIỆP TƯ NHÂN VÀ CHỦ DOANH NGHIỆP TƯ NHÂN

3.1. Quyền và nghĩa vụ của doanh nghiệp tư nhân

a. Quyền của doanh nghiệp tư nhân

Doanh nghiệp tư nhân tham gia vào hoạt động kinh doanh với tư cách

là một chủ thể kinh doanh độc lập. Nhà nước không chỉ thừa nhận sự tồn tại và phát triển lâu dài của doanh nghiệp tư nhân mà còn thừa nhận là một chủ thể pháp lý độc lập. Điều đó được thể hiện một cách rõ nét trong các quy định về quyền và nghĩa vụ của doanh nghiệp tư nhân.

Doanh nghiệp tư nhân có các quyền sau:

- Tự chủ kinh doanh, chủ động chọn ngành, nghề, địa bàn đầu tư; chủ động mở rộng quy mô và ngành nghề kinh doanh; được Nhà nước khuyến khích ưu đãi và tạo điều kiện thuận lợi tham gia sản xuất, cung ứng sản phẩm, dịch vụ công ích;

- Lựa chọn hình thức, phương thức huy động, phân bổ và sử dụng vốn;

- Chủ động tìm kiếm thị trường, khách hàng và ký kết hợp đồng;

- Kinh doanh xuất khẩu và nhập khẩu;

- Tuyển dụng, thuê mướn, bố trí, sử dụng lao động theo yêu cầu kinh doanh;

- Chủ động ứng dụng khoa học công nghệ hiện đại để nâng cao hiệu quả và khả năng cạnh tranh;

- Tự chủ quyết định các công việc kinh doanh và quan hệ nội bộ;

- Chiếm hữu, sử dụng, định đoạt tài sản của doanh nghiệp;

- Từ chối mọi yêu cầu cung cấp các nguồn lực không được luật quy định;

- Khiếu nại, tố cáo theo quy định của pháp luật về khiếu nại, tố cáo;

- Trực tiếp hoặc thông qua người đại diện theo uỷ quyền tham gia tố tụng theo quy định của pháp luật

- Các quyền khác do pháp luật quy định.

b. Nghĩa vụ của doanh nghiệp tư nhân

Doanh nghiệp tư nhân có các nghĩa vụ sau:

- Hoạt động kinh doanh theo đúng ngành, nghề đã ghi trong Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh; bảo đảm điều kiện kinh doanh theo quy định của pháp luật khi kinh doanh ngành nghề kinh doanh có điều kiện;

- Tổ chức công tác kế toán, lập và nộp báo cáo tài chính trung thực, chính xác, đúng thời hạn theo quy định của pháp luật về kế toán;
- Đăng ký mã số thuế, kê khai thuế, nộp thuế và thực hiện các nghĩa vụ tài chính khác theo quy định của pháp luật;
- Bảo đảm quyền, lợi ích của người lao động theo quy định của pháp luật về lao động; thực hiện về chế độ bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế và bảo hiểm khác cho người lao động theo quy định của pháp luật về bảo hiểm;
- Bảo đảm và chịu trách nhiệm về chất lượng hàng hoá, dịch vụ theo tiêu chuẩn đã đăng ký hoặc công bố;
- Thực hiện chế độ thống kê theo quy định của pháp luật về thống kê; định kỳ báo cáo đầy đủ các thông tin về doanh nghiệp, tình hình tài chính của doanh nghiệp với cơ quan Nhà nước có thẩm quyền theo mẫu đã quy định; khi phát hiện các thông tin đã kê khai hoặc báo cáo thiếu chính xác, chưa đầy đủ phải kịp thời sửa đổi, bổ sung các thông tin đó;
- Tuân thủ quy định của pháp luật về quốc phòng, an ninh trật tự, an toàn xã hội. Bảo vệ tài nguyên môi trường, bảo vệ di tích lịch sử, văn hoá và danh lam thắng cảnh;
- Các nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật.

3.2. Quyền và nghĩa vụ của chủ doanh nghiệp tư nhân

Trong quá trình hoạt động kinh doanh, chủ doanh nghiệp có các quyền và nghĩa vụ sau:

Một là, quyền quản lý doanh nghiệp

Luật doanh nghiệp 2005 quy định: chủ doanh nghiệp tư nhân có toàn quyền quyết định đối với tất cả hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, việc sử dụng lợi nhuận sau khi đã nộp thuế và thực hiện các nghĩa vụ tài chính khác theo quy định của pháp luật.

Chủ doanh nghiệp tư nhân có thể trực tiếp hoặc thuê người khác quản lý, điều hành hoạt động kinh doanh. Trường hợp thuê người khác làm Giám đốc quản lý doanh nghiệp thì chủ doanh nghiệp tư nhân phải

đăng ký với cơ quan đăng ký kinh doanh và vẫn phải chịu trách nhiệm về mọi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp.

Chủ doanh nghiệp tư nhân là nguyên đơn, bị đơn hoặc người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan trước Trọng tài hoặc Tòa án trong các tranh chấp liên quan đến doanh nghiệp.

Chủ doanh nghiệp tư nhân là đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp thuê.

Hai là, quyền cho thuê doanh nghiệp

Luật doanh nghiệp 2005 quy định: chủ doanh nghiệp tư nhân có quyền cho thuê toàn bộ doanh nghiệp của mình nhưng phải báo cáo bằng văn bản kèm theo bản sao hợp đồng cho thuê có công chứng đến cơ quan đăng ký kinh doanh, cơ quan thuế. Trong thời hạn cho thuê, chủ doanh nghiệp tư nhân vẫn phải chịu trách nhiệm trước pháp luật với tư cách là chủ sở hữu doanh nghiệp.

Quyền và trách nhiệm của chủ sở hữu và người thuê đối với hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp được quy định trong hợp đồng cho thuê.

Ba là, quyền bán doanh nghiệp

Luật doanh nghiệp 2005 quy định: chủ doanh nghiệp tư nhân có quyền bán doanh nghiệp của mình cho người khác. Chậm nhất mười lăm ngày trước ngày chuyển giao doanh nghiệp cho người mua, chủ doanh nghiệp phải thông báo bằng văn bản cho cơ quan đăng ký kinh doanh. Thông báo phải nêu rõ tên, trụ sở của doanh nghiệp; tên, địa chỉ của người mua; tổng số nợ chưa thanh toán của doanh nghiệp; tên, địa chỉ, số nợ và thời hạn thanh toán cho từng chủ nợ; hợp đồng lao động và các hợp đồng khác đã ký mà chưa thực hiện xong và cách thức giải quyết các hợp đồng đó.

Sau khi bán doanh nghiệp, chủ doanh nghiệp tư nhân vẫn phải chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác mà doanh nghiệp chưa thực hiện, trừ trường hợp người mua, người bán và chủ nợ của doanh nghiệp có thoả thuận khác.

Người bán, người mua doanh nghiệp phải tuân thủ các quy định của pháp luật về lao động. Người mua doanh nghiệp phải đăng ký kinh doanh lại theo quy định của Luật doanh nghiệp.

B. PHÁP LUẬT VỀ HỘ KINH DOANH

1. KHÁI QUÁT VỀ HỘ KINH DOANH

1.1. Khái niệm

Trước đây, những cá nhân kinh doanh và nhóm kinh doanh có quy mô nhỏ, chưa đủ vốn pháp định để thành lập doanh nghiệp tư nhân thì được gọi là người kinh doanh dưới mức vốn pháp định và được quy định tại Nghị định số 66/HĐBT ngày 2/3/1992. Ngày 12/6/1999 Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam đã thông qua Luật doanh nghiệp.

Đây là văn bản luật có phạm vi điều chỉnh rộng, bao gồm: công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần, công ty hợp danh, doanh nghiệp tư nhân, doanh nghiệp Nhà nước, doanh nghiệp của các đoàn thể, tổ chức chính trị - xã hội khi được chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần. Luật doanh nghiệp cũng quy định việc bỏ vốn pháp định như là một điều kiện để thành lập doanh nghiệp, trừ một số ngành nghề. Do vậy, đối với cá nhân, tùy theo quy mô, mức vốn, điều kiện, hoàn cảnh của bản thân để lựa chọn việc thành lập doanh nghiệp tư nhân hoạt động theo Luật doanh nghiệp hoặc hoạt động dưới dạng hộ kinh doanh cá thể và chịu sự điều chỉnh của Nghị định số 02/2000/NĐ-CP ngày 3/2/2000 của Chính phủ.

Việc ban hành Nghị định số 02/2000/NĐ-CP đã đáp ứng được sự đòi hỏi của thực tiễn cuộc sống, phù hợp với nền kinh tế của nước ta hiện nay. Theo Nghị định số 02/2000/NĐ-CP thì hộ kinh doanh cá thể bao gồm cá nhân kinh doanh hay hộ gia đình.

Điều 17 Nghị định số 02/2000/NĐ-CP quy định: *“Hộ kinh doanh cá thể do một cá nhân hoặc hộ gia đình làm chủ, kinh doanh tại một địa điểm cố định, không thường xuyên thuê lao động, không có con dấu và chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với hoạt động kinh doanh”*.

Nghị định số 109/2004/NĐ-CP ngày 2/4/2004 về đăng ký kinh doanh thay thế Nghị định của Chính phủ số 02/2000/NĐ-CP đã đưa ra một định nghĩa mới về hộ kinh doanh cá thể: Hộ kinh doanh cá thể do một cá nhân hoặc hộ gia đình làm chủ, chỉ được đăng ký kinh doanh tại một địa điểm, sử dụng không quá mười lao động, không có con dấu và chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với hoạt động kinh doanh. Riêng đối với hộ gia đình sản xuất nông, lâm, ngư nghiệp, làm muối và những người bán hàng rong, quà vặt, làm dịch vụ có thu nhập thấp không phải đăng ký kinh doanh.

Về cơ bản, định nghĩa trên vẫn ghi nhận Hộ kinh doanh cá thể theo tinh thần của Nghị định số 02/2000/NĐ-CP của Chính phủ; nhưng có điểm khác hơn là Nghị định số 109/2004/NĐ-CP của Chính phủ đã đưa ra một tiêu chí định lượng trong việc sử dụng lao động của Hộ kinh doanh cá thể. Sau đó, Nghị định 88/2006 NĐ – CP ra đời và hiện nay là Nghị định 43/2010/NĐ-CP ngày 15.4.2010.

Theo quy định tại khoản 1 Điều 49 Nghị định 43/2010, “*hộ kinh doanh do một cá nhân là công dân Việt Nam hoặc một nhóm người hoặc một hộ gia đình làm chủ, chỉ được đăng ký kinh doanh tại một địa điểm, sử dụng không quá mười lao động, không có con dấu và chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với hoạt động kinh doanh.*

Hộ gia đình sản xuất nông, lâm, ngư nghiệp, làm muối và những người bán hàng rong, quà vặt, buôn chuyến, kinh doanh lưu động, làm dịch vụ có thu nhập thấp không phải đăng ký, trừ trường hợp kinh doanh các ngành, nghề có điều kiện. Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương quy định mức thu nhập thấp áp dụng trên phạm vi địa phương.

Hộ kinh doanh có sử dụng thường xuyên hơn mười lao động phải chuyển đổi sang hoạt động theo hình thức doanh nghiệp”.

1.2. Đặc điểm của hộ kinh doanh

Hộ kinh doanh có các dấu hiệu cơ bản sau:

Thứ nhất, hộ kinh doanh do một cá nhân hoặc một nhóm người hoặc hộ gia đình làm chủ.

Hộ kinh doanh được tồn tại dưới một trong ba dạng: có thể do một cá nhân duy nhất làm chủ hoặc một một nhóm người hoặc hộ gia đình. Vốn kinh doanh ban đầu của Hộ kinh doanh có thể là vốn của một cá nhân duy nhất hoặc vốn đầu tư chung của một nhóm hoặc một hộ gia đình. Điều này nghĩa là, một số đông những chủ đầu tư không phải là hộ gia đình (ví dụ như là anh em họ hàng, bạn bè...) nếu muốn cùng nhau góp vốn kinh doanh có thể lựa chọn loại hình kinh doanh này để kinh doanh. Đối với trường hợp hộ gia đình do một cá nhân duy nhất làm chủ sở hữu thì cá nhân này đồng thời là người quyết định mọi vấn đề liên quan đến hoạt động kinh doanh.

Trường hợp hộ kinh doanh do một hộ gia đình làm chủ thì hộ gia đình này phải cử một người làm đại diện. Người đại diện này sẽ thay mặt hộ thực hiện các quyền và nghĩa vụ của cả hộ. Pháp luật cũng quy định rõ, người đại diện không chịu trách nhiệm thay cho các thành viên khác trong gia đình. Lợi nhuận cũng như rủi ro sẽ chia cho các thành viên trong gia đình theo thỏa thuận của tất cả các thành viên. Việc chia lợi nhuận và rủi ro có thể dựa vào số vốn góp của mỗi thành viên đóng góp hoặc công sức của từng thành viên trong hộ gia đình.

Thứ hai, hộ kinh doanh thường kinh doanh với quy mô nhỏ

Đối với hộ kinh doanh, pháp luật quy định cụ thể một số dấu hiệu cơ bản về số lượng lao động, địa điểm kinh doanh, con dấu riêng. Đây là điểm phân biệt hộ kinh doanh với các loại hình kinh doanh khác. Đối với các loại hình doanh nghiệp, pháp luật không đưa ra một hạn chế nào trong việc các doanh nghiệp sử dụng số lượng bao nhiêu lao động., doanh nghiệp có bao nhiêu cơ sở kinh doanh... Như vậy, có thể thấy, so với các doanh nghiệp, hộ kinh doanh có quy mô kinh doanh nhỏ hơn, phạm vi hoạt động hẹp hơn, số lượng lao động ít hơn.

Thứ ba, chủ hộ kinh doanh chịu trách nhiệm vô hạn trong hoạt động kinh doanh

Chủ hộ kinh doanh trong trường hợp này được hiểu là cá nhân người đầu tư (trong trường hợp hộ kinh doanh do một cá nhân làm chủ) hoặc tất cả thành viên của hộ gia đình (trong trường hợp hộ kinh doanh do hộ gia đình làm chủ) hoặc người đại diện nhóm (trong trường hợp do một nhóm người đầu tư)

Trách nhiệm vô hạn của chủ hộ kinh doanh cũng giống như trách nhiệm của chủ doanh nghiệp tư nhân. Nghĩa là, chủ hộ không chỉ chịu trách nhiệm bằng phần vốn và tài sản dùng để trực tiếp kinh doanh mà còn phải chịu trách nhiệm trên phần tài sản thuộc sở hữu của mình mặc dù tài sản đó không đưa vào kinh doanh trong trường hợp số nợ lớn hơn số vốn kinh doanh của hộ. Mức góp của mỗi thành viên có thể tùy theo thỏa thuận của các thành viên. Trường hợp một trong các thành viên không có khả năng góp thêm như thỏa thuận của hộ gia đình thì các thành viên khác có nghĩa vụ lấy tài sản của mình để tiếp tục trả nợ. Quan hệ nợ nần chỉ được chấm dứt khi hộ kinh doanh đã thanh toán hết các khoản nợ.

2. NHỮNG QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VỀ ĐĂNG KÝ KINH DOANH ĐỐI VỚI HỘ KINH DOANH

2.1. Điều kiện đăng ký kinh doanh

Theo quy định của Nghị định số 43/2010/NĐ-CP để trở thành hộ kinh doanh phải có đủ các điều kiện được quy định. Đó là: tất cả công dân Việt Nam đủ 18 tuổi, có năng lực hành vi dân sự đầy đủ, các hộ gia đình đều có quyền đăng ký kinh doanh theo quy định của pháp luật. Về cơ bản, các điều kiện này bao gồm:

- Điều kiện về chủ thể;
- Điều kiện về ngành nghề kinh doanh;
- Một số điều kiện khác.

Pháp luật cho phép tất cả công dân Việt Nam đủ 18 tuổi có năng lực hành vi dân sự đầy đủ; các hộ gia đình đều có quyền tham gia đăng ký kinh doanh loại hình hộ kinh doanh cá thể. Người đủ mười tám tuổi

là người có đủ năng lực hành vi, có khả năng chịu trách nhiệm về các hành vi của mình. Đây là điều kiện về độ tuổi. Các điều kiện tiếp theo là: có vốn, có sức khỏe, có kỹ thuật chuyên môn, có địa điểm kinh doanh. Vốn là điều kiện tối thiểu đối với một người kinh doanh. Người kinh doanh nhất thiết phải có địa điểm kinh doanh. Địa điểm kinh doanh có thể là tại nhà của mình hoặc thuê, mượn.

Pháp luật cũng quy định cụ thể những trường hợp bị cấm kinh doanh. Theo quy định của pháp luật, những người sau đây bị cấm không được kinh doanh:

- Người chưa thành niên;
- Người bị hạn chế hoặc bị mất năng lực hành vi dân sự;
- Người đang bị truy cứu trách nhiệm hình sự hoặc đang phải chấp hành hình phạt tù hoặc bị toà án tước quyền hành nghề.

2.2. Trình tự, thủ tục đăng ký kinh doanh

Nhằm mục đích đảm bảo trật tự, kỷ cương trong hoạt động kinh doanh, để quản lý cá nhân và hộ gia đình kinh doanh trên thương trường, Pháp luật quy định cụ thể: hộ kinh doanh có quyền tiến hành hoạt động kinh doanh sau khi đã được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, trừ trường hợp kinh doanh các ngành nghề kinh doanh phải có điều kiện.

- Thẩm quyền cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh

1. Cá nhân, nhóm cá nhân hoặc người đại diện hộ gia đình gửi Giấy đề nghị đăng ký hộ kinh doanh đến cơ quan Đăng ký kinh doanh cấp huyện nơi đặt địa điểm kinh doanh. Nội dung Giấy đề nghị đăng ký hộ kinh doanh gồm:

- a) Tên hộ kinh doanh, địa chỉ địa điểm kinh doanh;
- b) Ngành, nghề kinh doanh;
- c) Số vốn kinh doanh;
- d) Họ, tên, số và ngày cấp Giấy chứng minh nhân dân, địa chỉ nơi cư trú và chữ ký của các cá nhân thành lập hộ kinh doanh đối với hộ kinh doanh do nhóm cá nhân thành lập, của cá nhân đối với hộ kinh

doanh do cá nhân thành lập hoặc đại diện hộ gia đình đối với trường hợp hộ kinh doanh do hộ gia đình thành lập.

Kèm theo Giấy đề nghị đăng ký hộ kinh doanh phải có bản sao Giấy chứng minh nhân dân của các cá nhân tham gia hộ kinh doanh hoặc người đại diện hộ gia đình và Biên bản họp nhóm cá nhân về việc thành lập hộ kinh doanh đối với trường hợp hộ kinh doanh do một nhóm cá nhân thành lập.

Đối với những ngành, nghề phải có chứng chỉ hành nghề, thì kèm theo các giấy tờ quy theo quy định phải có bản sao hợp lệ chứng chỉ hành nghề của cá nhân hoặc đại diện hộ gia đình.

Đối với những ngành, nghề phải có vốn pháp định thì kèm theo các giấy tờ theo quy định phải có bản sao hợp lệ văn bản xác nhận vốn pháp định của cơ quan, tổ chức có thẩm quyền.

2. Khi tiếp nhận hồ sơ, cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện trao Giấy biên nhận và cấp Giấy chứng nhận đăng ký hộ kinh doanh cho hộ kinh doanh trong thời hạn năm ngày làm việc, kể từ ngày nhận hồ sơ, nếu có đủ các điều kiện sau đây:

a) Ngành, nghề kinh doanh không thuộc danh mục ngành, nghề cấm kinh doanh;

b) Tên hộ kinh doanh dự định đăng ký phù hợp quy định tại Điều 56 Nghị định 43/2010;

c) Nộp đủ lệ phí đăng ký theo quy định.

Trường hợp hồ sơ không hợp lệ, trong thời hạn năm ngày làm việc, kể từ ngày nhận hồ sơ, cơ quan đăng ký kinh doanh phải thông báo rõ nội dung cần sửa đổi, bổ sung bằng văn bản cho người thành lập hộ kinh doanh.

3. Nếu sau năm ngày làm việc, kể từ ngày nộp hồ sơ đăng ký hộ kinh doanh mà không nhận được Giấy chứng nhận đăng ký hộ kinh doanh hoặc không nhận được thông báo yêu cầu sửa đổi, bổ sung hồ sơ đăng ký hộ kinh doanh thì người đăng ký hộ kinh doanh có quyền khiếu nại theo quy định của pháp luật về khiếu nại, tố cáo.

4. Định kỳ vào tuần thứ nhất hàng tháng, cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện gửi danh sách hộ kinh doanh đã đăng ký tháng trước cho cơ quan thuế cùng cấp, Phòng Đăng ký kinh doanh và cơ quan quản lý ngành kinh tế - kỹ thuật cấp tỉnh.

- Thời điểm kinh doanh

Hộ kinh doanh có quyền hoạt động kinh doanh kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký hộ kinh doanh, trừ trường hợp kinh doanh các ngành, nghề kinh doanh phải có điều kiện.

- Địa điểm kinh doanh của hộ kinh doanh

Đối với hộ kinh doanh buôn chuyển, kinh doanh lưu động thì phải chọn một địa điểm cố định để đăng ký hộ kinh doanh. Địa điểm này có thể là nơi đăng ký hộ khẩu thường trú, nơi đăng ký tạm trú hoặc địa điểm thường xuyên kinh doanh nhất, nơi đặt địa điểm thu mua giao dịch. Hộ kinh doanh buôn chuyển, kinh doanh lưu động được phép kinh doanh ngoài địa điểm đã đăng ký với cơ quan đăng ký kinh doanh nhưng phải thông báo cho cơ quan thuế, cơ quan quản lý thị trường nơi đăng ký trụ sở và nơi tiến hành hoạt động kinh doanh.

- Đăng ký thay đổi nội dung đăng ký hộ kinh doanh

1. Khi thay đổi nội dung kinh doanh đã đăng ký, hộ kinh doanh thông báo nội dung thay đổi với cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện nơi đã đăng ký.

2. Trường hợp tạm ngừng kinh doanh từ ba mươi ngày trở lên, hộ kinh doanh thông báo với cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện nơi đã đăng ký kinh doanh và cơ quan thuế trực tiếp quản lý. Thời gian tạm ngừng kinh doanh không được quá một năm.

3. Khi chấm dứt hoạt động kinh doanh, hộ kinh doanh phải nộp lại bản gốc Giấy chứng nhận đăng ký hộ kinh doanh cho cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện nơi đã đăng ký, đồng thời thanh toán đầy đủ các khoản nợ, gồm cả nợ thuế và nghĩa vụ tài chính chưa thực hiện.

3. QUYỀN VÀ NGHĨA VỤ CỦA HỘ KINH DOANH

3.1. Quyền của hộ kinh doanh

Hộ kinh doanh có các quyền sau:

- Quyền tự do kinh doanh;
- Quyền được Nhà nước bảo hộ hoạt động kinh doanh hợp pháp;
- Hộ kinh doanh cá thể có quyền chọn địa điểm kinh doanh phù hợp với điều kiện và khả năng của mình;
- Hộ kinh doanh cá thể có quyền sở hữu với tài sản và tư liệu sản xuất của mình;
- Quyền chủ động trong việc ký kết hợp đồng;
- Hộ kinh doanh cá thể có quyền thuê mướn lao động theo yêu cầu kinh doanh.

3.2. Nghĩa vụ của hộ kinh doanh

Cùng với việc quy định quyền của hộ kinh doanh, pháp luật quy định các nghĩa vụ của hộ kinh doanh. Không một hộ kinh doanh nào chỉ có quyền mà không có nghĩa vụ và ngược lại. Quyền và nghĩa vụ của hộ kinh doanh luôn gắn liền với nhau. Hộ kinh doanh có các nghĩa vụ sau:

- Hộ kinh doanh có nghĩa vụ đăng ký kinh doanh;
- Hộ kinh doanh có nghĩa vụ khai báo đúng sự thật;
- Hộ kinh doanh phải kinh doanh đúng nội dung đã ghi trong Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh;
- Hộ kinh doanh không được cho thuê, mướn, mua bán Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh;
- Hộ kinh doanh có nghĩa vụ ghi chép sổ sách kế toán và sử dụng chứng từ mua bán hàng hoá hoặc dịch vụ theo quy định của Nhà nước;
- Hộ kinh doanh có nghĩa vụ nộp thuế;
- Trong hoạt động kinh doanh, nếu hộ kinh doanh có sử dụng lao động làm thuê thì phải có nghĩa vụ tuân thủ các quy định của Nhà nước về sử dụng lao động.

4. CÁC QUY ĐỊNH KHÁC VỀ VIỆC THAY ĐỔI, TẠM NGỪNG VÀ CHẤM DỨT KINH DOANH CỦA HỘ KINH DOANH

Trong hoạt động kinh doanh, có thể có những vấn đề phát sinh dẫn tới việc hộ kinh doanh phải thay đổi, tạm ngừng hoặc chấm dứt hoạt động kinh doanh.

4.1. Thay đổi nội dung đăng ký kinh doanh

Nghị định số 43/2010 ND-CP có phạm vi điều chỉnh hoạt động kinh doanh của hộ kinh doanh. Hộ kinh doanh hoạt động với tính chất là đơn vị kinh doanh nhỏ. Bởi vì:

Thứ nhất, vốn của họ ít, quy mô hoạt động nhỏ;

Thứ hai, họ ít có cơ hội và điều kiện để mở rộng ra thị trường thế giới;

Thứ ba, hộ kinh doanh phải chịu trách nhiệm vô hạn đối với các khoản nợ đến hạn của cơ sở mình, nên họ thường phải giữ thế thủ an toàn, chắc chắn. Do vậy, muốn tồn tại trên thương trường, họ phải luôn luôn vận động, tìm cách hoà nhập. Đây cũng là điều bình thường, bởi vì khi đã bước vào hoạt động kinh doanh, mọi người đều có mục đích là tạo ra nhiều lợi nhuận.

Pháp luật quy định: Khi thay đổi nội dung kinh doanh đã đăng ký, hộ kinh doanh thông báo nội dung thay đổi với cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện nơi đã đăng ký kinh doanh.

Trường hợp tạm ngừng kinh doanh từ 30 (ba mươi) ngày trở lên, hộ kinh doanh thông báo với cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện nơi đã đăng ký kinh doanh và cơ quan thuế trực tiếp quản lý. Thời gian tạm ngừng kinh doanh không được quá 1 (một) năm.

Khi chấm dứt hoạt động kinh doanh, hộ kinh doanh phải nộp lại bản gốc Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh cho cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện nơi đã đăng ký đồng thời thanh toán đầy đủ các khoản nợ, gồm cả nợ thuế và nghĩa vụ tài chính chưa thực hiện.

4.2. Tạm ngừng kinh doanh

Tạm ngừng kinh doanh là trường hợp hộ kinh doanh không tiến hành hoạt động kinh doanh trong một thời gian nhất định nào đó. Hộ

kinh doanh có thể ngừng hoạt động vì nhiều lý do khác nhau: khi ốm đau, bận việc gia đình, đi thăm người ở xa... Đặc biệt là vào đầu năm mới, bà con làm nghề kinh doanh thường đi lễ hội hàng tháng trời hoặc do hoạt động của họ chỉ theo thời vụ. Chính vì thế mà những hộ kinh doanh cá thể chỉ hoạt động vào một thời gian nào đó.

Việc tạm ngừng hoạt động kinh doanh là quyền của hộ kinh doanh. Nhưng không phải tạm ngừng trong bao nhiêu lâu mà Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh vẫn có giá trị. Trong thời gian tạm ngừng kinh doanh, hộ kinh doanh phải có nghĩa vụ báo cáo với cơ quan Nhà nước có thẩm quyền.

Pháp luật quy định: trường hợp tạm ngừng kinh doanh, hộ kinh doanh phải thông báo với Phòng đăng ký kinh doanh cấp huyện nơi cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh và cơ quan thuế trực tiếp quản lý ít nhất 15 ngày trước khi tạm ngừng kinh doanh..

Nếu hộ kinh doanh tự ý ngừng kinh doanh hoặc ngừng kinh doanh quá thời hạn đã khai báo thì coi như tự chấm dứt hoạt động kinh doanh và bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Điều này được hiểu là: nếu hộ kinh doanh đang tiến hành hoạt động kinh doanh nhưng vì một lý do nào đó mà họ không tiến hành hoạt động kinh doanh nữa và họ cũng không khai báo cho cơ quan Nhà nước có thẩm quyền biết hoặc là hộ kinh doanh xin phép tạm ngừng trong một thời gian nhất định nào đó nhưng thực tế việc ngừng kinh doanh lại quá thời hạn mà họ xin phép thì họ sẽ bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh.

Nếu sau này họ muốn hoạt động kinh doanh nữa thì phải làm đơn đăng ký kinh doanh lại. Nếu họ vẫn tiếp tục tiến hành hoạt động kinh doanh thì coi như kinh doanh trái phép và phải chịu trách nhiệm trước pháp luật. Tuy nhiên, trong thực tế hiện nay có nhiều trường hợp hộ kinh doanh xin ngừng kinh doanh trong một thời gian nhưng vì điều kiện và hoàn cảnh của mình họ lại ngừng quá thời hạn đó thì đối với những trường hợp như vậy khi họ có lý do mà xét là chính đáng thì cơ quan Nhà nước có thẩm quyền xem xét giải quyết cho thoả đáng.

4.3. Chấm dứt hoạt động kinh doanh

Chấm dứt hoạt động kinh doanh là trường hợp người kinh doanh không tiến hành hoạt động kinh doanh đã ghi trong Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh.

Trước khi muốn chấm dứt hoạt động kinh doanh, hộ kinh doanh phải hoàn tất các nghĩa vụ mà pháp luật đã quy định cho hộ kinh doanh hoặc các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ đó.

4.4. Hết hiệu lực của Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh

Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh chỉ có hiệu lực khi hộ kinh doanh không vi phạm các nội dung đã ghi trong Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh và không vi phạm pháp luật. Có nhiều nguyên nhân khác nhau dẫn tới Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh hết hiệu lực. Như:

- Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh hết hiệu lực khi thời hạn kinh doanh ghi trong Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh đã kết thúc mà hộ kinh doanh không gia hạn thêm. Nếu hết thời hạn hoạt động được ghi trong Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh mà hộ kinh doanh vẫn tiếp tục hoạt động sản xuất, kinh doanh thì coi như hộ kinh doanh kinh doanh trái phép và cơ quan thuế sẽ truy thu số thuế tính từ lúc Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh hết hiệu lực.

- Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh hết hiệu lực nếu thay đổi tên người đã ghi trong Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh.

- Nếu hộ kinh doanh chấm dứt hoạt động kinh doanh trước thời hạn hoặc tự ý ngừng kinh doanh mà không làm thủ tục khai báo thì Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh của họ cũng hết hiệu lực.

- Trong thời gian tiến hành hoạt động kinh doanh, hộ kinh doanh có vi phạm pháp luật như: buôn bán hàng cấm, làm hàng giả, kinh doanh trái phép... mà bị cơ quan Nhà nước có thẩm quyền phát hiện ra thì họ bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự tùy theo tính chất và mức độ của hành vi vi phạm.

Chương 5

PHÁP LUẬT VỀ CÔNG TY

A. NHỮNG VẤN ĐỀ CHUNG VỀ CÔNG TY

1. SỰ RA ĐỜI, PHÁT TRIỂN CỦA CÔNG TY VÀ LUẬT CÔNG TY

1.1. Khái niệm và đặc điểm của công ty

Công ty được hiểu theo nhiều nghĩa khác nhau. Theo KUBLER - nhà luật học Cộng hoà liên bang Đức, khái niệm công ty được hiểu *“là sự liên kết của hai hay nhiều cá nhân hoặc pháp nhân bằng một sự kiện pháp lý nhằm tiến hành để đạt được một mục tiêu chung nào đó”*.

Bộ luật dân sự Cộng hoà Pháp quy định: *“Công ty là một hợp đồng dân sự thông qua đó, hai hay nhiều người thoả thuận với nhau sử dụng tài sản hay khả năng của mình vào một hoạt động chung nhằm chia lợi nhuận thu được”*.

Theo các quan điểm chung nhất, công ty có các đặc điểm sau:

Thứ nhất, sự liên kết của nhiều người;

Thứ hai, sự liên kết được thực hiện thông qua một sự kiện pháp lý (hợp đồng, điều lệ, quy chế);

Thứ ba, sự liên kết nhằm đạt được mục tiêu nhất định.

Theo khái niệm và những dấu hiệu trên của công ty, sẽ có rất nhiều loại công ty với những mục đích khác nhau, trong đó có công ty dân sự, công ty kinh doanh.

Ở đây, chúng ta chỉ đề cập tới loại hình công ty thương mại. Khó có thể đưa ra một khái niệm chung về tất cả các loại công ty có hoạt động kinh doanh vì sự đa dạng của các loại hình liên kết. Mặt khác, khái niệm chung không giải quyết được hết các vấn đề thực tế. Thực tế pháp lý, đòi hỏi các khái niệm phải rõ ràng và chắc chắn. Ngày nay, người ta đã thừa nhận cả các loại hình không có sự liên kết. Ví dụ: Công ty trách

nhiệm hữu hạn một thành viên. Mặc dù vậy, sự liên kết vẫn là đặc trưng pháp lý cơ bản của công ty. Các thành viên phải cùng nhau góp vốn vào hoạt động của công ty. Ngoài ra, các công ty hoạt động kinh doanh còn phải có đặc trưng cơ bản là mục đích kiếm lời.

“Công ty thương mại là doanh nghiệp do hai hoặc nhiều cá nhân hoặc pháp nhân cùng góp vốn thành lập để kinh doanh nhằm mục đích tìm kiếm lợi nhuận chia nhau”.

Công ty thương mại có các đặc điểm để phân biệt với những loại hình công ty khác:

Một là, công ty là sự liên kết của nhiều cá nhân hay tổ chức.

Hai là, các thành viên cùng góp tài sản vào công ty. Đây là điều kiện quan trọng để thành lập công ty. Các thành viên phải góp một cái gì đó có tính chất tài sản vào công ty. Tài sản ở đây được hiểu theo nghĩa rộng, nó có thể là của cải như tiền, vàng, nhà cửa, ruộng đất. Nhưng cũng có thể là công sức hay các giá trị tinh thần như quyền sở hữu công ty hay uy tín kinh doanh,... Song lưu ý rằng, nếu tất cả các thành viên đều chỉ góp công sức không thôi thì không thể thành lập được công ty. Cần phải có ít nhất phần tài sản được đóng góp mới có thể thành lập được công ty. Theo pháp luật Việt Nam tài sản đem vào góp vốn trong công ty phải là tài sản định giá được.

Ba là, mục đích của việc thành lập công ty là để tìm kiếm lợi nhuận để chia nhau. Các thành viên liên kết với nhau lại để thành lập công ty với mục đích kiếm lời. Điều này có nghĩa là, công ty phải có mục đích kinh doanh để kiếm lời chứ không phải là sự liên kết giữa các thành viên để nhằm thành lập một tổ chức có mục đích phi kinh doanh như các hội đoàn chuyên nghiệp, hội từ thiện... Những sự liên kết không nhằm mục đích kinh doanh người ta thường gọi là hiệp hội chứ không gọi là công ty

1.2. Sự ra đời của công ty và luật công ty

Cũng như các hiện tượng kinh tế khác, công ty ra đời, tồn tại và phát triển trong những điều kiện nhất định.

Trong xã hội, khi nền sản xuất hàng hoá phát triển ở mức độ nhất định, để mở mang kinh doanh, các doanh nhân cần phải có nhiều vốn. Để đáp ứng nhu cầu vốn cho kinh doanh, các nhà kinh doanh phải liên kết với nhau. Trên cơ sở vốn và sự tin tưởng lẫn nhau, họ đã liên kết theo những hình thức nhất định và tạo ra mô hình tổ chức kinh doanh mới- công ty kinh doanh.

Mặt khác, khi sản xuất hàng hoá phát triển thì sự cạnh tranh trên thị trường ngày càng khốc liệt hơn, những doanh nghiệp có vốn đầu tư thấp thường ở vị thế bất lợi trong cạnh tranh. Vì vậy, các nhà đầu tư phải liên kết với nhau thông qua hình thức góp vốn để thành lập doanh nghiệp, tạo thế đứng vững chắc trên thị trường.

Hơn nữa, trong kinh doanh thường gặp rủi ro cho nhiều người, các nhà đầu tư cũng liên kết với nhau để nếu có rủi ro thì nhiều người cùng gánh chịu, điều này có lợi hơn so với doanh nghiệp một chủ. Khi hai hay nhiều người cùng góp vốn để thành lập một doanh nghiệp, để tiến hành hoạt động kinh doanh kiếm lời chia nhau thì nghĩa là họ đã thành lập một công ty. Mô hình liên kết này tỏ ra phù hợp với kinh tế thị trường và hấp dẫn cho các nhà đầu tư. Do vậy, công ty được các nhà đầu tư tiếp thu và áp dụng.

Như vậy, sự ra đời của công ty là quy luật khách quan trong nền kinh tế thị trường. Công ty ra đời là kết quả của việc thực hiện nguyên tắc tự do kinh doanh, tự do khế ước, tự do lập hội.

Ở Việt Nam, Luật công ty ra đời muộn và chậm phát triển. Mặc dù thương mại đã có từ lâu và trong lịch sử hoạt động điều chỉnh bằng thông lệ thương mại. Do Việt Nam là thuộc địa của Pháp nên có thời kỳ, Bộ luật thương mại Pháp được áp dụng vào từng lãnh thổ khác nhau. Luật lệ về công ty được quy định tại Việt Nam trong “*Dân luật thi hành tại các Toà Nam án Bắc kỳ*” năm 1931, trong đó nói về “hội buôn”. Đạo luật này chia các công ty (hội buôn) làm hai loại: *hội người* và *hội vốn*. Trong hội người chia làm hội hợp danh (công ty hợp danh); hội hợp tư (công ty hợp vốn đơn giản); hội đồng lợi. Trong hội hợp vốn chia làm

hội vô danh (công ty cổ phần). Trong luật này không có công ty trách nhiệm hữu hạn.

Năm 1944, chính quyền Bảo Đại xây dựng Bộ luật thương mại trung phần. Năm 1972, chính quyền Việt Nam Cộng hoà ban hành Bộ luật thương mại Việt Nam cộng hoà.

Ở Việt Nam thời Pháp thuộc, xuất hiện nhiều loại công ty dưới hình thức hội, Luật công ty ở Việt Nam gắn liền với luật dân sự và luật thương mại.

Từ sau 1954, đất nước chia làm hai miền, do đó có hai hệ thống luật khác nhau. Ở miền Bắc đã bắt đầu xây dựng nền kinh tế kế hoạch tập trung với hai thành phần kinh tế chủ yếu là thành phần kinh tế quốc doanh và thành phần kinh tế tập thể. Do đó, công ty không tồn tại và cũng không có Luật công ty.

Từ 1986, Đảng ta đề ra đường lối xây dựng nền kinh tế hàng hoá nhiều thành phần theo cơ chế thị trường có sự quản lý của Nhà nước theo định hướng xã hội chủ nghĩa. Chính sách kinh tế đó đã tạo điều kiện cho Luật công ty ra đời. Ngày 21/12/1990, Quốc hội nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam đã thông qua Luật công ty.

Sau hơn tám năm áp dụng, bên cạnh những kết quả tích cực đã đạt được, Luật công ty dần dần bộc lộ nhiều điểm thiếu sót, chưa theo kịp sự phát triển của nền kinh tế. Ngày 12/6/1999, Quốc hội đã thông qua Luật doanh nghiệp thay thế cho Luật công ty 1990. Hiện nay, Luật doanh nghiệp ban hành ngày 26/11/2005 đã thay thế cho Luật doanh nghiệp năm 1999.

2. CÁC LOẠI HÌNH CÔNG TY PHỔ BIẾN TRÊN THẾ GIỚI

2.1. Công ty đối nhân

a. Khái niệm

Công ty đối nhân là những công ty mà việc thành lập dựa trên sự liên kết chặt chẽ bởi độ tin cậy về nhân thân của các thành viên tham gia mà sự hùn vốn chỉ là yếu tố thứ yếu. Đối nhân có nghĩa là chú trọng về

vấn đề con người. Công ty đối nhân là công ty của những người quen thân nhau, biết rõ về nhau, tâm đầu ý hợp. Ở loại công ty này, khi thành lập, điều đầu tiên và cơ bản nhất là người ta quan tâm đến yếu tố nhân thân của người tham gia chứ không quan tâm nhiều đến yếu tố vốn góp. Các công ty đối nhân thường được thành lập căn cứ vào sự tin cậy, sự quen biết giữa các hội viên. Những người này đồng tâm lập hội vì họ biết rõ tính tình nhau, biết rõ ưu thế cá nhân, khả năng làm việc, khả năng tài chính của nhau và do đó mới có thể tin cậy lẫn nhau để cùng thành lập một công ty.

b. Đặc điểm

Công ty đối nhân có những đặc điểm quan trọng sau:

Thứ nhất, Ở Công ty đối nhân, không có sự tách bạch về tài sản cá nhân của các thành viên công ty với tài sản công ty. Nghĩa là sự phân biệt rạch ròi tài sản cá nhân với tài sản công ty không có ý nghĩa. Bởi vì, dù tài sản cá nhân có được đưa vào kinh doanh hay không thì khi xảy ra vấn đề chịu trách nhiệm tài sản, thành viên công ty vẫn phải bảo đảm trách nhiệm ấy bằng toàn bộ tài sản thuộc sở hữu của mình bao gồm cả tài sản mang ra để kinh doanh ở công ty lẫn tài sản cá nhân của mình.

Thứ hai, trong công ty đối nhân, các thành viên liên đới chịu trách nhiệm vô hạn đối với mọi khoản nợ của công ty hoặc ít nhất phải có một thành viên chịu trách nhiệm vô hạn về khoản nợ này.

Điều đó có nghĩa là, khi xảy ra vấn đề chịu trách nhiệm tài sản, chủ nợ có quyền đòi một trong các thành viên phải trả hoàn toàn món nợ cho mình. Thành viên này phải thi hành nghĩa vụ trả nợ không chỉ bằng tài sản của công ty mà còn bằng cả tài sản của cá nhân mình. Sau khi hoàn thành nghĩa vụ trả nợ, thành viên này có quyền quay lại đòi các thành viên khác phải trả nợ cho mình theo từng phần của họ như Điều lệ công ty quy định.

Các thành viên công ty chịu trách nhiệm vô hạn phải có quyền cùng nhau điều hành hoạt động của công ty. Thông thường, các quy định của công ty phải được sự đồng ý của tất cả các thành viên chịu trách

nhiệm vô hạn, mỗi thành viên này đều có quyền phủ quyết các quy định của công ty. Sự liên kết trong công ty đối nhân là sự liên kết chặt chẽ mọi thành viên chịu trách nhiệm vô hạn. Sự kiện ra khỏi công ty hoặc chết của thành viên có thể là lý do để giải thể công ty.

Thứ ba, công ty đối nhân không có tư cách pháp nhân.

c. Các loại hình công ty đối nhân

Công ty đối nhân thường tồn tại dưới các hình thức cơ bản sau:

Một là, công ty hợp danh

- *Khái niệm*: Công ty hợp danh là loại hình công ty trong đó các thành viên cùng nhau tiến hành hoạt động kinh doanh dưới một hăng chung và cùng liên đới chịu trách nhiệm vô hạn về các khoản nợ của công ty. Công ty hợp danh là loại hình công ty đặc trưng của công ty đối nhân.

Xét về mặt lịch sử, công ty hợp danh là công ty ra đời sớm nhất. Công ty này thường được thành lập trong dòng họ, gia đình, anh em, bạn bè-những người tin tưởng nhất. Do tính chất trách nhiệm của các thành viên là phải cùng nhau liên đới chịu trách nhiệm vô hạn về các khoản nợ của công ty, cho nên, các thành viên phải thật sự hiểu biết nhau, tin tưởng nhau, phải “sống chết có nhau” khi tham gia hoạt động kinh doanh.

Việc thành lập công ty hợp danh tương đối đơn giản, dựa trên cơ sở hợp đồng giữa các thành viên. Hợp đồng thành lập công ty nói chung được thành lập bằng văn bản. Tuy nhiên, luật không bắt buộc phải làm như vậy, các bên có thể thoả thuận bằng miệng, thậm chí chỉ cần có những hoạt động chung thì công ty cũng được coi như là đã thành lập.

Về nguyên tắc, hợp đồng thành lập phải được đăng ký vào danh bạ thương mại. Trong hợp đồng, điều quan trọng nhất là sự thoả thuận về trách nhiệm của các thành viên. Một công ty hợp danh được thành lập nếu ít nhất có hai thành viên thoả thuận với nhau cùng chịu trách nhiệm vô hạn về các khoản nợ của công ty.

Các nhà kinh doanh ưa thích loại hình công ty hợp danh hơn là việc đơn độc tiến hành hoạt động sản xuất kinh doanh theo mô hình cá

nhân kinh doanh vì họ muốn tập trung được nhiều vốn hơn để kinh doanh, muốn có một vài người quen cùng làm ăn với nhau trên cơ sở bình đẳng về quyền và nghĩa vụ, đồng thời muốn cùng nhau chia sẻ trách nhiệm khi có rủi ro xảy ra.

Hơn nữa, công ty hợp danh có lợi thế là khả năng dễ dàng được ngân hàng cho vay vốn hoặc hoãn nợ vì tính chịu trách nhiệm vô hạn đã là sự bảo đảm rồi. Do tính an toàn pháp lý đối với công chúng cao, nên công ty hợp danh ít có những quy định pháp lý bắt buộc mà dành quyền thoả thuận rộng rãi cho các thành viên công ty, bắt buộc duy nhất là tính chịu trách nhiệm vô hạn và số lượng thành viên công ty phải từ hai trở lên.

Về mặt tổ chức, công ty hợp danh thường có cơ cấu rất đơn giản gọn nhẹ, các thành viên có quyền thoả thuận về việc tổ chức, điều hành, đại diện của công ty. Công ty hợp danh thường được tổ chức dưới một hãng chung. Hãng này mang tên của một thành viên hoặc tất cả các thành viên.

Hầu hết các nước đều quy định công ty hợp danh không có tư cách pháp nhân. Dưới hình thức một hãng, công ty hợp danh có tư cách thương gia độc lập và mỗi thành viên trong công ty đều có tư cách thương gia riêng, các thành viên có thể cùng nhau điều hành và đại diện cho công ty hoặc thoả thuận phân công trách nhiệm và quyền đại diện cho từng người. Trong công ty hợp danh, việc thay đổi thành viên rất khó khăn chỉ cần một thành viên chết hoặc ra khỏi công ty thì đó là lý do quan trọng để giải thể công ty.

- *Đặc điểm:* Công ty hợp danh có các đặc điểm sau:

Thứ nhất, về vốn góp của các thành viên

Mỗi thành viên của công ty đều có phần của mình trong công ty. Phần của mỗi người tương ứng với phần vốn góp của họ vào công ty. Vốn góp của các thành viên có thể là tiền, tài sản hoặc hiện vật. Có khi vốn góp có thể chỉ bằng uy tín kinh doanh. Nếu một người góp vốn bằng uy tín trong kinh doanh hay bằng các giá trị tinh thần khác thì phần vốn góp này phải được tính trị giá ra bằng một phần (phần lợi) tương ứng.

Trong công ty hợp danh, phần vốn góp có thể bằng nhau hoặc không bằng nhau và có đặc tính là không được tự do chuyển nhượng, cũng không được thừa kế.

Vì đặc trưng quan trọng nhất của công ty đối nhân là đặc biệt quan tâm đến nhân thân của các thành viên nên phần vốn góp của các thành viên không thể chuyển nhượng được hoặc chuyển nhượng cho người khác dù dưới bất cứ hình thức nào.

Ngay cả trong trường hợp một thành viên chết, phần vốn góp của người này với tư cách là thành viên công ty cũng không thể chuyển được cho người thừa kế để người này trở thành thành viên của công ty một cách đương nhiên. Trong trường hợp này, công ty hợp danh hoặc là phải thanh toán phần vốn góp của người đã chết cho người thừa kế hoặc là giải thể công ty.

Thứ hai, về trách nhiệm của các thành viên

Vấn đề trách nhiệm, các thành viên trong công ty hợp danh phải cùng nhau liên đới chịu trách nhiệm vô hạn. Trách nhiệm vô hạn và liên đới của các thành viên là một đặc điểm vô cùng quan trọng và là một trong những lý do cơ bản khiến cho các đối tác thích làm ăn hơn với loại công ty này. Bởi vì, trong quan hệ làm ăn với công ty hợp danh, các đối tác được quyền bảo đảm chắc chắn những trên tài sản công ty mà cả trên tài sản riêng của mỗi thành viên. trách nhiệm của các thành viên trong công ty hợp danh được thể hiện ở những nội dung sau:

Thứ ba, các thành viên trong công ty chịu trách nhiệm một cách trực tiếp, vô hạn. Trách nhiệm trực tiếp, vô hạn nghĩa là, chủ nợ có quyền đòi bất kỳ ai phải thanh toán các khoản nợ của mình với toàn bộ số tiền nợ. Trách nhiệm này không thể bị giới hạn đối với bất kỳ thành viên nào. Nếu họ có thoả thuận khác, lập tức công ty sẽ chuyển sang loại hình công ty hợp vốn đơn giản.

Trong công ty hợp danh không có sự phân biệt rõ ràng giữa tài sản công ty và tài sản cá nhân. Sự chuyển dịch quyền sở hữu đối với tài sản chung sang tài sản riêng rất đơn giản và nói chung khó kiểm soát. Về

nguyên tắc, ngay khi một thành viên chưa được hưởng một chút lợi nhuận nào thì vẫn phải chịu trách nhiệm. Vì vậy, khả năng rủi ro và nguy hiểm đối với từng thành viên rất lớn. Nếu công ty thua lỗ, họ rất dễ bị khánh kiệt gia sản.

Thứ tư, về tư cách của các thành viên

Trong công ty hợp danh, tất cả các thành viên đều có tư cách thương gia. Điều này có nghĩa là, nếu muốn trở thành thành viên của một công ty hợp danh thì phải có năng lực cần thiết mà pháp luật quy định để hành nghề kinh doanh. Vì có tư cách thương gia nên mỗi thành viên đều phải ghi tên mình vào danh bạ thương mại. Trường hợp công ty phá sản thì mỗi thành viên đương nhiên cũng bị tuyên bố phá sản. Bởi vì, mỗi thành viên trong công ty hợp danh đều phải chịu trách nhiệm liên đới vô hạn về các khoản nợ của công ty. Do vậy, mặc dù công ty là một tổ chức biệt lập nhưng trách nhiệm của công ty cũng đồng nhất với trách nhiệm bản thân của mỗi thành viên. Khi công ty ngưng trả nợ tức là công ty đã bị phá sản thì cũng kéo theo luôn sự phá sản của các thành viên. Cho nên, tư cách của các thành viên trong công ty hợp danh là tư cách của các thương gia độc lập.

Thứ năm, về việc hoạt động và đặt tên của công ty hợp danh

Về hoạt động của doanh nghiệp, pháp luật các nước đều quy định công ty hợp danh đều phải hoạt động dưới một hăng chung và việc đặt tên công ty phải theo nguyên tắc do luật định.

Hai là, công ty hợp vốn đơn giản

- *Khái niệm:* Công ty hợp vốn đơn giản là loại công ty có ít nhất một thành viên chịu trách nhiệm vô hạn (thành viên nhận vốn), còn những thành viên khác chỉ chịu trách nhiệm hữu hạn trong số vốn góp vào công ty (thành viên góp vốn).

Ở công ty hợp vốn đơn giản, trên nguyên tắc, nếu thành viên góp vốn chết thì công ty phải giải thể. Tuy nhiên, trên thực tế, khi xảy ra trường hợp này phần vốn của thành viên góp vốn có thể được chuyển cho người thừa kế và người thừa kế có thể trực tiếp trở thành thành viên góp vốn trong công ty.

Công ty hợp vốn đơn giản cũng đã một thời thịnh vượng cùng với công ty hợp danh. Trong suốt một quãng thời gian dài, loại công ty này đã tạo điều kiện thuận lợi cho nhiều nhà kinh doanh không có vốn nhưng lại muốn kinh doanh. Đồng thời, nó cũng giúp cho những người giàu, có tài sản nhưng lại không có điều kiện để trực tiếp kinh doanh. Công ty hợp vốn đơn giản tạo điều kiện thuận lợi cho việc hợp tác có hiệu quả giữa các tầng lớp trong xã hội mà không làm ảnh hưởng gì đến địa vị xã hội của tầng lớp đó.

- *Đặc điểm:* Công ty hợp vốn đơn giản có các đặc điểm sau

Thứ nhất, về thành viên của công ty, trong công ty có hai loại thành viên: thành viên nhận vốn và thành viên góp vốn.

Thứ hai, về trách nhiệm của thành viên, thành viên nhận vốn chịu trách nhiệm vô hạn về mọi khoản nợ của công ty, có quyền đại diện cho công ty trong các quan hệ đối ngoại. Thành viên góp vốn chịu trách nhiệm hữu hạn trong phạm vi phần vốn góp vào công ty. Thành viên góp vốn không có quyền đại diện cho công ty trong các quan hệ đối ngoại. Nếu họ đứng ra thay mặt công ty thì sẽ mất quyền chịu trách nhiệm hữu hạn. Thành viên góp vốn chỉ có quyền trong quan hệ nội bộ của công ty.

Thứ ba, về đặt tên cho công ty, trong công ty hợp vốn đơn giản, việc đặt tên của công ty chỉ được ghi tên của thành viên nhận vốn. Tên của công ty đã biểu hiện ai là người có tư cách đại diện cho công ty trong các quan hệ đối ngoại.

Ba là, công ty nặc danh

- *Khái niệm:* Công ty nặc danh là công ty mà trong đó các thành viên nhận vốn để kinh doanh phải chịu trách nhiệm vô hạn về các khoản nợ của công ty, còn thành viên góp vốn (nặc danh) chỉ có trách nhiệm góp vốn cho các thành viên nhận và được hưởng một phần lợi nhuận của công ty mà không phải chịu trách nhiệm về nợ nần của công ty.

Công ty nặc danh có đặc điểm:

Thứ nhất, trong công ty, chỉ có thành viên nhận vốn mới phải chịu trách nhiệm (trách nhiệm vô hạn) đối với khoản nợ của công ty, và là người đại diện cho công ty trong các quan hệ đối ngoại.

Thứ hai, thành viên góp vốn của công ty chỉ có nghĩa vụ góp vốn cho thành viên nhận vốn nhưng lại không phải chịu trách nhiệm về nợ nần của công ty.

2.2. Công ty đối vốn

a. Khái niệm

Khác với công ty đối nhân, công ty đối vốn khi thành lập không quan tâm đến nhân thân người góp vốn mà chỉ quan tâm đến phần vốn góp của họ.

Đặc điểm quan trọng của công ty đối vốn là có sự tách bạch về tài sản của công ty và tài sản của cá nhân (luật các nước gọi đây là nguyên tắc phân tách tài sản). Điều đó cũng có nghĩa là, có sự phân biệt giữa công ty và các thành viên công ty.

Do các đặc điểm trên, mà các công ty đối vốn phải chịu hai lần thuế: thuế thu nhập cá nhân đánh vào thành viên công ty và thuế thu nhập doanh nghiệp đánh vào lợi nhuận của công ty. Công ty đối vốn có tư cách pháp nhân độc lập; còn các thành viên công ty đối vốn chỉ chịu trách nhiệm về các khoản nợ của công ty trong phạm vi phần vốn đã góp vào doanh nghiệp. Do việc thành lập công ty chỉ dựa trên yếu tố vốn góp, nên thành viên của công ty đối vốn khá đông, quy chế thay đổi thành viên khá dễ dàng nên pháp luật đã quy định cho nó những quy định hết sức chặt chẽ.

b. Đặc điểm

Công ty đối vốn có những đặc điểm sau:

Thứ nhất, công ty là pháp nhân, có tài sản riêng tách bạch với tài sản của thành viên công ty;

Thứ hai, công ty chỉ chịu trách nhiệm về các khoản nợ của công ty bằng tài sản của công ty. Còn các thành viên của công ty chỉ chịu trách nhiệm trong phạm vi phần vốn góp vào công ty;

Thứ ba, khi liên kết, các thành viên công ty không quan tâm đến tư cách cá nhân của thành viên mà chỉ quan tâm đến phần vốn góp của họ tham gia vào công ty;

Thứ tư, thành viên của công ty dễ dàng bị thay đổi;

Thứ năm, các quy định pháp lý bắt buộc nhiều hơn so với công ty đối nhân;

Các công ty đối vốn có rất nhiều ưu điểm so với công ty đối nhân, được các nhà đầu tư ưa chuộng vì chế độ chịu trách nhiệm hữu hạn. Chế độ đó tạo điều kiện cho nhà đầu tư sẵn sàng đầu tư vào những lĩnh vực rủi ro lớn, đồng thời nó cũng tạo cho họ có khả năng phân tán vốn đầu tư vào nhiều cơ sở kinh doanh khác nhau, giúp cho thị trường vốn ra đời và phát triển.

Bên cạnh những ưu điểm nói trên, công ty đối vốn cũng có nhiều hạn chế nhất định. Do chế độ trách nhiệm hữu hạn nên khách hàng của công ty đối vốn dễ gặp rủi ro hơn khi làm ăn với công ty này. Mặt khác, chỉ vì quan tâm đến vốn góp nên số lượng thành viên ở công ty này rất đông. Điều đó có thể dẫn đến sự phân hoá các nhóm quyền lợi trong công ty, gây nên sự bất bình đẳng giữa các cổ đông. Ngoài ra, cũng vì số lượng thành viên rất đông (có khi tới hàng vạn người) mà việc quản lý công ty rất phức tạp, đòi hỏi pháp luật phải có quy chế chặt chẽ và người tham gia quản lý điều hành công ty phải có nhiều kinh nghiệm chuyên môn.

c. Các loại hình công ty đối vốn

Công ty đối vốn bao gồm hai loại: công ty cổ phần và công ty trách nhiệm hữu hạn

Một là, công ty cổ phần

**** Khái niệm***

Công ty cổ phần là doanh nghiệp trong đó các cổ đông góp vốn kinh doanh và chịu trách nhiệm trong phạm vi phần vốn góp của mình trên cơ sở tự nguyện để tiến hành các hoạt động sản xuất kinh doanh để thu lợi nhuận.

Công ty cổ phần đầu tiên trên thế giới ra đời vào khoảng thế kỷ XVIII ở các nước phát triển, nhưng cho đến đầu thế kỷ XIX vẫn còn hiếm, và cho đến nay đã có quá trình phát triển mấy trăm năm.

Công ty cổ phần ra đời là sự hình thành một kiểu tổ chức doanh nghiệp trong nền kinh tế thị trường. Nó ra đời không nằm trong ý muốn chủ quan của bất cứ lực lượng nào mà là một quá trình kinh tế khách quan. Khi quá trình tập trung tư bản đã phát triển ở mức độ cao và nhất là sau khi có sự bùng nổ của các cuộc cách mạng công nghiệp đã đem đến sự hình thành các loại công ty cổ phần. Cho đến giữa thế kỷ XIX, công ty cổ phần đã phát triển mạnh mẽ và rộng khắp trên các nước tư bản nhờ sự phát triển của nền đại công nghiệp cơ khí và sự phát triển rộng rãi của chế độ tín dụng.

** Đặc điểm*

Công ty cổ phần có những đặc trưng cơ bản như sau:

- Công ty cổ phần là một hình thức tổ chức kinh doanh có tư cách pháp nhân độc lập. Đây là loại hình công ty có tính tổ chức cao, hoàn thiện về vốn, hoạt động mang tính xã hội cao.

- Công ty cổ phần chỉ chịu trách nhiệm đối với mọi khoản nợ bằng tài sản riêng của công ty và các thành viên của công ty chỉ chịu trách nhiệm trong phạm vi phần vốn góp vào công ty. Điều đó có nghĩa là công ty chỉ chịu trách nhiệm về các khoản nợ của công ty bằng tài sản chính công ty, các thành viên công ty chỉ chịu trách nhiệm đối với các khoản nợ của công ty bằng số vốn mà họ đã góp vào công ty. Do vậy, công ty cổ phần là loại hình công ty có tư cách pháp nhân.

- Vốn cơ bản của công ty cổ phần (vốn điều lệ) được chia thành các phần bằng nhau gọi là cổ phần. Đây là đặc trưng rất cơ bản của công ty cổ phần.

Trong quá trình hoạt động, công ty cổ phần được phát hành các loại chứng khoán ra thị trường để huy động vốn trong công chúng. Do đó, sự ra đời của công ty cổ phần gắn liền với sự ra đời của thị trường chứng khoán. Việc chuyển nhượng phần vốn góp (thông thường qua hình thức cổ phần)

được thực hiện dễ dàng thông qua hình thức bán cổ phiếu trên thị trường chứng khoán. Khi muốn thu hồi vốn nhanh, các cổ đông trong công ty có thể bán cổ phiếu của mình trên thị trường chứng khoán.

- Công ty cổ phần có số lượng thành viên rất đông. Có công ty có tới hàng vạn cổ đông ở hầu khắp thế giới, vì vậy có khả năng huy động vốn rộng rãi nhất trong công chúng để đầu tư vào nhiều lĩnh vực khác nhau, nhất là trong công nghiệp. Bất kỳ ai, kể cả tư nhân, tập thể Nhà nước và cá nhân đều có thể trở thành thành viên của công ty cổ phần khi mua cổ phiếu của công ty cổ phần phát hành.

Một trong những đặc trưng quan trọng nhất của công ty cổ phần (cũng là đặc tính quyết định để phân biệt với công ty trách nhiệm hữu hạn) đó là cổ phần. Cổ phần là một phần vốn điều lệ của công ty.

Khi một công ty gọi vốn, số vốn cần gọi được chia thành nhiều phần nhỏ bằng nhau gọi là cổ phần. Cổ phần trong công ty đối vốn khác với phần vốn góp trong công ty đối nhân ở chỗ, cổ phần có thể tự do chuyển nhượng khi người sở hữu cổ phần còn sống, được dịch chuyển cho người thừa kế khi người sở hữu cổ phần chết và có thể được mua bán từ tay người này sang tay người khác như một thứ hàng hoá.

Người sở hữu cổ phần gọi là cổ đông. Cổ đông được cấp một giấy chứng nhận sở hữu cổ phần gọi là cổ phiếu. Cổ phiếu là một chứng thư chứng minh quyền sở hữu của một cổ đông đối với một phần vốn góp trong công ty cổ phần. Cổ đông là người có cổ phần thể hiện bằng cổ phiếu.

Hai là, công ty trách nhiệm hữu hạn

** Khái niệm*

Công ty trách nhiệm hữu hạn có điểm khác với các loại hình công ty khác ở chỗ: các loại hình công ty khác là do các thương gia lập ra, pháp luật thừa nhận và góp phần hoàn thiện quy chế pháp lý cho các loại hình công ty này.

Nhưng đối với các công ty trách nhiệm hữu hạn thì tình hình lại khác hẳn. Nó không phải sản phẩm của các thương gia mà là sản phẩm của các nhà làm luật, là kết quả của hoạt động lập pháp.

Các công ty trách nhiệm hữu hạn lần đầu tiên trên thế giới ra đời vào năm 1892 ở Đức sau khi Luật về công ty trách nhiệm hữu hạn được ban hành. Sở dĩ các nhà làm luật sáng tạo ra loại hình công ty trách nhiệm hữu hạn vì họ cho rằng:

Mô hình công ty cổ phần không thích hợp với các nhà đầu tư vừa và nhỏ. Các quy định quá phức tạp trong Luật công ty cổ phần không cần thiết cho loại hình công ty vừa và nhỏ có ít thành viên và thường quen biết nhau.

Trong hoạt động kinh doanh của mình, các thương gia vừa muốn tận dụng khả năng "đổi vốn" của công ty cổ phần vừa không muốn chịu những quy chế khắt khe của công ty cổ phần. Họ muốn một mô hình mới giải quyết được mâu thuẫn đó.

Bên cạnh đó, chế độ chịu trách nhiệm vô hạn của công ty đối nhân không thích hợp với các nhà đầu tư. Biết phân tán rủi ro trong kinh doanh là một trong những lý do để thành đạt trên thương trường. Công ty trách nhiệm hữu hạn là loại hình công ty kết hợp được ưu điểm về chế độ chịu trách nhiệm hữu hạn của các thành viên quen biết nhau của công ty đối nhân. Nó lại vừa khắc phục được nhược điểm về sự phức tạp khi thành lập và quản lý của công ty cổ phần và nhược điểm không phân chia được rủi ro của công ty đối nhân.

Dù số lượng thành viên hạn chế, quy mô kinh doanh nhỏ nhưng các thành viên này lại không muốn chịu trách nhiệm vô hạn như ở công ty hợp danh. Họ muốn được một mô hình công ty hoàn toàn mới đáp ứng được cả bốn yêu cầu: quy mô nhỏ; số lượng thành viên ít; quy chế pháp lý đơn giản và chịu trách nhiệm hữu hạn.

Các nhà làm luật đã phúc đáp được nguyện vọng của các thương gia bằng cách sáng tạo ra một mô hình mới: công ty trách nhiệm hữu hạn.

** Đặc điểm*

Công ty trách nhiệm hữu hạn có những đặc điểm cơ bản sau:

- Công ty trách nhiệm hữu hạn là một pháp nhân độc lập. Địa vị pháp lý này quyết định chế độ trách nhiệm của công ty.

- Thành viên của công ty không nhiều và thường là những người quen biết lẫn nhau.

- Vốn điều lệ được chia thành từng phần, mỗi thành viên có thể góp nhiều ít khác nhau và bắt buộc phải góp đủ khi công ty thành lập. Trong Điều lệ công ty phải ghi rõ vốn ban đầu. Nếu khi thành lập công ty mà các thành viên chưa đóng đủ phần vốn góp vào công ty thì hợp đồng thành lập bị coi là vô hiệu. Công ty phải bảo toàn vốn ban đầu. Nguyên tắc này thể hiện rõ trong quá trình góp vốn, sử dụng vốn và phân chia lợi nhuận để đảm bảo an toàn cho chủ nợ và các thành viên góp vốn.

- Phần vốn góp không thể hiện dưới hình thức cổ phiếu và rất khó chuyển nhượng ra bên ngoài. Các thành viên của công ty có thể góp vốn bằng tiền mặt, hiện vật hoặc bản quyền. Nếu góp vốn bằng hiện vật hoặc bản quyền thì phải xác định giá trị của chúng.

- Trong quá trình hoạt động, công ty trách nhiệm hữu hạn không được phép công khai huy động vốn trong công chúng bằng cách phát hành cổ phiếu.

- Việc tổ chức, quản lý và điều hành công ty trách nhiệm hữu hạn đơn giản hơn so với công ty cổ phần trường chặt chẽ.

B. CÔNG TY THEO PHÁP LUẬT VIỆT NAM

Trong nền kinh tế quản lý theo cơ chế tập trung đã xuất hiện thuật ngữ *công ty* để phân biệt các đơn vị kinh tế chuyên hoạt động thương nghiệp, dịch vụ với các đơn vị kinh tế chuyên hoạt động sản xuất (thường gọi nhà máy, xí nghiệp), chứ không đúng nghĩa của thuật ngữ công ty.

Chuyển sang nền kinh tế thị trường; nhằm huy động và sử dụng có hiệu quả các nguồn lực: vốn, lao động, tài nguyên của đất nước, tạo thêm nhiều việc làm, bảo vệ hợp pháp của người đầu tư, góp phần đẩy nhanh tốc độ phát triển kinh tế và tăng cường sự quản lý của Nhà nước đối với hoạt động kinh doanh. Công ty đã ra đời và hoạt động theo Luật công ty được Quốc hội thông qua ngày 21.12.1990. Theo luật này, Công

ty tồn tại dưới 2 dạng: Công ty trách nhiệm hữu hạn có từ hai thành viên trở lên và công ty cổ phần.

Đến nay, sau nhiều năm đổi mới, nền kinh tế thị trường ở nước ta đã phát triển một bước, hoạt động kinh doanh phát triển phong phú và đa dạng hơn nhiều.

Luật công ty 1990 chưa bao quát được hết các loại hình công ty quan trọng nhất theo yêu cầu phát triển kinh doanh ngày càng phong phú đa dạng.

Trên thực tế đã xuất hiện mầm mống các dạng công ty mới ngoài hai dạng công ty hoạt động theo luật công ty được Quốc hội thông qua ngày 21.12.1990 và ngay cả trong công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần cũng có những sự chuyển biến về chất. Sự chuyển biến đó đặt ra yêu cầu phải có những quy định pháp lý mới, để một mặt tạo điều kiện cho nó phát triển mặt khác hướng sự hoạt động của nó vào quỹ đạo quản lý của Nhà nước.

Đáp ứng yêu cầu đó, Nhà nước đã ban hành Luật doanh nghiệp 1999. Hiện nay đã được thay thế bằng Luật doanh nghiệp 2005.

Theo Luật doanh nghiệp, ở Việt Nam tồn tại các dạng công ty sau:

- Công ty cổ phần;
- Công ty trách nhiệm hữu hạn có từ hai thành viên trở lên;
- Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên;
- Công ty hợp danh.

1. CÁC QUY ĐỊNH CHUNG VỀ CÔNG TY THEO LUẬT DOANH NGHIỆP 2005

1.1. Thành lập và đăng ký kinh doanh

a. Đối tượng thành lập

Luật doanh nghiệp chia thành hai đối tượng:

Thứ nhất, đối tượng có quyền thành lập và quản lý công ty

Thứ hai, đối tượng có quyền góp vốn, mua cổ phần của công ty

Đối tượng được quyền thành lập và quản lý doanh nghiệp là người tham gia vào doanh nghiệp để trở thành thành viên hợp danh của công ty hợp danh, thành viên Hội đồng thành viên, Hội đồng quản trị, Giám đốc (Tổng Giám đốc) và các chức danh quan trọng khác theo quy định của Điều lệ doanh nghiệp.

Luật doanh nghiệp quy định, mọi cá nhân, tổ chức không phân biệt nơi đăng ký địa chỉ trụ sở chính, cá nhân không phân biệt nơi cư trú, đều có quyền thành lập và quản lý công ty, trừ các trường hợp sau:

1. Cán bộ, công chức theo quy định của pháp luật về cán bộ công chức.

2. Sĩ quan, hạ sĩ quan, quân nhân chuyên nghiệp, công nhân quốc phòng trong các cơ quan, đơn vị thuộc Quân đội nhân dân; sĩ quan, hạ sĩ quan chuyên nghiệp trong các đơn vị thuộc Công an nhân dân.

3. Cán bộ lãnh đạo, quản lý nghiệp vụ trong các cơ quan Nhà nước trừ những người được cử làm đại diện để quản lý phần vốn góp của Nhà nước tại doanh nghiệp khác;

4. Người chưa thành niên, người thành niên bị hạn chế hoặc bị mất năng lực hành vi dân sự.

5. Người đang chấp hành hình phạt tù hoặc bị Tòa án cấm hành nghề kinh doanh.

6. Các trường hợp khác theo quy định của Luật phá sản.

Đối tượng có quyền góp vốn, mua cổ phần của công ty là người chỉ góp vốn (tiền, vàng, tài sản khác) vào công ty nhưng không nắm giữ các chức danh quản lý doanh nghiệp. So với đối tượng được phép thành lập, tham gia quản lý doanh nghiệp, đối tượng được quyền góp vốn vào doanh nghiệp mở rộng hơn nhiều. Điều này thể hiện chủ trương của Nhà nước nhằm huy động mọi nguồn lực vào kinh doanh.

Tổ chức và cá nhân có quyền góp vốn vào công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty hợp danh; mua cổ phần của công ty cổ phần, trừ hai trường hợp sau:

1. Cơ quan Nhà nước, đơn vị thuộc lực lượng vũ trang nhân dân sử dụng tài sản của Nhà nước và công quỹ góp vốn vào doanh nghiệp để thu lợi riêng cho cơ quan, đơn vị mình;

2. Các đối tượng không được quyền góp vốn vào doanh nghiệp theo quy định của pháp luật Cán bộ, công chức.

b. Thủ tục thành lập công ty

Mọi tổ chức, cá nhân thuộc đối tượng có quyền thành lập công ty chỉ được thành lập công ty nếu:

- Tên công ty được đặt đúng theo quy định của pháp luật¹⁵.
- Có trụ sở chính theo quy định của pháp luật¹⁶.
- Có hồ sơ đăng ký kinh doanh hợp lệ.
- Nộp đủ lệ phí đăng ký kinh doanh.
- Có ngành, nghề kinh doanh không thuộc đối tượng cấm kinh doanh¹⁷.
- Có giấy phép kinh doanh, giấy xác nhận đủ vốn, chứng chỉ hành nghề, trong trường hợp ngành, nghề kinh doanh thuộc diện phải có giấy phép kinh doanh, có vốn pháp định và chứng chỉ hành nghề.

Bước 1: Ký kết hợp đồng về việc thành lập công ty

Các sáng lập viên lập hợp đồng về việc thành lập công ty, ký tên vào bản hợp đồng hoặc người đại diện theo uỷ quyền của nhóm thành viên sáng lập ký kết.

Trường hợp công ty được thành lập thì công ty là chủ thể tiếp nhận quyền và nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng ký kết. Trường hợp công ty không được thành lập thì người ký kết hợp đồng phải hoàn toàn hoặc liên đới chịu trách nhiệm về việc thực hiện hợp đồng đó.

Bước 2: Đăng ký doanh nghiệp

¹⁵ Điều 31 đến Điều 34 Luật doanh nghiệp

¹⁶ Điều 35 Luật doanh nghiệp

¹⁷ Xem Điều 7 Luật doanh nghiệp 2005 và 15 ngành nghề cấm kinh doanh quy định tại Điều 7 Nghị định số 102/2010.

- Nộp hồ sơ

Người thành lập doanh nghiệp hoặc người đại diện theo ủy quyền nộp hồ sơ theo quy định tại Nghị định này tại Phòng Đăng ký kinh doanh cấp tỉnh nơi doanh nghiệp đặt trụ sở chính.

Hồ sơ đăng ký doanh nghiệp được tiếp nhận để nhập thông tin vào Hệ thống thông tin đăng ký doanh nghiệp quốc gia khi:

- a) Có đủ giấy tờ theo quy định;
- b) Tên doanh nghiệp đã được điền vào Giấy đề nghị đăng ký doanh nghiệp hoặc Giấy đề nghị chuyển đổi doanh nghiệp;
- c) Có địa chỉ liên lạc của người nộp hồ sơ đăng ký doanh nghiệp;
- d) Đã nộp lệ phí đăng ký doanh nghiệp theo quy định.

3. Sau khi tiếp nhận hồ sơ, Phòng Đăng ký kinh doanh phải trao Giấy biên nhận về việc nhận hồ sơ cho người nộp hồ sơ.

Sau khi tiếp nhận hồ sơ đăng ký doanh nghiệp, Phòng đăng ký kinh doanh kiểm tra tính hợp lệ của hồ sơ và nhập đầy đủ, chính xác thông tin trong hồ sơ đăng ký doanh nghiệp vào Hệ thống thông tin đăng ký doanh nghiệp quốc gia.

Trường hợp hồ sơ chưa hợp lệ hoặc tên doanh nghiệp yêu cầu đăng ký không đúng theo quy định, Phòng Đăng ký kinh doanh phải thông báo rõ nội dung cần sửa đổi, bổ sung bằng văn bản cho người thành lập doanh nghiệp trong thời hạn năm ngày làm việc, kể từ ngày tiếp nhận hồ sơ.

Trường hợp đăng ký doanh nghiệp qua mạng điện tử, cơ quan đăng ký kinh doanh thông báo qua mạng điện tử cho cá nhân, tổ chức đã đăng ký doanh nghiệp thời điểm trả kết quả đăng ký doanh nghiệp hoặc các nội dung cần bổ sung, sửa đổi (nếu có).

- Quy trình phối hợp tạo và cấp mã số doanh nghiệp

Khi hồ sơ đăng ký doanh nghiệp đủ điều kiện để được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp theo quy định, thông tin về hồ sơ đăng ký doanh nghiệp được chuyển sang cơ sở dữ liệu của Tổng cục

Thuế (Bộ Tài chính). Trong thời hạn hai ngày làm việc, kể từ ngày nhận được thông tin từ Cơ sở dữ liệu quốc gia về đăng ký doanh nghiệp, Tổng cục Thuế có trách nhiệm tạo mã số doanh nghiệp và chuyển mã số doanh nghiệp sang Cơ sở dữ liệu quốc gia về đăng ký doanh nghiệp để Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh cấp cho doanh nghiệp. Thông tin về việc cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp sẽ được chuyển sang Tổng cục Thuế.

Trường hợp Tổng cục Thuế từ chối cấp mã số cho doanh nghiệp thì phải gửi thông báo cho Bộ Kế hoạch và Đầu tư, trong đó nói rõ lý do từ chối để chuyển cho cơ quan đăng ký kinh doanh cấp tỉnh thông báo cho doanh nghiệp.

- Đăng ký doanh nghiệp qua mạng điện tử

Đăng ký doanh nghiệp qua mạng điện tử là việc người thành lập doanh nghiệp thực hiện việc đăng ký doanh nghiệp thông qua Cổng thông tin đăng ký doanh nghiệp quốc gia.

Phòng đăng ký kinh doanh tiếp nhận hồ sơ, xem xét hồ sơ, hướng dẫn sửa đổi, bổ sung hồ sơ và thông báo kết quả giải quyết thủ tục đăng ký doanh nghiệp qua Hệ thống thông tin đăng ký doanh nghiệp quốc gia. Trường hợp người thành lập doanh nghiệp chưa có chữ ký điện tử, việc đăng ký doanh nghiệp qua mạng điện tử có thể được thực hiện theo quy trình sau: sau khi hồ sơ đăng ký doanh nghiệp được chấp thuận trên Hệ thống thông tin đăng ký doanh nghiệp quốc gia, doanh nghiệp sẽ in Giấy xác nhận nộp hồ sơ đăng ký doanh nghiệp qua mạng điện tử từ Hệ thống này. Người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp ký tên vào Giấy xác nhận nộp hồ sơ đăng ký doanh nghiệp qua mạng điện tử và gửi đến Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh nơi doanh nghiệp đặt trụ sở chính. Sau khi nhận được Giấy xác nhận nộp hồ sơ đăng ký doanh nghiệp qua mạng điện tử của doanh nghiệp, Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh xem xét cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp cho doanh nghiệp.

Hồ sơ đăng ký doanh nghiệp nộp qua Cổng thông tin đăng ký doanh nghiệp quốc gia có giá trị pháp lý như hồ sơ nộp bằng bản giấy.

- Thời hạn cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp

Trong thời hạn năm ngày làm việc, kể từ ngày nhận được hồ sơ hợp lệ, Phòng Đăng ký kinh doanh cấp tỉnh cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp cho doanh nghiệp, đăng ký thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp, chia, tách, hợp nhất, sáp nhập, chuyển đổi doanh nghiệp, đăng ký hoạt động chi nhánh, văn phòng đại diện, thông báo lập địa điểm kinh doanh của doanh nghiệp.

Nếu quá thời hạn trên mà không được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp hoặc không nhận được thông báo yêu cầu sửa đổi, bổ sung hồ sơ đăng ký doanh nghiệp thì người thành lập doanh nghiệp có quyền khiếu nại theo quy định của pháp luật về khiếu nại, tố cáo.

Doanh nghiệp được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp khi có đủ các điều kiện theo quy định tại Điều 24 của Luật Doanh nghiệp.

Doanh nghiệp có thể nhận Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp trực tiếp tại Cơ quan đăng ký kinh doanh hoặc đăng ký và trả phí để nhận Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp qua dịch vụ chuyển phát. Kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, doanh nghiệp có quyền hoạt động kinh doanh, trừ trường hợp kinh doanh ngành, nghề yêu cầu phải có điều kiện.

Doanh nghiệp có quyền yêu cầu Cơ quan đăng ký kinh doanh cấp bản sao Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp và phải trả phí theo quy định.

Khi được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp mới trong trường hợp đăng ký thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp, doanh nghiệp phải nộp lại Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp cũ hoặc Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh cũ hoặc giấy tờ tương đương khác.

- Cung cấp thông tin về nội dung đăng ký doanh nghiệp

Định kỳ vào tuần thứ hai hàng tháng, Phòng Đăng ký kinh doanh cấp tỉnh gửi danh sách kèm thông tin về các doanh nghiệp đã đăng ký

trong tháng trước đó đến cơ quan quản lý ngành kinh tế kỹ thuật cùng cấp, cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện. Ở những nơi có điều kiện về cơ sở hạ tầng công nghệ thông tin thì có thể thực hiện việc trao đổi thông tin về đăng ký doanh nghiệp qua mạng điện tử.

Các tổ chức, cá nhân có thể đề nghị cơ quan đăng ký kinh doanh cung cấp thông tin về nội dung đăng ký doanh nghiệp lưu giữ tại Hệ thống thông tin đăng ký doanh nghiệp quốc gia và phải trả phí theo quy định.

Bước 3: Công bố nội dung đăng ký doanh nghiệp

Luật doanh nghiệp quy định, chậm nhất là 30 ngày sau khi nhận được giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, chủ doanh nghiệp phải công bố hoạt động của mình trên mạng thông tin doanh nghiệp của cơ quan đăng ký kinh doanh hoặc một trong các loại tờ báo viết hoặc báo điện tử trong ba số liên tiếp về các nội dung theo quy định của pháp luật. Đó là:

1. Tên công ty
2. Địa chỉ trụ sở chính của công ty, chi nhánh, văn phòng đại diện.
3. Ngành, nghề kinh doanh
4. Vốn điều lệ
5. Tên và địa chỉ của chủ sở hữu, của tất cả các thành viên sáng lập
6. Họ tên và địa chỉ trường trú của người đại diện theo pháp luật.
7. Nơi đăng ký kinh doanh

Đây vừa là quyền vừa là nghĩa vụ của doanh nghiệp khi thành lập doanh nghiệp và tham gia kinh doanh trên thương trường.

1.2. Quyền và nghĩa vụ của công ty

a. Quyền của công ty

Công ty có các quyền sau:

- Tự chủ kinh doanh, chủ động chọn ngành, nghề, địa bàn đầu tư; chủ động mở rộng quy mô và ngành nghề kinh doanh; được Nhà nước khuyến khích ưu đãi và tạo điều kiện thuận lợi tham gia sản xuất, cung ứng sản phẩm, dịch vụ công ích;

- Lựa chọn hình thức, phương thức huy động, phân bổ và sử dụng vốn;
- Chủ động tìm kiếm thị trường, khách hàng và ký kết hợp đồng;
- Kinh doanh xuất khẩu và nhập khẩu;
- Tuyển dụng, thuê mướn, bố trí, sử dụng lao động theo yêu cầu kinh doanh;
- Chủ động ứng dụng khoa học công nghệ hiện đại để nâng cao hiệu quả và khả năng cạnh tranh;
- Tự chủ quyết định các công việc kinh doanh và quan hệ nội bộ;
- Chiếm hữu, sử dụng, định đoạt tài sản của doanh nghiệp;
- Từ chối mọi yêu cầu cung cấp các nguồn lực không được luật quy định;
- Khiếu nại, tố cáo theo quy định của pháp luật về khiếu nại, tố cáo;
- Trực tiếp hoặc thông qua người đại diện theo uỷ quyền tham gia tố tụng theo quy định của pháp luật
- Các quyền khác do pháp luật quy định.

b. Nghĩa vụ của công ty

Công ty có các nghĩa vụ sau:

- Hoạt động kinh doanh theo đúng ngành, nghề đã ghi trong Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh; bảo đảm điều kiện kinh doanh theo quy định của pháp luật khi kinh doanh ngành nghề kinh doanh có điều kiện;
- Tổ chức công tác kế toán, lập và nộp báo cáo tài chính trung thực, chính xác, đúng thời hạn theo quy định của pháp luật về kế toán;
- Đăng ký mã số thuế, kê khai thuế, nộp thuế và thực hiện các nghĩa vụ tài chính khác theo quy định của pháp luật;
- Bảo đảm quyền, lợi ích của người lao động theo quy định của pháp luật về lao động; thực hiện về chế độ bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế và bảo hiểm khác cho người lao động theo quy định của pháp luật về bảo hiểm;

- Bảo đảm và chịu trách nhiệm về chất lượng hàng hoá, dịch vụ theo tiêu chuẩn đã đăng ký hoặc công bố;

- Thực hiện chế độ thống kê theo quy định của pháp luật về thống kê; định kỳ báo cáo đầy đủ các thông tin về doanh nghiệp, tình hình tài chính của doanh nghiệp với cơ quan Nhà nước có thẩm quyền theo mẫu đã quy định; khi phát hiện các thông tin đã kê khai hoặc báo cáo thiếu chính xác, chưa đầy đủ phải kịp thời sửa đổi, bổ sung các thông tin đó;

- Tuân thủ quy định của pháp luật về quốc phòng, an ninh trật tự, an toàn xã hội. Bảo vệ tài nguyên môi trường, bảo vệ di tích lịch sử, văn hoá và danh lam thắng cảnh;

- Các nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật.

1.3. Tổ chức lại công ty

Tổ chức lại công ty bao gồm chia tách, hợp nhất, sáp nhập và chuyển đổi hình thức pháp lý công ty.

Quy định về tổ chức lại công ty là cơ sở pháp lý tạo điều kiện cho công ty phát triển thuận lợi, hiệu quả và đa dạng. Quy định về tổ chức lại áp dụng cho các loại hình công ty có thể có sự khác nhau phù hợp với đặc điểm của từng loại hình công ty.

Luật Doanh nghiệp quy định về tổ chức lại công ty trên cơ sở vận dụng những quy định và sáp nhập, hợp nhất, chia, tách và chuyển đổi pháp nhân trong Bộ luật Dân sự năm 2005.

a. Chia công ty

Chia công ty là biện pháp tổ chức lại được áp dụng cho công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần, theo đó công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần được chia thành một số công ty cùng loại.

Thủ tục chia công ty được thực hiện theo Điều 150, Luật Doanh nghiệp. Sau khi đăng ký kinh doanh các công ty mới, công ty bị chia chấm dứt tồn tại. Các công ty mới phải cùng liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ chưa thanh toán, hợp đồng lao động và các nghĩa vụ tài sản khác của công ty bị chia.

b. Tách công ty

Tách công ty là biện pháp tổ chức lại được áp dụng cho công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần, theo đó công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần được tách bằng cách chuyển một phần tài sản của công ty hiện có (công ty bị tách) để thành lập một hoặc một số công ty cùng loại (công ty được tách), chuyển một phần quyền và nghĩa vụ của công ty bị tách sang công ty được tách mà không chấm dứt tồn tại của công ty bị tách.

Thủ tục tách công ty được thực hiện theo Điều 151 Luật Doanh nghiệp. Sau khi đăng ký kinh doanh, công ty bị tách và công ty được tách phải cùng liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ chưa thanh toán, hợp đồng lao động và các nghĩa vụ tài sản khác của công ty bị tách.

c. Hợp nhất công ty

Hợp nhất công ty là biện pháp tổ chức lại được áp dụng cho tất cả các loại hình công ty, theo đó hai hoặc một số công ty cùng loại (gọi là công ty hợp nhất) hợp nhất thành một công ty mới (gọi là công ty hợp nhất) bằng cách chuyển toàn bộ tài sản, quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp sang công ty hợp nhất, đồng thời chấm dứt sự tồn tại của các công ty bị hợp nhất.

Thủ tục hợp nhất công ty được thực hiện theo Điều 152, Luật Doanh nghiệp. Sau khi đăng ký kinh doanh, các công ty bị hợp nhất chấm dứt tồn tại. Công ty hợp nhất được hưởng các quyền và lợi ích hợp pháp, chịu trách nhiệm về các khoản nợ chưa thanh toán, hợp đồng lao động và các nghĩa vụ tài sản khác của công ty bị hợp nhất.

d. Sáp nhập công ty

Sáp nhập công ty là biện pháp tổ chức lại được áp dụng cho tất cả các loại hình công ty, theo đó một hoặc một số công ty cùng loại (gọi là công ty bị sáp nhập) sáp nhập vào một công ty khác (gọi là công ty nhận sáp nhập) bằng cách chuyển toàn bộ tài sản, quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp sang công ty nhận sáp nhập, đồng thời chấm sự tồn tại của công ty bị sáp nhập.

Thủ tục sáp nhập công ty được thực hiện theo Điều 153, Luật Doanh nghiệp. Sai khi đăng ký kinh doanh, công ty sáp nhập được hưởng các quyền và lợi ích hợp pháp, chịu trách nhiệm về các khoản nợ chưa thanh toán, hợp đồng lao động và các nghĩa vụ tài sản khác của công ty bị sáp nhập.

đ. Chuyển đổi công ty

Chuyển đổi công ty là biện pháp tổ chức lại được áp dụng cho công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần, theo đó công ty trách nhiệm hữu hạn chuyển đổi thành công ty cổ phần hoặc ngược lại.

Thủ tục chuyển đổi công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần (gọi là công ty được chuyển đổi thành công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn (gọi là công ty chuyển đổi) được thực hiện theo Điều 154, Luật Doanh nghiệp. Sau khi đăng ký kinh doanh, công ty được chuyển đổi chấm dứt tồn tại. Công ty chuyển đổi được hưởng các quyền và lợi ích hợp pháp, chịu trách nhiệm về các khoản nợ chưa thanh toán, hợp đồng lao động và các nghĩa vụ tài sản khác của công ty được chuyển đổi.

Doanh nghiệp tư nhân được chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn. Thủ tục chuyển đổi doanh nghiệp tư nhân thành công ty trách nhiệm hữu hạn được quy định tại Nghị định 102/2010/NĐ-CP.

1.4. Giải thể công ty

a. Khái niệm

Giải thể công ty là việc chấm dứt sự tồn tại của công ty về mặt pháp lý và trên thực tế.

b. Các trường hợp giải thể

Quyết định việc giải thể doanh nghiệp thuộc quyền của chủ sở hữu công ty. Tuy nhiên, khi công ty không còn thỏa mãn các điều kiện tồn tại theo quy định của pháp luật hoặc kinh doanh vi phạm pháp luật, thì bắt buộc công ty phải giải thể. Doanh nghiệp giải thể trong các trường hợp sau:

- Kết thúc thời hạn hoạt động đã ghi trong Điều lệ công ty mà không có quyết định gia hạn;

- Theo quyết định của tất cả các thành viên hợp danh đối với công ty hợp danh; của Hội đồng thành viên, chủ sở hữu công ty đối với công ty trách nhiệm hữu hạn; của Đại hội đồng cổ đông đối với công ty cổ phần;

- Công ty không còn đủ số lượng thành viên tối thiểu theo quy định của Luật Doanh nghiệp trong thời hạn sáu tháng liên tục;

- Bị thu hồi giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh.

c. Điều kiện giải thể

Các quy định về giải thể công ty không chỉ tạo cơ sở pháp lý để chấm dứt tồn tại của công ty, mà quan trọng hơn là còn bảo vệ quyền lợi của những chủ thể có liên quan, đặc biệt là quyền lợi của chủ nợ và người lao động khi công ty chấm dứt tồn tại. Về pháp lý, vấn đề quan trọng nhất trong giải thể công ty là giải quyết những khoản nợ và những hợp đồng mà doanh nghiệp đã giao kết trước khi chấm dứt tồn tại.

Về lý luận, các khoản nợ và hợp đồng này có thể được thực hiện bằng các giải pháp:

- Công ty tiến hành thanh toán hết các khoản nợ và thực hiện đầy đủ nghĩa vụ các hợp đồng;

- Chuyển giao nghĩa vụ thanh toán nợ và nghĩa vụ hợp đồng cho chủ thể khác theo thỏa thuận giữa các bên có liên quan.

Theo Luật Doanh nghiệp, công ty chỉ được giải thể khi đảm bảo thanh toán hết các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác.

d. Thủ tục giải thể công ty

- *Thông qua quyết định giải thể công ty*

Khi có căn cứ giải thể, để tiến hành việc giải thể, công ty phải thông qua quyết định giải thể. Quyết định giải thể công ty phải có các nội dung chủ yếu theo quy định tại Khoản 1 Điều 158 Luật Doanh nghiệp.

Sau khi thông qua quyết định giải thể, công ty phải gửi quyết định giải thể đến cơ quan đăng ký kinh doanh, các chủ nợ, người lao động, người có quyền, nghĩa vụ và lợi ích liên quan.

Quyết định giải thể phải được niêm yết công khai tại trụ sở chính của công ty và chi nhánh của công ty. Đối với trường hợp mà pháp luật yêu cầu phải đăng báo thì quyết định giải thể công ty phải được đăng ít nhất trên một tờ báo viết hoặc báo điện tử trong ba số liên tiếp.

Khi gửi quyết định giải thể cho các chủ nợ, công ty phải gửi kèm theo thông báo về phương án giải quyết nợ. Thông báo này phải ghi rõ tên, địa chỉ của chủ nợ, số nợ, thời hạn, địa điểm và phương thức thanh toán số nợ đó, cách thức và thời hạn giải quyết khiếu nại của chủ nợ.

- Thanh lý tài sản và thanh toán các khoản nợ của công ty

Thanh lý tài sản và thanh toán các khoản nợ là vấn đề quan trọng, chủ yếu của công ty khi giải thể. Việc thanh toán các khoản nợ là rất phức tạp vì liên quan đến quyền lợi của nhiều người, do đó phải tiến hành theo trình tự, thủ tục nhất định.

Theo Luật Doanh nghiệp, Chủ doanh nghiệp tư nhân, Hội đồng thành viên hoặc chủ sở hữu công ty, Hội đồng quản trị trực tiếp tổ chức thanh lý tài sản công ty, trừ trường hợp Điều lệ công ty quy định thành lập tổ chức thanh lý riêng. Các khoản nợ của doanh nghiệp được thanh toán theo thứ tự:

+ Các khoản nợ lương, trợ cấp thôi việc, bảo hiểm xã hội theo quy định của pháp luật và các quyền lợi khác của người lao động theo thỏa ước lao động tập thể và hợp đồng lao động đã ký kết;

+ Nợ thuế và các khoản nợ khác.

Sau khi đã thanh toán hết các khoản nợ và chi phí giải thể công ty, phần còn lại thuộc về các thành viên, cổ đông hoặc chủ sở hữu công ty. Sau khi thanh toán hết các khoản nợ của công ty, người đại diện theo pháp luật của công ty phải gửi hồ sơ giải thể công ty đến cơ quan đăng ký kinh doanh. Trong thời hạn bảy ngày làm việc kể từ ngày nhận đủ hồ sơ hợp lệ, cơ quan đăng ký kinh doanh xóa tên công ty trong sổ đăng ký kinh doanh.

Trường hợp công ty bị thu hồi giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, công ty phải giải thể trong thời hạn sáu tháng, kể từ ngày bị thu hồi giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Sau thời hạn mà cơ quan đăng

ký kinh doanh không nhận được hồ sơ giải thể doanh nghiệp thì công ty đó coi như đã được giải thể và cơ quan đăng ký kinh doanh xoá tên công ty trong sổ đăng ký kinh doanh.

Trong trường hợp này, người đại diện theo pháp luật, các thành viên đối với công ty trách nhiệm hữu hạn, chủ sở hữu công ty đối với công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, các thành viên Hội đồng quản trị đối với công ty cổ phần, các thành viên hợp danh đối với công ty hợp danh liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ và các nghĩa vụ tài sản khác chưa thanh toán.

1.5. Phá sản công ty

Áp dụng theo Luật phá sản 2004

2. CÁC LOẠI HÌNH CÔNG TY THEO PHÁP LUẬT VIỆT NAM

2.1. Công ty cổ phần

a. Khái niệm

Công ty cổ phần (CTCP) là một hình thức tổ chức kinh doanh ra đời, tồn tại và phát triển trong những điều kiện lịch sử và xã hội nhất định. Sự hình thành và phát triển của CTCP gắn liền với sự hình thành của thị trường vốn, thị trường tiền tệ. Đối với Việt Nam, sau khi chuyển đổi sang nền kinh tế thị trường, Việt Nam đã ban hành Luật Công ty 1990 và chín năm sau ban hành Luật Doanh nghiệp để thay thế Luật Công ty 1990 và sau đó ban hành Luật Doanh nghiệp 2005. Trong các văn bản nêu trên, thì CTCP là loại hình doanh nghiệp được quy định chi tiết nhất. Bởi vì, CTCP là loại tổ chức doanh nghiệp có “độ phức tạp cao”, có những mối quan hệ đa dạng trong khi đó bản thân công ty là một trong những loại hình tổ chức kinh doanh phổ biến hiện nay.

Theo Điều 77 Luật doanh nghiệp 2005 quy định:

“Công ty cổ phần là doanh nghiệp, trong đó: vốn Điều lệ được chia thành nhiều phần bằng nhau gọi là cổ phần. Cổ đông chỉ chịu trách nhiệm về nợ và các nghĩa vụ tài sản khác của doanh nghiệp trong phạm vi số vốn đã góp vào doanh nghiệp. Cổ đông có quyền tự do chuyển

nhượng cổ phần của mình cho người khác trừ trường hợp quy định tại Khoản 3 Điều 81 và Khoản 5 Điều 84 của luật doanh nghiệp¹⁸. Cổ đông có thể là tổ chức, cá nhân; số lượng cổ đông tối thiểu là ba và không hạn chế số lượng tối đa.

Công ty cổ phần có quyền phát hành chứng khoán ra công chúng theo quy định của pháp luật về chứng khoán.

Công ty cổ phần có tư cách pháp nhân kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh”.

b. Đặc điểm công ty cổ phần

Công ty cổ phần có các đặc điểm sau:

Thứ nhất, về vốn

Vốn điều lệ của công ty được chia thành nhiều phần bằng nhau là cổ phần. Mỗi cổ phần được thể hiện dưới dạng văn bản (chứng chỉ do công ty phát hành) hoặc bút toán ghi sổ xác nhận quyền sở hữu một hoặc một số cổ phần của công ty gọi là cổ phiếu. Giá trị mỗi cổ phiếu gọi là mệnh giá cổ phiếu. Một cổ phiếu có thể phản ánh mệnh giá của một hay nhiều cổ phần.

Việc góp vốn vào công ty được thực hiện bằng việc mua cổ phần. Mỗi cổ đông có thể mua nhiều cổ phần. Cổ phần có hai ý nghĩa cơ bản sau:

¹⁸ Khoản 3 Điều 81 quy định: Cổ đông sở hữu cổ phần ưu đãi biểu quyết không được chuyển nhượng cổ phần đó cho người khác.

Khoản 5 Điều 84 quy định: Trong thời hạn 3 năm, kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, cổ đông sáng lập có quyền tự do chuyển nhượng cổ phần phổ thông của mình cho cổ đông sáng lập khác, nhưng chỉ được chuyển nhượng cổ phần phổ thông của mình cho người không phải là cổ đông sáng lập nếu được sự chấp thuận của Đại hội đồng cổ đông. Trong trường hợp này, cổ đông dự định chuyển nhượng cổ phần không có quyền biểu quyết về việc chuyển nhượng các cổ phần đó và người nhận chuyển nhượng đương nhiên trở thành cổ đông sáng lập của công ty.

Sau thời hạn ba năm, kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, các hạn chế đối với cổ phần phổ thông của cổ đông sáng lập đều được bãi bỏ.

- Là phần vốn điều lệ. Mỗi cổ phần phải được thể hiện một giá trị thực tế tính được bằng tiền.

- Cổ phần chứng minh tư cách thành viên cổ đông. Ai có cổ cổ phần người đó trở thành thành viên công ty.

Thứ hai, về thành viên

Thành viên của công ty cổ gọi là cổ đông. Số lượng thường là rất đông nhưng khi thành lập và trong suốt quá trình hoạt động ít nhất phải có ít nhất ba thành viên tham gia công ty cổ phần. Đối tượng có thể là cá nhân hoặc tổ chức.

Tư cách của thành viên được xác lập thông qua các trường hợp:

- Việc mua cổ phần; khi họ nhận chuyển nhượng;
- Khi được hưởng thừa kế;
- Hoặc được uỷ quyền nắm giữ cổ phần ưu đãi biểu quyết (chỉ áp dụng đối với tổ chức được Chính phủ uỷ quyền).

Tư cách cổ đông có thể kết thúc trong các trường hợp sau:

- Thông qua chuyển nhượng;
- Đối với cổ đông ưu đãi hoàn lại thì thông qua việc công ty hoàn lại vốn góp cổ phần;
- Thông qua việc công ty mua lại cổ phần theo yêu cầu của cổ đông;
- Khi công ty mua lại hết cổ phần của một cổ đông.

Thứ ba, về trách nhiệm của công ty và cổ đông

Công ty cổ phần chỉ chịu trách nhiệm đối với mọi khoản nợ bằng tài sản riêng của công ty. Điều này có nghĩa là công ty chịu trách nhiệm bằng tài sản của chính công ty, các cổ đông chỉ chịu trách nhiệm về nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi số vốn đã góp vào công ty.

Với đặc trưng này, pháp luật gián tiếp khuyến khích giới kinh doanh đầu tư vào những lĩnh vực có độ rủi ro cao. Tuy nhiên, có nguy cơ các chủ kinh doanh lợi dụng tính chịu trách nhiệm hữu hạn để lừa đảo, chiếm dụng vốn của khách hàng hoặc chủ nợ. Do đó, cần có các quy

định góp phần bảo vệ chủ nợ và công chúng trước các hành vi lạm dụng tính chịu trách nhiệm hữu hạn để chiếm dụng tài sản hoặc lừa đảo, ổn định môi trường pháp lý cho kinh doanh.

Thứ tư, về tư cách pháp nhân

Công ty cổ phần là doanh nghiệp có tư cách pháp nhân kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh.

Như vậy, công ty cổ phần là một tổ chức có tư cách pháp nhân độc lập. Điều đó có nghĩa là bản thân công ty là một chủ thể pháp luật, là chủ sở hữu của tài sản công ty, là chủ và con nợ đối với các quyền đòi hỏi của công ty và các khoản nợ của công ty.

Thứ năm, về chuyển nhượng vốn góp (cổ phần)

Cổ phần của các thành viên được thể hiện dưới hình thức cổ phiếu. Các cổ phiếu của công ty cổ phần được coi là hàng hoá, được mua, bán, chuyển nhượng tự do theo quy định của pháp luật¹⁹.

Thứ sáu, về phát hành chứng khoán

Công ty cổ phần có quyền phát hành các loại chứng khoán theo quy định của pháp luật để huy động vốn.

Chứng khoán là bằng chứng xác nhận quyền và lợi ích hợp pháp của người sở hữu đối với tài sản hoặc phần vốn của tổ chức phát hành.

Chứng khoán được thể hiện dưới hình thức chứng chỉ, bút toán ghi sổ hoặc dữ liệu điện tử, bao gồm các loại sau đây: Cổ phiếu, trái phiếu, chứng chỉ quỹ; quyền mua cổ phần, chứng quyền, quyền chọn mua, quyền chọn bán, hợp đồng tương lai, nhóm chứng khoán hoặc chỉ số chứng khoán.

Thị trường giao dịch chứng khoán là địa điểm hoặc hình thức trao đổi thông tin để tập hợp lệnh mua, bán và giao dịch chứng khoán.

Việc pháp luật cho phép công ty cổ phần được phát hành các loại chứng khoán để huy động vốn là một ưu điểm lớn của công ty so với các loại hình công ty khác. Với đặc điểm này cho phép công ty cổ phần có khả năng huy động vốn rất lớn trong nhân dân, giúp cho công ty có khả năng

¹⁹ Xem Khoản 3 Điều 81, Khoản 5 Điều 84 Luật doanh nghiệp năm 2005

mở rộng quy mô kinh doanh, tăng sức cạnh tranh trên thương trường. Đây là ưu điểm, là lợi thế lớn nhất của công ty cổ phần, nhưng cũng đồng nghĩa với sự rủi ro do sự lạm dụng các ưu thế về huy động vốn.

- Huy động vốn bằng phát hành cổ phiếu

Cổ phiếu là chứng chỉ do công ty cổ phần phát hành hoặc bút toán ghi sổ xác nhận quyền sở hữu một hoặc một số cổ phần của công ty đó. Cổ phiếu có thể ghi tên hoặc không ghi tên.

Huy động vốn bằng phương thức phát hành cổ phiếu là quyền năng rất cơ bản của CTCP. Thực chất của việc phát hành cổ phiếu chính là việc công ty chào bán cổ phần để huy động thêm vốn. Kết quả của việc bán cổ phần sẽ làm tăng vốn điều lệ của công ty.

Mặt khác, phát hành cổ phiếu cũng có nghĩa là bán một phần quyền sở hữu công ty cho người mua cổ phiếu. Điều này có thể dẫn đến thay đổi vị thế của từng cổ đông trong công ty và vì vậy có thể thay đổi cơ cấu quản lý và kiểm soát công ty. Với lý do đó, việc quyết định về số lượng cổ phiếu, giá trị cổ phần, loại cổ phần phát hành cũng như phương thức phát hành cần phải được cân nhắc thận trọng.

Theo pháp luật đa số các nước phát hành cổ phiếu có thể được thực hiện bằng hai phương thức là: Phát hành hẹp hay phát hành có địa chỉ và phát hành rộng rãi hay phát hành ra công chúng.

Phát hành hẹp: Là phương thức phát hành trong đó cổ phiếu được bán cho phạm vi một số người nhất định với khối lượng phát hành hạn chế. Phát hành hẹp thường không chịu ràng buộc về điều kiện và thủ tục phát hành. Việc bán cổ phiếu chủ yếu do công ty quyết định trên cơ sở thỏa thuận với người mua. Cổ phiếu được phát hành theo phương thức này không phải là đối tượng giao dịch tại sở giao dịch chứng khoán.

Phát hành rộng rãi: Là phương thức phát hành trong đó cổ phiếu được bán rộng rãi ra công chúng, cho một số lượng lớn nhà đầu tư, khối lượng cổ phiếu phát hành đạt giới hạn nhất định. CTCP phát hành chứng khoán ra công chúng được gọi là “công ty đại chúng”. Phát hành cổ phiếu rộng rãi được chia thành hai trường hợp là phát hành lần đầu và phát hành thêm cổ phiếu (hay còn gọi là chào bán cơ sở).

- Huy động vốn bằng phát hành trái phiếu

Trái phiếu là loại chứng khoán ghi nợ được phát hành dưới hình thức chứng chỉ hoặc bút toán ghi sổ, xác nhận nghĩa vụ trả nợ (bao gồm cả vốn gốc và lãi) của CTCP đối với người sở hữu trái phiếu theo các điều kiện ghi trên trái phiếu. Kết quả của việc phát hành trái phiếu sẽ làm tăng vốn vay của công ty. Người mua trái phiếu (được coi là người cho vay) sẽ trở thành chủ nợ của công ty, có quyền đòi thanh toán các khoản vay song không có quyền tham gia vào các hoạt động của công ty.

Phương thức phát hành trái phiếu về cơ bản cũng được quy định giống như phát hành cổ phiếu, bao gồm hai phương thức là phát hành hẹp và phát hành rộng rãi. Đối với phương thức phát hành hẹp thì việc phát hành do công ty quyết định và được thực hiện theo thỏa thuận giữa công ty và người mua trái phiếu. Đối với phương thức phát hành rộng rãi (phát hành trái phiếu ra công chúng), việc phát hành phải tuân thủ các điều kiện và thủ tục quy định của pháp luật về thị trường chứng khoán

**** Một số điểm lưu ý trong công ty cổ phần:***

Thứ nhất, các loại cổ đông

Cổ đông là người góp vốn vào CTCP bằng cách mua cổ phần do công ty phát hành. Cổ đông chính là thành viên của CTCP. Cổ đông có thể là tổ chức, cá nhân đáp ứng yêu cầu của pháp luật. Phạm vi quyền hạn và nghĩa vụ của cổ đông phụ thuộc vào các loại cổ phần mà cổ đông sở hữu. Cổ đông chịu trách nhiệm trước các rủi ro mà công ty gặp phải trong kinh doanh đến hết giá trị cổ phần mà họ nắm giữ.

Công ty cổ phần có thể có nhiều loại cổ đông với địa vị pháp lý khác nhau, phụ thuộc vào loại cổ phần mà họ sở hữu:

(1) Cổ đông phổ thông

Cổ đông phổ thông là những người sở hữu cổ phần phổ thông. Cổ đông phổ thông có quyền tham dự và phát biểu trong các Đại hội cổ đông và thực hiện quyền biểu quyết trực tiếp hoặc thông qua đại diện được uỷ quyền; mỗi cổ phần phổ thông có một phiếu biểu quyết; được

nhận cổ tức với mức theo quyết định của Đại hội đồng cổ đông (ĐHĐCĐ); được ưu tiên mua cổ phần mới chào bán tương ứng với tỷ lệ cổ phần phổ thông của từng cổ đông trong công ty; được tự do chuyển nhượng cổ phần của mình cho cổ đông khác và cho người không phải là cổ đông; xem xét, tra cứu và trích lục các thông tin trong danh sách cổ đông có quyền biểu quyết và yêu cầu sửa đổi các thông tin không chính xác; xem xét, tra cứu, trích lục hoặc sao chụp Điều lệ công ty, sổ biên bản họp ĐHĐCĐ và các nghị quyết của ĐHĐCĐ; Khi công ty giải thể hoặc phá sản, được nhận một phần tài sản còn lại tương ứng với số cổ phần góp vốn vào công ty; các quyền khác theo Điều lệ công ty.

Cổ đông hoặc nhóm cổ đông sở hữu trên 10% tổng số cổ phần phổ thông trong thời hạn liên tục ít nhất sáu tháng hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty có quyền: đề cử người vào Hội đồng quản trị (HĐQT) và Ban kiểm soát (nếu có); xem xét và trích lục sổ biên bản và các nghị quyết của Hội đồng quản trị, báo cáo tài chính giữa năm và hằng năm theo mẫu của hệ thống kế toán Việt Nam và các báo cáo của Ban kiểm soát; yêu cầu triệu tập họp ĐHĐCĐ theo quy định; yêu cầu Ban kiểm soát kiểm tra từng vấn đề cụ thể liên quan đến quản lý, điều hành hoạt động của công ty khi xét thấy cần thiết; các quyền khác theo Điều lệ công ty.

Cổ đông phổ thông có nghĩa vụ thanh toán đủ số cổ phần cam kết mua; chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi số vốn đã góp vào công ty; không được rút vốn đã góp bằng cổ phần phổ thông ra khỏi công ty dưới mọi hình thức (trừ trường hợp được công ty hoặc người khác mua lại cổ phần); tuân thủ Điều lệ và Quy chế quản lý nội bộ công ty; chấp hành quyết định của ĐHĐCĐ, HĐQT; thực hiện các nghĩa vụ và chịu trách nhiệm cá nhân theo quy định của Luật và Điều lệ công ty. Đối với cổ đông sáng lập thì trong 3 năm đầu, kể từ thời điểm được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh phải nắm giữ tối thiểu 20% số cổ phần phổ thông và chỉ được chuyển nhượng cổ phần phổ thông của mình cho người không phải là cổ đông sáng lập nếu được sự chấp thuận của ĐHĐCĐ.

(2) Cổ đông sở hữu cổ phần ưu đãi biểu quyết

Chỉ có tổ chức được Chính phủ ủy quyền và cổ đông sáng lập được quyền nắm giữ cổ phần ưu đãi biểu quyết. Ưu đãi biểu quyết của cổ đông sáng lập chỉ có hiệu lực trong 3 năm, kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Cổ đông sở hữu cổ phần ưu đãi biểu quyết có số phiếu biểu quyết nhiều hơn so với các cổ đông phổ thông. Số phiếu biểu quyết của một cổ phần ưu đãi biểu quyết do Điều lệ công ty quy định. Cổ đông sở hữu cổ phần ưu đãi biểu quyết có các quyền khác như cổ đông phổ thông, trừ quyền chuyển nhượng cổ phần cho người khác.

(3) Cổ đông sở hữu cổ phần ưu đãi cổ tức

Cổ đông loại này có quyền nhận cổ tức với mức cao hơn so với mức cổ tức của cổ phần phổ thông hoặc mức ổn định hàng năm; được nhận lại một phần tài sản còn lại tương ứng với số cổ phần góp vốn vào công ty, sau khi công ty đã thanh toán hết các khoản nợ, cổ phần ưu đãi hoàn lại khi công ty giải thể hoặc phá sản. Cổ đông sở hữu cổ phần ưu đãi cổ tức có các quyền khác như cổ đông phổ thông ngoại trừ quyền biểu quyết, quyền dự họp ĐHĐCĐ, quyền đề cử người vào HĐQT và Ban kiểm soát.

(4) Cổ đông sở hữu cổ phần ưu đãi hoàn lại

Cổ đông loại này có quyền yêu cầu công ty hoàn lại vốn góp bất kỳ khi nào hoặc theo các điều kiện được ghi tại cổ phiếu của cổ phần ưu đãi hoàn lại. Cổ đông sở hữu cổ phần ưu đãi hoàn lại có các quyền khác như cổ đông phổ thông, trừ quyền biểu quyết, quyền dự họp ĐHĐCĐ, quyền đề cử người vào HĐQT và Ban kiểm soát.

Thứ hai, về vấn đề bảo vệ các cổ đông thiểu số

Cổ đông thiểu số được hiểu là cổ đông không hình thành được ảnh hưởng đáng kể trong quản lý và điều hành công ty.

Luật doanh nghiệp 2005 có các quy định bảo vệ và tạo điều kiện cho việc thực hiện các quyền hạn chính đáng của cổ đông thiểu số; bảo

đảm đối xử công bằng giữa các cổ đông;... Đó là cơ sở pháp lý quan trọng cho hoạt động của quản trị doanh nghiệp hiện nay, cụ thể:

Luật doanh nghiệp 2005 đã tạo cơ sở pháp lý cho cổ đông thiểu số có điều kiện và cơ hội thực hiện đầy đủ quyền trong đề cử người vào HĐQT, Ban kiểm soát, theo đó căn cứ số lượng thành viên HĐQT và Ban kiểm soát, nhóm cổ đông sở hữu trên 10% tổng số cổ phần phổ thông trong thời hạn liên tục ít nhất sáu tháng hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty được quyền đề cử một hoặc một số người theo quyết định của ĐHĐCĐ làm ứng cử viên HĐQT và Ban kiểm soát. Trường hợp số ứng cử viên được cổ đông hoặc nhóm cổ đông đề cử thấp hơn số ứng cử viên mà họ được quyền đề cử theo quyết định của ĐHĐCĐ thì số ứng cử viên còn lại do HĐQT, Ban kiểm soát và các cổ đông khác đề cử.

Ngoài ra, với việc quy định về hình thức và nội dung của việc yêu cầu triệu tập ĐHĐCĐ được quy định tại khoản 3 Điều 79 sẽ tạo điều kiện cho nhóm cổ đông thực hiện quyền của mình một cách dễ dàng, tháo gỡ được những vướng mắc phát sinh trong thực tiễn trước đó.

c. Vốn và chế độ tài chính của Công ty cổ phần

Đây là công ty đặc trưng của công ty đôi vốn, pháp luật quy định tương đối chặt chẽ về nội dung này.

- Công ty phải có vốn điều lệ. Vốn điều lệ của công ty cổ phần là tổng giá trị mệnh giá số cổ phần đã phát hành. Số cổ phần đã phát hành là số cổ phần mà các cổ đông đã thanh toán đủ cho công ty. Tại thời điểm đăng ký kinh doanh thành lập doanh nghiệp, vốn điều lệ của công ty cổ phần là tổng giá trị mệnh giá các cổ phần do các cổ đông sáng lập và các cổ đông phổ thông khác đã đăng ký mua và được ghi trong Điều lệ công ty; số cổ phần này phải được thanh toán đủ trong thời hạn 90 ngày, kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp.

Vốn điều lệ phải theo quy định của pháp luật. Vốn điều lệ phải được một phần dưới dạng cổ phần phổ thông. Các cổ đông sáng lập phải cùng nhau nắm giữ ít nhất 20% số cổ phần phổ thông được quyền chào bán của công ty. Vốn điều lệ của công ty có thể có một phần là cổ phần

ưu đãi. Người mua cổ phần ưu đãi do pháp luật quy định (đối với cổ phần ưu đãi biểu quyết) và do Điều lệ hoặc đại hội đồng cổ đông quy định (các loại cổ phần ưu đãi khác).

- Khi chào bán cổ phần, hội đồng quản trị định giá chào bán cổ phần. Giá chào bán cổ phần không được thấp hơn giá thị trường tại thời điểm chào bán, trừ trường hợp cổ phần chào bán lần đầu tiên sau khi đăng ký kinh doanh.

- Khi đã thanh toán đủ cổ phần đã đăng ký, cổ đông có quyền yêu cầu công ty cấp cổ phiếu cho mình. Thủ tục, trình tự chào bán cổ phần theo quy định của pháp luật chứng khoán.

- Người sở hữu cổ phần có quyền chuyển nhượng cổ phần cho người khác theo quy định của pháp luật.

- Công ty có quyền mua lại không quá 30% tổng số cổ phần đã chào bán, một phần hoặc toàn bộ loại khác đã bán.

- Công ty có quyền thanh toán cổ phần mua lại cho cổ đông nếu ngay sau khi thanh toán hết số cổ phần được mua lại, công ty vẫn đảm bảo thanh toán đủ các khoản nợ và các nghĩa vụ tài sản khác của công ty.

- Việc thanh toán cổ tức cho các cổ tức chỉ được tiến hành khi công ty kinh doanh có lãi, đã hoàn thành nghĩa vụ nộp thuế và các nghĩa vụ tài chính khác theo quy định của pháp luật.

- Công ty phải lập sổ kế toán, ghi chép sổ kết toán, hóa đơn, chứng từ và lập báo cáo tài chính trung gian, chính xác các thông tin về hoạt động kinh doanh của công ty.

d. Cơ cấu tổ chức quản lý của công ty cổ phần

Công ty cổ phần có Đại hội đồng cổ đông, Hội đồng quản trị và Giám đốc hoặc Tổng giám đốc; đối với công ty cổ phần có trên mười một cổ đông là cá nhân hoặc có cổ đông là tổ chức sở hữu trên 50% tổng số cổ phần của công ty phải có Ban kiểm soát.

Chủ tịch Hội đồng quản trị hoặc Giám đốc hoặc Tổng giám đốc là người đại diện theo pháp luật của công ty được quy định tại Điều lệ công ty.

Người đại diện theo pháp luật của công ty phải thường trú ở Việt Nam; trường hợp vắng mặt trên ba mươi ngày ở Việt Nam thì phải uỷ quyền bằng văn bản cho người khác theo quy định tại Điều lệ công ty để thực hiện các quyền và nhiệm vụ của người đại diện theo pháp luật của công ty.

(1) Đại hội đồng cổ đông

Đại hội đồng cổ đông gồm tất cả cổ đông có quyền biểu quyết (cổ đông phổ thông và cổ đông ưu đãi biểu quyết), là cơ quan quyết định cao nhất của CTCP. ĐHĐCĐ có các quyền và nhiệm vụ sau: Thông qua định hướng phát triển của công ty; quyết định loại cổ phần và tổng số cổ phần của từng loại được quyền chào bán; quyết định mức cổ tức hằng năm của từng loại cổ phần, trừ trường hợp Điều lệ công ty có quy định khác; bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm thành viên HĐQT, thành viên Ban kiểm soát; quyết định đầu tư hoặc bán số tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty nếu Điều lệ công ty không quy định một tỷ lệ khác; quyết định sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty, trừ trường hợp điều chỉnh vốn điều lệ do bán thêm cổ phần mới trong phạm vi số lượng cổ phần được quyền chào bán quy định tại Điều lệ công ty; thông qua báo cáo tài chính hằng năm; quyết định mua lại trên 10% tổng số cổ phần đã bán của mỗi loại; xem xét và xử lý các vi phạm của HĐQT, Ban kiểm soát gây thiệt hại cho công ty và cổ đông công ty; quyết định tổ chức lại, giải thể công ty; các quyền và nhiệm vụ khác theo quy định của Luật này và Điều lệ công ty.

Về thể thức triệu tập và tiến hành ĐHĐCĐ, điều kiện họp lệ của ĐHĐCĐ, cách thức thông qua các quyết định của ĐHĐCĐ được quy định chi tiết tại từ Điều 97 đến Điều 106 Luật doanh nghiệp. Thể hiện các nội dung chính sau:

- ĐHĐCĐ họp thường niên hoặc bất thường; ít nhất mỗi năm một lần. ĐHĐCĐ phải họp thường niên trong thời hạn bốn tháng (có thể gia hạn nhưng không quá 6 tháng), kể từ ngày kết thúc năm tài chính (khoản 1, 2 Điều 97).

Đại hội đồng cổ đông được triệu tập họp theo:

- + Quyết định của Hội đồng quản trị;
- + Theo yêu cầu của cổ đông hoặc nhóm cổ đông quy định tại khoản 2 Điều 79;

+ Theo yêu cầu của Ban kiểm soát.

Người triệu tập họp ĐHĐCĐ phải lập danh sách cổ đông có quyền dự họp và biểu quyết; chuẩn bị chương trình, nội dung, tài liệu cuộc họp và dự thảo nghị quyết đối với từng vấn đề trong chương trình họp; xác định thời gian, địa điểm họp và gửi thông báo mời họp đến các cổ đông có quyền dự họp. Cổ đông hoặc nhóm cổ đông quy định tại khoản 2 Điều 79 có quyền kiến nghị vấn đề đưa vào chương trình họp ĐHĐCĐ.

- Điều kiện tiến hành họp Đại hội đồng cổ đông

Cuộc họp ĐHĐCĐ được tiến hành khi có số cổ đông dự họp đại diện ít nhất 65% tổng số cổ phần có quyền biểu quyết; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định. Trường hợp cuộc họp lần đầu không đủ điều kiện tiến hành theo quy định thì được triệu tập họp lần thứ hai trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày dự định họp lần thứ nhất. Cuộc họp của ĐHĐCĐ triệu tập lần thứ hai được tiến hành khi có số cổ đông dự họp đại diện ít nhất 51% tổng số cổ phần có quyền biểu quyết; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định. Trường hợp cuộc họp triệu tập lần thứ hai không đủ điều kiện tiến hành theo quy định tại khoản 2 Điều này thì được triệu tập họp lần thứ ba trong thời hạn hai mươi ngày, kể từ ngày dự định họp lần thứ hai. Trong trường hợp này, cuộc họp của ĐHĐCĐ được tiến hành không phụ thuộc vào số cổ đông dự họp và tỷ lệ số cổ phần có quyền biểu quyết của các cổ đông dự họp.

- Đại hội đồng cổ đông thông qua các quyết định thuộc thẩm quyền bằng hình thức biểu quyết tại cuộc họp hoặc lấy ý kiến bằng văn bản.

+ Quyết định của ĐHĐCĐ được thông qua tại cuộc họp khi: Được số cổ đông đại diện ít nhất 65% tổng số phiếu biểu quyết của tất cả cổ đông dự họp chấp thuận; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định. Riêng đối với những vấn đề có tầm quan trọng đặc biệt như: về loại cổ

phần và số lượng cổ phần của từng loại được quyền chào bán; sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty; tổ chức lại, giải thể công ty; đầu tư hoặc bán tài sản lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty thì phải được số cổ đông đại diện ít nhất 75% tổng số phiếu biểu quyết của tất cả cổ đông dự họp chấp thuận; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định.

+ Trường hợp thông qua quyết định dưới hình thức lấy ý kiến bằng văn bản, thì quyết định của ĐHĐCĐ được thông qua nếu được số cổ đông đại diện ít nhất 75% tổng số phiếu biểu quyết chấp thuận; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định.

Cuộc họp ĐHĐCĐ phải được ghi vào sổ biên bản của công ty. Biên bản phải lập bằng tiếng Việt, có thể cả bằng tiếng nước ngoài và phải có các nội dung chủ yếu được quy định tại khoản 1 Điều 106. Biên bản họp ĐHĐCĐ phải được gửi đến tất cả cổ đông trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày bế mạc cuộc họp.

Trong thời hạn 90 ngày, kể từ ngày nhận được biên bản họp ĐHĐCĐ, cổ đông, thành viên HĐQT, Giám đốc (Tổng giám đốc) và Ban kiểm soát có quyền yêu cầu Tòa án hoặc trọng tài xem xét và hủy bỏ quyết định của ĐHĐCĐ trong các trường hợp:

+ Trình tự và thủ tục triệu tập họp ĐHĐCĐ không thực hiện đúng theo quy định của Luật doanh nghiệp và Điều lệ công ty;

+ Trình tự, thủ tục ra quyết định và nội dung quyết định vi phạm pháp luật hoặc Điều lệ công ty.

(2) Hội đồng quản trị

Theo thông lệ quốc tế, HĐQT là một cơ quan có quyền lực cao nhất của doanh nghiệp - nơi vạch ra những chiến lược và giám sát hoạt động sản xuất kinh doanh của doanh nghiệp.

HQĐT được xác định là "cơ quan quản lý công ty" và "có toàn quyền nhân danh công ty để giải quyết tất cả các vấn đề, trừ các vấn đề thuộc thẩm quyền của ĐHĐCĐ", khoản 2 Điều 108 Luật doanh nghiệp đã quy định khá đầy đủ quyền và nhiệm vụ của HĐQT.

Hội đồng quản trị có không ít hơn ba thành viên, không quá mười một thành viên. Tiêu chuẩn và điều kiện làm thành viên HĐQT được quy định tại Điều 110. Việc biểu quyết bầu thành viên HĐQT phải thực hiện theo phương thức bầu dồn phiếu. Nhiệm kỳ của HĐQT là năm năm, nhiệm kỳ của thành viên HĐQT không quá năm năm; thành viên HĐQT trị có thể được bầu lại với số nhiệm kỳ không hạn chế. Để tạo áp lực cho các thành viên HĐQT phải hoàn thành nhiệm vụ được giao, thực hiện đúng các nghĩa vụ và trách nhiệm theo luật định, Luật doanh nghiệp đưa ra quy định "...thành viên HĐQT có thể bị miễn nhiệm bất cứ lúc nào theo quyết định của ĐHĐCĐ mà không cần nêu lý do" (khoản 2 Điều 115). Điều này có nghĩa, khi thành viên HĐQT có quyết định không phù hợp, trái với ý định của "ông chủ lớn" sẽ bị cổ đông, nhóm cổ đông đa số lập tức thay thế. Đồng thời, nhằm giám sát sự lạm quyền của ban giám đốc, khoản 4 Điều 109 quy định: "Thành viên Hội đồng quản trị không nhất thiết phải là cổ đông của công ty".

Đứng đầu HĐQT là Chủ tịch HĐQT. Chủ tịch HĐQT do ĐHĐCĐ hoặc HĐQT bầu theo quy định tại Điều lệ công ty. Trường hợp HĐQT bầu Chủ tịch HĐQT thì Chủ tịch được bầu trong số thành viên HĐQT. Chủ tịch HĐQT có thể kiêm Giám đốc hoặc Tổng giám đốc công ty nếu Điều lệ công ty không có quy định khác.

Hội đồng quản trị có thể họp định kỳ hoặc bất thường. Cuộc họp định kỳ của HĐQT do Chủ tịch triệu tập bất cứ khi nào nếu xét thấy cần thiết, nhưng mỗi quý phải họp ít nhất một lần. Chủ tịch HĐQT phải triệu tập họp HĐQT khi có một trong các trường hợp sau đây: Có đề nghị của Ban kiểm soát; có đề nghị của Giám đốc hoặc Tổng giám đốc hoặc ít nhất năm người quản lý khác; có đề nghị của ít nhất hai thành viên HĐQT; các trường hợp khác do Điều lệ công ty quy định. Cuộc họp HĐQT được tiến hành khi có từ ba phần tư tổng số thành viên trở lên dự họp. Quyết định của HĐQT được thông qua nếu được đa số thành viên dự họp chấp thuận; trường hợp số phiếu ngang nhau thì quyết định cuối cùng thuộc về phía có ý kiến của Chủ tịch HĐQT. Các cuộc họp của Hội đồng quản trị phải được ghi vào sổ biên bản. Biên bản phải lập bằng

tiếng Việt và có thể cả bằng tiếng nước ngoài, có các nội dung chủ yếu được quy định tại khoản 1 Điều 113. Chủ tọa và thư ký phải chịu trách nhiệm về tính trung thực và chính xác của nội dung biên bản họp Hội đồng quản trị.

(3) Giám đốc hoặc Tổng giám đốc công ty

Giám đốc hoặc Tổng giám đốc là người điều hành công việc kinh doanh hằng ngày của công ty; chịu sự giám sát của HĐQT và chịu trách nhiệm trước HĐQT và trước pháp luật về việc thực hiện các quyền và nhiệm vụ được giao.

Hội đồng quản trị bổ nhiệm một người trong số họ hoặc thuê người khác làm Giám đốc hoặc Tổng giám đốc (tiêu chuẩn và điều kiện của Giám đốc hoặc Tổng giám đốc áp dụng theo quy định tại Điều 57). Trường hợp Điều lệ công ty không quy định Chủ tịch HĐQT là người đại diện theo pháp luật thì Giám đốc hoặc Tổng giám đốc là người đại diện theo pháp luật của công ty. Nhiệm kỳ của Giám đốc hoặc Tổng giám đốc không quá năm năm, có thể được bổ nhiệm lại với số nhiệm kỳ không hạn chế. Giám đốc hoặc Tổng giám đốc công ty không được đồng thời làm Giám đốc hoặc Tổng giám đốc của doanh nghiệp khác. Quyền và nhiệm vụ của Giám đốc hoặc Tổng giám đốc được quy định tại khoản 3 Điều 116.

Luật doanh nghiệp cũng xác định rõ hơn các nghĩa vụ của người quản lý, nhất là đối với thành viên HĐQT và Giám đốc, đặc biệt là nghĩa vụ trung thành, trung thực và cẩn trọng. Đó chính là tiền đề cho việc xem xét đến hành vi vượt quá phạm vi của sự ủy quyền. Ngoài ra, Luật doanh nghiệp cũng thiết lập chế độ thù lao, tiền lương gắn với kết quả sản xuất kinh doanh của doanh nghiệp. Luật doanh nghiệp quy định thẩm quyền quyết định lương của Giám đốc (Tổng giám đốc) do HĐQT quyết định (khoản 2 Điều 117). Đây sẽ là động lực mạnh mẽ cho họ phát huy hết tài năng, sáng kiến, hết lòng và tận tâm quản lý công ty. Điều đó kết hợp với việc công khai hóa tiền lương và thu nhập hàng năm sẽ là công cụ giám sát hiệu quả hoạt động của họ; ngăn ngừa được họ lạm dụng quyền lực thu vén cho lợi ích cá nhân. Điều này đặc biệt cần thiết,

khi những người quản lý tách biệt độc lập khỏi chủ sở hữu; và tiền lương trở thành động lực vật chất cơ bản thúc đẩy ứng xử của họ.

(4) Ban kiểm soát

Theo Luật doanh nghiệp, CTCP có trên mười một cổ đông là cá nhân hoặc có cổ đông là tổ chức sở hữu trên 50% tổng số cổ phần của công ty phải có Ban kiểm soát. Về địa vị pháp lý, Ban kiểm soát là "cơ quan" của ĐHĐCĐ, được các cổ đông ủy nhiệm giám sát, đánh giá hoạt động của HĐQT. Ban kiểm soát thực hiện giám sát HĐQT, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc trong việc quản lý và điều hành công ty; chịu trách nhiệm trước ĐHĐCĐ trong thực hiện các nhiệm vụ được giao. Ban kiểm soát có từ ba đến năm thành viên nếu Điều lệ công ty không có quy định khác; tiêu chuẩn và điều kiện làm thành viên Ban kiểm soát được quy định cụ thể tại Điều 122. Nhiệm kỳ của Ban kiểm soát không quá năm năm; thành viên Ban kiểm soát có thể được bầu lại với số nhiệm kỳ không hạn chế.

Các thành viên Ban kiểm soát bầu một người trong số họ làm Trưởng ban kiểm soát. Quyền và nhiệm vụ của Trưởng ban kiểm soát do Điều lệ công ty quy định. Ban kiểm soát phải có hơn một nửa số thành viên thường trú ở Việt Nam và phải có ít nhất một thành viên là kế toán viên hoặc kiểm toán viên. Quyền và nhiệm vụ của Ban kiểm soát được quy định tại Điều 123 và Điều lệ công ty.

Về cung cấp thông tin cho Ban kiểm soát, Luật doanh nghiệp quy định: Thông báo mời họp, phiếu lấy ý kiến thành viên HĐQT và các tài liệu kèm theo phải được gửi đến thành viên Ban kiểm soát cùng thời điểm và theo phương thức như đối với thành viên HĐQT; báo cáo của Giám đốc hoặc Tổng giám đốc trình HĐQT hoặc tài liệu khác do công ty phát hành được gửi đến thành viên Ban kiểm soát cùng thời điểm và theo phương thức như đối với thành viên HĐQT; thành viên Ban kiểm soát có quyền tiếp cận các hồ sơ, tài liệu của công ty lưu giữ tại trụ sở chính, chi nhánh và địa điểm khác; có quyền đến các địa điểm nơi người quản lý và nhân viên của công ty làm việc; HĐQT, thành viên HĐQT, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc,

người quản lý khác phải cung cấp đầy đủ, chính xác và kịp thời thông tin, tài liệu về công tác quản lý, điều hành và hoạt động kinh doanh của công ty theo yêu cầu của Ban kiểm soát.. Đây là một tiền đề tạo điều kiện để Ban kiểm soát hoạt động có hiệu quả và thiết thực hơn. Với cơ chế cung cấp thông tin như Điều 124, Ban kiểm soát có thể theo dõi, giám sát thường xuyên hoạt động của người quản lý; kịp thời phát hiện các vấn đề nảy sinh và ngăn ngừa khả năng lạm dụng quyền lực của người quản lý.

Về qui trình hoạt động của Ban kiểm soát, Luật doanh nghiệp có quy định Ban kiểm soát có thể tham khảo ý kiến của HĐQT trước khi trình báo cáo, kết luận và kiến nghị lên ĐHĐCĐ. Quy định này có thể tạo ra sự đồng thuận chung về các vấn đề giữa các cơ quan quản lý công ty, nó cũng có thể tạo điều kiện để HĐQT và các cơ quan khác có cơ hội tự sửa chữa những tồn tại, bất cập nếu có trước khi phải đưa ra trước ĐHĐCĐ. Đồng thời, cũng thể hiện vị thế hoạt động độc lập của Ban kiểm soát đối với HĐQT. Bên cạnh đó, để tạo ra cơ chế giám sát HĐQT, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc trong việc quản lý và điều hành công ty có hiệu quả đối với hoạt động kinh doanh của công ty, Luật doanh nghiệp quy định "Ban kiểm soát có quyền sử dụng tư vấn độc lập để thực hiện các nhiệm vụ được giao"

2.2. Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên

a. Khái niệm

Điều 38 Luật doanh nghiệp 2005 quy định: “*Công ty trách nhiệm hữu hạn là doanh nghiệp, trong đó: Thành viên của công ty có thể tổ chức, cá nhân; Số lượng thành viên công ty không vượt quá 50;*

Thành viên chịu nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của doanh nghiệp trong phạm vi số vốn cam kết góp vào doanh nghiệp;

Phần vốn của thành viên chỉ được chuyển nhượng theo quy định tại Điều 43,44,45 của luật doanh nghiệp;

Công ty trách nhiệm hữu hạn có tư cách pháp nhân kể từ ngày được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Công ty trách nhiệm hữu hạn không được quyền phát hành cổ phần”;

b. Đặc điểm

Theo khái niệm trên, Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên có các đặc điểm sau:

Thứ nhất, về vốn của công ty

Vốn điều lệ của công ty trách nhiệm hữu hạn được chia thành nhiều phần bằng hoặc không bằng nhau. Công ty trách nhiệm hữu hạn chịu trách nhiệm bằng tài sản của công ty; các thành viên công ty chịu trách nhiệm về các khoản nợ của công ty trong phạm vi phần vốn đã góp vào công ty.

Thành viên phải góp vốn đầy đủ và đúng hạn bằng loại tài sản góp vốn như đã cam kết. Trường hợp thành viên thay đổi loại tài sản góp vốn đã cam kết thì phải được sự nhất trí của các thành viên còn lại; công ty thông báo bằng văn bản nội dung thay đổi đó đến cơ quan đăng ký kinh doanh trong thời hạn bảy ngày làm việc, kể từ ngày chấp thuận sự thay đổi.

Người đại diện theo pháp luật của công ty phải thông báo bằng văn bản tiến độ góp vốn đăng ký đến cơ quan đăng ký kinh doanh trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày cam kết góp vốn và phải chịu trách nhiệm cá nhân về các thiệt hại cho công ty và người khác do thông báo chậm trễ hoặc thông báo không chính xác, không trung thực, không đầy đủ.

Trường hợp có thành viên không góp đủ và đúng hạn số vốn đã cam kết thì số vốn chưa góp được coi là nợ của thành viên đó đối với công ty; thành viên đó phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại phát sinh do không góp đủ và đúng hạn số vốn đã cam kết.

Sau thời hạn cam kết lần cuối mà vẫn có thành viên chưa góp đủ số vốn đã cam kết thì số vốn chưa góp được xử lý theo một trong các cách sau đây:

(a) Một hoặc một số thành viên nhận góp đủ số vốn chưa góp;

(b) Huy động người khác cùng góp vốn vào công ty;

(c) Các thành viên còn lại góp đủ số vốn chưa góp theo tỷ lệ phần vốn góp của họ trong vốn điều lệ công ty.

Sau khi số vốn còn lại được góp đủ theo quy định tại khoản này, thành viên chưa góp vốn theo cam kết đương nhiên không còn là thành viên của công ty và công ty phải đăng ký thay đổi nội dung đăng ký kinh doanh theo quy định của Luật này.

Tại thời điểm góp đủ giá trị phần vốn góp, thành viên được công ty cấp giấy chứng nhận phần vốn góp. Giấy chứng nhận phần vốn góp có các nội dung chủ yếu sau đây:

(a) Tên, địa chỉ trụ sở chính của công ty;

(b) Số và ngày cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh;

(c) Vốn điều lệ của công ty;

(d) Họ, tên, địa chỉ thường trú, quốc tịch, số Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác đối với thành viên là cá nhân; tên, địa chỉ thường trú, quốc tịch, số quyết định thành lập hoặc số đăng ký kinh doanh đối với thành viên là tổ chức;

(đ) Phần vốn góp, giá trị vốn góp của thành viên;

(e) Số và ngày cấp giấy chứng nhận phần vốn góp;

(g) Họ, tên, chữ ký của người đại diện theo pháp luật của công ty.

- Trường hợp giấy chứng nhận phần vốn góp bị mất, bị rách, bị cháy hoặc bị tiêu hủy dưới hình thức khác, thành viên được công ty cấp lại giấy chứng nhận phần vốn góp.

Công ty phải lập sổ đăng ký thành viên ngay sau khi đăng ký kinh doanh. Sổ đăng ký thành viên phải có các nội dung chủ yếu sau đây:

(a) Tên, địa chỉ trụ sở chính của công ty;

(b) Họ, tên, địa chỉ thường trú, quốc tịch, số Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác đối với thành viên là cá nhân; tên, địa chỉ thường trú, quốc tịch, số quyết định thành lập hoặc số đăng ký kinh doanh đối với thành viên là tổ chức;

(c) Giá trị vốn góp tại thời điểm góp vốn và phần vốn góp của từng thành viên; thời điểm góp vốn; loại tài sản góp vốn, số lượng, giá trị của từng loại tài sản góp vốn;

(d) Chữ ký của thành viên là cá nhân hoặc của người đại diện theo pháp luật của thành viên là tổ chức;

(đ) Số và ngày cấp giấy chứng nhận phần vốn góp của từng thành viên.

Sổ đăng ký thành viên được lưu giữ tại trụ sở chính của công ty.

Thứ hai, về thành viên của công ty

Khi thành lập và trong suốt quá trình hoạt động, ít nhất phải có từ hai thành viên trở lên và tối đa không quá 50 thành viên tham gia công ty. Đối tượng có thể là cá nhân, tổ chức.

Muốn trở thành thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn, cá nhân, tổ chức phải góp vốn vào công ty. Tài sản góp vốn có thể là tiền Việt Nam, ngoại tệ tự do chuyển đổi, vàng, giá trị quyền sử dụng đất, giá trị quyền sở hữu trí tuệ, công nghệ, bí quyết kỹ thuật, các tài sản khác ghi trong Điều lệ công ty do thành viên góp vốn để tạo thành vốn của công ty. Một số tài sản đưa vào góp vốn phải được định giá theo quy định của pháp luật.

Luật doanh nghiệp quy định: Thành viên phải góp đầy đủ và đúng hạn như đã cam kết. Trường hợp có thành viên không góp đầy đủ và đúng hạn số vốn đã cam kết, thì số vốn chưa góp được coi là nợ của thành viên đó đối với công ty; thành viên đó phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại phát sinh do không góp đủ và đúng hạn số vốn đã cam kết. Người đại diện theo pháp luật của công ty phải thông báo bằng văn bản về trường hợp không góp đầy đủ vốn cho cơ quan Đăng ký kinh doanh trong thời hạn 30 ngày, kể từ thời điểm cam kết góp vốn; sau thời hạn này, nếu không có thông báo bằng văn bản đến cơ quan Đăng ký kinh doanh, thì thành viên chưa góp đủ vốn và người đại diện theo pháp luật của công ty phải cùng liên đới chịu trách nhiệm về phần vốn chưa góp và các thiệt hại phát sinh do không góp đủ giá trị phần vốn góp đã

cam kết. Tại thời điểm góp đủ giá trị phần vốn góp, thành viên được cấp Giấy chứng nhận phần vốn góp.

Thứ ba, về tư cách pháp nhân

Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên là doanh nghiệp có tư cách pháp nhân kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh.

Thứ tư, về phát hành chứng khoán

Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên không được quyền phát hành cổ phần để huy động vốn.

Như vậy, khác với công ty cổ phần, để tăng vốn điều lệ, theo quyết định của Hội đồng thành viên, công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên không được phát hành cổ phần. Công ty có thể tăng vốn điều lệ bằng các hình thức sau:

- Tăng vốn góp của thành viên;
- Tiếp nhận vốn góp của thành viên mới.
- Điều chỉnh tăng mức vốn điều lệ tương ứng với giá trị tài sản tăng lên của công ty;

Trường hợp tăng vốn góp của thành viên thì vốn góp thêm được phân chia cho các thành viên theo tỷ lệ tương ứng với phần vốn góp của họ trong vốn điều lệ công ty. Thành viên phản đối quyết định tăng thêm vốn điều lệ có thể không góp thêm vốn. Trong trường hợp này, số vốn góp thêm đó được chia cho các thành viên khác theo tỷ lệ tương ứng với phần vốn góp của họ trong vốn điều lệ công ty nếu các thành viên không có thoả thuận khác.

Trường hợp tăng vốn điều lệ bằng việc tiếp nhận thêm thành viên phải được sự nhất trí của các thành viên, trừ trường hợp Điều lệ công ty có quy định khác.

Công ty TNHH hai thành viên cũng có quyền giảm vốn điều lệ. Theo quyết định của Hội đồng thành viên, công ty có thể giảm vốn điều lệ bằng cách: Hoàn trả một phần vốn góp cho thành viên theo tỷ lệ vốn góp của họ trong vốn điều lệ của công ty nếu đã hoạt động kinh doanh

liên tục trong hơn hai năm, kể từ ngày đăng ký kinh doanh, đồng thời vẫn bảo đảm thanh toán đủ các khoản nợ và các nghĩa vụ tài sản khác sau khi đã hoàn trả cho thành viên; Mua lại phần vốn góp theo quy định tại Điều 44 của Luật này; Điều chỉnh giảm mức vốn điều lệ tương ứng với giá trị tài sản giảm xuống của công ty.

Thứ năm, chuyển nhượng phần vốn góp

Phần vốn góp của các thành viên công ty được chuyển nhượng theo quy định của pháp luật (theo điều 44, 45 Luật doanh nghiệp).

Luật doanh nghiệp quy định, thành viên muốn chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ phần vốn góp phải chào bán phần vốn đó cho tất cả các thành viên còn lại theo tỷ lệ tương ứng với phần vốn góp của họ trong công ty với cùng điều kiện; Chỉ được chuyển nhượng cho người không phải là thành viên nếu các thành viên còn lại của công ty không mua hoặc không mua hết.

Trong trường hợp thành viên là cá nhân chết hoặc bị Toà án tuyên bố là đã chết thì người thừa kế theo di chúc hoặc theo pháp luật của thành viên đó, là thành viên của công ty.

Trong trường hợp có thành viên bị hạn chế hoặc bị mất năng lực hành vi dân sự thì quyền và nghĩa vụ của thành viên đó trong công ty được thực hiện thông qua người giám hộ. Phần vốn góp của thành viên được công ty mua lại hoặc được chuyển nhượng theo Điều 43, 44 của Luật doanh nghiệp trong các trường hợp sau đây:

- Người thừa kế không muốn trở thành thành viên.
- Người được tặng cho theo quy định của pháp luật²⁰ không được Hội đồng thành viên chấp nhận làm thành viên.
- Thành viên là tổ chức bị giải thể hoặc phá sản.

Thành viên có quyền tặng cho một phần hoặc toàn bộ phần vốn góp của mình tại công ty cho người khác. Trường hợp người được tặng cho là người có cùng huyết thống đến thế hệ thứ ba thì họ đương nhiên

²⁰. Xem: Khoản 5 Điều 45 Luật doanh nghiệp.

là thành viên của công ty. Trường hợp người được tặng cho là người khác thì họ chỉ trở thành viên của công ty khi được Hội đồng thành viên chấp nhận.

Trường hợp thành viên sử dụng phần vốn góp để trả nợ thì người nhận thanh toán có quyền sử dụng phần vốn góp đó theo một trong hai cách sau đây:

- Trở thành thành viên của công ty nếu được Hội đồng thành viên chấp thuận;

- Chào bán và chuyển nhượng phần vốn đó theo quy định của pháp luật.

c. Vốn và chế độ tài chính của công ty

- Công ty TNHH 2 thành viên không được phát hành cổ phần (biểu hiện dưới hình thức cổ phiếu) để huy động vốn.

- Khi thành lập, các thành viên cam kết phải góp vốn đầy đủ và đúng hạn cam kết.

- Thành viên công ty có quyền yêu cầu công ty mua lại phần vốn góp theo quy định tại Điều 43 Luật doanh nghiệp 2005.

- Công ty có quyền tăng vốn điều lệ theo quyết định của hội đồng thành viên hoặc giảm vốn điều lệ theo quy định của pháp luật.

- Công ty chỉ được chia lợi nhuận cho các thành viên khi kinh doanh có lãi, đã hoàn thành các nghĩa vụ tài chính theo quy định của pháp luật.

d. Cơ cấu tổ chức của công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên

Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên có Hội đồng thành viên, Chủ tịch Hội đồng thành viên, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc. Công ty trách nhiệm hữu hạn có từ mười một thành viên trở lên phải thành lập Ban kiểm soát; trường hợp có ít hơn mười một thành viên, có thể thành lập Ban kiểm soát phù hợp với yêu cầu quản trị công ty. Quyền, nghĩa vụ, tiêu chuẩn, điều kiện và chế độ làm việc của Ban kiểm soát, Trưởng ban kiểm soát do Điều lệ công ty quy định.

Chủ tịch Hội đồng thành viên hoặc Giám đốc hoặc Tổng giám đốc là người đại diện theo pháp luật của công ty theo quy định tại Điều lệ công ty. Người đại diện theo pháp luật của công ty phải thường trú tại Việt Nam; trường hợp vắng mặt ở Việt Nam trên ba mươi ngày thì phải uỷ quyền bằng văn bản cho người khác theo quy định tại Điều lệ công ty để thực hiện các quyền và nghĩa vụ của người đại diện theo pháp luật của công ty.

** Hội đồng thành viên*

Hội đồng thành viên gồm các thành viên, là cơ quan quyết định cao nhất của công ty. Thành viên là tổ chức chỉ định người đại diện theo uỷ quyền tham gia Hội đồng thành viên. Điều lệ công ty quy định cụ thể định kỳ họp Hội đồng thành viên, nhưng ít nhất mỗi năm phải họp một lần.

Hội đồng thành viên có các quyền và nhiệm vụ sau đây:

- + Quyết định chiến lược phát triển và kế hoạch kinh doanh hằng năm của công ty;

- + Quyết định tăng hoặc giảm vốn điều lệ, quyết định thời điểm và phương thức huy động thêm vốn;

- + Quyết định phương thức đầu tư và dự án đầu tư có giá trị trên 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính tại thời điểm công bố gần nhất của công ty hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty;

- + Quyết định giải pháp phát triển thị trường, tiếp thị và chuyển giao công nghệ; thông qua hợp đồng vay, cho vay, bán tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính tại thời điểm công bố gần nhất của công ty hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty;

- + Bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm Chủ tịch Hội đồng thành viên; quyết định bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức, ký và chấm dứt hợp đồng đối với Giám đốc hoặc Tổng giám đốc, Kế toán trưởng và người quản lý khác quy định tại Điều lệ công ty;

- + Quyết định mức lương, thưởng và lợi ích khác đối với Chủ tịch Hội đồng thành viên, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc, Kế toán trưởng và người quản lý khác quy định tại Điều lệ công ty;

- + Thông qua báo cáo tài chính hằng năm, phương án sử dụng và phân chia lợi nhuận hoặc phương án xử lý lỗ của công ty;

- + Quyết định cơ cấu tổ chức quản lý công ty;

- + Quyết định thành lập công ty con, chi nhánh, văn phòng đại diện;

- + Sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty;

- + Quyết định tổ chức lại công ty;

- + Quyết định giải thể hoặc yêu cầu phá sản công ty;

- + Các quyền và nhiệm vụ khác theo quy định của Luật này và Điều lệ công ty.

- Triệu tập họp Hội đồng thành viên

Hội đồng thành viên được triệu tập họp bất cứ khi nào theo yêu cầu của Chủ tịch Hội đồng thành viên hoặc theo yêu cầu của thành viên hoặc nhóm thành viên quy định. Cuộc họp của Hội đồng thành viên phải được tổ chức tại trụ sở chính của công ty, trừ trường hợp Điều lệ công ty có quy định khác.

Chủ tịch Hội đồng thành viên chuẩn bị hoặc tổ chức việc chuẩn bị chương trình, nội dung tài liệu và triệu tập họp Hội đồng thành viên. Thành viên có quyền kiến nghị bằng văn bản về chương trình họp. Kiến nghị phải có các nội dung chủ yếu sau đây:

- + Họ, tên, địa chỉ thường trú, quốc tịch, số Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác đối với thành viên là cá nhân; tên, địa chỉ thường trú, quốc tịch, số quyết định thành lập hoặc số đăng ký kinh doanh đối với thành viên là tổ chức; họ, tên, chữ ký của thành viên hoặc người đại diện theo uỷ quyền;

- + Tỷ lệ phần vốn góp, số và ngày cấp giấy chứng nhận phần vốn góp;

- + Nội dung kiến nghị đưa vào chương trình họp;
- + Lý do kiến nghị.

Chủ tịch Hội đồng thành viên phải chấp thuận kiến nghị và bổ sung chương trình họp Hội đồng thành viên nếu kiến nghị có đủ nội dung theo quy định được gửi đến trụ sở chính của công ty chậm nhất một ngày làm việc trước ngày họp Hội đồng thành viên; trường hợp kiến nghị được đệ trình ngay trước khi họp thì kiến nghị được chấp thuận nếu đa số các thành viên dự họp đồng ý.

Thông báo mời họp Hội đồng thành viên có thể bằng giấy mời, điện thoại, fax, telex hoặc các phương tiện điện tử khác do Điều lệ công ty quy định và được gửi trực tiếp đến từng thành viên Hội đồng thành viên. Nội dung thông báo mời họp phải xác định rõ thời gian, địa điểm và chương trình họp.

Chương trình và tài liệu họp phải được gửi cho thành viên công ty trước khi họp. Tài liệu sử dụng trong cuộc họp liên quan đến quyết định về sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty, thông qua phương hướng phát triển công ty, thông qua báo cáo tài chính hằng năm, tổ chức lại hoặc giải thể công ty phải được gửi đến các thành viên chậm nhất hai ngày làm việc trước ngày họp. Thời hạn gửi các tài liệu khác do Điều lệ công ty quy định.

Trường hợp Chủ tịch Hội đồng thành viên không triệu tập họp Hội đồng thành viên theo yêu cầu của thành viên, nhóm thành viên theo quy định trong thời hạn mười lăm ngày kể từ ngày nhận được yêu cầu thì thành viên, nhóm thành viên đó triệu tập họp Hội đồng thành viên; trong trường hợp này, nếu xét thấy cần thiết, yêu cầu cơ quan đăng ký kinh doanh giám sát việc tổ chức và tiến hành họp Hội đồng thành viên; đồng thời, có quyền nhân danh mình hoặc nhân danh công ty khởi kiện Chủ tịch Hội đồng thành viên về việc không thực hiện đúng nghĩa vụ quản lý, gây thiệt hại đến lợi ích hợp pháp của họ.

Trường hợp Điều lệ công ty không quy định thì yêu cầu triệu tập họp Hội đồng thành viên theo quy định phải bằng văn bản, có các nội dung chủ yếu sau đây:

+ Họ, tên, địa chỉ thường trú, quốc tịch, số Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác đối với thành viên là cá nhân; tên, địa chỉ thường trú, quốc tịch, số quyết định thành lập hoặc số đăng ký kinh doanh đối với thành viên là tổ chức; tỷ lệ vốn góp, số và ngày cấp giấy chứng nhận phần vốn góp của từng thành viên yêu cầu;

+ Lý do yêu cầu triệu tập họp Hội đồng thành viên và vấn đề cần giải quyết;

+ Dự kiến chương trình họp;

+ Họ, tên, chữ ký của từng thành viên yêu cầu hoặc người đại diện theo uỷ quyền của họ.

Trường hợp yêu cầu triệu tập họp Hội đồng thành viên không có đủ nội dung theo quy định thì Chủ tịch Hội đồng thành viên phải thông báo bằng văn bản cho thành viên, nhóm thành viên có liên quan biết trong thời hạn bảy ngày làm việc, kể từ ngày nhận được yêu cầu.

Trong các trường hợp khác, Chủ tịch Hội đồng thành viên phải triệu tập họp Hội đồng thành viên trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày nhận được yêu cầu.

Trường hợp Chủ tịch Hội đồng thành viên không triệu tập họp Hội đồng thành viên theo quy định thì phải chịu trách nhiệm cá nhân trước pháp luật về thiệt hại xảy ra đối với công ty và thành viên có liên quan của công ty.

Trong trường hợp này, thành viên hoặc nhóm thành viên đã yêu cầu có quyền triệu tập họp Hội đồng thành viên. Chi phí hợp lý cho việc triệu tập và tiến hành họp Hội đồng thành viên sẽ được công ty hoàn lại.

- Điều kiện và thể thức tiến hành họp Hội đồng thành viên

Cuộc họp Hội đồng thành viên được tiến hành khi có số thành viên dự họp đại diện ít nhất 75% vốn điều lệ; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định.

Trường hợp cuộc họp lần thứ nhất không đủ điều kiện tiến hành theo quy định thì được triệu tập họp lần thứ hai trong thời hạn mười lăm

ngày, kể từ ngày dự định họp lần thứ nhất. Cuộc họp Hội đồng thành viên triệu tập lần thứ hai được tiến hành khi có số thành viên dự họp đại diện ít nhất 50% vốn điều lệ; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định.

Trường hợp cuộc họp lần thứ hai không đủ điều kiện tiến hành theo quy định thì được triệu tập họp lần thứ ba trong thời hạn mười ngày làm việc, kể từ ngày dự định họp lần thứ hai. Trong trường hợp này, cuộc họp Hội đồng thành viên được tiến hành không phụ thuộc số thành viên dự họp và số vốn điều lệ được đại diện bởi số thành viên dự họp.

Thành viên, người đại diện theo uỷ quyền của thành viên phải tham dự và biểu quyết tại cuộc họp Hội đồng thành viên. Thẻ thức tiến hành họp Hội đồng thành viên, hình thức biểu quyết do Điều lệ công ty quy định.

- Quyết định của Hội đồng thành viên

Hội đồng thành viên thông qua các quyết định thuộc thẩm quyền bằng hình thức biểu quyết tại cuộc họp, lấy ý kiến bằng văn bản hoặc hình thức khác do Điều lệ công ty quy định. Trong trường hợp Điều lệ công ty không có quy định khác thì quyết định về các vấn đề sau đây phải được thông qua bằng hình thức biểu quyết tại cuộc họp Hội đồng thành viên:

- + Sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty;
- + Quyết định phương hướng phát triển công ty;
- + Bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm Chủ tịch Hội đồng thành viên; bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức Giám đốc hoặc Tổng giám đốc;
- + Thông qua báo cáo tài chính hằng năm;
- + Tổ chức lại hoặc giải thể công ty.

Quyết định của Hội đồng thành viên được thông qua tại cuộc họp trong các trường hợp sau đây:

- + Được số phiếu đại diện ít nhất 65% tổng số vốn góp của các thành viên dự họp chấp thuận; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định;
- + Được số phiếu đại diện ít nhất 75% tổng số vốn góp của các thành viên dự họp chấp thuận đối với quyết định bán tài sản có giá trị

bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty, sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty, tổ chức lại, giải thể công ty; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định.

Quyết định của Hội đồng thành viên được thông qua dưới hình thức lấy ý kiến bằng văn bản khi được số thành viên đại diện ít nhất 75% vốn điều lệ chấp thuận; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định.

- Biên bản họp Hội đồng thành viên

Các cuộc họp Hội đồng thành viên phải được ghi vào sổ biên bản của công ty.

Biên bản họp Hội đồng thành viên phải làm xong và thông qua ngay trước khi kết thúc cuộc họp. Biên bản phải có các nội dung chủ yếu sau đây:

- + Thời gian và địa điểm họp; mục đích, chương trình họp;
- + Họ, tên, tỷ lệ vốn góp, số và ngày cấp giấy chứng nhận phần vốn góp của thành viên, người đại diện theo uỷ quyền dự họp; họ, tên, tỷ lệ vốn góp, số và ngày cấp giấy chứng nhận phần vốn góp của thành viên, người đại diện uỷ quyền của thành viên không dự họp;
- + Vấn đề được thảo luận và biểu quyết; tóm tắt ý kiến phát biểu của thành viên về từng vấn đề thảo luận;
- + Tổng số phiếu biểu quyết tán thành, không tán thành, không có ý kiến đối với từng vấn đề biểu quyết;
- + Các quyết định được thông qua;
- + Họ, tên, chữ ký của thành viên, người đại diện theo uỷ quyền dự họp.

- Thủ tục thông qua quyết định của Hội đồng thành viên theo hình thức lấy ý kiến bằng văn bản

Trường hợp Điều lệ công ty không quy định thì thẩm quyền và thể thức lấy ý kiến thành viên bằng văn bản để thông qua quyết định được thực hiện theo quy định sau đây:

+ Chủ tịch Hội đồng thành viên quyết định việc lấy ý kiến thành viên Hội đồng thành viên bằng văn bản để thông qua quyết định các vấn đề thuộc thẩm quyền;

+ Chủ tịch Hội đồng thành viên có trách nhiệm tổ chức việc soạn thảo, gửi các báo cáo, tờ trình về nội dung cần quyết định, dự thảo quyết định và phiếu lấy ý kiến đến các thành viên Hội đồng thành viên.

Phiếu lấy ý kiến phải có các nội dung chủ yếu sau đây:

+ Tên, địa chỉ trụ sở chính, số và ngày cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, nơi đăng ký kinh doanh của công ty;

+ Họ, tên, địa chỉ, quốc tịch, số Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác, tỷ lệ phần vốn đại diện của thành viên Hội đồng thành viên;

+ Vấn đề cần lấy ý kiến và ý kiến trả lời tương ứng theo thứ tự tán thành, không tán thành và không có ý kiến;

+ Thời hạn cuối cùng phải gửi phiếu lấy ý kiến về công ty;

+ Họ, tên, chữ ký của Chủ tịch và thành viên Hội đồng thành viên.

Phiếu lấy ý kiến có nội dung đầy đủ, chính xác được thành viên gửi về công ty trong thời hạn quy định được coi là hợp lệ;

- Chủ tịch Hội đồng thành viên tổ chức việc kiểm phiếu, lập báo cáo và thông báo kết quả kiểm phiếu, quyết định được thông qua đến các thành viên trong thời hạn bảy ngày làm việc, kể từ ngày kết thúc thời hạn mà thành viên phải gửi ý kiến về công ty. Báo cáo kết quả kiểm phiếu phải có các nội dung chủ yếu theo quy định.

** Chủ tịch Hội đồng thành viên*

Chủ tịch Hội đồng thành viên do hội đồng thành viên bầu ra và có thể kiêm Giám đốc (Tổng giám đốc).

Hội đồng thành viên bầu một thành viên làm Chủ tịch. Chủ tịch Hội đồng thành viên có thể kiêm Giám đốc hoặc Tổng giám đốc công ty.

Chủ tịch Hội đồng thành viên có các quyền và nhiệm vụ sau đây:

(a) Chuẩn bị hoặc tổ chức việc chuẩn bị chương trình, kế hoạch hoạt động của Hội đồng thành viên;

(b) Chuẩn bị hoặc tổ chức việc chuẩn bị chương trình, nội dung, tài liệu họp Hội đồng thành viên hoặc để lấy ý kiến các thành viên;

(c) Triệu tập và chủ trì cuộc họp Hội đồng thành viên hoặc tổ chức việc lấy ý kiến các thành viên;

(d) Giám sát hoặc tổ chức giám sát việc thực hiện các quyết định của Hội đồng thành viên;

(đ) Thay mặt Hội đồng thành viên ký các quyết định của Hội đồng thành viên;

(e) Các quyền và nhiệm vụ khác theo quy định của Luật này và Điều lệ công ty.

Nhiệm kỳ của Chủ tịch Hội đồng thành viên không quá năm năm. Chủ tịch Hội đồng thành viên có thể được bầu lại với số nhiệm kỳ không hạn chế.

Trường hợp Điều lệ công ty quy định Chủ tịch Hội đồng thành viên là người đại diện theo pháp luật thì các giấy tờ giao dịch phải ghi rõ điều đó.

Trường hợp vắng mặt thì Chủ tịch Hội đồng thành viên uỷ quyền bằng văn bản cho một thành viên thực hiện các quyền và nhiệm vụ của Chủ tịch Hội đồng thành viên theo nguyên tắc quy định tại Điều lệ công ty. Trường hợp không có thành viên được uỷ quyền hoặc Chủ tịch Hội đồng thành viên không làm việc được thì các thành viên còn lại bầu một người trong số các thành viên tạm thời thực hiện quyền và nhiệm vụ của Chủ tịch Hội đồng thành viên theo nguyên tắc đa số quá bán.

** Giám đốc (Tổng giám đốc)*

Giám đốc (Tổng giám đốc) do Hội đồng thành viên bổ nhiệm, miễn nhiệm, là người điều hành hoạt động hàng ngày của công ty và là đại diện theo pháp luật của công ty, nếu Điều lệ không quy định người đại diện theo pháp luật là Chủ tịch Hội đồng thành viên.

Giám đốc hoặc Tổng giám đốc phải có các tiêu chuẩn và điều kiện sau đây:

- + Có đủ năng lực hành vi dân sự và không thuộc đối tượng bị cấm quản lý doanh nghiệp theo quy định của Luật này;

- + Là cá nhân sở hữu ít nhất 10% vốn điều lệ của công ty hoặc người không phải là thành viên, có trình độ chuyên môn, kinh nghiệm thực tế trong quản trị kinh doanh hoặc trong các ngành, nghề kinh doanh chủ yếu của công ty hoặc tiêu chuẩn, điều kiện khác quy định tại Điều lệ công ty.

Đối với công ty con của công ty có phần vốn góp, cổ phần của Nhà nước chiếm trên 50% vốn điều lệ thì ngoài các tiêu chuẩn và điều kiện quy định. Giám đốc hoặc Tổng giám đốc không được là vợ hoặc chồng, cha, cha nuôi, mẹ, mẹ nuôi, con, con nuôi, anh, chị, em ruột của người quản lý và người có thẩm quyền bổ nhiệm người quản lý của công ty mẹ.

Chế độ làm việc, quyền và nhiệm vụ của Hội đồng thành viên, Chủ tịch Hội đồng thành viên, Giám đốc do pháp luật và Điều lệ công ty quy định.

** Ban kiểm soát*

Ban kiểm soát do Hội đồng thành viên bầu ra quyền, nhiệm vụ và chế độ làm việc của Ban kiểm soát và Trưởng ban kiểm soát do Điều lệ công ty quy định.

d. Quyền và nghĩa vụ của thành viên công ty

Quyền của thành viên công ty: Thành viên của công ty có các quyền sau:

- Được quyền chia lợi nhuận sau khi đã nộp thuế và hoàn thành các nghĩa vụ tài chính khác theo quy định của pháp luật tương ứng với phần vốn góp của công ty.

- Tham dự hội đồng thành viên, tham gia thảo luận, kiến nghị, biểu quyết các vấn đề thuộc thẩm quyền của hội đồng thành viên.

- Có số phiếu biểu quyết tương ứng với phần vốn góp.

- Xem sổ đăng ký thành viên, sổ kế toán, báo cáo tài chính hàng năm, những tài liệu khác của công ty và nhận bản trích lục hoặc bản sao các tài liệu này.

- Được chia giá trị tài sản còn lại của công ty tương ứng với phần vốn góp khi công ty giải thể hoặc phá sản.

- Được ưu tiên góp thêm vốn khi công ty tăng vốn điều lệ, được quyền chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ phần vốn góp.

- Khởi kiện Giám đốc khi Giám đốc không thực hiện đúng quyền và nghĩa vụ do mình gây thiệt hại đến lợi ích của thành viên đó.

- Thành viên hoặc nhóm thành viên sở hữu trên 35% vốn điều lệ hoặc nhỏ hơn do điều lệ quy định có quyền yêu cầu triệu tập hội đồng thành viên để giải quyết các vấn đề thuộc thẩm quyền.

- Các quyền khác theo quy định khác của Luật doanh nghiệp và điều lệ công ty.

Nghĩa vụ của thành viên công ty: Thành viên của công ty có nghĩa vụ sau:

- Góp đủ, đúng hạn số vốn đã cam kết và chịu trách nhiệm về các khoản nợ và các nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi số vốn đã cam kết góp vốn với công ty; không được rút vốn góp ra khỏi công ty dưới mọi hình thức, trừ trường hợp pháp luật quy định.

- Tuân thủ điều lệ công ty

- Chấp hành quyết định của Hội đồng thành viên

- Thực hiện nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật

- Chịu trách nhiệm cá nhân khi nhân danh công ty để thực hiện các hành vi sau đây:

- Vi phạm pháp luật.

- Tiến hành kinh doanh hoặc giao dịch khác không nhằm phục vụ lợi ích của công ty và gây thiệt hại cho người khác.

- Thanh toán các khoản nợ chưa đến hạn trước nguy cơ tài chính có thể xảy ra đối với công ty.

2.3. Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên

a. Khái niệm

Điều 63 Luật doanh nghiệp 2005 quy định:

Công ty trách nhiệm hữu hạn là doanh nghiệp, trong đó:

“Thành viên của công ty có thể tổ chức, cá nhân; Số lượng thành viên công ty không vượt quá 50; Thành viên chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của doanh nghiệp trong phạm vi số vốn cam kết góp vào doanh nghiệp; Phần vốn của thành viên chỉ được chuyển nhượng theo quy định tại Điều 43,44,45 của luật này;

Công ty trách nhiệm hữu hạn có tư cách pháp nhân kể từ ngày được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh.

Công ty trách nhiệm hữu hạn không được quyền phát hành cổ phần”;

b. Đặc điểm

Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên có các đặc điểm sau:

Thứ nhất, về chủ sở hữu

Do một tổ chức hoặc một cá nhân làm chủ sở hữu.

Thứ hai, về tư cách pháp nhân

Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là tổ chức có tư cách pháp nhân và phải chịu trách nhiệm về các khoản nợ của doanh nghiệp trong phạm vi vốn Điều lệ.

Thứ ba, về phát hành chứng khoán

Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên không được phát hành cổ phần để huy động vốn trong kinh doanh.

Thứ tư, về chuyển nhượng vốn góp

Việc chuyển nhượng vốn góp được thực hiện theo quy định của pháp luật.

Luật doanh nghiệp quy định: Chủ sở hữu công ty chỉ được quyền rút vốn bằng cách chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ số

vốn điều lệ cho tổ chức hoặc cá nhân khác; trường hợp rút một phần hoặc toàn bộ vốn đã góp ra khỏi công ty dưới hình thức khác thì phải liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty.

Trường hợp chuyển nhượng một phần vốn điều lệ cho tổ chức hoặc cá nhân khác, công ty phải đăng ký chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày chuyển nhượng.

Chủ sở hữu công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên cần chú ý một số nội dung sau:

- Phải tách biệt tài sản của chủ sở hữu công ty với tài sản của công ty. Đối với chủ sở hữu công ty là cá nhân còn phải tách biệt các chi tiêu của cá nhân với các chi tiêu với tư cách là Chủ tịch công ty và Giám đốc (Tổng giám đốc) công ty.

- Không được rút lợi nhuận khi công ty không thanh toán đủ các khoản nợ và các nghĩa vụ tài sản khác

- Chủ sở hữu công ty chỉ được rút vốn bằng cách chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ vốn điều lệ cho cá nhân, tổ chức khác.

c. Cơ cấu tổ chức quản lý của công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên

(1) Cơ cấu tổ chức công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là một tổ chức

Luật doanh nghiệp 2005 quy định: Chủ sở hữu công ty bổ nhiệm một hoặc một số người đại diện theo uỷ quyền với nhiệm kỳ không quá năm năm để thực hiện các quyền và nghĩa vụ của mình theo quy định của Luật và pháp luật có liên quan. Người đại diện theo uỷ quyền phải có đủ các tiêu chuẩn và điều kiện theo quy định của pháp luật. Chủ sở hữu công ty có quyền thay thế người đại diện theo uỷ quyền bất cứ khi nào.

Trường hợp có ít nhất hai người được bổ nhiệm làm đại diện theo uỷ quyền thì cơ cấu tổ chức quản lý của công ty bao gồm Hội đồng thành viên,

Giám đốc hoặc Tổng giám đốc và Kiểm soát viên; trong trường hợp này, Hội đồng thành viên gồm tất cả người đại diện theo uỷ quyền.

Trường hợp một người được bổ nhiệm làm người đại diện theo uỷ quyền thì người đó làm Chủ tịch công ty; trong trường hợp này cơ cấu tổ chức quản lý của công ty bao gồm Chủ tịch công ty, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc và Kiểm soát viên.

Điều lệ công ty quy định Chủ tịch Hội đồng thành viên hoặc Chủ tịch công ty hoặc Giám đốc hoặc Tổng giám đốc là người đại diện theo pháp luật của công ty. Người đại diện theo pháp luật của công ty phải thường trú ở Việt Nam; nếu vắng mặt quá ba mươi ngày ở Việt Nam thì phải uỷ quyền bằng văn bản cho người khác làm người đại diện theo pháp luật của công ty theo nguyên tắc quy định tại Điều lệ công ty.

(2) Cơ cấu tổ chức công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là một cá nhân

Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là cá nhân có Chủ tịch công ty, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc. Chủ sở hữu công ty đồng thời là Chủ tịch công ty. Chủ tịch công ty hoặc Giám đốc hoặc Tổng giám đốc là người đại diện theo pháp luật của công ty theo Điều lệ của công ty quy định.

Chủ tịch công ty có thể kiêm nhiệm hoặc thuê người khác làm Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc.

Quyền, nghĩa vụ, nhiệm vụ của Giám đốc được quy định tại Điều lệ của công ty, hợp đồng lao động mà Giám đốc hoặc Tổng giám đốc ký với Chủ tịch công ty.

d. Quyền và nghĩa vụ của chủ sở hữu công ty

**** Đối với tổ chức***

Luật doanh nghiệp quy định quyền của chủ sở hữu công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là tổ chức như sau:

- Quyết định nội dung Điều lệ công ty, sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty;

- Quyết định chiến lược phát triển và kế hoạch kinh doanh hằng năm của công ty;
- Quyết định cơ cấu tổ chức quản lý công ty, bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức các chức danh quản lý công ty;
- Quyết định các dự án đầu tư có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty;
- Quyết định các giải pháp phát triển thị trường, tiếp thị và công nghệ;
- Thông qua hợp đồng vay, cho vay và các hợp đồng khác do Điều lệ công ty quy định có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty;
- Quyết định bán tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty;
- Quyết định tăng vốn Điều lệ của công ty: chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ vốn điều lệ của công ty cho tổ chức, cá nhân khác;
- Quyết định thành lập công ty con, góp vốn vào công ty khác;
- Tổ chức giám sát và đánh giá hoạt động kinh doanh của công ty;
- Quyết định việc sử dụng lợi nhuận sau khi đã hoàn thành nghĩa vụ thuế và các nghĩa vụ tài chính khác của công ty;
- Quyết định tổ chức lại, giải thể và yêu cầu phá sản của công ty;
- Thu hồi toàn bộ giá trị toàn bộ tài sản của công ty sau khi công ty hoàn thành giải thể hoặc phá sản.

** Đối với cá nhân*

Luật doanh nghiệp 2005 quy định quyền của chủ sở hữu công ty là cá nhân là:

- Quyết định nội dung Điều lệ công ty, sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty;

- Quyết định đầu tư, kinh doanh và quản trị nội bộ doanh nghiệp, trừ trường hợp điều lệ công ty có quy định khác;

- Chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ vốn điều lệ của công ty cho tổ chức, cá nhân khác;

- Quyết định việc sử dụng lợi nhuận sau khi đã hoàn thành nghĩa vụ thuế và các nghĩa vụ tài chính khác của công ty;

- Quyết định tổ chức lại, giải thể và yêu cầu phá sản công ty;

- Thu hồi toàn bộ giá trị toàn bộ tài sản của công ty sau khi công ty hoàn thành giải thể hoặc phá sản.

- Các quyền khác theo quy định của Luật này và Điều lệ công ty.

Nghĩa vụ của chủ sở hữu công ty

Điều 65 Luật doanh nghiệp 2005 quy định chủ sở hữu công ty có các quyền và nghĩa vụ sau:

- Góp vốn đầy đủ và đúng hạn đã cam kết; trường hợp không góp đủ và đúng hạn số vốn đã cam kết thì phải chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty.

- Tuân thủ Điều lệ công ty.

- Phải xác định và tách biệt tài sản của chủ sở hữu công ty và tài sản của công ty.

Chủ sở hữu công ty là cá nhân phải tách biệt các chi tiêu của cá nhân và gia đình mình với các chi tiêu trên cương vị là Chủ tịch công ty và Giám đốc hoặc Tổng giám đốc.

- Tuân thủ quy định của pháp luật về hợp đồng và pháp luật có liên quan trong việc mua, bán, vay, cho vay, thuê, cho thuê và các giao dịch khác giữa công ty và chủ sở hữu công ty.

- Thực hiện các nghĩa vụ khác theo quy định của Luật này và Điều lệ công ty.

d. Quyền và nghĩa vụ của chủ sở hữu công ty

(1) Quyền của chủ sở hữu

**** Đối với tổ chức***

Luật doanh nghiệp quy định quyền của chủ sở hữu công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là tổ chức như sau:

- Quyết định nội dung Điều lệ công ty, sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty;
- Quyết định chiến lược phát triển và kế hoạch kinh doanh hằng năm của công ty;
- Quyết định cơ cấu tổ chức quản lý công ty, bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức các chức danh quản lý công ty;
- Quyết định các dự án đầu tư có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty;
- Quyết định các giải pháp phát triển thị trường, tiếp thị và công nghệ;
- Thông qua hợp đồng vay, cho vay và các hợp đồng khác do Điều lệ công ty quy định có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty;
- Quyết định bán tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty;
- Quyết định tăng vốn Điều lệ của công ty: chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ vốn điều lệ của công ty cho tổ chức, cá nhân khác;
- Quyết định thành lập công ty con, góp vốn vào công ty khác;
- Tổ chức giám sát và đánh giá hoạt động kinh doanh của công ty;
- Quyết định việc sử dụng lợi nhuận sau khi đã hoàn thành nghĩa vụ thuế và các nghĩa vụ tài chính khác của công ty;
- Quyết định tổ chức lại, giải thể và yêu cầu phá sản của công ty;
- Thu hồi toàn bộ giá trị toàn bộ tài sản của công ty sau khi công ty hoàn thành giải thể hoặc phá sản.

** Đối với cá nhân*

Luật doanh nghiệp 2005 quy định quyền của chủ sở hữu công ty là cá nhân là:

- Quyết định nội dung Điều lệ công ty, sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty;
- Quyết định đầu tư, kinh doanh và quản trị nội bộ doanh nghiệp, trừ trường hợp điều lệ công ty có quy định khác;
- Chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ vốn điều lệ của công ty cho tổ chức, cá nhân khác;
- Quyết định việc sử dụng lợi nhuận sau khi đã hoàn thành nghĩa vụ thuế và các nghĩa vụ tài chính khác của công ty;
- Quyết định tổ chức lại, giải thể và yêu cầu phá sản công ty;
- Thu hồi toàn bộ giá trị toàn bộ tài sản của công ty sau khi công ty hoàn thành giải thể hoặc phá sản.
- Các quyền khác theo quy định của Luật và Điều lệ công ty.

(2) Nghĩa vụ của chủ sở hữu công ty

Điều 65 Luật doanh nghiệp 2005 quy định chủ sở hữu công ty có các quyền và nghĩa vụ sau:

- Góp vốn đầy đủ và đúng hạn đã cam kết; trường hợp không góp đủ và đúng hạn số vốn đã cam kết thì phải chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty.
- Tuân thủ Điều lệ công ty.
- Phải xác định và tách biệt tài sản của chủ sở hữu công ty và tài sản của công ty.

Chủ sở hữu công ty là cá nhân phải tách biệt các chi tiêu của cá nhân và gia đình mình với các chi tiêu trên cương vị là Chủ tịch công ty và Giám đốc hoặc Tổng giám đốc.

- Tuân thủ quy định của pháp luật về hợp đồng và pháp luật có liên quan trong việc mua, bán, vay, cho vay, thuê, cho thuê và các giao dịch khác giữa công ty và chủ sở hữu công ty.

- Thực hiện các nghĩa vụ khác theo quy định của Luật và Điều lệ công ty.

Một số điểm lưu ý đối với công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên.

- Phải tách biệt tài sản của chủ sở hữu công ty với tài sản của công ty. Đối với chủ sở hữu là cá nhân, còn tách biệt các chi tiêu của cá nhân và gia đình với các chi tiêu trên cương vị là Giám đốc (tổng giám đốc công ty).

- Chỉ được tăng vốn điều lệ mà không được giảm vốn điều lệ.

- Không được rút lợi nhuận khi công ty không thanh toán đủ các khoản nợ và các nghĩa vụ tài sản khác.

- Phân biệt công ty trách nhiệm hữu hạn do một cá nhân làm chủ sở hữu với doanh nghiệp tư nhân.

2.4. Công ty hợp danh

a. Khái niệm

Trên thế giới, công ty hợp danh là loại hình đặc trưng của công ty đối nhân và không có tư cách pháp nhân., trong đó có ít nhất hai thành viên hợp danh cùng hoạt động thương mại dưới một hăng chung và đều chịu trách nhiệm vô hạn về các khoản nợ của công ty.

Công ty hợp danh theo pháp luật Việt Nam có một số điểm khác biệt với công ty hợp danh thế giới. Theo Luật doanh nghiệp 2005, tại Điều 130 quy định: “ *Công ty hợp danh là doanh nghiệp, trong đó phải có ít nhất hai thành viên là sở hữu chung của công ty, cùng nhau kinh doanh dưới một tên chung (gọi là thành viên hợp danh); ngoài các thành viên hợp danh, có thể có thành viên góp vốn;*

Thành viên hợp danh phải là cá nhân, chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình về các nghĩa vụ của công ty; Thành viên góp vốn chỉ chịu trách nhiệm về các khoản nợ của công ty trong phạm vi số vốn đã góp vào công ty.

Công ty hợp danh có tư cách pháp nhân kể từ ngày được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Công ty hợp danh không được phát hành bất kỳ loại chứng khoán nào”.

b. Đặc điểm

Công ty hợp danh có đặc điểm sau:

Thứ nhất, về phân loại công ty hợp danh

Có hai loại công ty hợp danh: công ty hợp danh mà trong đó có tất cả thành viên là thành viên hợp danh và công ty hợp danh vừa có thành viên hợp danh vừa có thành viên góp vốn.

Thứ hai, về thành viên

Có ít nhất hai thành viên là chủ sở hữu chung của công ty cùng nhau kinh doanh dưới một tên chung (gọi là thành viên hợp danh); Ngoài ra, còn có thể có thành viên góp vốn. Thành viên hợp danh phải là cá nhân, chịu trách nhiệm bằng tài sản của mình về các nghĩa vụ của công ty. Thành viên góp vốn chỉ chịu trách nhiệm về các khoản nợ của công ty trong phạm vi số vốn góp vào công ty.

- Thành viên hợp danh: Là thành viên bắt buộc phải có, ít nhất 2 thành viên; là người đại diện theo pháp luật của công ty; chịu một số hạn chế về quyền theo quy định của pháp luật (Điều 133 Luật doanh nghiệp).

- Thành viên góp vốn: là thành viên có thể có trong công ty; có thể là cá nhân hoặc tổ chức; Thành viên góp vốn chỉ chịu trách nhiệm hữu hạn trong phạm vi phần vốn góp; không được tham gia quản lý công ty, không được nhân danh công ty tham gia các hoạt động kinh doanh.

Thứ ba, về phát hành chứng khoán

Công ty hợp danh không được phát hành bất kỳ loại chứng khoán nào.

Thứ tư, về tư cách pháp nhân

Công ty hợp danh có tư cách pháp nhân kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh.

c. Vốn và chế độ tài chính của công ty hợp danh

- Không được phát hành bất kỳ loại chứng khoán nào để huy động vốn trong kinh doanh

- Khi thành lập, các thành viên phải góp vốn vào vốn điều lệ của công ty. Số vốn được góp phải ghi rõ trong điều lệ công ty.

- Tài sản của công ty hợp danh bao gồm tài sản góp vốn của các thành viên đã chuyển quyền sở hữu cho công ty; tài sản tạo lập mang tên công ty, tài sản thu được từ hoạt động kinh doanh do các thành viên hợp danh thực hiện nhân danh công ty và từ hoạt động kinh doanh các ngành nghề kinh doanh đã đăng ký của công ty do các thành viên hợp danh nhân danh cá nhân thực hiện; các tài sản khác theo quy định của pháp luật.

- Thành viên hợp danh và thành viên góp vốn phải góp đủ và đúng hạn số vốn đã cam kết. Tại thời điểm góp đủ số vốn đã cam kết, thành viên được cấp giấy chứng nhận phần vốn góp.

d. Cơ cấu tổ chức quản lý của công ty hợp danh

Cơ cấu tổ chức quản lý công ty hợp danh do các thành viên hợp danh thỏa thuận trong Điều lệ công ty. Các thành viên hợp danh có quyền ngang nhau khi quyết định các vấn đề quản lý công ty. Pháp luật quy định, cơ cấu tổ chức quản lý của công ty hợp danh gồm Hội đồng thành viên và Giám đốc.

(1) Hội đồng thành viên

Cơ cấu tổ chức quản lý công ty hợp danh do các thành viên hợp danh thỏa thuận trong Điều lệ công ty. Các thành viên hợp danh có quyền ngang nhau khi quyết định các vấn đề quản lý công ty. Pháp luật quy định, cơ cấu tổ chức quản lý của công ty hợp danh gồm Hội đồng thành viên và Giám đốc.

Tất cả thành viên hợp lại thành Hội đồng thành viên. Hội đồng thành viên bầu một thành viên hợp danh làm Chủ tịch Hội đồng thành viên, đồng thời kiêm Giám đốc hoặc Tổng giám đốc công ty nếu Điều lệ công ty không có quy định khác.

Thành viên hợp danh có quyền yêu cầu triệu tập họp Hội đồng thành viên để thảo luận và quyết định công việc kinh doanh của công ty. Thành viên yêu cầu triệu tập họp phải chuẩn bị nội dung, chương trình và tài liệu họp.

Hội đồng thành viên có quyền quyết định tất cả công việc kinh doanh của công ty. Nếu Điều lệ công ty không quy định thì quyết định các vấn đề sau đây phải được ít nhất ba phần tư tổng số thành viên hợp danh chấp thuận:

- Phương hướng phát triển công ty;
- Sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty;
- Tiếp nhận thêm thành viên hợp danh mới;
- Chấp nhận thành viên hợp danh rút khỏi công ty hoặc quyết định khai trừ thành viên;
- Quyết định dự án đầu tư;
- Quyết định việc vay và huy động vốn dưới hình thức khác, cho vay với giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% vốn điều lệ của công ty, trừ trường hợp Điều lệ công ty quy định một tỷ lệ khác cao hơn;
- Quyết định mua, bán tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn vốn điều lệ của công ty, trừ trường hợp Điều lệ công ty quy định một tỷ lệ khác cao hơn;
- Quyết định thông qua báo cáo tài chính hằng năm, tổng số lợi nhuận được chia và số lợi nhuận chia cho từng thành viên;
- Quyết định giải thể công ty.

Quyết định về các vấn đề khác không quy định được thông qua nếu được ít nhất hai phần ba tổng số thành viên hợp danh chấp thuận; tỷ lệ cụ thể do Điều lệ công ty quy định.

Quyền tham gia biểu quyết của thành viên góp vốn được thực hiện theo quy định của Luật và Điều lệ công ty.

Chủ tịch Hội đồng thành viên có thể triệu tập họp Hội đồng thành viên khi xét thấy cần thiết hoặc theo yêu cầu của thành viên hợp danh.

Trường hợp Chủ tịch Hội đồng thành viên không triệu tập họp theo yêu cầu của thành viên hợp danh thì thành viên đó triệu tập họp Hội đồng thành viên.

Thông báo mời họp có thể bằng giấy mời, điện thoại, fax, telex hoặc các phương tiện điện tử khác. Thông báo mời họp phải nêu rõ mục đích, yêu cầu và nội dung họp, chương trình và địa điểm họp, tên thành viên yêu cầu triệu tập họp.

Các tài liệu thảo luận được sử dụng để quyết định các vấn đề quy định phải được gửi trước đến tất cả thành viên; thời hạn gửi trước do Điều lệ công ty quy định.

(2) Giám đốc công ty hợp danh

Giám đốc công ty hợp danh có nhiệm vụ phân công, điều hoà và phối hợp công việc của các thành viên hợp danh; Điều hành công việc trong công ty; thực hiện công việc khác theo uỷ quyền của các thành viên hợp danh.

d. Quyền và nghĩa vụ của công ty

Quyền và nghĩa vụ của thành viên công ty được quy định tùy theo loại thành viên.

- Quyền của thành viên hợp danh

Đối với thành viên hợp danh của công ty, Luật doanh nghiệp quy định thành viên có các quyền sau đây:

1. Tham gia họp, thảo luận và biểu quyết về các vấn đề của công ty; mỗi thành viên hợp danh có một phiếu biểu quyết hoặc có số phiếu biểu quyết khác quy định tại Điều lệ công ty;

2. Nhân danh công ty tiến hành các hoạt động kinh doanh các ngành nghề kinh doanh đã đăng ký; đàm phán và ký kết hợp đồng, thỏa thuận hoặc giao ước với những điều kiện mà thành viên hợp danh đó coi là có lợi nhất cho công ty;

3. Sử dụng con dấu, tài sản của công ty để hoạt động kinh doanh các ngành nghề đã đăng ký; nếu ứng trước tiền của mình để thực hiện công việc kinh doanh của công ty thì có quyền yêu cầu công ty

hoàn trả lại cả số tiền gốc và lãi theo lãi suất thị trường trên số tiền gốc đã ứng trước;

4. Yêu cầu công ty bù đắp thiệt hại từ hoạt động kinh doanh trong thẩm quyền nếu thiệt hại đó xảy ra không phải do sai sót cá nhân của chính thành viên đó;

5. Được chia lợi nhuận tương ứng với tỷ lệ với góp hoặc theo thỏa thuận hoặc theo thỏa thuận tại điều lệ công ty;

6. Khi công ty giải thể hoặc phá sản, được chia một phần giá trị tài sản còn lại theo tỷ lệ góp vốn vào công ty nếu Điều lệ công ty không quy định một tỷ lệ khác;

7. Trường hợp thành viên hợp danh chết hoặc bị tuyên bố là đã chết thì người thừa kế của thành viên được hưởng phần giá trị tài sản tại công ty sau khi đã trừ đi phần nợ thuộc trách nhiệm của thành viên đó. Người thừa kế có thể trở thành thành viên hợp danh nếu được Hội đồng thành viên chấp nhận;

8. Các quyền khác theo quy định của Luật và Điều lệ công ty;

Ngoài ra, Luật doanh nghiệp cũng quy định các quyền sau: Các thành viên hợp danh có quyền đại diện theo pháp luật và tổ chức điều hành hoạt động kinh doanh hằng ngày của công ty. Mọi hạn chế đối với thành viên hợp danh trong thực hiện công việc kinh doanh hằng ngày của công ty chỉ có hiệu lực đối với bên thứ ba khi người đó được biết về hạn chế đó.

Trong điều hành hoạt động kinh doanh của công ty, thành viên hợp danh phân công nhau đảm nhiệm các chức danh quản lý và kiểm soát công ty. Khi một số hoặc tất cả thành viên hợp danh cùng thực hiện một số công việc kinh doanh thì quyết định được thông qua theo nguyên tắc đa số. Hoạt động do thành viên hợp danh thực hiện ngoài phạm vi hoạt động kinh doanh các ngành, nghề kinh doanh đã đăng ký của công ty đều không thuộc trách nhiệm của công ty, trừ trường hợp hoạt động đó đã được các thành viên còn lại chấp thuận.

Bên cạnh, đó Luật doanh nghiệp cũng quy định một số hạn chế đối với quyền của thành viên hợp danh. Đó là:

- Thành viên hợp danh không được làm chủ doanh nghiệp tư nhân hoặc thành viên hợp danh của công ty hợp danh khác, trừ trường hợp được sự nhất trí của các thành viên hợp danh còn lại;

- Thành viên hợp danh không được quyền nhân danh cá nhân hoặc nhân danh người khác thực hiện kinh doanh cùng ngành, nghề kinh doanh của công ty đó để tư lợi hoặc phục vụ lợi ích của tổ chức, cá nhân khác;

- Thành viên hợp danh không được quyền chuyển một phần hoặc toàn bộ phần vốn góp của mình tại công ty cho người khác nếu không được sự chấp thuận của các thành viên hợp danh còn lại.

- Nghĩa vụ của thành viên hợp danh

Về nghĩa vụ của thành viên hợp danh, Luật doanh nghiệp quy định thành viên có các nghĩa vụ sau đây:

1. Tiến hành quản lý và thực hiện công việc kinh doanh một cách trung thực, cẩn trọng và tốt nhất bảo đảm lợi ích hợp pháp tối đa cho công ty và tất cả các thành viên;

2. Tiến hành quản lý và hoạt động kinh doanh của công ty theo đúng quy định của pháp luật, Điều lệ công ty và quyết định của Hội đồng thành viên; nếu làm trái quy định, gây thiệt hại cho công ty thì phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại;

3. Không được sử dụng tài sản của công ty để tư lợi hoặc phục vụ lợi ích của tổ chức, cá nhân khác.

4. Hoàn trả cho công ty số tiền, tài sản đã nhận và bồi thường thiệt hại gây ra đối với công ty trong trường hợp nhân danh công ty, nhân danh cá nhân hoặc nhân danh người khác để nhận tiền hoặc tài sản khác từ hoạt động kinh doanh các ngành nghề đã đăng ký của công ty mà không đem nộp cho công ty.

5. Liên đới chịu trách nhiệm thanh toán hết số nợ còn lại của công ty nếu tài sản của công ty không đủ để trang trải các khoản nợ của công ty;

6. Chịu lỗ tương ứng với phần vốn góp vào công ty hoặc theo thỏa thuận quy định tại Điều lệ công ty trong trường hợp công ty kinh doanh bị lỗ;

7. Định kỳ hàng tháng báo cáo trung thực, chính xác bằng văn bản tình hình và kết quả kinh doanh của mình với công ty; cung cấp thông tin về tình hình kết quả kinh doanh của mình cho thành viên có yêu cầu;

8. Các nghĩa vụ khác theo quy định của Luật và Điều lệ công ty.

- *Quyền của thành viên góp vốn*

Đối với thành viên góp vốn của công ty, Luật doanh nghiệp quy định thành viên có các quyền sau đây:

1. Tham gia họp, thảo luận và biểu quyết tại Hội đồng thành viên về việc sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty; sửa đổi, bổ sung các quyền và nghĩa vụ của thành viên góp vốn, về tổ chức lại và giải thể công ty và các nội dung khác của Điều lệ công ty có liên quan trực tiếp đến quyền và nghĩa vụ của họ;

2. Được chia lợi nhuận hàng năm tương ứng với tỷ lệ vốn góp trong vốn Điều lệ của công ty;

3. Được cung cấp báo cáo tài chính hàng năm của công ty; có quyền yêu cầu Chủ tịch Hội đồng thành viên, thành viên hợp danh cung cấp đầy đủ và trung thực các thông tin về tình hình kinh doanh và kết quả kinh doanh của công ty; xem xét sổ sách kế toán, sổ biên bản, họp đồng, giao dịch, hồ sơ và tài liệu khác của công ty.

4. Chuyển nhượng phần vốn góp của mình tại công ty cho người khác.

5. Nhân danh cá nhân hoặc nhân danh người khác tiến hành kinh doanh các ngành nghề đã đăng ký kinh doanh của công ty.

6. Định đoạt phần vốn góp của mình bằng cách để thừa kế, tặng cho, thế chấp, cầm cố và các hình thức khác theo quy định của pháp luật và Điều lệ công ty; trường hợp chết hoặc bị Tòa tuyên bố là đã chết thì người thừa kế thay thế thành viên trở thành thành viên góp vốn của công ty.

7. Được chia một phần giá trị tài sản còn lại của công ty tương ứng với tỷ lệ vốn góp trong vốn Điều lệ công ty khi công ty giải thể hoặc phá sản.

8. Các quyền khác theo quy định của pháp luật.

- *Nghĩa vụ của thành viên góp vốn*

Về nghĩa vụ của thành viên góp vốn, Luật doanh nghiệp quy định thành viên có các nghĩa vụ sau:

1. Chịu trách nhiệm về các khoản nợ nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi số vốn đã cam kết góp.

2. Không được tham gia quản lý công ty, không được tiến hành công việc kinh doanh nhân danh công ty.

3. Tuân thủ Điều lệ, nội quy công ty và quyết định của Hội đồng thành viên..

4. Các nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật.

MỘT SỐ CÂU HỎI VÀ BÀI TẬP TÌNH HUỐNG ÔN TẬP

Câu số 1.

Thời gian : 60 phút

Mức độ: Trung bình

Dựa vào quy định của pháp luật, Anh (Chị) hãy phân biệt

1. Các khái niệm : Thương nhân, thương gia, doanh nhân nhân, doanh nghiệp.
2. Chế độ trách nhiệm tài sản hữu hạn với trách nhiệm tài sản vô hạn.
3. Doanh nghiệp tư nhân với hộ gia đình.
4. Thành viên hợp danh và thành viên góp vốn trong công ty hợp danh.
5. Phân biệt hợp tác xã (Theo Luật Hợp tác xã 2012) với công ty TNHH 2 thành viên.
6. Phân biệt xã viên hợp tác xã với thành viên công ty

Câu số 2.

Thời gian : 45 phút

Mức độ: Trung bình

Dựa vào các quy định của Luật doanh nghiệp năm 2005, Anh (Chị) hãy :

1. So sánh Công ty hợp danh với Doanh nghiệp tư nhân.
2. So sánh công ty trách nhiệm hữu hạn 1 thành viên với doanh nghiệp tư nhân.
3. So sánh cổ phiếu với trái phiếu.
4. Phân biệt vốn cam kết và vốn đã góp.
5. Phân biệt vốn góp và phần vốn góp.

Câu số 3

Thời gian : 30 phút

Mức độ: Trung bình

Theo quy định của Luật doanh nghiệp, những tài sản nào là tài sản phải định giá khi góp vốn tham gia vào hoạt động kinh doanh. Việc định giá tài sản được tiến hành như thế nào?

Câu số 4

Thời gian : 30 phút

Mức độ: Trung bình

Dựa vào quy định của pháp luật hiện hành, Anh (Chị) hãy cho biết quan điểm của mình về các tình huống sau đây :

Tình huống 1 :

Phạm Lê Mai (16 tuổi), được thừa kế di sản của cha để lại là 100 triệu đồng. Mai muốn góp vốn vào Công ty cổ phần Nhật Hoàng để tham gia hoạt động kinh doanh. Theo Anh (Chị) :

1. Mai có được góp vốn vào công ty cổ phần không? Vì sao?
2. Những văn bản pháp luật nào quy định về vấn đề này?

Tình huống 2 :

Ông Nguyễn Văn An, hiện đang là Hiệu trưởng trường Phổ thông trung học (công lập) Thuận An, Tỉnh X. Ông An có số tiền trị giá là 800 triệu đồng. Số tiền này, Ông An không gửi tiết kiệm ở Ngân hàng mà đã đem đầu tư vào Công ty cổ phần Thái Linh; với phần góp vốn này, Ông An đã được bầu vào Hội đồng thành viên của công ty và giữ chức Chủ tịch Hội đồng thành viên.

Theo Anh (Chị):

1. Ông An có được đầu tư vào Công ty Thái Linh không? Vì sao?
2. Việc giữ chức danh Chủ tịch Hội đồng thành viên của công ty đúng hay sai? Vì sao?

Câu số 5

Thời gian : 30 phút

Mức độ: Trung bình

Ông A và Bà B kết hôn năm 1998. Hai ông bà có tài sản chung trị giá 600 triệu đồng. Tháng 10/2002, ông A và bà B đứng tên hai người đăng ký kinh doanh lĩnh vực vật liệu xây dựng tại Tỉnh Thừa Thiên Huế.

Dựa vào các quy định của Pháp luật hiện hành. Anh (chị) hãy cho biết:

1. Ông A và Bà B có được thành lập doanh nghiệp không? Là loại hình doanh nghiệp nào? Vì sao?
2. Với tư cách là người tư vấn pháp luật, hãy hướng dẫn thủ tục thành lập doanh nghiệp cho Ông A và Bà B (Nếu thành lập được doanh nghiệp).

Câu số 6

Thời gian : 45 phút

Mức độ: Tương đối khó

Công ty TNHH An Bình có 03 sáng lập viên là A, B và C, trong đó A góp 200 triệu đồng, B góp 200 triệu đồng và C góp 200 triệu đồng. Tháng 03/2010, để mở rộng ngành nghề kinh doanh, Hội đồng thành viên công ty đã quyết định tăng vốn điều lệ của công ty lên 900 triệu đồng bằng cách tăng phần vốn góp của các thành viên, mỗi thành viên góp thêm 100 triệu đồng nữa.

Do không có sẵn tiền nên A đã vay toàn bộ 100 triệu của B để góp vào công ty và cam kết sau 5 tháng sẽ trả. Hết hạn 5 tháng, A đã không trả được nợ cho B. B đã đề nghị thanh toán bằng phần vốn đã góp vào công ty nhưng A không chấp nhận. Để có tiền trả nợ, A đã đề nghị công ty mua lại phần vốn góp của mình. Công ty An Bình đã từ chối yêu cầu trên. Do công ty không mua lại phần vốn góp và không có tiền trả nợ, Tháng 04/2011 A đã kiện công ty tại Toà án có thẩm quyền.

Dựa vào các quy định của pháp luật hiện hành. Anh (chị) hãy giải quyết vụ việc trên.

Câu số 7

Thời gian : 45 phút

Mức độ: Trung bình

Dựa vào các quy định của pháp luật hiện hành. Anh (chị) hãy cho biết quan điểm của mình về các tình huống sau:

1. A, B, C mỗi người góp 1 tỷ đồng để thành lập công ty cổ phần An Hải. Các thành viên dự định sẽ phát hành toàn bộ cổ phiếu ưu đãi để thu hút vốn kinh doanh.

2. Hội cựu chiến binh tỉnh A là chủ sở hữu của công ty TNHH Bình Minh (được cấp chứng nhận ĐKKD tháng 10/2010. Sau một thời gian hoạt động, Hội cựu chiến binh đã quyết định rút 200 triệu đồng và sửa đổi vốn trong điều lệ của công ty.

3. Ông A là chủ doanh nghiệp tư nhân, do điều kiện về sức khỏe không đảm bảo nên đã quyết định bán toàn bộ doanh nghiệp cho B (cán bộ của Sở kế hoạch - đầu tư Tỉnh X).

4. Ông A và bà B có tài sản chung là 600 triệu đồng. Hai ông bà muốn Anh (Chị) tư vấn để thành lập Doanh nghiệp tư nhân An Bình do hai ông A đứng tên kinh doanh.

Câu số 8

Thời gian : 45 phút

Mức độ: Trung bình

A được thừa kế một biệt thự lớn nằm ở Trung tâm thành phố T, rất thuận tiện cho việc giao dịch. A muốn sử dụng lợi thế đó để kinh doanh. A có hai người bạn là B - kỹ sư xây dựng, hiện đang là cán bộ hợp đồng của Tổng công ty X và C nhà quản trị kinh doanh, hiện đang làm giám đốc Doanh nghiệp tư nhân Y. Họ đều có nguyện vọng thành lập doanh nghiệp để kinh doanh và sử dụng biệt thự trên làm trụ sở giao dịch.

A muốn góp vốn bằng phần tiền cho thuê biệt thự trong 05 năm với tiền thuê hàng năm là 100 triệu đồng. B muốn góp vốn bằng một số máy móc xây dựng, giá ước tính 500 triệu đồng; C muốn góp 250 triệu đồng bằng tiền mặt. Họ muốn doanh nghiệp được thành lập phải đáp ứng được các yêu cầu sau:

- Cơ sở kinh doanh có con dấu và trụ sở giao dịch riêng.
- Thủ tục thành lập tương đối đơn giản, ít tốn kém.
- Hạn chế được sự thâm nhập của người lạ vào doanh nghiệp.
- Hạn chế rủi ro cho những người tham gia doanh nghiệp.
- Có khả năng dễ dàng huy động vốn hoạt động.

Dựa vào các quy định của pháp luật. Anh (chị) hãy cho biết:

1. A, B, C có quyền thành lập và quản lý doanh nghiệp không? Vì sao?

2. Việc góp vốn của các thành viên có phù hợp với pháp luật không? Vì sao?

3. Hãy tư vấn cho họ loại hình doanh nghiệp và thủ tục thành lập doanh nghiệp phù hợp với yêu cầu của họ.

Câu số 9

Thời gian : 45 phút

Mức độ: Tương đối khó

Công ty TNHH HÒA AN có 04 thành viên trong đó:

An góp 200 triệu bằng tiền mặt (chiếm 20% Vốn điều lệ); Ba góp ngôi nhà được định giá 200 triệu (chiếm 20% vốn điều lệ); Công góp một ô tô và một dây chuyền công nghệ được các bên định giá là 500 triệu (chiếm 50% vốn điều lệ); Dũng góp vốn bằng vàng tính giá trị thực tế tại thời điểm góp vốn là 100 triệu đồng (chiếm 10% vốn điều lệ). Theo điều lệ, Công là Chủ tịch Hội đồng thành viên, Ba là Giám đốc (là đại diện theo pháp luật của công ty), An là Phó giám đốc. Sau một thời gian hoạt động, đã xảy ra tranh chấp giữa Công và Ba.

Với tư cách là Chủ tịch Hội đồng thành viên, là người góp vốn lớn nhất trong công ty, Công đã ra quyết định cách chức Giám đốc công ty và bổ nhiệm An thay Ba. Ba không chấp nhận nên đã giữ lại con dấu. Sau đó, với danh nghĩa là đại diện theo pháp luật của công ty, Ba đã ký hợp đồng vay trị giá 1 tỷ của công ty Nhật Hà.

Công ty Nhật Hà đã chuyển trước số tiền cho công ty Hoà An 500 triệu (tổng giá trị tài sản của công ty Hoà An tại thời điểm này là 1,6 tỷ đồng). Toàn bộ số tiền này Ba đã chuyển vào tài khoản cá nhân của mình. Công đã kiện Ba yêu cầu trả 500 triệu đồng cho công ty. Sau đó, Công ty Nhật Hà cũng đã làm đơn kiện công ty Hoà An đòi công ty trả lại số tiền vay của công ty Nhật Hà.

Dựa vào quy định của pháp luật anh (chị) hãy giải quyết vụ việc trên.

Câu số 10

Thời gian : 45 phút

Mức độ: Trung bình

Công ty hợp danh Phúc Lộc Thọ có 03 thành viên góp vốn thành

lập, trong đó Phúc góp 50% vốn, Lộc góp 40% và Thọ góp 10%. Sau một thời gian, Phúc đã đề nghị chuyển phần vốn góp cho em trai là Hậu. Đồng thời, Phúc yêu cầu công ty phải đổi tên khác không được lấy tên mình ghép vào tên công ty. Việc đề nghị chuyển nhượng vốn của Phúc được Lộc chấp nhận nhưng Thọ không đồng ý.

Việc yêu cầu công ty đổi tên không được các thành viên chấp nhận, vì theo Lộc và Thọ, uy tín của công ty đã gắn liền với tên “Phúc Lộc Thọ”. Phúc không chấp nhận, nên đã yêu cầu cơ quan Nhà nước có thẩm quyền giải quyết.

Dựa vào các quy định của pháp luật, Anh (chị) hãy giải quyết vụ việc trên.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

I. Văn bản luật

1. Hiến pháp 1992 (sửa đổi 2001).
2. Bộ luật dân sự 2005 và các văn bản hướng dẫn thi hành.
3. Bộ luật tố tụng dân sự 2004 (sửa đổi 2011) và các văn bản hướng dẫn thi hành.
4. Luật cạnh tranh 2004 và các văn bản hướng dẫn thi hành thương mại 2005 và các văn bản hướng dẫn thi hành.
5. Luật phá sản 2004 và các văn bản hướng dẫn thi hành.
6. Luật đầu tư 2005 và các văn bản hướng dẫn thi hành.
7. Luật đấu thầu 2005 và các văn bản hướng dẫn thi hành.
8. Luật chứng khoán năm 2006 và văn bản hướng dẫn thi hành.
9. Luật Hợp tác xã 2003, Luật hợp tác xã năm 2012 và văn bản hướng dẫn thi hành.
10. Luật ngân hàng 2006 và văn bản hướng dẫn thi hành.
11. Luật kinh doanh bảo hiểm năm 2000 và văn bản hướng dẫn thi hành.

II. Giáo trình và bài giảng

12. *Giáo trình Luật thương mại* - Đại học Luật Hà Nội – NXB công an nhân dân, Hà Nội năm 2006.
13. *Giáo trình Luật kinh tế* - Đại học Quốc gia Hà Nội – NXB Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội năm 1997.
14. *Giáo trình Luật thương mại I* - Đại học Luật Hà Nội – NXB chính trị quốc gia, Hà Nội năm 2006.
15. *Giáo trình Luật kinh tế* - Trung tâm đào tạo từ xa - Đại học Huế – NXB công an nhân dân, Hà Nội năm 2006.
16. *Giáo trình Luật kinh tế* - Đại học Luật Hà Nội – NXB công an nhân dân, Hà Nội năm 2006 do PGS.TS Nguyễn Như Phát và PGS.TS Phạm Hữu nghị chủ biên.

17. *Giáo trình Luật kinh tế* - Trung tâm đào tạo từ xa - Huế năm 2004 do Th.S Lê Thị Hải Ngọc biên soạn.

18. *Tập bài giảng Luật thương mại 1*, Th.S Cao Đình Lành - Khoa Luật - Đại học Huế.

19. *Tài liệu học tập Luật thương mại 1* - Trung tâm đào tạo từ xa - Huế năm 2009, Th.S Lê Thị Hải Ngọc biên soạn.

20. *Chuyên đề “Luật cạnh tranh”*, *Chuyên đề “Thực tiễn thi hành Luật doanh nghiệp”*; *Chuyên đề “Luật Đầu tư”*, Th.S Lê Thị Hải Ngọc - Khoa Luật - Đại học Huế.

III. Tài liệu khác

21. Nguyễn Bích Hạnh *Tìm hiểu Luật doanh nghiệp*, NXB Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2005.

22. Lê Hồng Hạnh (chủ biên), *Những nền tảng pháp lý cơ bản của nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa*, Hà Nội, 2002.

23. Phạm Duy Nghĩa, *Chuyên khảo về Luật Kinh tế*, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội, 2001.

24. Tạp chí: *Nhà nước và Pháp luật*, *Luật học*, *chứng khoán Việt Nam*, *Tài chính*, *Dân chủ và Pháp luật*, *Toà án nhân dân...*

NHÀ XUẤT BẢN ĐẠI HỌC HUẾ
07 Hà Nội, Huế - Điện thoại: 054.3834486; Fax: 054.3819886

Chịu trách nhiệm xuất bản
Giám đốc: Nguyễn Xuân Khoát
Tổng biên tập: Hoàng Đức Khoa

Biên tập nội dung
TS. Nguyễn Duy Phương

Biên tập kỹ - mỹ thuật
Bình Tuyên

Trình bày bìa
Thiện Đức

Chế bản vi tính
Ngọc Anh

TÀI LIỆU HỌC TẬP
LUẬT THƯƠNG MẠI VIỆT NAM
(PHẦN 1)

In 1000 bản, khổ 16 x 24 cm tại Công ty TNHH In và Bao bì Hưng Phú, Khu phố 1A phường An Phú, thị xã Thuận An, tỉnh Bình Dương.
Số đăng ký KHXB: 210 - 2013/CXB/11 - 03/ĐHH. Quyết định xuất bản số: 97/QĐ-ĐHH-NXB, cấp ngày 06 tháng 07 năm 2013. In xong và nộp lưu chiểu quý III năm 2013.

Chương 1

PHÁP LUẬT TRONG KINH DOANH – THƯƠNG MẠI

1. KHÁI QUÁT VỀ HỢP ĐỒNG TRONG KINH DOANH - THƯƠNG MẠI

Trong thời kỳ kế hoạch hóa tập trung, thuật ngữ “*Hợp đồng kinh tế*” được sử dụng để chỉ các quan hệ phát sinh trong quá trình hoạt động sản xuất – kinh doanh của các chủ thể kinh tế. Qua các thời kỳ phát triển kinh tế của đất nước, để phù hợp với thông lệ quốc tế và bản chất của quan hệ hợp đồng, thuật ngữ “*hợp đồng kinh tế*” được sử dụng bằng các thuật ngữ như: “*hợp đồng trong kinh doanh – thương mại*” hoặc “*hợp đồng thương mại*”.

Để hiểu rõ hơn về hợp đồng trong kinh doanh - thương mại, chúng ta tìm hiểu về sự hình thành, phát triển hợp đồng thương mại qua các thời kỳ phát triển kinh tế của đất nước.

1.1. Sơ lược về sự hình thành, phát triển của hợp đồng trong kinh doanh - thương mại

1.1.1. Thời kỳ trước khi chuyển sang vận hành theo cơ chế kinh tế thị trường (còn gọi là “*hợp đồng kinh tế*” trong cơ chế kế hoạch hoá tập trung)

Ở nước ta dưới thời kỳ Pháp thuộc, đã xuất hiện đã xuất hiện hợp đồng trong một số hoạt động kinh doanh của tư bản Pháp và tư bản Việt Nam dưới hình thức các văn bản thoả thuận căn cứ vào luật lệ cũ.

Nhìn chung, các văn bản đề cập đến nội dung của chế độ hợp đồng, phục vụ cho mục tiêu hợp tác kinh tế của Nhà nước trong giai đoạn đó.

Thuật ngữ hợp đồng kinh tế được sử dụng trong nền kinh tế kế hoạch hoá tập trung từ những năm 1960. Chủ thể tham gia quan hệ hợp đồng là các tổ chức xã hội chủ nghĩa và việc ký kết, thực hiện hợp đồng nhằm thực hiện chỉ tiêu, kế hoạch Nhà nước.

Thời kỳ này, kế hoạch sản xuất – kinh doanh được thực hiện thông qua chỉ tiêu kế hoạch Nhà nước. Chỉ tiêu kế hoạch Nhà nước là yếu tố chủ yếu làm hạn chế sự tự do, bình đẳng thoả thuận của các bên tham gia

quan hệ hợp đồng. Nhà nước đã ban hành một số văn bản pháp luật điều chỉnh quan hệ hợp đồng kinh tế.

Các văn bản pháp luật về hợp đồng kinh tế trong thời kỳ này bao gồm:

- Nghị định số 04/CP ngày 4/1/1960 kèm theo “Bản Điều lệ tạm thời về chế độ hợp đồng kinh tế”.

- Nghị định số 54/CP ngày 10/3/1975 kèm theo Bản Điều lệ về chế độ hợp đồng kinh tế”.

- Ngoài ra, còn có các văn bản quy định về từng chủng loại hợp đồng kinh tế - trong các lĩnh vực, như: xây dựng cơ bản, ngoại thương, vận chuyển hàng hoá, xây dựng...

Có thể nói, thời kỳ này, hợp đồng kinh tế là công cụ pháp lý chủ yếu để Nhà nước quản lý nền kinh tế kế hoạch xã hội chủ nghĩa. Nhà nước quy định rất chặt chẽ các nội dung chủ yếu của hợp đồng kinh tế và buộc các bên phải chấp hành mà không có quyền lựa chọn.

Hợp đồng kinh tế thời kỳ này khác biệt với hợp đồng dân sự hình thành giữa các tổ chức, cá nhân không phải là đơn vị kinh tế nhằm đáp ứng nhu cầu sinh hoạt, tiêu dùng. Hợp đồng kinh tế mang tính kế hoạch, bị chi phối bởi các chỉ tiêu kế hoạch Nhà nước, còn hợp đồng dân sự được thiết lập trên cơ sở tự do thoả thuận, bình đẳng giữa các bên.

Sau đó, năm 1989, Pháp lệnh hợp đồng kinh tế được ban hành¹, là văn bản trong giai đoạn đầu của thời kỳ đổi mới, ghi nhận sự thay đổi quan niệm về hợp đồng kinh tế.

Theo các quy định của Pháp lệnh hợp đồng kinh tế, hợp đồng kinh tế được hình thành trên cơ sở thoả thuận tự nguyện của các bên tham gia quan hệ hợp đồng. Tồn tại song song với Pháp lệnh hợp đồng kinh tế (điều chỉnh hợp đồng kinh tế) là Pháp lệnh hợp đồng dân sự năm 1991 (điều chỉnh hợp đồng dân sự). Cả hai văn bản này cùng điều chỉnh quan hệ hợp đồng nhưng ở hai lĩnh vực khác nhau.

Cùng với sự phát triển của nền kinh tế thị trường định hướng xã

¹ Pháp lệnh hợp đồng kinh tế ban hành ngày 25/9/1989.

hội chủ nghĩa và quá trình hội nhập kinh tế - quốc tế, việc phân biệt hai loại hợp đồng kinh tế và hợp đồng dân sự trong pháp luật Việt Nam dẫn đến nhiều bất cập trong quá trình áp dụng pháp luật và giải quyết tranh chấp kinh tế. Nhiều hợp đồng ký kết giữa các doanh nghiệp nhưng lại bị coi là hợp đồng dân sự vì lý do là doanh nghiệp đó không có tư cách pháp nhân. (Ví dụ: hợp đồng được ký kết giữa hai doanh nghiệp tư nhân với nhau). Đây là một bất cập lớn trong quy định của pháp luật Việt Nam về hợp đồng.

Luật thương mại được Quốc hội khóa XI, kỳ họp thứ 7 thông qua ngày 14 tháng 6 năm 2005 (có hiệu lực từ ngày 1 tháng 1 năm 2006) đã khắc phục được những bất cập trên. Những quan hệ trong kinh doanh – thương mại được ký kết giữa các chủ thể kinh doanh không có tư cách pháp nhân được xác định là hợp đồng thương mại. Việc giải quyết tranh chấp về hợp đồng thương mại vẫn thuộc thẩm quyền của Tòa kinh tế hoặc là Trọng tài kinh tế, giống như hợp đồng kinh tế. Như vậy, các quan hệ hợp đồng được quy định trong văn bản pháp luật bị chòng chéo, phức tạp gây khó khăn cho các chủ thể và cả cơ quan công quyền.

Trước yêu cầu của công cuộc đổi mới và bối cảnh hội nhập quốc tế sâu rộng hơn, ngày 14 tháng 6 năm 2005, Quốc hội đã thông qua Bộ luật dân sự² (còn gọi là Bộ luật Dân sự 2005) và Luật thương mại³ (Luật thương mại 2005).

Hai văn bản luật này được ban hành đánh dấu bước phát triển mới của pháp luật về hợp đồng, đó là sự thống nhất pháp luật về hợp đồng Việt Nam.

Tuy nhiên, do đặc điểm của nền kinh tế quản lý theo cơ chế kế

² Bộ luật Dân sự 2005 có hiệu lực thi hành từ ngày 1/1/2006 (thay thế Bộ luật Dân sự 1995).

³ Luật Thương mại 2005 có hiệu lực thi hành từ ngày 1/1/2006 (thay thế Luật Thương mại 1997).

hoạch hoá tập trung, các quan hệ kinh tế chủ yếu thiết kế theo chiều dọc; phương thức thực hiện chủ yếu bằng hiện vật, các hoạt động kinh tế được kế hoạch chủ quan, tập trung cứng nhắc; việc tính toán giá trị chỉ là hình thức, bị cơ chế cấp phát-giao nộp bóp méo; hợp đồng kinh tế là công cụ để thực hiện kế hoạch Nhà nước, ký kết là một nghĩa vụ, là kỷ luật bắt buộc của Nhà nước với các đơn vị kinh tế khi có quan hệ với nhau.

Quan điểm và nhận thức về hợp đồng kinh tế chưa thật đầy đủ, thiếu khách quan, thậm chí còn sai lệch làm cho pháp luật về hợp đồng kinh tế trong giai đoạn này còn nhiều hạn chế về tính pháp lý trong việc xây dựng và áp dụng pháp luật chưa thật đầy đủ, chính xác; vì thế, chưa phát huy được vai trò và tác dụng của hợp đồng kinh tế.

1.1.2. Thời kỳ sau khi chuyển sang vận hành theo cơ chế kinh tế thị trường (gọi là “hợp đồng kinh tế” trong nền kinh tế thị trường)

Trong điều kiện của cơ chế kinh tế mới, khi quyền tự do kinh doanh được xem như là một nguyên tắc hiến định, thì điều chắc chắn rằng nguyên tắc tự do, tự nguyện, bình đẳng, tính độc lập và tự chịu trách nhiệm về tài sản sẽ được coi là nguyên tắc cơ bản trong quan hệ hợp đồng. Cũng chính nguyên tắc đó, cùng với nguyên tắc tự định đoạt của việc giải quyết tranh chấp đã chi phối quan hệ trao đổi của nền kinh tế thị trường và điều đó dường như đã làm mờ đi ranh giới đã được xác định trong cơ chế kế hoạch hoá tập trung giữa hợp đồng kinh tế với hợp đồng dân sự.

Ở nước ta, khi chuyển sang nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, pháp luật về hợp đồng đã thể hiện sự điều chỉnh có sự phân hoá của nó trên cơ sở tiếp tục phân biệt hợp đồng kinh tế với hợp đồng dân sự. Để thích ứng với cơ chế kinh tế mới, hợp đồng kinh tế đã buộc phải xác định lại các tiêu chí nhận dạng là chủ thể, mục đích và hình thức của nó.

Có thể nói, hợp đồng là sự tự nguyện thoả thuận và thống nhất ý chí giữa các chủ thể tham gia.

1.2. Khái niệm hợp đồng trong kinh doanh - thương mại

Ở Việt Nam, khoa học pháp lý và pháp luật thực định đã sử dụng nhiều khái niệm để chỉ hợp đồng trong lĩnh vực kinh doanh - thương mại như: hợp đồng kinh tế (được ghi nhận trong Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế 1989), hợp đồng thương mại (Luật thương mại 1997, Luật Thương mại 2005), hợp đồng trong kinh doanh - thương mại (Bộ luật tố tụng dân sự 2004).

Pháp luật hiện hành có đề cập đến khái niệm hợp đồng thương mại, hợp đồng trong kinh doanh – thương mại, nhưng không đưa ra định nghĩa cụ thể mà chỉ đưa ra khái niệm chung về hợp đồng dân sự.

Theo quy định của Bộ luật dân sự 2005⁴, “*Hợp đồng dân sự là sự thoả thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền và nghĩa vụ dân sự*”.

Với phạm vi áp dụng của Bộ luật Dân sự 2005⁵, các quy định của hợp đồng dân sự được áp dụng cho các hợp đồng nói chung (trong các lĩnh vực dân sự, lao động, thương mại, đầu tư kinh doanh).

Như vậy, có thể nói, khái niệm hợp đồng dân sự được xem là khái niệm chung về hợp đồng bao gồm cả hợp đồng trong lĩnh vực thương mại, đầu tư kinh doanh.

Hợp đồng trong kinh doanh - thương mại là gì? Chúng ta có thể xác định bản chất pháp lý của hợp đồng trong kinh doanh, thương mại trên cơ sở quy định của Bộ luật Dân sự về hợp đồng. Từ đó cho thấy, hợp đồng trong kinh doanh, thương mại là một dạng cụ thể của hợp đồng dân sự.

Có thể xem xét hợp đồng thương mại trong mối liên hệ với hợp đồng dân sự theo nguyên lý của mối quan hệ giữa cái chung và cái riêng. Nhiều vấn đề về hợp đồng thương mại được điều chỉnh trong Bộ luật Dân sự, như:

- Giao kết hợp đồng;

⁴ Xem Điều 388 - Bộ luật Dân sự 2005.

⁵ Xem Khoản 1 Điều 1 - Bộ luật Dân sự.

- Nguyên tắc giao kết hợp đồng;
- Điều kiện có hiệu lực của hợp đồng;
- Hợp đồng vô hiệu và xử lý hợp đồng vô hiệu...

Bên cạnh đó, xuất phát từ yêu cầu của hoạt động thương mại, một số vấn đề về hoạt động trong kinh doanh, thương mại được quy định trong pháp luật thương mại có tính chất là sự phát triển tiếp tục những quy định của dân luật truyền thống về hợp đồng (như chủ thể, hình thức, quyền và nghĩa vụ của các bên, chế tài và giải quyết tranh chấp hợp đồng...).

Tóm lại, hợp đồng trong kinh doanh, thương mại có bản chất của hợp đồng nói chung, được hiểu “là sự thoả thuận của các chủ thể kinh doanh - thương mại nhằm xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt các quyền và nghĩa vụ trong quan hệ kinh doanh - thương mại”.

1.3. Đặc điểm của hợp đồng trong kinh doanh – thương mại

Với tư cách là hình thức pháp lý của quan hệ thương mại, hợp đồng kinh doanh thương mại có những đặc điểm nhất định để nhận biết và phân biệt với các loại hợp đồng khác.

Thứ nhất, về chủ thể: hợp đồng thương mại được thiết lập giữa các chủ thể chủ yếu là thương nhân. Khái niệm thương nhân được quy định trong Luật Thương mại.

Theo quy định khoản 1 Điều 6 Luật Thương mại 2005, *“thương nhân bao gồm tổ chức kinh tế được thành lập hợp pháp, cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên và có đăng ký kinh doanh”.*

Với quy định của pháp luật hiện nay, khái niệm chủ thể kinh doanh đồng nghĩa với khái niệm thương nhân theo Luật Thương mại 2005. Thương nhân là chủ thể của hợp đồng kinh doanh, thương mại có thể là thương nhân Việt Nam hoặc thương nhân nước ngoài.

Có những quan hệ trong quan hệ hợp đồng trong kinh doanh, thương mại đòi hỏi các bên đều phải là thương nhân (hợp đồng đại diện cho thương nhân, hợp đồng đại lý thương mại); bên cạnh đó, có những hợp đồng kinh doanh, thương mại chỉ cần ít nhất một bên là thương nhân (hợp đồng mua bán hàng hoá, hợp đồng dịch vụ bán đấu giá hàng hoá,

hợp đồng môi giới thương mại...).

Thứ hai, về hình thức: hợp đồng trong kinh doanh, thương mại có thể được thiết lập dưới hình thức văn bản, lời nói hoặc bằng hành vi cụ thể của các bên giao kết. Trong những trường hợp nhất định, pháp luật bắt buộc các bên phải thiết lập hợp đồng trong kinh doanh, thương mại bằng hình thức văn bản (hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế, hợp đồng dịch vụ khuyến mãi, quảng cáo, hội chợ, triển lãm thương mại...).

Luật Thương mại 2005 cho phép các bên hợp đồng có thể thay thế hình thức văn bản bằng các hình thức khác có giá trị pháp lý tương đương. Các hình thức có giá trị tương đương văn bản bao gồm điện báo, telex, fax, thông điệp dữ liệu.

Thứ ba, về mục đích: Mục đích phổ biến của các bên trong hợp đồng kinh doanh, thương mại là lợi nhuận.

Có thể nói, mục đích lợi nhuận là đặc trưng của các giao dịch kinh doanh do các bên của hợp đồng đều nhằm thu được lợi nhuận từ việc thực hiện hợp đồng.

Tuy nhiên, trong nhiều trường hợp, một bên của hợp đồng trong kinh doanh không có mục đích lợi nhuận. Những hợp đồng này, về nguyên tắc không đương nhiên chịu sự điều chỉnh của các quy định về pháp luật kinh doanh.

Luật Thương mại 2005 quy định: trường hợp có chủ thể hợp đồng không nhằm mục đích lợi nhuận, thì hợp đồng được áp dụng Luật Thương mại khi bên không nhằm mục đích lợi nhuận lựa chọn áp dụng Luật Thương mại.⁶

1.4. Phân loại hợp đồng thương mại

Việc phân loại hợp đồng thương mại dựa trên nhiều tiêu chí khác nhau và nhiều các phân loại khác nhau.

Việc phân loại hợp đồng nhằm mục đích xác định cơ chế điều hành phù hợp với tính chất của từng loại hợp đồng, nâng cao hiệu quả điều chỉnh pháp luật đối với hợp đồng.

⁶ Xem Khoản 3 Điều 1 Luật thương mại 2005.

1.4.1. Cách phân loại thứ nhất

a. Căn cứ vào tính chất hàng hoá tiền tệ của quan hệ hợp đồng, người ta chia ra thành hai loại:

- Hợp đồng mang tính chất đền bù;
- Hợp đồng mang tính chất tổ chức.

b. Căn cứ vào thời gian chia ra thành hai loại:

- Hợp đồng dài hạn;
- Hợp đồng ngắn hạn.

c. Căn cứ dấu hiệu chủ thể, chia làm hai loại:

- Hợp đồng hai bên: Là hợp đồng mà có hai bên tham gia quan hệ hợp đồng.

- Hợp đồng nhiều bên: Là hợp đồng mà có nhiều bên cùng tham gia vào quan hệ hợp đồng

d. Căn cứ vào tính kế hoạch: gồm hai loại:

- Hợp đồng theo chỉ tiêu pháp lệnh;
- Hợp đồng không theo chỉ tiêu pháp lệnh.

đ. Căn cứ vào nội dung của mối quan hệ kinh tế: Chia làm nhiều hợp đồng khác nhau:

- Hợp đồng mua bán hàng hoá;
- Hợp đồng liên doanh liên kết;
- Hợp đồng vận chuyển hàng hoá;
- Hợp đồng xây dựng cơ bản;
- Hợp đồng đấu thầu hàng hoá;
- Hợp đồng nghiên cứu khoa học;
- Hợp đồng mua bán với thương nhân nước ngoài...

1.4.2. Cách phân loại thứ hai

a. Căn cứ vào mức độ tương xứng về quyền và nghĩa vụ giữa các bên, hợp đồng nói chung được phân thành hợp đồng đơn vụ và hợp đồng song vụ.

- Hợp đồng đơn vụ là hợp đồng mà chỉ có một bên có nghĩa vụ.

- Hợp đồng song vụ là hợp đồng mà mỗi bên đều có nghĩa vụ đối với nhau. Các bên đồng thời là người có quyền và có nghĩa vụ.

b. Căn cứ vào sự phụ thuộc lẫn nhau về hiệu lực giữa các quan hệ hợp đồng, hợp đồng được phân chia thành hợp đồng chính và hợp đồng phụ.

- Hợp đồng chính là hợp đồng mà hiệu lực không phụ thuộc vào hợp đồng phụ.

- Hợp đồng phụ là hợp đồng mà hiệu lực phụ thuộc vào hợp đồng chính.

c. Căn cứ vào chủ thể được hưởng lợi từ hợp đồng, hợp đồng được chia thành hợp đồng vì lợi ích của các bên và hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba.

- Hợp đồng vì lợi ích của các bên: là hợp đồng mà việc thực hiện nghĩa vụ của một bên nhằm mang lại lợi ích của bên kia trong quan hệ hợp đồng.

- Hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba: là hợp đồng mà các bên giao kết hợp đồng đều phải thực hiện nghĩa vụ và người thứ ba được hưởng lợi từ việc thực hiện nghĩa vụ đó.

d. Căn cứ vào nội dung của mối quan hệ kinh tế, hợp đồng được chia thành các chủng loại khác nhau, như:

- Hợp đồng mua bán hàng hoá;
- Hợp đồng vận chuyển hàng hoá;
- Hợp đồng trong xây dựng cơ bản;
- Hợp đồng trong trung gian thương mại;
- Hợp đồng đại diện cho thương nhân;
- Hợp đồng môi giới kinh doanh;
- Hợp đồng đại lý;
- Hợp đồng uỷ thác mua bán hàng hoá;
- Hợp đồng dịch vụ trong xuác tiến thương mại;
- Hợp đồng dịch vụ quảng cáo;

- Hợp đồng dịch vụ trung bày;
- Hợp đồng tín dụng;
- Hợp đồng bảo hiểm;
- Hợp đồng trong lĩnh vực đầu tư...

2. GIAO KẾT HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI

2.1. Nguyên tắc giao kết hợp đồng thương mại

2.1.1. Khái niệm

Nguyên tắc giao kết hợp đồng thương mại là những tư tưởng chỉ đạo ước quán triệt trong các quy phạm pháp luật về hợp đồng đòi hỏi các bên phải tuân theo khi giao kết hợp đồng thương mại.

2.1.2. Các nguyên tắc giao kết

Các nguyên tắc giao kết hợp đồng thương mại gồm:

a. Thứ nhất, nguyên tắc tự nguyện

Việc giao kết hợp đồng thương mại phải dựa trên cơ sở ý chí của các bên trong quan hệ hợp đồng; các cơ quan, tổ chức hay cá nhân đều không có quyền áp đặt ý chí của mình cho các bên tham gia quan hệ hợp đồng.

Khi xác lập quan hệ hợp đồng, các chủ thể đều được quyền tự do bày tỏ thể hiện ý chí và thống nhất ý chí nhằm đạt được mục đích xác định. Các chủ thể có thể tự do lựa chọn bạn hàng, thời điểm giao kết và bàn bạc, thoả thuận nội dung của hợp đồng.

Trong điều kiện phát triển kinh tế thị trường ở nước ta hiện nay, không thể không đề cập đến những trường hợp mà sự tự nguyện trong quá trình giao kết hợp đồng của các doanh nghiệp bị hạn chế bởi luật định. Đó là trường hợp giao kết các hợp đồng cung ứng các dịch vụ cơ bản từ các doanh nghiệp có vị trí thống trị trên thị trường (phần lớn tồn tại dưới hình thái độc quyền tự nhiên) như điện, nước, viễn thông, hàng không, bảo hiểm, tín dụng...

Để được đánh giá là một doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị

trường⁷, nếu:

- Một doanh nghiệp có thị phần từ 30% trở lên;
- Hai doanh nghiệp có tổng thị phần từ 50% trở lên;
- Ba doanh nghiệp có tổng thị phần từ 65% trở lên;
- Bốn doanh nghiệp có tổng thị phần từ 75% trở lên trên thị trường

liên quan.

Doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường thường là doanh nghiệp có quy mô rất lớn, tiềm lực tài chính mạnh và đặc biệt có một hệ thống khách hàng rất đông đảo. Thay vì phải đàm phán với từng khách hàng, các doanh nghiệp loại này đã soạn sẵn các “hợp đồng mẫu” để áp dụng chung cho tất cả các khách hàng.

Trong các hợp đồng này, sự tự do khế ước của khách hàng bị hạn chế. Đây cũng là nguyên nhân giải thích vì sao cơ quan quản lý cạnh tranh phải kiểm soát các hợp đồng mẫu này trước khi chúng được phép thực hiện.

b. Thứ hai, nguyên tắc bình đẳng về quyền và nghĩa vụ

Tính bình đẳng này không phụ thuộc vào quan hệ sở hữu và quan hệ quản lý của chủ thể.

Sự bình đẳng ở đây là sự bình đẳng pháp lý, sự bình đẳng trước pháp luật. Mọi doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế khi ký kết hợp đồng kinh tế thì quyền và nghĩa vụ tương ứng giữa các bên. Không có hợp đồng kinh doanh – thương mại mà trong đó một bên chỉ có quyền còn bên kia chỉ có nghĩa vụ.

c. Thứ ba, nguyên tắc cùng có lợi

Trong quan hệ hợp đồng thương mại, lợi ích chính là động lực thúc đẩy hành động của các chủ thể. Các bên cùng tham gia ký kết và thực hiện hợp đồng để tìm kiếm lợi ích kinh tế. Theo nguyên tắc này, khi ký kết hợp đồng các bên phải cùng nhau xác lập quan hệ hợp đồng và phải bảo đảm sự tương xứng về quyền và nghĩa vụ cũng như lợi ích kinh tế của cả hai bên.

⁷ Theo Điều 11 - Luật Cạnh tranh năm 2004.

d. Thứ tư, nguyên tắc trực tiếp chịu trách nhiệm về tài sản

Trực tiếp chịu trách nhiệm về tài sản có nghĩa là các bên tham gia quan hệ hợp đồng thương mại phải tự mình gánh chịu trách nhiệm về mặt tài sản, gồm phạt hợp đồng và bồi thường thiệt hại khi có hành vi vi phạm hợp đồng.

Các cơ quan cấp trên hoặc các tổ chức kinh tế khác không thể đứng ra chịu trách nhiệm tài sản thay cho bên vi phạm.

đ. Thứ năm, nguyên tắc không trái với pháp luật

Nguyên tắc không trái với pháp luật đòi hỏi việc giao kết hợp đồng phải hợp pháp. Điều này có nghĩa là, mọi việc thỏa thuận trong hợp đồng phải hoàn toàn phù hợp với những quy định của pháp luật, không được lợi dụng việc giao kết hợp đồng để hoạt động trái pháp luật.

Đây là quy định có ý nghĩa quan trọng trong việc bảo vệ trật tự và kỷ cương của Nhà nước trong lĩnh vực hợp đồng thương mại.

2.2. Chủ thể giao kết hợp đồng thương mại

2.2.1. Khái niệm chủ thể giao kết hợp đồng kinh doanh - thương mại

Chủ thể giao kết của hợp đồng thương mại là các bên tham gia quan hệ hợp đồng, đó là những người cùng nhau thỏa thuận để xác lập nên quan hệ hợp đồng và cùng nhau thực hiện quyền và nghĩa vụ phát sinh từ quan hệ hợp đồng.

2.2.2. Chủ thể và thẩm quyền giao kết hợp đồng kinh doanh - thương mại

Theo quy định của Luật Thương mại 2005, chủ thể chủ yếu của hợp đồng thương mại là các thương nhân hoạt động thương mại theo quy định của Luật thương mại.

Khi ký kết hợp đồng thương mại, mỗi bên chỉ cần một người ký vào văn bản hợp đồng hoặc một người đứng ra đại diện thỏa thuận hợp đồng.

Nếu chủ thể hợp đồng là pháp nhân thì người có thẩm quyền giao kết hợp đồng là người đại diện theo pháp luật của pháp nhân. Đó là người được bổ nhiệm hoặc được bầu vào chức vụ đứng đầu của pháp

nhân. Người đại diện của pháp nhân có thể ủy quyền cho người khác giao kết thay mình. Việc ủy quyền phải được lập thành văn bản và tuân theo các quy định của pháp luật. Người ủy quyền không được ủy quyền cho người thứ ba.

Nếu chủ thể là cá nhân có đăng ký kinh doanh thì chính cá nhân đó có thẩm quyền giao kết hợp đồng. Họ cũng có thể ủy quyền cho người khác giao kết hợp đồng và phải tuân thủ các quy định của pháp luật về ủy quyền.

2.3. Thủ tục giao kết hợp đồng thương mại

Có hai cách giao kết hợp đồng: giao kết trực tiếp và giao kết gián tiếp.

Dù giao kết trực tiếp hay gián tiếp hợp đồng thương mại đều có hiệu lực pháp lý như nhau, các bên phải nghiêm chỉnh thực hiện các điều khoản đã cam kết.

Để xác lập hợp đồng thương mại cần có sự thoả thuận giữa những người đã giao kết. Sự thoả thuận đó thể hiện ở các yếu tố:

- (1). Đề nghị giao kết hợp đồng;
- (2). Chấp nhận đề nghị hợp đồng;
- (3). Thời điểm giao kết và hiệu lực của hợp đồng.

Những vấn đề này không được Luật Thương mại quy định, vì vậy các quy định của Bộ luật Dân sự sẽ được áp dụng đối với việc giao kết hợp đồng thương mại.

2.3.1. Đề nghị giao kết hợp đồng

Đề nghị giao kết hợp đồng nói chung có bản chất là hành vi pháp lý đơn phương của một chủ thể, có nội dung bày tỏ ý định giao kết hợp đồng với chủ thể khác theo những điều kiện xác định.

Từ quy định của Bộ luật Dân sự, có thể định nghĩa: “*giao kết hợp đồng thương mại là việc thể hiện rõ ý định giao kết hợp đồng và chịu sự ràng buộc về đề nghị này của bên đề nghị đối với bên đã được xác định cụ thể*”⁸.

⁸ Xem Điều 390 - Bộ luật Dân sự 2005.

- Hình thức giao kết hợp đồng: Bộ luật Dân sự cũng như Luật Thương mại 2005 không quy định về hình thức của đề nghị hợp đồng thương mại, song có thể dựa vào quy định về hình thức của hợp đồng để xác định hình thức của đề nghị hợp đồng, theo đó đề nghị hợp đồng có thể được thể hiện bằng văn bản, lời nói hoặc hành vi cụ thể hoặc kết hợp giữa các hình thức này⁹.

- Hiệu lực giao kết hợp đồng: Đề nghị hợp đồng được gửi đến cho một hay nhiều chủ thể xác định. Hiệu lực của đề nghị giao kết hợp đồng thông thường được bên đề nghị ấn định. (Ví dụ trong vòng một tháng). Trường hợp bên đề nghị không ấn định thời điểm có hiệu lực của đề nghị hợp đồng thì đề nghị giao kết hợp đồng có hiệu lực kể từ khi bên được đề nghị nhận được đề nghị đó.

Căn cứ xác định bên được đề nghị đã nhận được đề nghị giao kết hợp đồng là:

- Đề nghị được chuyển đến nơi cư trú (bên được đề nghị là cá nhân) hoặc trụ sở của bên được đề nghị (trường hợp bên được đề nghị là pháp nhân);

- Đề nghị được đưa vào hệ thống thông tin chính thức của bên được đề nghị;

- Bên được đề nghị biết được đề nghị giao kết hợp đồng thông qua các phương thức khác.

Bên đề nghị phải chịu trách nhiệm về lời đề nghị của mình. Trong thời hạn đề nghị hợp đồng có hiệu lực, nếu bên được đề nghị thông báo chấp nhận vô điều kiện đề nghị hợp đồng thì hợp đồng trong kinh doanh, thương mại hình thành và ràng buộc các bên. Nếu các bên không thực hiện các nghĩa vụ theo hợp đồng thì phải chịu các hình thức chế tài do vi phạm hợp đồng.

Bên đề nghị giao kết hợp đồng có thể thay đổi hoặc rút lại giao kết hợp đồng trong các trường hợp:

- Bên được đề nghị nhận được thông báo về việc thay đổi hoặc rút lại đề nghị trước hoặc cùng với thời điểm nhận được đề nghị;

⁹ Xem Điều 24 - Luật thương mại 2005.

- Điều kiện thay đổi hoặc rút lại đề nghị phát sinh trng trường hợp bên đề nghị có nêu rõ về việc được thay đổi hoặc rút lại đề nghị khi điều kiện đó phát sinh.

Trong trường hợp bên đề nghị giao kết hợp đồng thực hiện quyền hủy bỏ đề nghị do đã nêu rõ quyền này trong đề nghị thì phải thông báo cho bên được đề nghị và thông báo này chỉ có hiệu lực khi bên được đề nghị nhận được thông báo trước khi bên được đề nghị trả lời chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng.

2.3.2. Chấm dứt hiệu lực của đề nghị giao kết hợp đồng

Đề nghị giao kết hợp đồng chấm dứt hiệu lực pháp luật trong năm trường hợp:

- Bên nhận được đề nghị trả lời không chấp nhận;
- Hết thời hạn trả lời chấp nhận;
- Thông báo về việc thay đổi hoặc rút lại đề nghị có hiệu lực;
- Thông báo về việc hủy bỏ đề nghị có hiệu lực;
- Theo thỏa thuận của bên đề nghị và bên nhận được đề nghị trong thời hạn chờ bên được đề nghị trả lời.

2.3.3. Chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng

Chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng là sự trả lời của bên được đề nghị với bên đề nghị về việc chấp nhận toàn bộ nội dung của đề nghị.

2.3.4. Thời hạn chấp nhận giao kết hợp đồng

Chấp nhận đề nghị ký kết hợp đồng là sự trả lời của bên được đề nghị với bên đề nghị về việc chấp nhận toàn bộ nội dung của đề nghị.

Thời hạn trả lời chấp nhận giao kết hợp đồng được xác định khác nhau trong các trường hợp sau:

- *Thứ nhất*, khi bên đề nghị có ấn định thời hạn trả lời thì việc chấp nhận chỉ có hiệu lực khi được thực hiện trong thời hạn đó; Nếu bên đề nghị ký kết hợp đồng nhận được trả lời khi đã hết thời hạn trả lời thì chấp nhận này được coi là đề nghị mới của bên chậm trả lời.

Trong trường hợp thông báo chấp nhận giao kết hợp đồng đến

chậm vì lý do khách quan mà bên đề nghị biết hoặc phải biết về lý do khách quan này thì thông báo chấp nhận ký kết hợp đồng vẫn có hiệu lực, trừ trường hợp bên đề nghị trả lời ngay không đồng ý với chấp đó của bên được đề nghị.

- *Thứ hai*, khi các bên trực tiếp giao tiếp với nhau, kể cả trong trường hợp qua điện thoại hoặc qua các phương tiện khác thì bên được đề nghị phải trả lời ngay có chấp nhận hoặc kchấp nhận, trừ trường hợp có thỏa thuận về thời hạn trả lời.

Bên được đề nghị giao kết hợp đồng có thể rút lại thông báo chấp nhận giao kết hợp đồng, nếu thông báo này đến trước hoặc cùng với thời điểm bên đề nghị nhận được trả lời chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng.

2.3.5. Thời điểm giao kết hợp đồng thương mại

Về nguyên tắc chung, hợp đồng thương mại được ký kết vào thời điểm các bên đạt được sự thỏa thuận. Thời điểm ký kết hợp đồng được quy định khác nhau phụ thuộc vào cách thức ký kết và hình thức của hợp đồng.

Theo Bộ luật Dân sự 2005 có thể xác định thời điểm ký kết hợp đồng thương mại theo các trường hợp sau:

- *Hợp đồng được giao kết trực tiếp bằng văn bản*: thời điểm giao kết hợp đồng là thời điểm bên sau cùng ký vào văn bản;

- *Hợp đồng được giao kết gián tiếp bằng văn bản* (thông qua các tài liệu giao dịch): thời điểm đạt được sự thỏa thuận được xác định theo thuyết “tiếp nhận”, theo đó, hợp đồng được giao kết khi bên đề nghị nhận được trả lời chấp nhận giao kết hợp đồng.

- *Hợp đồng được giao kết bằng lời nói*: thời điểm ký kết hợp đồng là thời điểm các bên đã thỏa thuận về nội dung của hợp đồng. Các bên có thể sử dụng những biện pháp, chứng cứ hợp pháp để chứng minh việc “các bên đã thỏa thuận” về nội dung của hợp đồng thương mại bằng lời nói.

Cần lưu ý, sự im lặng của bên được đề nghị cho đến khi hết thời hạn trả lời cũng có thể là căn cứ xác định hợp đồng thương mại đã được ký kết, nếu có thỏa thuận im lặng là sự trả lời chấp nhận giao kết hợp đồng.

Hợp đồng thương mại có hiệu lực từ thời điểm ký kết, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác.

2.4. Nội dung của hợp đồng kinh doanh - thương mại

2.4.1. Khái niệm

Nội dung của hợp đồng thương mại là các điều khoản do các bên thỏa thuận, thể hiện quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ hợp đồng.

2.4.2. Nội dung

Luật Thương mại 2005 không quy định các bên phải thỏa thuận những nội dung cụ thể nào trong hợp đồng thương mại, các bên có thể xác định dựa trên những quy định mang tính “khuyến nghị”, “định hướng” của pháp luật, thói quen và tập quán thương mại, nhưng trong điều kiện nhận thức của nhà kinh doanh còn nhiều hạn chế, thì điều này tiềm ẩn nguy cơ dẫn đến những rủi ro pháp lý, những tranh chấp trong hoạt động kinh doanh, thương mại.

Trên cơ sở các quy định của Bộ luật Dân sự và Luật Thương mại, xuất phát từ tính chất của quan hệ hợp đồng thương mại trong lĩnh vực thương mại, có thể thấy những điều khoản quan trọng của hợp đồng thương mại bao gồm:

- (1). Ngày, tháng, năm ký kết hợp đồng; tên, địa chỉ, số tài khoản và ngân hàng giao dịch của các bên; họ tên người đại diện, người đứng tên đăng ký kinh doanh;
- (2). Đối tượng hợp đồng tính bằng số lượng, khối lượng hoặc giá trị quy ước để thỏa thuận;
- (3). Chất lượng, chủng loại, quy cách, tính đồng bộ của sản phẩm, hàng hoá hoặc yêu cầu kỹ thuật của công việc;
- (4). Giá cả;
- (5). Bảo hành;
- (6). Phương thức thanh toán;
- (7). Thời hạn và địa điểm thực hiện hợp đồng;
- (8). Cơ quan giải quyết tranh chấp;

(9). Các thoả thuận khác.

Căn cứ vào vai trò của các điều khoản mà người ta chia nội dung của hợp đồng thương mại thành ba loại điều khoản: điều khoản chủ yếu, điều khoản thường lệ và điều khoản tùy nghi.

- Điều khoản chủ yếu: Là các điều khoản không thể thiếu được của một hợp đồng, nếu các bên tham gia chưa thỏa thuận được những điều khoản căn bản theo hợp đồng coi như chưa được ký kết.

- Điều khoản thường lệ: là những điều khoản pháp luật đã quy định, nếu khi ký kết hợp đồng các bên không thỏa thuận theo những điều khoản này mặc nhiên được công nhận và thực hiện. Đối với các điều khoản này, có thể có thể thỏa thuận hoặc không thỏa thuận trong hợp đồng, nhưng khi có tranh chấp xảy ra, cơ quan có thẩm quyền căn cứ vào các quy định của pháp luật để giải quyết.

- Điều khoản tùy nghi: xuất phát từ nguyên tắc tự do, tự nguyện cam kết thỏa thuận được pháp luật dân sự quy định, trong quan hệ hợp đồng pháp luật cho phép các chủ thể giao kết hợp đồng thỏa thuận các điều khoản ngoài những điều khoản cơ bản nhưng không được trái pháp luật và đạo đức xã hội.

Cũng cần lưu ý rằng, đối với từng loại hợp đồng cụ thể, pháp luật có thể quy định về những nội dung bắt buộc phải có (nội dung chủ yếu) của hợp đồng.

2.5. Các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng

2.5.1. Khái niệm các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng

Bảo đảm thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng được hiểu dưới hai phương diện: phương diện khách quan và phương diện chủ quan.

- *Phương diện khách quan*: là quy định của pháp luật cho phép các chủ thể trong quan hệ hợp đồng kinh doanh-thương mại thỏa thuận các biện pháp bảo đảm cho nghĩa vụ chính được thực hiện, xác định quyền và nghĩa vụ chính được thực hiện, đồng thời xác định quyền và nghĩa vụ của các bên trong các biện pháp đó.

- *Phương diện chủ quan*: là sự thỏa thuận giữa các chủ thể về các

biện pháp bảo đảm đã được pháp luật quy định mang tính chất dự phòng nhằm đảm bảo thực hiện nghĩa vụ dân sự. Các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng cũng được áp dụng đối với các hợp đồng kinh doanh – thương mại theo nguyên tắc áp dụng luật chung và luật chuyên ngành.

2.5.2. Các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng

Các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng được quy định trong Bộ luật Dân sự 2005, Mục 5 về “Bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự” từ Điều 318 đến điều 373. Gồm bảy biện pháp sau:

- Thế chấp tài sản¹⁰;
- Cầm cố tài sản¹¹;
- Đặt cọc¹²;
- Ký cược¹³;
- Ký quỹ;
- Bảo lãnh¹⁴;
- Tín chấp¹⁵.

Để hiểu rõ hơn về các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng, chúng ta sẽ tìm hiểu từng biện pháp theo quy định của pháp luật.

a. Thứ nhất, thế chấp tài sản

Thế chấp tài sản là việc một bên (gọi là bên thế chấp) dùng tài sản thuộc sở hữu của mình để đảm bảo việc thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng đối với bên kia (gọi là bên thế chấp) và không chuyển giao tài sản đó cho bên nhận thế chấp.

Các quy định về thế chấp tài sản được pháp luật ghi nhận như sau:

¹⁰ Xem Điều 342 đến Điều 357 - Bộ luật Dân sự 2005.

¹¹ Xem Điều 326 đến Điều 341- Bộ luật Dân sự 2005.

¹² Xem Điều 358- Bộ luật Dân sự 2005.

¹³ Xem Điều 359 - Bộ luật Dân sự 2005.

¹⁴ Xem Điều 361 đến Điều 371- Bộ luật Dân sự 2005.

¹⁵ Xem Điều 372, 373 Bộ luật Dân sự 2005.

- *Đối tượng của thế chấp*: Đối tượng của thế chấp là bất động sản và động sản (như nhà ở, công trình xây dựng gắn liền với đất, kể cả các tài sản gắn liền với nhà ở, công trình xây dựng đó, các tài sản gắn liền với đất,...).

Tài sản thuộc quyền sở hữu của bên thế chấp. Người có nghĩa vụ không thể dùng tài sản thuộc sở hữu của người khác để thế chấp mặc dù theo quy định của pháp luật họ đang chiếm hữu hợp pháp (đang thuê, mượn) hoặc tài sản thế chấp thuộc sở hữu chung của nhiều người phải có sự đồng ý của các đồng chủ sở hữu. Tài sản thế chấp phải được phép giao dịch và không có tranh chấp.

- *Hình thức của thế chấp tài sản*: Việc thế chấp phải được lập thành văn bản gọi là hợp đồng thế chấp. Hợp đồng thế chấp có thể lập thành văn bản riêng hoặc ghi trong hợp đồng chính.

Hợp đồng thế chấp phải có công chứng hoặc chứng thực nếu các bên có thỏa thuận, nếu trong trường hợp pháp luật quy định phải có công chứng, chứng thực thì các bên phải tuân theo.

- *Đăng ký thế chấp tài sản*: Đăng ký giao dịch bảo đảm theo quy định tại Điều 323 Bộ luật dân sự.

- *Nội dung của thế chấp tài sản*: Bên thế chấp phải giao toàn bộ giấy tờ (bản chính) về tài sản thế chấp cho bên nhận thế chấp như giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà, chứng nhận quyền sử dụng đất,... Bên thế chấp phải thông báo cho bên nhận thế chấp biết các quyền của người thứ ba đối với tài sản thế chấp. Nếu tài sản được thế chấp nhiều nghĩa vụ thì bên thế chấp phải thông báo cho bên nhận thế chấp về việc tài sản đã đem thế chấp những lần trước đó.

Trong trường hợp bên thế chấp vẫn giữ tài sản thế chấp thì có quyền khai thác, sử dụng tài sản, hưởng hoa lợi, lợi tức từ tài sản (trừ trường hợp có thỏa thuận khác). Bên thế chấp có nghĩa vụ bảo quản, giữ gìn tài sản không được bán tài sản (trừ trường hợp quy định tại khoản 3 và khoản 4 Điều 349 Bộ luật dân sự), có quyền cho thuê, cho mượn tài sản thế chấp.

Bên thế chấp được dùng tài sản thế chấp để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ dân sự khác, nếu giá trị lớn hơn tổng giá trị được bảo đảm (nếu

có thỏa thuận hoặc pháp luật có quy định).

- *Xử lý tài sản thế chấp*: Trong trường hợp đã đến thời hạn thực hiện nghĩa vụ mà bên thế chấp không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ, thì bên nhận thế chấp có quyền yêu cầu bán đấu giá tài sản thế chấp để thực hiện nghĩa vụ dân sự, trừ trường hợp có thỏa thuận khác. Như vậy việc xử lý tài sản thế chấp theo hai phương thức:

+ *Một là*, theo thỏa thuận của các bên trong hợp đồng thế chấp. Pháp luật cho phép các bên có quyền thỏa thuận các biện pháp xử lý tài sản thế chấp.

+ *Hai là*, yêu cầu cơ quan Nhà nước có thẩm quyền bán đấu giá tài sản để thực hiện nghĩa vụ dân sự thông qua trung tâm bán đấu giá tài sản hoặc tổ chức có thẩm quyền khác (doanh nghiệp có chức năng bán đấu giá tài sản).

b. Thứ hai, cầm cố tài sản

Cầm cố tài sản là việc một bên (gọi là bên cầm cố) giao tài sản thuộc sở hữu của mình cho bên kia (gọi là bên nhận cầm cố) để đảm bảo việc thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng.

Các quy định về cầm cố tài sản được ghi pháp luật ghi nhận như sau:

- *Đối tượng của cầm cố tài sản*: Tài sản cầm cố phải là bất động sản hoặc động sản (trừ trường hợp pháp luật có quy định khác, *Ví dụ*: Luật Nhà ở năm 2005 chỉ quy định thế chấp nhà ở. Tài sản cầm cố phải thuộc sở hữu của bên cầm cố, được phép giao dịch và không có tranh chấp.

Việc cầm cố tài sản theo đó người có nghĩa vụ giao tài sản cho người có quyền, trong trường hợp bên cầm cố không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ cam kết thì tài sản cầm cố được xử lý theo thỏa thuận hoặc theo quy định của pháp luật. Do vậy, tài sản cầm cố phải thuộc sở hữu của bên cầm cố, nếu là sở hữu chung của nhiều người thì phải có sự đồng ý của tất cả các đồng chủ sở hữu.

Việc xác định tài sản thuộc sở hữu của bên cầm cố hay không trước hết dựa vào giấy tờ chứng nhận quyền sở hữu đối với tài sản có đăng ký như phương tiện vận tải (ô tô, mô tô, tàu biển,...). Cũng có những tài sản không có đăng ký quyền sở hữu thì được dựa trên cơ sở suy đoán

là của người đang chiếm hữu thực tế. Thực tiễn nhiều trường hợp bên nhận cầm cố bị lừa dối nên phải trả lại tài sản cho chủ sở hữu, do vậy việc bảo đảm trong quan hệ nghĩa vụ không thực hiện được.

- *Hình thức của cầm cố tài sản*: Việc cầm cố tài sản phải lập thành văn bản gọi là hợp đồng cầm cố, văn bản cầm cố có thể lập riêng hoặc ghi trong hợp đồng chính, trong đó phải đảm bảo các nội dung chủ yếu sau:

- + Nghĩa vụ được bảo đảm;
- + Mô tả tài sản cầm cố;
- + Giá trị tài sản cầm cố (nếu các bên có thỏa thuận hoặc pháp luật có quy định);
- + Bên giữ tài sản cầm cố;
- + Quyền và nghĩa vụ của các bên;
- + Các trường hợp xử lý và phương thức xử lý tài sản cầm cố;
- + Các thỏa thuận khác.

- *Nội dung của cầm cố tài sản*: Nội dung của cầm cố tài sản là các quyền và nghĩa vụ của các bên do các bên thỏa thuận hoặc pháp luật có quy định.

Bên cầm cố và bên nhận cầm cố tài sản có các nghĩa vụ và quyền theo quy định từ Điều 330 đến Điều 333 Bộ luật dân sự 2005.

- *Xử lý tài sản cầm cố*: Khi đã đến hạn thực hiện nghĩa vụ mà bên cầm cố tài sản không thực hiện hoặc thực hiện nghĩa vụ không đúng thỏa thuận thì tài sản cầm cố được xử lý theo phương thức do các bên đã thỏa thuận hoặc được bán đấu giá để thực hiện nghĩa vụ. Bên nhận cầm cố được ưu tiên thanh toán từ số tiền bán tài sản cầm cố, sau khi trừ chi phí bảo quản, chi phí bán đấu giá tài sản. (Phương thức xử lý tài sản cầm cố xem phần xử lý tài sản thế chấp)

c. Thứ ba, bảo lãnh tài sản

Bảo lãnh là việc người thứ ba (gọi là bên bảo lãnh) cam kết với bên có quyền (gọi là bên nhận bảo lãnh) sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ (gọi là bên được bảo lãnh) nếu khi đến thời hạn mà bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ.

Các quy định về bảo lãnh tài sản được pháp luật ghi nhận như sau:

- *Chủ thể của bảo lãnh*: Chủ thể của bảo lãnh bao gồm các đối tượng sau:

- + Bên bảo lãnh;
- + Bên được bảo lãnh;
- + Bên nhận bảo lãnh.

- *Phạm vi của bảo lãnh*: Là một phần hoặc toàn bộ nghĩa vụ hợp đồng (theo như thỏa thuận) nếu các bên không thỏa thuận cụ thể thì phạm vi bảo lãnh được xác định là toàn bộ nên người bảo lãnh phải thực hiện toàn bộ nghĩa vụ thay cho người được bảo lãnh như tiền nợ gốc, lãi, bồi thường thiệt hại (nếu có).

- *Đối tượng và hình thức của bảo lãnh*: Việc bảo lãnh phải được lập thành văn bản (hợp đồng bảo lãnh).

d. Thứ tư, đặt cọc tài sản

Đặt cọc tài sản là việc một bên giao cho bên kia một khoản tiền hoặc kim khí quý, đá quý hoặc vật có giá trị khác (gọi là tài sản đặt cọc) trong một thời hạn để đảm bảo giao kết hợp đồng hoặc thực hiện nghĩa vụ dân sự.

Trong trường hợp các bên thực hiện đúng thỏa thuận trong thời hạn (hợp đồng được giao kết, thực hiện) thì tài sản đặt cọc được trả lại cho bên đặt cọc hoặc được trừ vào nghĩa vụ trả tiền theo hợp đồng.

Trong trường hợp có sự vi phạm trong giao kết, thực hiện hợp đồng thì xử lý như sau:

- Nếu bên đặt cọc từ chối giao kết, thực hiện hợp đồng thì tài sản đặt cọc thuộc về bên nhận đặt cọc.

- Nếu bên nhận đặt cọc từ chối việc giao kết, thực hiện hợp đồng, thì phải trả cho bên đặt cọc tài sản đặt cọc, đồng thời phải trả một khoản tiền tương đương với giá trị tài sản đặt cọc (trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác).

Để có căn cứ giải quyết khi có tranh chấp xảy ra pháp luật quy định việc đặt cọc phải được lập thành văn bản.

Trong thực tiễn nhiều trường hợp các bên thỏa thuận bằng văn bản không rõ ràng như hợp đồng mua bán nhà để làm trụ sở kinh doanh có giấy đặt cọc nhưng nội dung lại trả trước một nửa tiền, hoặc để làm tin bên mua trả cho bên bán 300 triệu (cọc). Những trường hợp trên rất khó xác định đâu là tiền đặt cọc (để đảm bảo giao kết hoặc thực hiện hợp đồng), đâu là tiền mà các bên đã thanh toán cho nhau theo hợp đồng dân sự.

Ngoài ra, quy định tại Điều 358: "Trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác" còn có cách hiểu khác nhau:

Có quan điểm cho rằng, pháp luật cho các bên giao kết hợp đồng được thỏa thuận về khoản phạt cọc thì dù có thỏa thuận gấp bao nhiêu số tiền đặt cọc cũng phải công nhận. Trong trường hợp này, tôn trọng tự do tự nguyện cam kết thỏa thuận của các bên.

Có quan điểm cho rằng các bên có thể thỏa thuận phạt cọc gấp bao nhiêu lần tiền cọc, nhưng khi có tranh chấp xảy ra thì chỉ công nhận và giải quyết theo Điều 358 Bộ luật Dân sự, nếu các bên thỏa thuận thấp hơn quy định của Điều 358 thì công nhận sự thỏa thuận đó.

Những vấn đề trên các cơ quan có thẩm quyền cần có hướng dẫn cụ thể để cho việc áp dụng thống nhất.

đ. Thứ năm, ký cược

Là bên thuê tài sản là động sản bên giao cho bên cho thuê một khoản tiền hoặc kim khí quý, đá quý hoặc vật có giá trị khác (gọi là tài sản ký cược) trong một thời hạn để đảm bảo việc trả lại tài sản thuê.

e. Thứ sáu, ký quỹ

Là việc bên có nghĩa vụ gửi một khoản tiền kim khí quý, đá quý hoặc giấy tờ có giá khác vào tài khoản phong tỏa tại ngân hàng để đảm bảo việc thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng.

g. Thứ bảy, tín chấp

Là việc tổ chức chính trị - xã hội bảo đảm bằng uy tín cho cá nhân, hộ gia đình nghèo vay một khoản tiền tại ngân hàng hoặc tổ chức tín dụng khác để sản xuất kinh doanh, làm dịch vụ.

3. CÁC ĐIỀU KIỆN CÓ HIỆU LỰC CỦA HỢP ĐỒNG

Luật thương mại không quy định cụ thể các điều kiện để hợp đồng có hiệu lực. Vì vậy, khi xem xét hiệu lực của hợp đồng thương mại cần dựa trên các điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự được quy định trong Bộ luật dân sự.

Căn cứ vào Điều 122 và các quy định có liên quan, có thể xác định một hợp đồng thương mại có hiệu lực khi có đủ các điều kiện sau:

3.1. Chủ thể và thẩm quyền giao kết hợp đồng

3.1.1. Chủ thể giao kết hợp đồng

Chủ thể tham gia giao kết hợp đồng thương mại phải có năng lực chủ thể để thực hiện nghĩa vụ hợp đồng.

Trong thực tiễn kinh doanh, chủ thể tham gia hoạt động thương mại chủ yếu là các thương nhân. Khi tham gia hợp đồng thương mại nhằm mục đích kinh doanh, các thương nhân phải đáp ứng điều kiện có đăng ký doanh nghiệp phù hợp với nội dung của hợp đồng.

3.1.2. Thẩm quyền giao kết hợp đồng

Đại diện tham gia giao kết hợp đồng phải đúng thẩm quyền. Đại diện hợp pháp của chủ thể hợp đồng có thể là đại diện theo pháp luật hoặc đại diện theo uỷ quyền.

Theo quy định của Bộ luật dân sự¹⁶, khi người không có quyền giao kết, thực hiện hợp đồng, sẽ không làm phát sinh quyền, nghĩa vụ đối với bên hợp đồng được đại diện trừ trường hợp được người đại diện hợp pháp của bên được đại diện chấp nhận.

Bên đã giao kết với người không có quyền đại diện phải thông báo cho bên kia để trả lời trong thời hạn ấn định.

Nếu hết thời hạn này mà không có trả lời thì hợp đồng đó không làm phát sinh quyền, nghĩa vụ đối với bên được đại diện, nhưng người không có quyền đại diện vẫn phải thực hiện nghĩa vụ đối với bên đã giao

¹⁶ Xem Điều 145 - Bộ luật Dân sự 2005

kết hợp đồng với mình, trừ trường hợp bên đã giao dịch biết hoặc phải biết về việc không có quyền đại diện.

3.2. Mục đích và nội dung của hợp đồng

Mục đích của hợp đồng thương mại: Là lợi ích mà các bên mong muốn đạt tới khi xác lập giao dịch trong thương mại.

Nội dung của hợp đồng thương mại: Là tổng hợp các điều khoản cam kết trong giao dịch, qui định các quyền và nghĩa vụ của các bên chủ thể.

Hàng hoá, dịch vụ là đối tượng của hợp đồng không bị cấm kinh doanh theo quy định của pháp luật. Tùy thuộc vào từng giai đoạn phát triển của nền kinh tế, xuất phát từ yêu cầu quản lý nhà nước mà những hàng hoá, dịch vụ bị cấm kinh doanh được pháp luật quy định một cách phù hợp.

Trong trường hợp, hợp đồng thương mại có mục đích và nội dung vi phạm điều cấm của pháp luật hoặc trái đạo đức xã hội thì không được thừa nhận, không làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của các bên.

3.3. Nguyên tắc giao kết

Hợp đồng thương mại được giao kết phải đảm bảo nguyên tắc của hợp đồng theo quy định của pháp luật. Việc quy định này nhằm đảm bảo sự thoả thuận phù hợp với ý chí của các bên. Bản chất của quan hệ hợp đồng mang yếu tố ý chí, đó là sự thống nhất ý chí của các chủ thể tham gia.

Do vậy, muốn xác định các chủ thể có tự nguyện hay không cần dựa vào sự thống nhất biện chứng giữa hai yếu tố: ý chí và bày tỏ ý chí. Đây là hai mặt của một vấn đề có quan hệ khăng khít với nhau. Sự tự nguyện hoàn toàn đó chính là sự thống nhất ý chí bên trong và sự bày tỏ ý chí ra bên ngoài; chỉ khi sự biểu lộ ý chí ra bên ngoài phản ánh khách quan, trung thực những mong muốn bên trong của các chủ thể mới coi là tự nguyện. Thiếu sự tự nguyện: hợp đồng giả tạo, hợp đồng do bị nhầm lẫn, hợp đồng do bị lừa dối hoặc bị đe dọa.

3.4. Hình thức hợp đồng

Hình thức hợp đồng phải phù hợp với quy định của pháp luật, chỉ là điều kiện có hiệu lực nếu pháp luật có quy định.

Để hợp đồng thương mại có hiệu lực, hợp đồng phải được xác lập theo những hình thức pháp luật thừa nhận. Theo quy định của Luật Thương mại¹⁷, hợp đồng thương mại được thể hiện bằng lời nói, văn bản hoặc hành vi cụ thể.

Đối với các hợp đồng mà pháp luật quy định phải bằng văn bản thì phải tuân theo các quy định đó. Như vậy, trường hợp một bên không tuân thủ hình thức hợp đồng khi pháp luật bắt buộc phải bằng văn bản, sẽ là lý do dẫn đến hợp đồng bị vô hiệu.

4. HỢP ĐỒNG VÔ HIỆU VÀ XỬ LÝ HỢP ĐỒNG VÔ HIỆU

4.1. Khái niệm

Hợp đồng vô hiệu là hợp đồng khi vi phạm với các quy định của pháp luật (không thoả mãn đầy đủ các điều kiện có hiệu lực theo quy định của pháp luật).

Khi các nội dung về quyền và nghĩa vụ của các bên được xác lập trái với những quy định của pháp luật thì không có hiệu lực thực hiện.

4.2. Các trường hợp vô hiệu

4.2.1. Hợp đồng vô hiệu do vi phạm điều cấm của pháp luật, trái đạo đức xã hội

Hợp đồng này vô hiệu ngay từ thời điểm giao kết không làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của các bên. Các bên tham gia vào hợp đồng có thể biết hoặc không biết là mình đã tham gia vào giao dịch trái pháp luật. Tùy theo tính chất và mức độ vi phạm thì tài sản giao dịch và hoa lợi, lợi tức thu được bị tịch thu sung công quỹ nhà nước.

Trong trường hợp có thiệt hại mà các bên đều có lỗi, thì mỗi bên tự chịu phần thiệt hại của mình; nếu chỉ một bên có lỗi, thì bên đó phải bồi thường thiệt hại cho bên kia.

¹⁷ Xem Điều 24 - Luật Thương mại 2005

4.2.2. Hợp đồng vô hiệu do giả tạo¹⁸

Là hợp đồng không có sự thoả thuận và thống nhất ý chí của các bên nhằm làm phát sinh một quan hệ hợp đồng thực tế mà nhằm mục đích che dấu một giao dịch hợp đồng khác, trốn tránh pháp luật. Trong trường hợp này, hợp đồng giả tạo vô hiệu, còn hợp đồng bị che dấu vẫn có hiệu lực nếu hợp đồng đó tuân thủ đầy đủ các điều kiện có hiệu lực được quy định tại điều 121 Bộ luật Dân sự 2005, trừ trường hợp hợp đồng đó không nhằm làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của các bên thì cũng vô hiệu.

4.2.3. Hợp đồng vô hiệu do người chưa thành niên, người bị mất năng lực hành vi dân sự, người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự xác lập¹⁹

Hợp đồng vô hiệu do người xác lập không nhận thức và làm chủ được hành vi của mình²⁰.

4.2.4. Hợp đồng vô hiệu do nhầm lẫn²¹

Là trường hợp các bên hình dung sai về chủ thể hoặc nội dung của hợp đồng mà tham gia vào giao dịch gây thiệt hại cho mình hoặc cho bên kia.

4.2.5. Hợp đồng vô hiệu do bị lừa dối, đe dọa²²

- *Thứ nhất*, hợp đồng được xác lập do bị lừa dối: Lừa dối là hành vi cố ý của một bên nhằm làm cho bên kia nhầm lẫn về chủ thể, tính chất của đối tượng hoặc nội dung của giao dịch nên đã xác lập giao dịch đó. Do vậy, khác với nhầm lẫn thì lừa dối do thủ đoạn cố ý của một bên làm cho bên kia tin tưởng nên thúc đẩy việc xác lập giao dịch.

- *Thứ hai*, hợp đồng được xác lập do bị đe dọa: Đe dọa là hành vi cố ý, có ý thức của một bên làm cho bên kia sợ hãi mà phải thực hiện

¹⁸ Xem Điều 129 - Bộ luật Dân sự 2005.

¹⁹ Xem Điều 130 - Bộ luật Dân sự 2005.

²⁰ Xem Điều 133 - Bộ luật Dân sự 2005.

²¹ Xem Điều 131- Bộ luật Dân sự 2005.

²² Xem Điều 132 - Bộ luật Dân sự 2005.

giao dịch nhằm tránh những thiệt hại về tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, tài sản của mình hoặc của những người thân thích.

Hợp đồng được xác lập do bị đe dọa không phù hợp với lợi ích của bên bị đe dọa, nói cách khác thiếu sự thể hiện ý chí đích thực của các chủ thể tham gia hợp đồng. Các căn cứ để xác định có sự đe dọa bao gồm: có sự sợ hãi (về thể chất hoặc tinh thần); có hành vi cố ý đe dọa của một bên; Sự đe dọa là bất hợp pháp.

4.2.6. Hợp đồng vô hiệu do không tuân thủ quy định về hình thức²³

Hình thức hợp đồng phải phù hợp với quy định của pháp luật.

Để hợp đồng thương mại có hiệu lực, hợp đồng phải được xác lập theo những hình thức pháp luật thừa nhận. Theo quy định của Luật thương mại²⁴, hợp đồng kinh doanh - thương mại được thể hiện bằng lời nói, văn bản hoặc hành vi cụ thể.

Đối với các hợp đồng mà pháp luật quy định phải bằng văn bản thì phải tuân theo các quy định đó. Như vậy, trường hợp một bên không tuân thủ hình thức hợp đồng khi pháp luật bắt buộc phải bằng văn bản, sẽ là lý do dẫn đến hợp đồng bị vô hiệu.

4.3. Phân loại hợp đồng vô hiệu và xử lý hợp đồng vô hiệu

Về phương diện lý luận cũng như theo pháp luật của một số nước khi nghiên cứu các loại giao dịch dân sự vô hiệu có thể phân chia thành:

- *Hợp đồng vô hiệu tuyệt đối*: hợp đồng này không có hiệu lực ngay từ thời điểm giao kết nhằm bảo vệ lợi ích nhà nước, lợi ích công cộng. Chẳng hạn hợp đồng vi phạm điều cấm của pháp luật (mua bán hàng lậu, ma túy, pháo nổ...).

- *Hợp đồng vô hiệu tương đối*: hợp đồng vô hiệu tương đối tuy có vi phạm một trong các điều kiện có hiệu lực nhưng vẫn coi là có giá trị pháp lý nếu các bên tham gia vẫn tự nguyện thực hiện, Tòa án chỉ tuyên bố vô hiệu khi có yêu cầu của các bên tham gia.

- *Hợp đồng vô hiệu toàn bộ*: Khi vi phạm các điều kiện có hiệu lực

²³ Xem Điều 134 - Bộ luật Dân sự 2005.

²⁴ Xem Điều 24 - Luật Thương mại 2005

của hợp đồng được quy định ở Điều 122 Bộ luật Dân sự 2005.

Hợp đồng vô hiệu toàn bộ không làm phát sinh quyền, nghĩa vụ của các bên từ thời điểm giao kết; các bên phải khôi phục lại tình trạng ban đầu.

Việc phục lại tình trạng ban đầu được thực hiện theo quy định sau:

- + Các bên hoàn trả lại cho nhau những gì đã nhận. Nếu không hoàn trả được bằng hiện vật thì hoàn trả bằng tiền (trừ trường hợp tài sản bị tịch thu theo quy định của pháp luật).

- + Bên có lỗi gây thiệt hại phải bồi thường cho bên kia.

- *Hợp đồng vô hiệu một phần*: Khi một phần của của giao dịch vô hiệu nhưng không làm ảnh hưởng đến hiệu lực của phần còn lại của hợp đồng.

Đối với hợp đồng vô hiệu từng phần, các bên phải sửa đổi điều khoản vi phạm theo đúng quy định của pháp luật rồi tiếp tục thực hiện.

5. TRÁCH NHIỆM VẬT CHẤT TRONG HỢP ĐỒNG KINH DOANH - THƯƠNG MẠI

5.1. Khái niệm

Trách nhiệm vật chất trong hợp đồng kinh doanh - thương mại được hiểu theo hai nghĩa: khách quan và chủ quan.

- *Theo nghĩa khách quan*: Trách nhiệm vật chất trong quan hệ pháp luật là một chế định pháp lý của pháp luật hợp đồng kinh doanh - thương mại. Nó điều chỉnh quan hệ kinh tế phát sinh giữa các chủ thể của hợp đồng thương mại do có sự vi phạm nghĩa vụ hợp đồng. Chế định này quy định căn cứ làm phát sinh trách nhiệm vật chất, các chế tài quy định trách nhiệm vật chất và các căn cứ miễn trách nhiệm vật chất.

- *Theo nghĩa chủ quan*: Trách nhiệm vật chất là việc gánh chịu hậu quả bất lợi do hành vi vi phạm nghĩa vụ gây ra.

5.2. Ý nghĩa của chế độ trách nhiệm vật chất

Việc quy định chế độ trách nhiệm vật chất trong quan hệ hợp đồng kinh doanh thương mại nhằm các mục đích sau:

- Cùng cố quan hệ hợp đồng kinh doanh - thương mại giữa các chủ thể kinh doanh.

- Nâng cao kỷ luật hợp đồng, phòng ngừa các hành vi vi phạm;
- Giáo dục ý thức tôn trọng pháp luật;
- Khôi phục lợi ích kinh tế của các bên vi phạm.

5.3. Căn cứ áp dụng trách nhiệm vật chất

Những căn cứ làm phát sinh trách nhiệm vật chất trong quan hệ hợp đồng thương mại bao gồm:

- (1). Có hành vi vi phạm hợp đồng;
- (2). Có thiệt hại thực tế xảy ra;
- (3). Có mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm và thiệt hại thực tế;
- (4). Có lỗi của bên vi phạm.

Hành vi vi phạm hợp đồng: là hành vi không thực hiện hợp đồng đã ký kết hoặc thực hiện không đúng như thoả thuận và quy định của pháp luật.

Ví dụ: không giao hàng đúng số lượng, chất lượng,...không chấp hành đúng thời gian, thanh toán chậm...

Thiệt hại thực tế xảy ra: là sự giảm bớt lợi ích về tài sản như mất mát, hư hỏng tài sản tính được thành tiền hay những chi phí phải bỏ ra để khắc phục hậu quả xấu do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra. Thiệt hại này phải có thực, tồn tại khác quan và không suy diễn.

- *Mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm và thiệt hại thực tế:* bên vi phạm chỉ phải chịu trách nhiệm vật chất khi nào thiệt hại xảy ra là kết quả của chính hành vi vi phạm của họ. Hành vi này là nguyên nhân gây ra hậu quả, là thiệt hại về tài sản. Giữa nguyên nhân là hành vi gây ra hậu quả và thiệt hại có mối quan hệ nhân quả. Thiệt hại phát sinh là do kết quả tất yếu của hành vi vi phạm, không có sự vi phạm thì không có thiệt hại đó. Bên bị thiệt hại nếu muốn được bồi thường phải chứng minh được mối quan hệ nhân quả đó.

- *Lỗi của bên vi phạm:* Lỗi được hiểu là trạng thái tâm lý và mức độ nhận thức của một người đối với hành vi của họ và hậu quả

của hành vi đó.

Khi áp dụng chế độ trách nhiệm pháp lý bao giờ cũng phải tính đến yếu tố chủ quan trong việc vi phạm nghĩa vụ pháp lý; nghĩa là, xem xét bên vi phạm có lỗi hay không.

Trong Luật thương mại không phân biệt lỗi cố ý hay vô ý như trong Luật Dân sự hay Luật Hình sự.

Trong quan hệ hợp đồng kinh doanh - thương mại, bên vi phạm nghĩa vụ bị coi là có lỗi nếu như không chứng minh được rằng: Sự vi phạm đó là điều không thể tránh được, là do hoàn cảnh khách quan dẫn đến, bên vi phạm đã sử dụng mọi biện pháp mà điều kiện kinh tế, kỹ thuật cho phép nhưng cũng không tránh được sự vi phạm.

5.4. Các loại trách nhiệm vật chất trong hợp đồng kinh doanh-thương mại

Trách nhiệm vật chất trong thương mại gồm 6 loại sau:

5.4.1. Buộc thực hiện đúng hợp đồng

Buộc thực hiện đúng hợp đồng là việc bên bị vi phạm yêu cầu bên vi phạm thực hiện đúng hợp đồng hoặc dùng các biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện và bên vi phạm phải chịu chi phí phát sinh.

Trường hợp bên vi phạm giao thiếu hàng hoặc cung ứng dịch vụ không đúng hợp đồng thì phải giao đủ hàng hoặc cung ứng dịch vụ theo đúng thoả thuận trong hợp đồng. Trường hợp bên vi phạm giao hàng hoá, cung ứng dịch vụ kém chất lượng thì phải loại trừ khuyết tật của hàng hoá, thiếu sót của dịch vụ hoặc giao hàng khác thay thế, cung ứng dịch vụ theo đúng hợp đồng.

Bên vi phạm không được dùng tiền hoặc hàng khác chủng loại, loại dịch vụ khác để thay thế nếu không được sự chấp thuận của bên bị vi phạm. Trong trường hợp bên vi phạm không thực hiện theo quy định thì bên bị vi phạm có quyền mua hàng, nhận cung ứng dịch vụ của người khác để thay thế theo đúng loại hàng hoá, dịch vụ ghi trong hợp đồng và bên vi phạm phải trả khoản tiền chênh lệch và các chi phí liên quan nếu có; có quyền tự sửa chữa khuyết tật của hàng hoá, thiếu sót của dịch vụ và bên vi phạm phải trả các chi phí thực tế hợp lý.

Bên bị vi phạm phải nhận hàng, nhận dịch vụ và thanh toán tiền hàng, thù lao dịch vụ, nếu bên vi phạm đã thực hiện đầy đủ nghĩa vụ theo quy định.

Trường hợp bên vi phạm là bên mua thì bên bán có quyền yêu cầu bên mua trả tiền, nhận hàng hoặc thực hiện các nghĩa vụ khác của bên mua được quy định trong hợp đồng.

5.4.2. *Phạt vi phạm*

Phạt vi phạm là việc bên bị vi phạm yêu cầu bên vi phạm trả một khoản tiền phạt do vi phạm hợp đồng nếu trong hợp đồng có thoả thuận, trừ các trường hợp miễn trách nhiệm. Mức phạt đối với vi phạm nghĩa vụ hợp đồng hoặc tổng mức phạt đối với nhiều vi phạm do các bên thoả thuận trong hợp đồng, nhưng không quá 8% giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm, trừ trường hợp quy định tại Điều 266 của Luật thương mại.

5.4.3. *Bồi thường thiệt hại*

Bồi thường thiệt hại là việc bên vi phạm bồi thường những tổn thất do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra cho bên bị vi phạm. 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.

Trừ các trường hợp miễn trách nhiệm quy định tại Điều 294 của Luật thương mại, trách nhiệm bồi thường thiệt hại phát sinh khi có đủ các yếu tố sau đây:

- Có hành vi vi phạm hợp đồng;
- Có thiệt hại thực tế;
- Hành vi vi phạm hợp đồng là nguyên nhân trực tiếp gây ra thiệt hại.

5.4.4. *Tạm ngừng thực hiện hợp đồng*

Tạm ngừng thực hiện hợp đồng là việc một bên tạm thời không thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng thuộc một trong các trường hợp sau đây:

- Xảy ra hành vi vi phạm mà các bên đã thoả thuận là điều kiện để tạm ngừng thực hiện hợp đồng;

- Một bên vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng.
- Hợp đồng bị tạm ngừng thực hiện thì hợp đồng vẫn còn hiệu lực.

Bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại theo quy định của Luật thương mại.

5.4.5. Đình chỉ thực hiện hợp đồng

Trừ các trường hợp miễn trách nhiệm quy định tại Điều 294 của Luật thương mại, đình chỉ thực hiện hợp đồng là việc một bên chấm dứt thực hiện nghĩa vụ hợp đồng thuộc một trong các trường hợp sau đây:

- (1). Xảy ra hành vi vi phạm mà các bên đã thoả thuận là điều kiện để đình chỉ hợp đồng;
- (2). Một bên vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng.

Khi hợp đồng bị đình chỉ thực hiện thì hợp đồng chấm dứt từ thời điểm một bên nhận được thông báo đình chỉ. Các bên không phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ hợp đồng. Bên đã thực hiện nghĩa vụ có quyền yêu cầu bên kia thanh toán hoặc thực hiện nghĩa vụ đối ứng. Bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại theo quy định.

5.4.6. Hủy bỏ hợp đồng

Hủy bỏ hợp đồng bao gồm hủy bỏ toàn bộ hợp đồng và hủy bỏ một phần hợp đồng.

- *Hủy bỏ toàn bộ hợp đồng*: Là việc bãi bỏ hoàn toàn việc thực hiện tất cả các nghĩa vụ hợp đồng đối với toàn bộ hợp đồng.
- *Hủy bỏ một phần hợp đồng*: Là việc bãi bỏ thực hiện một phần nghĩa vụ hợp đồng, các phần còn lại trong hợp đồng vẫn còn hiệu lực.

Trừ các trường hợp miễn trách nhiệm pháp luật quy định, chế tài hủy bỏ hợp đồng được áp dụng trong các trường hợp sau đây:

- + Xảy ra hành vi vi phạm mà các bên đã thoả thuận là điều kiện để hủy bỏ hợp đồng;
- + Một bên vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng.

Trừ trường hợp quy định tại Điều 313 của Luật thương mại, sau khi hủy bỏ hợp đồng, hợp đồng không có hiệu lực từ thời điểm giao kết,

các bên không phải tiếp tục thực hiện các nghĩa vụ đã thoả thuận trong hợp đồng, trừ thoả thuận về các quyền và nghĩa vụ sau khi huỷ bỏ hợp đồng và về giải quyết tranh chấp.

Các bên có quyền đòi lại lợi ích do việc đã thực hiện phần nghĩa vụ của mình theo hợp đồng; nếu các bên đều có nghĩa vụ hoàn trả thì nghĩa vụ của họ phải được thực hiện đồng thời; trường hợp không thể hoàn trả bằng chính lợi ích đã nhận thì bên có nghĩa vụ phải hoàn trả bằng tiền.

Bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại theo quy định của pháp luật.

5.5. Các trường hợp miễn trách nhiệm hợp đồng

Bên vi phạm hợp đồng được miễn trách nhiệm trong các trường hợp sau đây:

- Xảy ra trường hợp miễn trách nhiệm mà các bên đã thoả thuận;
- Xảy ra sự kiện bất khả kháng;
- Hành vi vi phạm của một bên hoàn toàn do lỗi của bên kia;
- Hành vi vi phạm của một bên do thực hiện quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền mà các bên không thể biết được vào thời điểm giao kết hợp đồng.

Bên vi phạm hợp đồng có nghĩa vụ chứng minh các trường hợp miễn trách nhiệm. Bên vi phạm hợp đồng phải thông báo ngay bằng văn bản cho bên kia về trường hợp được miễn trách nhiệm và những hậu quả có thể xảy ra.

Khi trường hợp miễn trách nhiệm chấm dứt, bên vi phạm hợp đồng phải thông báo ngay cho bên kia biết; nếu bên vi phạm không thông báo hoặc thông báo không kịp thời cho bên kia thì phải bồi thường thiệt hại.

Bên vi phạm có nghĩa vụ chứng minh với bên bị vi phạm về trường hợp miễn trách nhiệm của mình.

Chương 2

MỘT SỐ HỢP ĐỒNG THÔNG DỤNG TRONG THƯƠNG MẠI

1. HỢP ĐỒNG MUA BÁN HÀNG HOÁ TRONG THƯƠNG MẠI

1.1. Khái niệm chung về hợp đồng mua bán hàng hoá trong thương mại

1.1.1. Khái niệm hàng hoá

“Hàng hoá” theo nghĩa rộng được hiểu là sản phẩm lao động của con người, được tạo ra nhằm mục đích trao đổi để thoả mãn nhu cầu mang tính xã hội. Nhu cầu của con người phong phú và biến thiên liên tục vì vậy hàng hoá cũng luôn phát triển phong phú và đa dạng.

1.1.2. Khái niệm mua bán hàng hoá

Mua bán hàng hoá là quan hệ chuyển giao quyền sở hữu hàng hoá để đổi lấy tiền, theo đó người bán có nghĩa vụ giao hàng, chuyển tiền sở hữu hàng hoá cho người mua và nhận tiền; còn người mua có nghĩa vụ nhận hàng hoá và trả tiền cho người bán theo thoả thuận của hai bên.

1.1.3. Khái niệm hợp đồng mua bán hàng hoá trong thương mại

Quan hệ mua bán hàng hoá được xác lập và thực hiện thông qua hình thức pháp lý là hợp đồng mua bán hàng hoá.

Hợp đồng mua bán hàng hoá có bản chất chung của một hợp đồng. Luật Thương mại 2005 không đưa ra định nghĩa về Hợp đồng mua bán hàng hoá, song dựa trên các quy định của Bộ luật dân sự về hợp đồng mua bán tài sản²⁵ có thể xác định bản chất pháp lý của hợp đồng mua bán hàng hoá trong thương mại như sau:

“Hợp đồng mua bán hàng hoá là sự thoả thuận của các chủ thể kinh doanh, theo đó người bán có nghĩa vụ giao hàng, chuyển tiền sở hữu hàng hoá cho người mua và nhận tiền; còn người mua có nghĩa vụ nhận hàng

²⁵ Xem Điều 428 - Bộ luật Dân sự 2005.

hoá và trả tiền cho người bán theo thoả thuận của hai bên”.

1.2. Đặc điểm hợp đồng mua bán hàng hoá trong thương mại

Hợp đồng mua bán hàng hoá có những đặc điểm sau:

1.2.1. Thứ nhất, về chủ thể của hợp đồng mua bán hàng hóa

- Hợp đồng mua bán hàng hoá được thiết lập giữa các chủ thể chủ yếu là các thương nhân.

Theo quy định của Luật Thương mại 2005²⁶, thương nhân bao gồm tổ chức kinh tế được thành lập hợp pháp, cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên và có đăng ký kinh doanh.

Thương nhân là chủ thể của hợp đồng mua bán hàng hoá có thể là thương nhân Việt Nam hoặc thương nhân nước ngoài.

Chủ thể chủ yếu của hợp đồng mua bán hàng hoá trong thương mại là các thương nhân, xuất phát từ lý do:

+ Hợp đồng này được hình thành trong hoạt động sản xuất kinh doanh, hay nói cách khác, nhờ có hoạt động sản xuất kinh doanh mới có hoạt động mua bán này.

+ Muốn tham gia vào quan hệ này, phải có những điều kiện nhất định, như: tiền vốn, vật tư, nguyên, nhiên liệu, sản phẩm và điều kiện quan trọng nhất là phải đảm bảo tư cách chủ thể, được thể hiện ở Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh.

- Ngoài các chủ thể là thương nhân, các tổ chức, cá nhân không phải là thương nhân cũng có thể là chủ thể của hợp đồng mua bán hàng hoá. Hợp đồng thương mại mà chủ thể không phải là thương nhân và không nhằm mục đích lợi nhuận trong quan hệ Hợp đồng mua bán hàng hoá phải tuân theo Luật Thương mại khi chủ thể này lựa chọn áp dụng Luật Thương mại.

1.2.2. Thứ hai, về hình thức của hợp đồng mua bán hàng hóa

Hợp đồng mua bán hàng hoá trong thương mại có thể được thiết

²⁶ Xem Khoản 1 Điều 6 - Luật thương mại 2005.

lập theo cách thức nào mà các bên thể hiện được sự thoả thuận mua bán hàng hoá giữa các bên.

Hợp đồng mua bán hàng hoá có thể được thể hiện dưới hình thức lời nói, văn bản hoặc hành vi cụ thể của các bên giao kết.

Điều 24 Luật Thương mại 2005 quy định: *“Hợp đồng mua bán hàng hoá được thể hiện bằng lời nói, bằng văn bản hoặc được xác lập bằng hành vi cụ thể. Đối với các loại hợp đồng mua bán hàng hoá mà pháp luật quy định phải được thành lập bằng văn bản thì phải tuân theo các quy định đó”*.

Hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế là một ví dụ về trường hợp bắt buộc phải tuân theo bằng hình thức văn bản.

Theo quy định của pháp luật²⁷, hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế phải được thể hiện dưới hình thức văn bản hoặc hình thức khác có giá trị pháp lý tương đương, như: điện báo, telex, fax, thông điệp dữ liệu.

1.2.3. Thứ ba, về đối tượng của hợp đồng mua bán hàng hóa

Hợp đồng mua bán hàng hoá có đối tượng là hàng hóa.

Hàng hoá là sản phẩm lao động của con người, được tạo ra để nhằm mục đích thoả mãn nhu cầu của con người. Dựa vào tính chất pháp lý, hàng hoá được chia thành nhiều loại khác nhau, như: bất động sản, động sản, tài sản hữu hình, tài sản vô hình hoặc các quyền về tài sản (quyền mua cổ phần, quyền sử dụng đất..).

Hàng hóa là đối tượng của hợp đồng mua bán hàng hoá được quy định ngày càng hoàn thiện hơn.

Trước đây, theo Luật Thương mại 1997²⁸ hàng hóa là đối tượng của hợp đồng mua bán hàng hoá chỉ bao gồm: Máy móc, thiết bị, nguyên liệu, nhiên liệu, vật liệu, hàng tiêu dùng, các động sản khác được lưu thông trên thị trường; nhà ở để kinh doanh dưới hình thức cho thuê, mua, bán.

Quy định này có phạm vi hẹp so với khái niệm về hàng hóa của

²⁷ Xem Khoản 2 Điều 27 - Luật thương mại 2005.

²⁸ Xem Khoản 2 Điều 3- Luật Thương mại 1997.

các nước trên thế giới. Trên thực tế, các hoạt động mua bán có tính chất thương mại ở Việt Nam không chỉ dừng lại ở những loại hàng hóa này, ví dụ như cổ phiếu, trái phiếu, quyền sử dụng đất...

Hiện nay, khắc phục sự bất cập của Luật Thương mại 1997 về khái niệm hàng hoá, Luật Thương mại 2005²⁹ quy định, hàng hóa bao gồm: tất cả các loại động sản, kể cả các động sản thành trong tương lai, những vật gắn liền với đất đai.

Với cách hiểu về hàng hóa như vậy, hàng hóa là đối tượng của hợp đồng mua bán có thể là hàng hóa hiện đang tồn tại hoặc hàng hóa sẽ có trong tương lai; hàng hóa là động sản hoặc bất động sản được phép lưu thông thương mại.

1.2.4. Thứ tư, quá trình thực hiện hợp đồng mua bán hàng hoá trong thương mại chính là quá trình chuyển giao quyền sở hữu và quyền quản lý tài sản trên cơ sở ngang giá, nghĩa là, trong quan hệ hợp đồng mua bán hàng hoá, bên bán có nghĩa vụ giao hàng, chuyển quyền sở hữu cho bên mua và nhận tiền, còn bên mua có nghĩa vụ nhận hàng hóa và trả tiền cho bên bán.

- Đặc điểm này cho phép phân biệt hợp đồng mua bán hàng hoá với hợp đồng thuê tài sản.

Trong hợp đồng thuê tài sản, quyền chiếm hữu và sử dụng tài sản được chuyển dịch từ người cho thuê sang người thuê, song người cho thuê vẫn là chủ sở hữu tài sản cho thuê (không có sự chuyển dịch về sở hữu đối với tài sản, chỉ chuyển quyền chiếm hữu và sử dụng).

- Đặc điểm này phân biệt với hợp đồng tặng, cho tài sản.

Hợp đồng mua bán là hợp đồng song vụ, có tính chất đền bù ngang giá, giá của hàng hóa luôn được xác định. Việc chuyển dịch quyền sở hữu luôn kèm theo yêu cầu đền bù tương ứng với giá trị của hàng hóa. Trong khi đó, hợp đồng tặng cho tài sản là hợp đồng đơn vụ. Khi tặng, cho tài sản, bên tặng cho giao tài sản và giao quyền sở hữu cho bên được tặng cho mà không yêu cầu đền bù (giống nhau là đều chuyển quyền sở hữu. Khác nhau là không có sự đền bù ngang giá).

²⁹ Xem Khoản 3 điều 5 - Luật Thương mại 2005.

- Đặc điểm này phân biệt với hợp đồng cung ứng dịch vụ.

Hợp đồng dịch vụ là hình thức của các quan hệ dịch vụ thương mại, có thể các dịch vụ gắn liền với mua bán hàng hóa, như: (dịch vụ trung gian thương mại, dịch vụ xúc tiến thương mại, dịch vụ logistic) và các dịch vụ không gắn trực tiếp với mua bán hàng hóa như: dịch vụ xây dựng, dịch vụ bảo hiểm, dịch vụ ngân hàng...

+ *Dịch vụ trung gian thương mại*: là phương thức giao dịch mà mọi việc thiết lập quan hệ giữa người mua và người bán phải thông qua một người trung gian. Như: môi giới thương mại, đại diện thương nhân, uỷ thác mua, bán...

+ *Dịch vụ xúc tiến thương mại*: là hoạt động thúc đẩy, tìm kiếm cơ hội mua bán hàng hóa và cung ứng dịch vụ, bao gồm: các hoạt động khuyến mại, quảng cáo thương mại, trưng bày, giới thiệu hàng hóa, dịch vụ và hội chợ, triển lãm thương mại.

+ *Dịch vụ logistic* (dịch vụ giao nhận hàng hoá): là dịch vụ luôn gắn với hợp đồng mua, bán, vận chuyển hàng hóa, như: tổ chức việc vận chuyển hàng hóa, giao hàng hóa, làm các giấy tờ thủ tục cần thiết để vận chuyển hàng hóa, nhận hàng từ người vận chuyển để giao hàng cho người nhận hàng...

Trong nền kinh tế thị trường, việc một thương nhân, chỉ bằng năng lực của mình, thực hiện tất cả các công đoạn của quá trình giao lưu thương mại ngày càng khó khăn, bởi phải qua nhiều công đoạn và mất nhiều thời gian. Bởi vì, chỉ để chuyển được hàng đến người mua, thương nhân bán hàng có thể phải thực hiện nhiều hoạt động phụ trợ khác nhau, như: đóng gói hàng hóa, ghi kí mã hiệu, làm thủ tục hải quan và các giấy tờ khác để gửi hàng, nhận hàng, xếp dỡ hàng hóa, lưu kho bãi, giao hàng cho người mua...

Thương nhân bán hàng có thể tự mình thực hiện tất cả các công đoạn đó nhưng do không có năng lực chuyên môn, hơn nữa, việc tự tiến hành các hoạt động phụ trợ phát sinh nhiều chi phí cho thương nhân. Để giảm chi phí sản xuất, các thương nhân có nhu cầu sử dụng những dịch vụ khác nhau liên quan đến việc vận chuyển hàng hóa đến người mua. Vì vậy, dịch vụ giao nhận hàng hóa ra đời và ngày càng khẳng định được vai trò và ý nghĩa của mình trong lưu thông hàng hóa.

1.3. Phân loại hợp đồng mua bán hàng hoá trong thương mại

Khi phân loại hợp đồng mua bán hàng hoá, người ta dựa vào các căn cứ sau:

1.3.1. Căn cứ vào yếu tố chủ thể, đối tượng, nơi xác lập và thực hiện hợp đồng, người ta chia thành hợp đồng mua bán hàng hoá trong nước với hợp đồng mua bán hàng hoá có yếu tố nước ngoài (hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế).

- *Hợp đồng mua bán hàng hoá trong nước:* là hợp đồng được các chủ thể trong nước ký kết, có đối tượng hợp đồng, việc giao kết và thực hiện hợp đồng được thực hiện ở trong nước.

- *Hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế:* Được xác định là hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế khi có một trong các yếu tố sau:

+ Đối tượng hợp đồng: hàng hóa là đối tượng của hợp đồng đang tồn tại ở nước ngoài (kể cả trường hợp các bên giao kết hợp đồng có cùng quốc tịch và hợp đồng được thực hiện ngay ở nước mình.

+ Địa điểm giao kết: hợp đồng được giao kết ở nước ngoài (nước mà các bên chủ thể giao kết không mang quốc tịch hoặc không cùng nơi cư trú hoặc không có trụ sở) và có thể được thực hiện ở nước mình hay nước thứ ba.

+ Chủ thể giao kết hợp đồng không cùng quốc tịch hoặc không cùng nơi cư trú.

1.3.2. Căn cứ vào nội dung và phương thức thực hiện hợp đồng, người ta chia ra các loại sau

- Hợp đồng bán vật tư, mua nông sản (Hợp đồng thương mại 2 chiều).

- Hợp đồng mua bán điện phục vụ sản xuất.

- Hợp đồng hàng đổi hàng (Hợp đồng H-H).

- Hợp đồng đặt hàng.

1.4. Nội dung cơ bản của hợp đồng mua bán hàng hoá trong thương mại

Nội dung của Hợp đồng mua bán hàng hoá trong thương mại: là

các điều khoản do các bên thoả thuận, thực hiện quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ hợp đồng thương mại.

Trong thực tiễn, các bên thoả thuận nội dung hợp đồng càng chi tiết thì càng thuận lợi cho việc thực hiện hợp đồng.

Nội dung cơ bản của hợp đồng mua bán hàng hoá trong kinh doanh - thương mại bao gồm các điều khoản sau:

- *Điều khoản đối tượng của hợp đồng*: “Đối tượng của hợp đồng” hay nói cách khác là “tên gọi của hàng hóa” phải được nêu tên hàng bằng những danh từ thông dụng nhất (tiếng phổ thông) để các bên hợp đồng và các cơ quan hữu quan đều có thể hiểu được. Bởi hàng hoá có thể tồn tại dưới dạng tư liệu tiêu dùng, vật tư và tư liệu sản xuất khác;

Trong trường hợp mua bán vật tư, sản phẩm chúng ta vẫn có thể ghi tên loại hợp đồng này dưới dạng cụ thể như:

+ Hợp đồng mua bán vật tư;

+ Hợp đồng mua bán sản phẩm.

Đối tượng của hợp đồng chỉ hợp pháp khi nó là loại hàng hoá được phép lưu thông; nếu đối tượng của loại hợp đồng này là hàng quốc cấm thì hợp đồng trở thành vô hiệu. Ví dụ: hợp đồng mua bán pháo, chất nổ, ma tuý..

- *Điều khoản về số lượng hàng hoá*: Số lượng vật tư, hàng hoá phải được ghi nhận chính xác, rõ ràng theo sự thoả thuận của các bên chủ thể và tính theo đơn vị đo lường hợp pháp của Nhà nước với từng loại hàng như; kg, tạ, tấn, cái, chiếc, KW/h, KV,... Nếu tính trọng lượng thì phải ghi cả trọng lượng cả bì.

- *Điều khoản về chất lượng, qui cách hàng hoá*: Phải ghi rõ trong hợp đồng phẩm chất, qui cách, tiêu chuẩn, kỹ thuật, kích thước, màu sắc, mùi vị, độ ẩm, tạp chất... Nhưng tùy từng loại hàng mà hai bên có thể thoả thuận về các điều kiện phẩm chất, qui cách cho phù hợp.

Một là, căn cứ tiêu chuẩn để thoả thuận chất lượng: Thông thường sản phẩm công nghiệp được tiêu chuẩn hoá, có các loại tiêu chuẩn Nhà nước (TCVN), tiêu chuẩn địa phương, tiêu chuẩn ngành kinh tế (TCN).

Hai là, nếu chưa được tiêu chuẩn hoá các bên phải thoả thuận chất

lượng bằng sự mô tả tỉ mỉ, không được dùng các khái niệm chung chung, khó qui trách nhiệm vi phạm như: “Chất lượng phải tốt”, Hàng hoá “phải bảo đảm” hoặc “hàng phải khô” hay “còn ăn được”.

Ba là, đối với hàng hoá có chất lượng ổn định thường được thoả thuận theo mẫu hàng, đó là được sản phẩm hàng loạt. Yêu cầu khi chọn mẫu phải tuân theo nguyên tắc:

- + Phải chọn mẫu của chính lô hàng ghi trong hợp đồng;
- + Mẫu hàng phải mang tính chất tiêu biểu cho loại hàng đó.
- + Số lượng mẫu ít nhất là ba, trong đó mỗi bên giữ một mẫu và giao cho người trung gian giữ một mẫu.

Mẫu hàng là một bộ phận không tách rời hợp đồng nên phải cặp chì, đánh dấu, ghi số hợp đồng vào mẫu... để đề phòng mất mát và tránh tranh chấp xảy ra sau này.

Ngoài ba phương pháp quy định chất lượng hàng hoá phổ biến trên, trong thực tế ký kết hợp đồng còn áp dụng những phương pháp sau:

- Xác định chất lượng theo điều kiện kỹ thuật;
- Xác định sau khi đã xem sơ bộ;
- Xác định theo hàm lượng từng chất trong hàng hoá;
- Xác định theo sản lượng thành phần;
- Xác định theo nhãn hiệu hàng hoá;
- Xác định theo trọng lượng tự nhiên;
- Xác định theo biểu kê các thông số kỹ thuật khắc hoạ tính chất hàng hoá;
- Xác định theo hiện trạng hàng hoá;
- Xác định theo phẩm chất bình quân tương đương.
- *Điều khoản về bao bì và ký mã hiệu*

Bao bì có tác dụng bảo vệ hàng hoá, tăng vẻ mỹ quan của hàng hoá làm cho hàng hoá hấp dẫn người mua với cách đóng gói và ký mã hiệu được ghi trên bao bì trong điều kiện kinh tế thị trường và hình thức bao bì. Do vậy, phải mô tả bao bì trong hợp đồng một cách tỉ mỉ về: hình dáng, kích cỡ bao bì, chất liệu, độ bền và cả các đóng gói hàng, vị trí ký

mã hiệu, nội dung ký mã hiệu, trên bao bì phải đảm bảo ghi nhận đầy đủ các dấu hiệu đặc trưng từng loại hàng như: tên hàng, tên cơ sở sản xuất, trọng lượng hàng, số hiệu đơn hàng phải có những chỉ dẫn đặc biệt về vận chuyển, bảo quản bốc xếp.

- *Điều khoản về thời gian, địa điểm giao nhận và phương thức giao nhận:* Những nội dung liên quan đến điều khoản giao nhận hàng, như: địa điểm, phương thức, thời gian giao nhận thường được các bên thoả thuận phù hợp với đặc điểm của hàng hóa trong hợp đồng.

Trường hợp các bên không thoả thuận những vấn đề này, thì áp dụng quy định của pháp luật, cụ thể:

- Theo Luật Thương mại 2005, trường hợp chỉ có thoả thuận về thời hạn giao hàng mà không xác định thời điểm cụ thể thì bên bán có quyền giao hàng vào bất kỳ thời điểm nào trong thời hạn đó và phải thông báo trước cho bên mua; trường hợp không có thoả thuận về thời hạn giao hàng thì bên bán phải giao hàng trong một thời hạn hợp lý sau khi giao kết hợp đồng.

- Trường hợp bên bán giao hàng trước thời hạn đã thoả thuận thì bên mua có quyền nhận hoặc không nhận hàng nếu các bên không có thoả thuận khác³⁰.

- *Thời gian giao nhận:* Phải ghi vào hợp đồng thời gian giao nhận cụ thể, cần chia theo đợt, theo ngày, tháng...

- *Phương thức giao nhận hàng:* Giao nhận hàng phải qua cân, đong, đo, đếm...

- *Địa điểm giao hàng:* Cần thoả thuận cụ thể. Bên bán phải giao hàng đúng địa điểm đã thoả thuận trong hợp đồng.

Nếu các bên không thoả thuận về địa điểm giao hàng thì địa điểm giao hàng được xác định như sau:

+ Trường hợp hàng hóa là vật gắn liền với đất đai thì bên bán phải giao hàng tại nơi có hàng hóa đó.

³⁰ Điều 38 Luật Thương mại 2005.

+ Trường hợp trong hợp đồng có quy định về vận chuyển hàng hóa thì bên bán có nghĩa vụ giao hàng cho người vận chuyển đầu tiên.

+ Trường hợp trong hợp đồng không có quy định về vận chuyển hàng hóa, nếu vào thời điểm giao kết hợp đồng, các bên biết được địa điểm kho chứa hàng, địa điểm xếp hàng hoặc nơi sản xuất thì bên bán phải giao hàng tại địa điểm đó.

+ Trong các trường hợp khác, bên bán phải giao hàng tại địa điểm kinh doanh của bên bán, nếu không có địa điểm kinh doanh, thì phải giao hàng tại nơi cư trú của bên bán được xác định tại thời điểm giao kết hợp đồng mua bán³¹.

- *Điều khoản về bảo hành hàng hoá và giấy hướng dẫn sử dụng:*
Về nguyên tắc, những hàng hoá có tính năng kỹ thuật, người sản xuất phải có trách nhiệm bảo hành trong thời hạn nhất định, có thể là 3 tháng hoặc là 6 tháng, đến 1 năm v.v.. đồng thời họ phải làm giấy hướng dẫn sử dụng cần thiết cho loại hàng đó, nhất là hàng được liệu, mỹ phẩm và phương tiện kỹ thuật.

Đối với loại hàng có in nhãn hiệu ghi luôn phiếu bảo hành và hướng dẫn sử dụng trong đó, thì không phải thoả thuận điều này trong văn bản hợp đồng.

Trong nhiều trường hợp bên bán hàng và người trực tiếp sản xuất ra hàng là hai chủ thể khác nhau thì người mua sử dụng hàng hoá sẽ đưa thẳng tới cơ sở sản xuất yêu cầu thực hiện trách nhiệm bảo hành.

- *Điều khoản về giá cả:* Khi định giá hàng trong hợp đồng mua, bán cần nêu rõ: đơn vị tính giá và phương pháp định giá, cụ thể: xác định đơn vị tính giá; phương pháp định giá

- *Điều khoản về thanh toán:* Thanh toán là nghĩa vụ quan trọng nhất của bên mua trong quan hệ Hợp đồng mua bán hàng hoá. Điều khoản thanh toán được các bên thoả thuận thông thường, bao gồm:

+ Đồng tiền thanh toán;

³¹ Khoản 2 Điều 35 Luật Thương mại 2005

- + Địa điểm thanh toán;
- + Thủ tục thanh toán;
- + Phương thức thanh toán (tiền mặt, H - H, uỷ nhiệm chi (chuyển tiền), bằng séc, bằng thư tín dụng (L/C)).

- *Điều khoản có hiệu lực của hợp đồng*: Các bên xác định thời hạn hợp đồng có hiệu lực từ ngày nào, kết thúc ngày nào...

- *Điều khoản về trách nhiệm vật chất*: Trong hợp đồng mua bán hàng hoá, điều khoản này qui tụ lại những điều cam kết rất cụ thể về sự quyết tâm thực hiện nghiêm túc mọi điều khoản đã thoả thuận.

Trong đó, cần xác định một cách cụ thể những trường hợp phải bồi thường do trách nhiệm liên đới, xác định các mức phạt cụ thể do vi phạm về phẩm chất, qui cách hàng hoá, vi phạm do thiếu số lượng hàng, phụ tùng, phụ kiện thiếu đồng bộ; mức phạt được chọn từ 2%-8% giá trị phần hợp đồng bị vi phạm, trường hợp có bị vi phạm về thời gian và địa điểm giao nhận bên kia có quyền lập biên bản và đòi phạt vi phạm ở mức tương ứng so với tổng giá trị hàng hoá trong hợp đồng.

- *Thủ tục giải quyết tranh chấp hợp đồng*: Phần này, các bên cần thoả thuận ba vấn đề cơ bản:

+ Xác định trách nhiệm thông báo cho nhau biết tiến độ thực hiện hợp đồng;

+ Thoả thuận giải quyết mọi tranh chấp nên áp dụng sự thương lượng giữa hai bên là chủ yếu, trong trường hợp không đạt được sự nhất trí đôi bên mới đưa vụ việc ra một cơ quan có thẩm quyền để giải quyết.

+ Các bên thoả thuận luôn trách nhiệm trả chi phí về kiểm tra và tài phán do bên nào chịu (thường lệ ai có lỗi bên đó phải gánh chịu loại chi phí bất đắc dĩ này).

- *Điều khoản về hiệu lực hợp đồng*: Trong điều khoản này, hai bên căn cứ vào khối lượng công việc trong hợp đồng để xác định thời hạn hợp đồng bắt đầu có hiệu lực từ ngày nào, kết thúc ngày nào, xác định thời gian tổ chức họp thanh lý ngày nào (thường quy định sau khoảng tối đa 10 ngày khi hợp đồng hết hiệu lực).

Có thể quy định cụ thể cho một bên lãnh trách nhiệm đứng ra tổ

chức cuộc họp thanh lý hợp đồng, có lập biên bản để ghi nhận ưu khuyết điểm của các bên, đặc biệt là chuyển giao mọi nghĩa vụ, trách nhiệm còn lại của hợp đồng vào biên bản này để hai bên tiếp tục thực hiện cho thật hoàn chỉnh trách nhiệm với nhau và cả trách nhiệm với các cơ quan hữu quan khác.

- *Điều khoản về thoả thuận khác (nếu có)*: Trong trường hợp xét thấy các bên có thể đưa vào hợp đồng những vấn đề cụ thể nào đó mà pháp luật về hợp đồng chưa quy định để thoả thuận cho đầy đủ và rõ ràng vì lợi ích của một bên hoặc để tránh những khả năng xấu có thể xảy ra do kinh nghiệm giao kết và thực hiện nhiều hợp đồng đã cho họ bài học về sự thận trọng và thẳng thắn “mắt lòng trước được lòng sau”, miễn là sự thoả thuận không trái với pháp luật.

2. HỢP ĐỒNG VẬN CHUYỂN HÀNG HOÁ TRONG KINH DOANH -THƯƠNG MẠI

2.1. Khái niệm hợp đồng vận chuyển hàng hóa

Ngành vận tải đóng vai trò rất quan trọng trong nền kinh tế và nó được xem là ngành sản xuất vật chất đặc biệt.

Tuy không tạo ra sản phẩm, nhưng nó là bộ phận quan trọng không thể thiếu được trong việc cấu thành giá trị của sản phẩm. Không có vận tải, sản phẩm được sản xuất ra không được phân phối và không thể tái sản xuất mở rộng.

Có thể nói, ngành vận tải chiếm vị trí của một khâu chủ yếu nhất, giúp các ngành khác hoàn thành tốt nhiệm vụ của mình. Để thực hiện được nhiệm vụ của mình, phải thông qua hình thức hợp đồng vận chuyển hàng hóa.

“Hợp đồng vận chuyển hàng hoá là sự thoả thuận giữa bên vận chuyển và bên thuê vận chuyển. Theo đó, bên vận chuyển có nghĩa vụ vận chuyển một số lượng hàng hoá nhất định đến địa điểm đã ấn định đúng thời gian và giao số hàng đó cho người nhận hàng, còn bên thuê vận chuyển có nghĩa vụ trả cho bên thuê vận chuyển một khoản tiền công gọi là cước phí vận chuyển”.

2.2. Đặc điểm hợp đồng vận chuyển hàng hóa

Hợp đồng vận chuyển hàng hoá có các đặc điểm sau:

- *Về đối tượng của hợp đồng*: Là hoạt động vận chuyển một số lượng hoặc khối lượng hàng hoá nhất định trên một đoạn đường nhất định.

- *Về chủ thể của hợp đồng*: Gồm có bên vận chuyển và bên thuê vận chuyển.

Bên vận chuyển phải có: phương tiện vận chuyển, có chức năng hành nghề vận chuyển. Bên vận chuyển có thể là doanh nghiệp nhà nước, doanh nghiệp tư nhân, các loại hình công ty, hợp tác xã... Có thể là đơn vị vận tải ô tô, vận tải đường sông, vận tải đường biển, vận tải đường sắt...

Bên thuê vận chuyển có thể là pháp nhân hay cá nhân nhưng phải đủ điều kiện là chủ thể của hợp đồng thương mại có nhu cầu thuê vận chuyển.

Trong quá trình thực hiện hợp đồng, có thể có sự tham gia của bên thứ ba. Trong nhiều trường hợp bên vận chuyển và chủ phương tiện vận chuyển độc lập với nhau. Chủ hàng và bên thuê vận chuyển cũng khác nhau. Người nhận hàng có thể không phải là người chủ hàng hay người thuê vận chuyển.

Điều cần xác định cụ thể trong nội dung hợp đồng vận chuyển hàng hoá là sự tương quan về quyền và nghĩa vụ giữa bên vận chuyển và bên thuê vận chuyển.

- *Về hình thức hợp đồng*: Theo quy định của Luật thương mại, có thể lựa chọn hình thức bằng văn bản, miệng hay hành vi thực tế. Thực tế, các bên thường sử dụng văn bản và được cụ thể hoá bằng các vận đơn.

Một hợp đồng vận chuyển hàng hoá có thể bao gồm một hoặc nhiều vận đơn. Nếu hợp đồng chỉ vận chuyển một chuyến thì cần một vận đơn.

Vận đơn có giá trị pháp lý như một hợp đồng. Nội dung vận đơn phải ghi rõ:

- + Người gửi hàng;
- + Người nhận hàng;

- + Nơi gửi;
- + Nơi nhận;
- + Số lượng hàng hoá vận chuyển;
- + Cước phí...

Vận đơn được sao thành nhiều bản và giao cho các bên có liên quan đến vận chuyển, mỗi bên giữ một bản.

2.3. Phân loại hợp đồng vận chuyển hàng hóa

Dựa vào phương tiện vận chuyển, người ta phân định thành:

- Hợp đồng vận chuyển đường biển;
- Hợp đồng vận chuyển đường sông;
- Hợp đồng vận chuyển đường sắt;
- Hợp đồng vận chuyển đường ô tô;
- Hợp đồng vận chuyển đường hành không;
- Hợp đồng vận chuyển đường ống;

2.4. Nội dung của hợp đồng vận chuyển hàng hoá

2.4.1. Khái niệm

Nội dung của hợp đồng vận chuyển hàng hoá là các điều khoản cơ bản, quy định quyền và nghĩa vụ của các bên.

2.4.2. Nội dung của hợp đồng vận chuyển hàng hoá

Nội dung của hợp đồng vận chuyển hàng hoá, bao gồm các điều khoản: khối lượng hàng và các mặt hàng; địa điểm giao nhận hàng; phương thức giao nhận hàng; giá cước vận chuyển; phương thức thanh toán; trách nhiệm của các bên; cơ quan giải quyết tranh chấp; hiệu lực của hợp đồng; các điều khoản khác.

2.4.3. Quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ hợp đồng vận chuyển hàng hoá

Từ các điều khoản trên, các bên có các quyền và nghĩa vụ sau:

a. Thứ nhất, quyền và nghĩa vụ của bên vận chuyển

Bên vận chuyển có các quyền và nghĩa vụ sau:

- Sau khi hợp đồng được xác lập và cụ thể hoá thành vận đơn, bên vận chuyển có nghĩa vụ đưa phương tiện vận chuyển phù hợp đến đúng thời gian, địa điểm nhận hàng.

- Nghĩa vụ quan trọng nhất của bên vận chuyển là vận chuyển đầy đủ, nguyên vẹn số hàng hoá đến nơi nhận án toàn và giao hàng hoá đó cho người nhận đúng thời gian, địa điểm. nghĩa vụ áp tải, bảo vệ hàng hoá dọc đường thường do chủ hàng hoặc bên vận chuyển đảm nhiệm.

- Bên vận chuyển có quyền kiểm tra trạng thái giá trị của hàng hoá, có quyền không vận chuyển những hàng hoá không đúng như nội dung thoả thuận trong hợp đồng (về chủng loại, quy cách, bao bì, đóng gói...), có quyền đòi cước phí vận chuyển đúng số lượng đã thoả thuận trong hợp đồng.

b. Thứ hai, quyền và nghĩa vụ của bên thuê vận chuyển

Bên thuê vận chuyển có các quyền và nghĩa vụ sau:

- Bên thuê vận chuyển có nghĩa vụ đưa hàng hoá đúng chủng loại, đúng số lượng đã thoả thuận đúng thời gian, địa điểm quy định.

- Có nghĩa vụ đảm bảo yêu cầu kỹ thuật của số hàng hoá cần vận chuyển (bao bì, đóng gói, ký mã hiệu, những giấy tờ cần thiết khác...).

- Có trách nhiệm thanh toán số tiền cước phí vận chuyển và cước phụ phí cho bên vận tải theo đúng thời hạn đã thoả thuận trong hợp đồng và thanh toán các khoản chi phí cần thiết khác trong quá trình vận chuyển.

- Việc xếp, dỡ hàng hoá lên xuống phương tiện vận chuyển có thể thuộc nghĩa vụ của bên thuê vận chuyển, bên vận chuyển hoặc bên thứ ba tùy theo sự thoả thuận khi ký kết hợp đồng vận chuyển giữa các bên.

2.5. Những nguyên tắc cơ bản khi soạn thảo hợp đồng vận chuyển hàng hoá

2.5.1. Nguyên tắc thuê chở, nhận chở

Khi ký kết hợp đồng, tức là hai bên đã có sẵn yêu cầu và khả năng đáp ứng. Để tạo thuận lợi cho nhau, hai bên được phép thoả thuận thuê chuyển (5T, 7T, 10T, 100T...) thuê chở hàng lẻ, thuê chở khoán từng khối lượng nhất định...

Việc thuê theo hình thức nào phải ghi rõ vào hợp đồng, ghi cụ thể loại hàng gửi vận chuyển, tính chất hàng hoá (kỵ ướt, dễ vỡ...), đơn vị tính (tấn, bao...). Đối với đơn vị tính chưa xác định được, hai bên phải quy đổi theo quy định. Trong hợp đồng vận chuyển, hai bên thường không quan tâm ghi cụ thể vào hợp đồng nên dẫn đến khó khăn khi tính cước phí, nhiên liệu v.v..

2.5.2. Nguyên tắc giao nhận hàng vận chuyển

Giao nhận hàng hoá nhanh gọn, tốt là biểu hiện kế hoạch tốt, vận chuyển tốt, bảo quản tài sản Nhà nước được chu đáo, năng suất phương tiện được khai thác hợp lý, quan hệ giữa vận tải với chủ hàng tốt. Quan trọng hơn nữa là dễ dàng quy được trách nhiệm cho hai bên. Muốn vậy, khi lập hợp đồng cần lưu ý:

- Hợp đồng phải ấn định thật cụ thể và chính xác địa điểm giao nhận (ghi rõ đường, phường xã, quận huyện,...) để không gây lãng phí và ảnh hưởng đến kế hoạch vận chuyển, đồng thời làm cơ sở cho việc tính cự ly, tính cước và tính nhiên liệu.

- Hợp đồng phải ghi rõ phương pháp giao nhận: “nhận sao, giao vậy”, ghi cụ thể, tránh chung chung.

2.5.3. Nguyên tắc xếp dỡ hàng hoá

Xếp dỡ hàng hoá góp phần bảo vệ tốt hàng hoá và phương tiện, giúp cho phương tiện tăng vòng quay vận chuyển, đồng thời tăng năng suất vận chuyển.

Xét về nguyên tắc chung thì bên vận chuyển phụ trách xếp dỡ tại các địa điểm có tổ chức xếp dỡ của cơ quan giao thông vận tải (bến xe, trạm luân chuyển, cảng, kể các xí nghiệp, công, nông, lâm trường, các kho...). Phí tổn xếp dỡ chủ hàng chịu.

Việc giao nhận hàng do chủ hàng đảm nhận. Trong trường hợp chủ hàng phụ trách xếp dỡ thì bên vận tải có trách nhiệm hướng dẫn về kỹ thuật xếp dỡ.

Tại các địa điểm có chuyển tải mà không có áp tải đi theo, bên vận tải phải xếp dỡ nhưng chỉ được hưởng các chi phí nếu tại địa điểm này các cơ quan giao thông vận tải đã có thông báo trước.

Xếp dỡ phải được tiến hành cả ngày lẫn đêm kể cả ngày lễ và chủ nhật, chủ hàng phải báo trước 24 giờ. Khi xếp dỡ ngày lễ và chủ nhật, cần ghi rõ vào hợp đồng. Tuy nhiên, nếu có khó khăn về bến bãi, phương tiện bốc dỡ, hai bên có thoả thuận thời gian xếp dỡ cho phù hợp với thực tế và ghi vào hợp đồng để làm cơ sở tính thưởng phạt. Đây là quyền lợi của chủ hàng nên chủ hàng luôn luôn phải quan tâm.

Thời hạn chuẩn bị xếp dỡ đối với ô tô là: mỗi lần xe đến địa điểm giao nhận hàng, nếu chủ hàng đảm nhiệm thì phải bắt đầu xếp dỡ sau 30 phút, đối với đường sông là 3 giờ, đường biển là 2 giờ sau giờ vận tải báo phương tiện đến bến. Hai bên cần quy định và ghi vào hợp đồng thời hạn này để có cơ sở tính phạt chờ đợi khi đã qua thời gian chuẩn bị. Thực tế nếu có khó khăn về thuê mướn, huy động nhân công, hai bên được phép thương lượng kéo dài thêm thời hạn chuẩn bị và ghi rõ trong hợp đồng. Chẳng hạn 1/2 ngày đối với ô tô hoặc xà lan....

Tuỳ từng loại phương tiện và loại hàng, trong trường hợp Nhà nước chưa ban hành định mức cụ thể thì hai bên được thoả thuận định mức thích hợp ghi vào hợp đồng, vận đơn. Căn cứ vào đó mà ấn định thời gian xếp dỡ. Cần chú ý có thưởng phạt để nâng cao trách nhiệm và động viên khuyến khích.

2.5.4. Cước phụ phí vận tải và cách thanh toán

Trong vận chuyển, ngoài giá cước chính, bên vận chuyển còn được thu các khoản phụ phí vận chuyển (nếu có) theo thể lệ hiện hành như:

- Phí tổn điều xe (đường sông gọi là huy động phí);
- Cước qua phà;
- Chi phí chuyển tải;
- Phí tổn vật dụng chèn lót, chuồn củi;
- Giá chênh lệch xăng dầu;
- Lệ phí bến đỗ, kê khai giá trị hàng hoá, cảng phí, hoa tiêu phí...);
- Việc thanh toán phải căn cứ vào thể lệ thanh toán của ngân hàng mà chọn hình thức thích hợp;
- Chủ hàng thanh toán chậm phải chịu phạt lãi theo thể lệ ngân hàng;

- Trong việc thực hiện hợp đồng vận chuyển, thường chủ hàng hay giữ tiền cước để khấu trừ bồi thường hàng hoá bị hư hỏng, mất mát.

2.5.5. Nguyên tắc bồi thường và phạt vi phạm hợp đồng

Bên nào trong quá trình thực hiện hợp đồng để xảy ra vi phạm hợp đồng sẽ bị phạt theo chế độ hợp đồng kinh tế và nếu xếp dỡ chậm hoặc đưa phương tiện đến lấy hàng chậm thì bị phạt bồi thường phí tổn chờ đợi theo quy định của pháp luật.

- Hàng hoá vận chuyển bị mất sẽ phải bồi thường theo giá thị trường tự do ở thời điểm nơi hàng đến.

- Hàng hoá vận chuyển bị hư hỏng nếu:

+ Thuộc loại hàng không thể sửa chữa được như lương thực, thực phẩm, nông, lâm, thủy sản bị giảm phẩm chất thì dựa trên cơ sở phẩm chất hàng hoá khi nhận chở và khi giao hàng mà hai bên thoả thuận tỷ lệ bồi thường. Nếu không thoả thuận được thì hai bên yêu cầu cơ quan chuyên môn giám định và xác định tỷ lệ bồi thường.

+ Thuộc loại có thể sửa chữa được như máy móc, dụng cụ, phụ tùng... thì chủ hàng sửa chữa, bên vận tải đòi hỏi bồi thường. Nếu sửa chữa xong vẫn không phục hồi được như cũ thì bên vận tải phải bồi thường theo loại hàng hư hỏng không sửa chữa được.

- Hợp đồng phải ghi rõ trách nhiệm vật chất của hai bên nhưng việc giải quyết tiền bồi thường và thanh toán cước phí phải tách riêng.

Trường hợp hàng không đóng gói, khai không đúng sự thật, bên chủ hàng phải chịu phạt bằng 20% số tiền cước phải trả.

2.5.6. Các trường hợp miễn bồi thường, miễn cước phí

- Bên vận chuyển có trách nhiệm bảo quản tốt hàng hoá vận chuyển nhưng nếu gặp các trường hợp sau thì được xét miễn giảm bồi thường:

+ Thiệt hại vì tai nạn hoặc thiên tai gây ra mà bên vận chuyển đã chuẩn bị mọi phương tiện đề phòng và đã cố gắng hết sức phòng ngừa nhưng không khắc phục được;

+ Hàng hoá đã được đóng gói, đã được quy ước giao nhận theo số lượng mà khi trả hàng, thùng hàng bao bì nguyên vẹn, dấu cặp chì,

gắng xi, niêm phong, đai kiện không thay đổi, nhưng hàng hoá bên trong bị thiệt hại hoặc hư hỏng;

- + Người áp tải (nếu có) không làm tròn nhiệm vụ bảo quản trong hợp đồng và vận đơn;

- + Hàng hoá phải huỷ bỏ dọc đường hoặc bị truy thu, trưng dụng theo lệnh của Nhà nước;

- + Ký mã hiệu thiếu hoặc sai;

- + Hàng hoá tự biến chất, hư thối, bốc hơi hoặc giảm phẩm chất trong trường hợp phương tiện bị các cơ quan kiểm soát của Nhà nước giữ lại quá thời hạn vận chuyển mà không do lỗi của bên vận tải;

- + Hoả hoạn không do lỗi của bên vận tải;

- + Cấp cứu sinh mạng người, phương tiện và hàng hoá;

- + Súc vật chết không do lỗi bên vận tải;

- + Hàng hoá bị mất mát, hư hỏng do lỗi của chủ hàng.

- Chủ hàng được miễn cước phí và phụ phí trong các trường hợp sau:

- + Hàng bị mất trong trường hợp mà bên vận tải chịu trách nhiệm bồi thường;

- + Hàng bị mất mát, hao hụt do thiên tai, đã cố gắng phòng ngừa, khắc phục như không được;

- + Phần hao hụt quá tỷ lệ đối với hàng hoá có định tỷ lệ hao hụt.

Cần lưu ý hai bên ký hợp đồng không được tùy tiện xét cho miễn giảm. Muốn miễn giảm phải có đầy đủ chứng từ kèm theo. Trường hợp hàng bị mất, bên vận chuyển đã giải quyết bồi thường hoặc chưa giải quyết nhưng sau đó lại tìm được thì bên chủ hàng phải nhận số hàng này và phải trả bồi thường nếu đã nhận.

Nguyên tắc bồi thường là bồi thường bằng tiền, không thực hiện bằng hiện vật.

2.5.7. Thời hạn hợp đồng

- Hợp đồng phải ghi rõ thời gian hiệu lực thi hành.

- Thời hạn hợp đồng vận chuyển chủ yếu nói đến thời gian vận

chuyển. Nguyên tắc tính thời gian vận chuyển là từ lúc hàng hoá được xếp xong trên phương tiện đến lúc phương tiện đến bến trả hàng. Nếu bên vận tải đảm nhận cả việc xếp dỡ thì thời gian xếp hàng ở bến đi và thời gian dỡ hàng ở bến đỗ được tính vào thời gian vận chuyển. Bên vận chuyển có trách nhiệm vận chuyển hàng hoá đúng theo thời hạn mà hai bên đã thoả thuận với nhau trong hợp đồng và bên chủ hàng phải đảm bảo có hàng hoá cho bên vận chuyển.

- Cần chú ý để cho thời hạn vận chuyển được hai bên thoả thuận trong hợp đồng thực hiện tốt. Hai bên ký hợp đồng phải căn cứ theo từng loại đường, cầu, phương tiện vận tải và tính chất từng loại hàng mà ấn định cho chính xác và cụ thể.

Biên bản thanh lý là cơ sở pháp lý xác nhận trách nhiệm giải quyết của mỗi bên đối với các tổn tại sau khi thực hiện hợp đồng. Do đó, hai bên phải bàn bạc kỹ, xác định số liệu, trách nhiệm thật cụ thể, chính xác. Bên vận tải chịu trách nhiệm chủ trì chủ hàng đến dự họp thanh lý vào một thời gian và địa điểm dự kiến trong hợp đồng.

2.5.8. Những việc cần thiết khi ký hợp đồng để phòng ngừa vi phạm hoặc tranh chấp

- Hợp đồng ký xong ngoài các bản hai bên giữ, cần phải gửi thêm cho ngân hàng mà hai bên có mở tài khoản để làm cơ sở cho vay và thanh toán.

- Hợp đồng phải được đại diện hợp pháp của hai bên ký tên và đóng dấu. Nếu vì một vài điều khoản mà hai bên chưa thống nhất thì trong hợp đồng, mỗi bên có thể bảo lưu quan điểm của mình và ký với những điều khoản đã thống nhất. Trong điều kiện chưa thống nhất nên ghi rõ vào hợp đồng ý kiến bảo lưu của các bên. Sau đó, báo cho các cơ quan chủ quản cấp trên để xử lý.

- Trong tình hình hiện nay, các doanh nghiệp vận tải (Nhà nước, tập thể, tư nhân) thường khoán vận chuyển cho từng đầu phương tiện (kể cả khoán cho đi khai thác hàng). Nhiều chủ hàng hay ký trực tiếp với lái xe, chủ tàu... mà không ký với đơn vị vận tải.

Về nguyên tắc những hợp đồng như vậy là không đúng pháp luật.

Nhưng quan trọng hơn là khi có tranh chấp xảy ra (như mất mát hàng hoá) thì đơn vị vận tải chủ quản không chịu trách nhiệm giải quyết và cơ quan tài phán không xem xét, giải quyết được do hợp đồng không được ký kết bởi những chủ thể theo quy định của pháp luật. Vì vậy, chủ hàng cần cương quyết tranh chấp khiếu kiện hợp đồng trên.

3. HỢP ĐỒNG DỊCH VỤ TRONG KINH DOANH - THƯƠNG MẠI

3.1. Khái niệm hoạt động dịch vụ và hợp đồng dịch vụ trong kinh doanh – thương mại

3.1.1. Khái niệm hoạt động dịch vụ

Hoạt động dịch vụ là hoạt động kinh doanh quan trọng trong xã hội và không thể thiếu được trong quá trình sản xuất kinh doanh. Bên cạnh việc thường xuyên tham gia vào các quan hệ hợp đồng mua bán hàng hoá, các doanh nghiệp luôn chú trọng tham gia vào các quan hệ dịch vụ để đảm bảo cung ứng những điều kiện cần thiết cho sản xuất, vận tải, áp dụng tiến bộ khoa học kỹ thuật và công nghệ mới, tăng năng suất lao động, cải tiến các dây chuyền sản xuất và phục vụ các nhu cầu xã hội.

Thực chất của hoạt động dịch vụ là loại hoạt động kinh doanh lấy công làm lãi. Nó không tạo ra sản phẩm mới như hoạt động sản xuất và cũng không phải là hoạt động phân phối lưu thông như trong hoạt động kinh doanh thương mại.

Hoạt động dịch vụ nhằm cung ứng những điều kiện vật chất kỹ thuật để đáp ứng các nhu cầu trong sản xuất kinh doanh và sinh hoạt xã hội. Có thể liệt kê một số hoạt động dịch vụ thông dụng và hiện nay đang được phát triển mạnh trong đời sống kinh tế xã hội ở nước ta hiện nay như:

- + Bảo trì, bảo dưỡng, sửa chữa máy móc, nhà cửa, tàu thuyền;
- + May đo quần áo;
- + Các công tác bảo hiểm;
- + Công tác kiểm dịch;
- + Hướng dẫn triển khai áp dụng các tiến bộ khoa học kỹ thuật vào sản xuất, lập các chương trình;
- + Phân tích tính toán, xử lý số liệu;

- + Thử nghiệm, kiểm nghiệm sản phẩm;
- + Biên soạn tài liệu, hướng dẫn kỹ thuật nghiệp...

3.1.2. Khái niệm, đặc điểm của hợp đồng dịch vụ trong kinh doanh - thương mại

3.1.2.1. Khái niệm hợp đồng dịch vụ trong kinh doanh -thương mại

Từ việc tìm hiểu về hoạt động dịch vụ như trên, chúng ta có thể nêu khái quát về hợp đồng dịch vụ trong thương mại như sau:

“Hợp đồng dịch vụ trong thương mại là sự thoả thuận bằng văn bản giữa các chủ thể của hợp đồng thương mại. Theo đó, bên nhận dịch vụ tiến hành những hoạt động nhất định bằng chính lao động và kỹ nghệ của mình nhằm thoả mãn một nhu cầu nào đó của bên thuê dịch vụ và được nhận một khoản tiền công gọi là dịch vụ phí. Bên thuê dịch vụ có trách nhiệm cung ứng những điều kiện vật chất cần thiết và các yêu cầu để thực hiện các dịch vụ đó, đồng thời có nghĩa vụ tiếp nhận các kết quả dịch vụ và thanh toán dịch vụ phí”.

3.1.2.2. Đặc điểm của hợp đồng dịch vụ trong kinh doanh -thương mại

a. Đối tượng hợp đồng

Đặc trưng cơ bản nhất của hợp đồng dịch vụ trong thương mại để có thể phân biệt với các hợp đồng thương mại khác (hợp đồng mua bán hàng hoá) chính là đặc điểm của đối tượng hợp đồng.

Trong hợp đồng mua bán hàng hoá, đối tượng của nó là hàng hoá, còn trong hợp đồng dịch vụ, đối tượng của hợp đồng lại là một hoạt động cung ứng những nhu cầu nhất định, là một công việc cụ thể cho các chủ thể hợp đồng xác định theo những yêu cầu của bên đặt dịch vụ.

Đây là một loại hợp đồng thương mại đặc thù nên việc ký kết và thực hiện các hợp đồng dịch vụ trong thương mại phải theo những nguyên tắc, những quy định chung của Bộ luật Dân sự 2005 và Luật Thương mại 2005.

b. Hình thức hợp đồng

Theo quy định của Luật thương mại, có thể lựa chọn hình thức

bằng văn bản, miệng hay hành vi thực tế nhưng thực tế, các bên thường sử dụng bằng hình thức văn bản.

c. Chủ thể hợp đồng

Gồm có hai bên: Bên nhận dịch vụ và Bên thuê dịch vụ:

- *Bên nhận dịch vụ:* Là bên tiến hành những hoạt động nhất định bằng chính lao động và kỹ nghệ của mình nhằm thoả mãn một nhu cầu nào đó của bên thuê dịch vụ và được nhận một khoản tiền công gọi là dịch vụ phí.

Bên nhận dịch vụ phải đáp ứng điều kiện về chủ thể của hợp đồng thương mại.

- *Bên thuê dịch vụ:* Là bên có nhu cầu cần thuê bên nhận dịch vụ đáp ứng nhu cầu của mình theo những tiêu chuẩn, điều kiện nhất định.

Bên thuê dịch vụ có trách nhiệm cung ứng những điều kiện vật chất cần thiết và các yêu cầu để thực hiện các dịch vụ đó, đồng thời có nghĩa vụ tiếp nhận các kết quả dịch vụ và thanh toán dịch vụ phí.

Bên thuê dịch vụ có thể là cá nhân, tổ chức và đáp ứng điều kiện về chủ thể của quan hệ hợp đồng thương mại.

d. Phân loại hợp đồng dịch vụ trong kinh doanh – thương mại

Mỗi loại hoạt động dịch vụ có đặc điểm riêng, vì vậy căn cứ vào đối tượng của hợp đồng dịch vụ người ta chia hợp đồng dịch vụ thành nhiều loại như:

- Hợp đồng dịch vụ thu công (sửa chữa, vận chuyển, chế biến...);
- Hợp đồng dịch vụ bảo hiểm;
- Hợp đồng dịch vụ cho thuê mướn tài sản;
- Hợp đồng dịch vụ kiểm dịch;
- Hợp đồng dịch vụ khoa học kỹ thuật;

3.2. Nội dung của hợp đồng dịch vụ trong kinh doanh – thương mại

3.2.1. Thứ nhất, điều khoản đối tượng của hợp đồng (công việc giao dịch)

Các bên cần xác định rõ các nội dung sau:

- Xác định cụ thể, rõ ràng số lượng, khối lượng công việc sửa chữa

vào biên bản, kiểm tra xe, máy... trước khi đưa vào thực hiện.

- Xác định rõ chất lượng công việc.

3.2.2. Thứ hai, Điều khoản về vật tư

Trong điều khoản này, cần quy định rõ các nội dung sau:

- Vật tư cũ, hư hỏng không sử dụng được, tháo ra từ ...(xe, máy) do Bên nào thu hồi.
- Bên nào chịu trách nhiệm cung cấp vật tư, phụ tùng thay thế, chịu trách nhiệm về các vật tư đó.
- Thời gian cung cấp vật tư.
- Nếu có khó khăn, vướng mắc phải kịp thời thông báo để các bên bàn bạc, có biện pháp giải quyết.
- Hoặc có thể quy định cụ thể phương thức thu mua vật tư, cách kiểm tra chất lượng vật tư, trách nhiệm của mỗi Bên trong việc cung cấp vật tư v.v..
- Biện pháp để bảo đảm chất lượng các vật tư, phụ tùng thay thế.

3.2.3. Thứ ba, điều khoản giá cả

Trong hợp đồng kinh tế dịch vụ thu công, giá cả đã được tính toán trong bảng chiết tính, các Bên cùng chấp nhận.

Trong điều khoản này, ghi giá theo bảng chiết tính.

Các Bên có quyền thoả thuận nguyên tắc thủ tục để thực hiện việc thay đổi giá khi có sự biến động giá cả thị trường trong quá trình thực hiện hợp đồng kinh tế.

Đối với công việc cơ quan Nhà nước có thẩm quyền định giá hoặc có khung giá thì thoả thuận trong bảng chiết tính phải phù hợp với quy định đó.

3.2.4. Thứ tư, điều khoản nghiệm thu

Phải quy định rõ thể thức nghiệm thu, thời gian, thành phần tham gia nghiệm thu.

Nếu công việc đơn giản thực hiện trong thời gian ngắn thì nghiệm thu một lần.

Nếu công việc phức tạp thực hiện trong thời gian dài thì nên quy định nghiệm thu hai hoặc nhiều lần (lần thứ nhất nghiệm thu khi công việc đạt 50% giá trị hợp đồng và nghiệm thu lần cuối khi hoàn tất).

3.2.5. Thứ năm, điều khoản bảo hành

- Thời gian bảo hành theo quy định của Nhà nước.
- Nếu công tác dịch vụ không được Nhà nước quy định thì các Bên thoả thuận.
- Phải quy định rõ trách nhiệm của các Bên khi xảy ra hư hỏng trong thời gian bảo hành.

Khi tài sản được sửa chữa, sử dụng trong thời gian bảo hành bị hư hỏng, Bên chủ tài sản (A) phải thông báo bằng văn bản cho Bên sửa chữa (B) biết. Khi nhận được thông báo, Bên B phải tổ chức cùng Bên A kiểm tra tìm nguyên nhân gây ra hư hỏng, xác định trách nhiệm sửa chữa các hư hỏng đó thuộc về Bên nào, thời gian sửa chữa, lập biên bản quy định trách nhiệm và thời gian thực hiện.

3.2.6. Thứ sáu, điều khoản thanh toán

Phương thức thanh toán do các Bên thoả thuận nhưng không được trái với quy định của pháp luật hiện hành.

3.2.7. Thứ bảy, điều khoản thời hạn hợp đồng

Quy định rõ ràng, cụ thể thời hạn trong hợp đồng là khoảng thời gian để các Bên thực hiện các quyền và nghĩa vụ của mình trong hợp đồng từ khi hợp đồng có hiệu lực pháp luật đến khi mà các Bên đã thoả thuận là hợp đồng đã thực hiện xong.

3.2.8. Thứ tám, điều khoản trách nhiệm do vi phạm hợp đồng

Quy định rõ trách nhiệm tài sản khi vi phạm hợp đồng.

Căn cứ vào Luật Thương mại và các văn bản pháp luật liên quan để soạn thảo mức thưởng, phạt do vi phạm hợp đồng.

3.2.9. Thứ chín, điều khoản các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng

Nếu cả hai bên đều thấy cần thiết và đồng ý thoả thuận thì trong điều khoản này có thể quy định biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng theo quy định của Bộ luật Dân sự 2005.

Ngoài ra, có thể thoả thuận thêm các điều khoản khác nếu thấy cần thiết và không trái pháp luật.

3.3. Những điều cần lưu ý khi ký kết và thực hiện hợp đồng kinh doanh dịch vụ thu công

- Nội dung điều khoản đối tượng của hợp đồng phải được trình bày rõ ràng, chính xác, tránh tình trạng thực chất là mua bán nhưng do các đơn vị dịch vụ không có chức năng mua bán nên ký kết hợp đồng với nội dung dịch vụ và thường dẫn đến tranh chấp.

- Tổ chức nghiệm thu phải đầy đủ các thành phần cần thiết, bảo đảm biên bản nghiệm thu hợp pháp.

- Điều khoản vật tư phải được soạn thảo kỹ lưỡng, quy định chặt chẽ khi thực hiện hợp đồng nếu có vướng mắc, hai bên phải kịp thời họp bàn giải quyết.

- Nếu hết thời hạn hợp đồng mà vẫn chưa giải quyết được phải ký phụ lục gia hạn hợp đồng hoặc tìm các biện pháp khác giải quyết dứt điểm.

- Hết hạn hợp đồng, hai bên đã nghiệm thu bàn giao xe, máy, v.v.. đảm bảo chất lượng, thanh toán đầy đủ... thì phải thanh lý hợp đồng.

Sau khi thanh lý hợp đồng, trong thời gian bảo hành xe, máy v.v.. bị hư hỏng nếu lỗi do bên sửa chữa thì phải tiếp tục có trách nhiệm sửa chữa đảm bảo chất lượng như hợp đồng đã ký kết.

Hợp đồng dịch vụ trong kinh doanh - thương mại khi thực hiện hợp đồng thường xảy ra vướng mắc. Vì vậy, quá trình ký kết và thực hiện hợp đồng các bên cần có sự hợp tác chặt chẽ, hoàn tất hợp đồng đúng thời hạn để sớm đưa sản phẩm vào hoạt động phục vụ sản xuất kinh doanh.

Chương 3

PHÁP LUẬT VỀ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP TRONG KINH DOANH

1. KHÁI NIỆM TRANH CHẤP TRONG KINH DOANH

Trong điều kiện nền kinh tế thị trường, với sự tham gia hoạt động kinh doanh của mọi thành phần kinh tế thuộc các hình thức sở hữu khác nhau thì tranh chấp xảy ra giữa các chủ thể kinh doanh là điều không tránh khỏi.

Về mặt học thuật, tranh chấp kinh tế và tranh chấp trong kinh doanh là những khái niệm có nội hàm rộng hẹp khác nhau. Có quan điểm cho rằng, “tranh chấp kinh tế được hiểu là sự bất đồng chính kiến về một sự kiện pháp lý, là sự mâu thuẫn hay xung đột về lợi ích, về quyền và nghĩa vụ giữa các chủ thể tham gia vào các quan hệ kinh tế ở các cấp độ khác nhau”³². Có quan điểm khác cho rằng, “tranh chấp kinh tế là những mâu thuẫn hay bất đồng liên quan đến quyền và lợi ích kinh tế của các tổ chức, cá nhân khi tham gia các quan hệ kinh tế”³³...

Tuy còn nhiều ý kiến khác nhau, song đa số các nhà khoa học đều thống nhất rằng, tranh chấp kinh tế được hiểu là sự bất đồng chính kiến, sự mâu thuẫn hay xung đột về lợi ích, về quyền và nghĩa vụ giữa các chủ thể tham gia vào các quan hệ kinh tế ở các cấp độ khác nhau. Trong các loại hình tranh chấp kinh tế, tranh chấp trong kinh doanh là loại hình tranh chấp phổ biến nhất. Theo đó, tranh chấp kinh tế có thể có các dạng

³² Nguyễn Thị Kim Vinh (2002), Luận án tiến sĩ luật học “*Pháp luật về giải quyết tranh chấp kinh tế bằng con đường Tòa án ở Việt Nam*”, Viện Nhà nước và Pháp luật, Hà Nội.

³³ Đào Văn Hội (2003), Luận án tiến sĩ luật học “*Giải quyết tranh chấp kinh tế trong điều kiện kinh tế thị trường ở Việt Nam*”, Trường Đại học Luật Hà Nội.

cơ bản sau:

- Tranh chấp trong kinh doanh: được diễn ra giữa các chủ thể tham gia kinh doanh. Cụ thể, những tranh chấp phát sinh trong các khoản đầu tư, sản xuất đến tiêu thụ sản phẩm hoặc thực hiện dịch vụ trên thị trường nhằm mục đích sinh lợi.

- Tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài với quốc gia tiếp nhận đầu tư: Loại hình tranh chấp này nảy sinh trong việc thực hiện các hợp đồng BTO, BT, BOT, thực hiện các điều ước quốc tế về khuyến khích và bảo hộ đầu tư song phương và đa phương.

- Tranh chấp giữa các quốc gia trong việc thực hiện các điều ước quốc tế về thương mại song phương và đa phương.

- Tranh chấp giữa các quốc gia với các thiết chế kinh tế quốc tế trong việc thực hiện các điều ước quốc tế về thương mại đa phương.

Thực tế cho thấy, trong các loại hình tranh chấp kinh tế trên, tranh chấp trong kinh doanh là loại hình tranh chấp phổ biến nhất và do đó trong một số trường hợp khái niệm tranh chấp trong kinh doanh và khái niệm tranh chấp kinh tế được sử dụng với ý nghĩa tương đương nhau.

Điều 29 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2004 (sửa đổi năm 2011) cũng đã liệt kê các tranh chấp về kinh doanh, thương mại thuộc thẩm quyền của tòa án, gồm có:

- Tranh chấp phát sinh trong hoạt động kinh doanh, thương mại giữa cá nhân, tổ chức có đăng ký kinh doanh với nhau và đều có mục đích lợi nhuận bao gồm: Mua bán hàng hoá; cung ứng dịch vụ; phân phối; đại diện, đại lý; ký gửi; thuê, cho thuê, thuê mua; xây dựng; tư vấn, kỹ thuật; vận chuyển hàng hoá, hành khách bằng đường sắt, đường bộ, đường thủy nội địa; vận chuyển hàng hoá, hành khách bằng đường hàng không, đường biển; mua bán cổ phiếu, trái phiếu và giấy tờ có giá khác; đầu tư, tài chính, ngân hàng; bảo hiểm; thăm dò, khai thác.

- Tranh chấp về quyền sở hữu trí tuệ, chuyển giao công nghệ giữa cá nhân, tổ chức với nhau và đều có mục đích lợi nhuận.

- Tranh chấp giữa công ty với các thành viên của công ty, giữa các thành viên của công ty với nhau liên quan đến việc thành lập, hoạt động,

giải thể, sáp nhập, hợp nhất, chia, tách, chuyển đổi hình thức tổ chức của công ty.

- Các tranh chấp khác về kinh doanh, thương mại mà pháp luật có quy định.

Từ những nội dung xem xét nêu trên, có thể hiểu: tranh chấp trong kinh doanh là sự bất đồng về một hiện tượng pháp lý phát sinh trong đời sống kinh tế giữa các chủ thể tham gia kinh doanh trong quá trình thực hiện các hoạt động thương mại.

Do đó, có thể khái quát những đặc điểm tranh chấp trong kinh doanh như sau: luôn gắn liền với các hoạt động kinh doanh của các chủ thể; các chủ thể tranh chấp trong kinh doanh thường là các thương nhân; là sự biểu hiện ra bên ngoài, là sự phản ánh của những xung đột về mặt lợi ích kinh tế của các bên³⁴; tranh chấp gắn liền với lợi ích riêng biệt của mỗi chủ thể và luôn thuộc quyền từ định đoạt của họ.

Trong cơ chế kế hoạch hóa tập trung, các tranh chấp trong kinh doanh chủ yếu tồn tại dưới dạng các tranh chấp về hợp đồng kinh tế. Trong điều kiện kinh tế thị trường, sự tham gia của nhiều thành phần kinh tế kéo theo sự đa dạng về đối tượng chủ thể và lợi ích cần bảo vệ, sự xuất hiện của các phương thức kinh doanh, thị trường và các yếu tố sản xuất phi truyền thống làm phát sinh nhiều dạng tranh chấp mới, ví dụ như: tranh chấp giữa thành viên công ty với công ty, giữa các thành viên công ty với nhau trong quá trình thành lập, hoạt động và giải thể công ty; tranh chấp về liên doanh, liên kết kinh tế, ...

2. CÁC HÌNH THỨC GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP TRONG KINH DOANH – THƯƠNG MẠI.

Ở góc độ khái quát chung, giải quyết tranh chấp trong kinh doanh – Thương mại là việc lựa chọn các hình thức, biện pháp thích hợp để giải tỏa các mâu thuẫn, bất đồng, xung đột lợi ích giữa các bên, tạo lập lại sự cân bằng về mặt lợi ích mà các bên có thể chấp nhận được. Chính vì vậy,

³⁴ Trần Đình Hảo, “*Hoà giải thương lượng trong việc giải quyết tranh chấp hợp đồng kinh tế*”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 1 năm 2000, tr.28.

giải quyết tranh chấp trong kinh doanh – thương mại phải nhanh chóng, thuận lợi, không làm hạn chế, cản trở các hoạt động kinh doanh; quyết định giải quyết phải có giá trị thi hành cao; khôi phục và duy trì các quan hệ hợp tác, tín nhiệm giữa các bên trong kinh doanh; giữ bí mật kinh doanh, uy tín các bên trên thương trường; chi phí giải quyết thấp.

Tranh chấp trong kinh doanh – thương mại có thể được giải quyết bằng các phương thức khác nhau như thương lượng, hòa giải, trọng tài thương mại và giải quyết thông qua tòa án. Khi tranh chấp phát sinh, các bên có thể lựa chọn một phương thức giải quyết tranh chấp phù hợp hoặc sử dụng phối hợp nhiều phương thức nhằm đạt hiệu quả cao.

2.1. Thương lượng

Là hình thức giải quyết tranh chấp trong kinh doanh – thương mại cần đến vai trò của người thứ ba. Đặc điểm cơ bản của thương lượng là các bên cùng nhau trình bày quan điểm, chính kiến, bàn bạc, tìm các biện pháp thích hợp và đi đến thống nhất thỏa thuận để tự giải quyết bất đồng. Thương lượng đòi hỏi trước hết các bên phải có thiện chí, trung thực, hợp tác, và phải có đầy đủ những am hiểu cần thiết về chuyên môn và về pháp lý. Đối với sự việc phức tạp, mỗi bên có thể chỉ định những chuyên gia, những tổ chức có trình độ chuyên môn thay mặt và đại diện cho mình để tiến hành thương lượng.

Kết quả của thương lượng thường là những cam kết, thỏa thuận về những giải pháp cụ thể nhằm tháo gỡ những bế tắc hoặc bất đồng phát sinh mà các bên thường không ý thức được trước đó.

Giải quyết tranh chấp bằng thương lượng thể hiện hàng loạt ưu điểm như: đơn giản, không bị ràng buộc bởi các thủ tục pháp lý phiền hà; ít tốn kém; không làm phương hại đến quan hệ hợp tác vốn có giữa các bên trong kinh doanh; giữ được các bí mật kinh doanh. Tuy nhiên, giải quyết tranh chấp bằng thương lượng cũng bộc lộ yếu điểm nhất định, đó là: mang tính tự phát, theo truyền thống mà chưa có sự điều chỉnh pháp lý thích hợp. Do đó, giá trị pháp lý của kết quả thương lượng không được xác định rõ ràng nên thường bị các bên lợi dụng để kéo dài thời gian phải thực hiện nghĩa vụ; nhiều trường hợp bên có quyền lợi bị vi phạm mất quyền khởi kiện tại tòa án hoặc trọng tài do hết thời hiệu khởi kiện.

2.2. Hòa giải

Là hình thức giải quyết tranh chấp mà trong đó các bên trong quá trình thương lượng có sự tham gia của bên thứ ba độc lập do hai bên cùng chấp nhận hay chỉ định làm vai trò trung gian để hỗ trợ cho các bên nhằm tìm kiếm những giải pháp thích hợp cho việc giải quyết xung đột nhằm chấm dứt các tranh chấp, bất đồng.

Hoà giải là giải pháp mang tính chất tự nguyện, tùy thuộc vào sự lựa chọn của các bên. Đặc biệt là bên thứ ba với tính chất trung gian hoà giải phải có vị trí độc lập đối với các bên. Điều đó có ý nghĩa là, bên thứ ba này không ở vị trí xung đột lợi ích đối với các bên hoặc không có những lợi ích gắn liền với lợi ích của một trong các bên trong các vụ việc đang có tranh chấp; Bên thứ ba làm trung gian hòa giải không phải là những đại diện bất kỳ của bên nào và cũng không có quyền quyết định, phán xét như một trong tài.

Theo thông lệ chung, hòa giải có thể được tiến hành ngoài thủ tục tố tụng và cũng có thể được thực hiện theo thủ tục tố tụng của tòa án hoặc trọng tài

- *Hòa giải ngoài tố tụng*: là việc hòa giải qua trung gian được các bên tiến hành trước khi đưa vụ tranh chấp ra cơ quan tài phán. Chẳng hạn, một trong những chức năng của Phòng Thương mại và công nghiệp Việt Nam là giúp các thành viên trong việc giải quyết tranh chấp bằng hòa giải, khi được yêu cầu (Xem khoản 9, điều 5 Điều lệ Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam). Các bên tranh chấp thông tin cho nhau và trình bày quan điểm của mình, người hòa giải hướng các bên tham gia vào việc tìm kiếm những giải pháp thích hợp nhằm loại trừ những ý kiến bất đồng, những xung đột về lợi ích phát sinh giữa các bên. Sự nhất trí trong việc giải quyết tranh chấp được thể hiện bằng văn bản, có sự xác nhận của bên đứng ra làm trung gian hòa giải và có giá trị ràng buộc với các bên tham gia.

Hiện nay, trong hoạt động thương mại quốc tế, phương pháp hoà giải rất được ưa chuộng dùng để giải quyết tranh chấp và các quy tắc hoà giải của các tổ chức thường được lựa chọn là quy tắc hoà giải không bắt buộc của phòng thương mại quốc tế ICC (năm 1998); quy tắc hoà giải

của Ủy ban Liên hiệp quốc về luật thương mại (1980); quy tắc hoà giải của Trung tâm hoà giải Bắc kinh (1987); quy tắc hoà giải thương mại của hiệp hội trọng tài Mỹ AAA (1992).

Giải quyết tranh chấp bằng hòa giải có các ưu điểm tương tự như giải quyết tranh chấp bằng thương lượng. Ngoài ra, nhờ có sự hỗ trợ của người trung gian nên các bên dễ đạt được phương án hoà giải hơn việc tự thương lượng. Tuy nhiên, cũng như giải quyết tranh chấp bằng thương lượng, hạn chế của giải quyết tranh chấp bằng hòa giải cũng có những bất lợi như thương lượng và phải mất chi phí cho người trung gian.

- *Hòa giải trong tố tụng*: là hòa giải được tiến hành tại tòa án hay trọng tài khi các cơ quan này giải quyết tranh chấp theo yêu cầu của các bên.

Người trung gian hòa giải trong trường hợp này là tòa án hoặc trọng tài (cụ thể là thẩm phán hoặc trọng tài viên phụ trách vụ việc).

Hòa giải trong tố tụng được xem là một giai đoạn trong quá trình giải quyết tranh chấp bằng con đường tòa án hay trọng tài và chỉ có thể được tiến hành khi một bên có đơn khởi kiện đến tòa án hoặc đơn yêu cầu trọng tài giải quyết và đơn này đã được thụ lý.

Khi các đương sự đạt được thỏa thuận với nhau về việc giải quyết tranh chấp thì tòa án hay trọng tài lập biên bản hòa giải thành và ra quyết định công nhận sự thỏa thuận của các đương sự và quyết định này có hiệu lực, được thi hành như một bản án của tòa án hay phán quyết của trọng tài.

2.3. Giải quyết tranh chấp trong kinh doanh – thương mại bằng trọng tài thương mại

Giải quyết tranh chấp trong kinh doanh – thương mại bằng trọng tài là hình thức giải quyết tranh chấp thông qua hoạt động của trọng tài viên, với tư cách là bên thứ ba độc lập nhằm chấm dứt xung đột bằng việc đưa ra một phán quyết buộc các bên tranh chấp phải thực hiện.

Cũng như thủ tục tố tụng tòa án, trong quá trình giải quyết các tranh chấp kinh doanh trọng tài cũng phải tuân theo các trình tự, thủ tục nhất định mà pháp luật quy định, từ việc khởi kiện, xét xử, thi hành phán

quyết trọng tài, quyền và nghĩa vụ của những người tham gia,... Đây chính là thủ tục tố trọng tài. Nói cách khác, tố tụng trọng tài được hiểu là trình tự, thủ tục mà pháp luật quy định để giải quyết tranh chấp kinh doanh – thương mại bằng trọng tài.

a. Quá trình tổ chức và hoạt động của các tổ chức trọng tài ở Việt Nam

- Sự ra đời của Hội đồng trọng tài ngoại thương và Hội đồng trọng tài hàng hải - các tổ chức trọng tài phi chính phủ đầu tiên ở Việt Nam

Năm 1960, sau khi thành lập hệ thống cơ quan trọng tài kinh tế nhà nước để giải quyết các tranh chấp kinh tế trong nước, trong các năm 1963 và 1964, hai tổ chức trọng tài phi chính phủ đầu tiên được thành lập là Hội đồng trọng tài ngoại thương được thành lập trên cơ sở Nghị định 59/CP ngày 30 tháng 4 năm 1963 và Hội đồng trọng tài hàng hải được thành lập trên cơ sở Nghị định số 153-CP ngày 05/10/1964, có thẩm quyền giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế.

Hội đồng trọng tài ngoại thương: là một tổ chức phi chính phủ được thành lập theo Nghị định số 59/CP ngày 30/04/1963 với chức năng giải quyết tranh chấp phát sinh giữa một bên Việt Nam với một bên nước ngoài về hợp đồng, giao dịch ngoại thương. Đó là các tranh chấp liên quan đến thanh toán, trao đổi hàng hoá, vận chuyển hàng hoá, bảo hiểm...khi có ít nhất một trong các bên đương sự cư trú ngoài lãnh thổ Việt Nam. Nhìn chung, thẩm quyền của Hội đồng trọng tài ngoại thương chỉ hạn chế đối với các giao dịch ngoại thương. Hoạt động xét xử của Hội đồng trọng tài này chủ yếu đối với các tranh chấp giữa các tổ chức, cá nhân kinh tế Việt Nam với tổ chức, cá nhân kinh tế các nước xã hội chủ nghĩa trong phạm vi thi hành hiệp định.

Hội đồng trọng tài hàng hải: đây là một tổ chức trọng tài phi chính phủ ra đời theo quyết định số 135/CP của Chính phủ Việt Nam ngày 05/10/1964. Nhìn chung, Hội đồng trọng tài hàng hải có điều lệ và quy tắc hoạt động giống như Hội đồng trọng tài ngoại thương. Sự khác nhau giữa hai Hội đồng trọng tài chỉ ở thẩm quyền. Theo điều 2 Điều lệ của Hội đồng trọng tài hàng hải, Hội đồng trọng tài hàng hải có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp về các vấn đề giao thông vận tải đường biển

khi có ít nhất một bên chủ thể tham gia là nước ngoài như: việc thuê tàu, vận chuyển hàng hoá bằng đường biển, công tác đại lý tàu biển, bảo hiểm hàng hải... Cũng như Hội đồng trọng tài ngoại thương, Hội đồng trọng tài hàng hải không có thẩm quyền giải quyết tranh chấp về hợp đồng dân sự hoặc kinh tế do các nhân hoặc tổ chức Việt Nam ký kết cả về tranh chấp đầu tư.

- Giai đoạn 1994 đến trước ngày Pháp lệnh Trọng tài thương mại 2003 có hiệu lực (1/7/2003)

Từ năm 1986, thực hiện đường lối đổi mới do Đảng khởi xướng, nước ta chuyển sang xây dựng nền kinh tế hàng hoá nhiều thành phần vận hành theo cơ chế thị trường, có sự quản lý của Nhà nước. Trong điều kiện cơ chế kinh tế mới, sự tồn tại của trọng tài kinh tế với tư cách là một cơ quan có chức năng quản lý Nhà nước tỏ ra không còn phù hợp. Sự phát triển đa dạng của các loại hình kinh tế cùng với sự tham gia của nhiều thành phần kinh tế có hình thức sở hữu khác nhau dẫn đến sự thay đổi về hình thức, tính chất hợp tác và đi liền nó là nội dung tranh chấp, phương pháp giải quyết tranh chấp trong kinh tế do vậy đòi hỏi cũng được đổi mới.

+ Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam

Ngày 28/04/1993, Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Quyết định 204/TTg thành lập Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam (VIAC) đặt bên cạnh Phòng thương mại công nghiệp Việt Nam trên cơ sở hợp nhất Hội đồng trọng tài ngoại thương và Hội đồng trọng tài hàng hải. Theo quyết định này, Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam là một tổ chức trọng tài phi chính phủ có thẩm quyền giải quyết tranh chấp phát sinh trong quan hệ kinh tế quốc tế như hợp đồng mua bán ngoại thương, hợp đồng đầu tư, du lịch, vận tải và bảo hiểm quốc tế, chuyển giao công nghệ, tín dụng và thanh toán quốc tế,... Khi một bên hay các bên đương sự là thể nhân hay pháp nhân nước ngoài và trước hay sau khi xảy ra tranh chấp, các bên đương sự thoả thuận đưa vụ việc ra trước Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam, hoặc nếu có một điều ước quốc tế ràng buộc các bên phải đưa vụ tranh chấp ra trước Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam.

Tuy nhiên, do nhu cầu phát triển và thu hút các doanh nghiệp mà

Thủ tướng Chính phủ đã ra Quyết định số 114-TTg ngày 16/02/1992 cho phép Trung tâm VIAC có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp phát sinh từ các quan hệ kinh doanh trong nước. Đây chính là cơ sở mà Phòng thương mại và công nghiệp Việt Nam thông qua quy tắc tố tụng trọng tài trong nước của Trung tâm trọng tài thương mại quốc tế Việt Nam ngày 26/03/1996. Như vậy, cho đến trước khi Pháp lệnh Trọng tài thương mại có hiệu lực, trọng tài quốc tế ở Việt Nam có thẩm quyền giải quyết mọi tranh chấp mà không giới hạn bởi tranh chấp đó là tranh chấp trong nước hay tranh chấp quốc tế.

+ *Trung tâm trọng tài kinh tế phi chính phủ theo Nghị định 116/CP*

Chính phủ đã ban hành Nghị định 116/CP ngày 05/09/1995 về tổ chức và hoạt động của trọng tài kinh tế tồn tại dưới dạng các trung tâm trọng tài kinh tế.

Theo Nghị định này, các trung tâm trọng tài kinh tế được tổ chức dưới hình thức là một tổ chức xã hội nghề nghiệp (tổ chức phi chính phủ). Đây là lần đầu tiên, pháp luật Việt Nam quy định cho phép một tổ chức không phải của Nhà nước được giao thẩm quyền giải quyết tranh chấp kinh tế theo yêu cầu và theo sự thoả thuận của các bên tranh chấp (mà trước đây đều thuộc thẩm quyền của cơ quan nhà nước).

Tổ chức trọng tài kinh tế theo Nghị định này được thành lập bởi các trọng tài viên tư nhân, họ sẽ tự thiết lập điều lệ và quy tắc của mình trên cơ sở tuân theo quy định của pháp luật. Hơn thế nữa, thẩm quyền của trung tâm trọng tài kinh tế được mở rộng mà cụ thể là: Các tranh chấp về hợp đồng kinh tế; các tranh chấp giữa công ty và thành viên của công ty; các tranh chấp giữa các thành viên của công ty với nhau liên quan đến việc thành lập hoạt động và giải thể của công ty; các tranh chấp liên quan đến mua bán cổ phiếu, trái phiếu.

Tuy nhiên, so với sự phát triển chung của các tổ chức trọng tài trên thế giới và quá trình hội nhập kinh tế của Việt Nam trong những năm gần đây thì các trung tâm trọng tài kinh tế không thể đảm đương nổi việc giải quyết tranh chấp kinh tế cho nhu cầu phát triển kinh tế của Việt Nam, và do nhiều nguyên nhân mà pháp luật trọng tài thương mại Việt

Nam cần phải có sự thay đổi cho phù hợp.

Theo đánh giá chung thì tổ chức và hoạt động của hai loại trọng tài này trong thời gian qua đều gặp những hạn chế giống nhau, cụ thể:

Một là, các văn bản điều chỉnh hoạt động trọng tài do cơ quan hành pháp ban hành nên giá trị pháp lý thấp.

Hai là, phạm vi điều chỉnh hẹp từ việc quy định nội hàm khái niệm hoạt động thương mại hẹp nên vụ việc giải quyết bị hạn chế, chưa phù hợp pháp luật một số nước.

Ba là, hình thức giải quyết tranh chấp tại hội đồng trọng tài do các bên thành lập (ad-hoc) chưa được quy định.

Bốn là, cơ chế bảo đảm thực hiện quyết định trọng tài chưa được xác lập

Năm là, quan hệ giữa trọng tài và tòa án chưa quy định v.v...

Những hạn chế này đã ít nhiều ảnh hưởng đến hiệu quả hoạt động của các cơ quan trọng tài.

Trước yêu cầu đổi mới cơ chế quản lý kinh tế, hội nhập kinh tế quốc tế và khu vực, Nhà nước ta đã ban hành Pháp lệnh Trọng tài thương mại (do Ủy ban Thường vụ Quốc hội thông qua ngày 25/2/2003) quy định về tổ chức và tổ tụng trọng tài để giải quyết các tranh chấp trong hoạt động kinh doanh.

Pháp lệnh Trọng tài thương mại về cơ bản phù hợp với pháp luật và thông lệ quốc tế trong việc điều chỉnh các vấn đề chủ yếu của trọng tài như: quy định về hiệu lực của thoả thuận trọng tài, điều kiện trở thành trọng tài viên, về trọng tài vụ việc, mở rộng thẩm quyền chọn trọng tài viên, ghi nhận mối quan hệ giữa trọng tài và tòa án bằng một loạt các quy định cụ thể như hỗ trợ thi hành thoả thuận trọng tài, chỉ định trọng tài viên, giải quyết khiếu nại về thẩm quyền của hội đồng trọng tài, áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời, giải quyết yêu cầu huỷ quyết định trọng tài, lưu trữ hồ sơ trọng tài, ...

Mặc dù đã có những quy định khá tiến bộ so với trước đây, Pháp lệnh Trọng tài thương mại 2003 vẫn chưa tạo được cơ sở pháp lý đầy đủ cho việc thực hiện chủ trương của Nhà nước khuyến khích các bên sử

dụng trọng tài trong giải quyết các tranh chấp thương mại và các tranh chấp khác, cần được khắc phục bằng việc ban hành một đạo luật mới về trọng tài thương mại.

Luật Trọng tài thương mại được Quốc hội thông qua ngày 17/6/2010, có hiệu lực từ ngày 01/01/2011, thay thế cho Pháp lệnh Trọng tài thương mại 2003. Với 13 chương, 82 điều, Luật Trọng tài thương mại đã thể chế hoá một cách đồng bộ cơ chế giải quyết tranh chấp bằng trọng tài ở nước ta trên cơ sở kế thừa các quy định của Pháp lệnh Trọng tài thương mại. Bên cạnh đó, so với Pháp lệnh Trọng tài thương mại, Luật Trọng tài thương mại có nhiều quy định mới nhằm đáp ứng đòi hỏi của thực tiễn và yêu cầu hội nhập quốc tế trong lĩnh vực giải quyết tranh chấp trong kinh doanh - thương mại hiện nay.

b. Khái niệm và đặc điểm của trọng tài thương mại

Khái niệm về trọng tài đã được nhiều tác giả đưa ra và tiếp cận ở những quan điểm, cấp độ khác nhau. Giáo trình “*Tư pháp Quốc tế*” của Liên Xô trước đây, xuất phát từ quan điểm coi trọng tài là một cơ quan tài phán đã đưa ra khái niệm: “*Trọng tài bao gồm những cá nhân được các bên lựa chọn để để giải quyết các tranh chấp phát sinh từ các vụ việc dân sự của họ*”. Cùng quan điểm này nhưng Từ điển Luật học Black’s lại nhìn nhận trọng tài như một quá trình mà theo đó: “*Trọng tài là quá trình giải quyết tranh chấp do các bên tự nguyện lựa chọn, trong đó bên thứ ba trung lập (trọng tài viên) sau khi nghe các bên trình bày, sẽ ra quyết định có tính chất bắt buộc đối với các bên tranh chấp ấy*”.

Philippe Fouchar, giáo sư Đại học tổng hợp Paris II, lại xuất phát từ bản chất của trọng tài để xây dựng định nghĩa: “*Trọng tài là một phương pháp nhằm ủy thác bằng thỏa thuận cho một tư nhân (trọng tài viên) quyền giải quyết một tranh chấp nào đó đối lập với các bên trong thỏa thuận ấy*”.

Theo Luật mẫu về trọng tài thương mại quốc tế (dưới đây gọi tắt là Luật Mẫu) của Ủy ban Luật Thương mại Quốc tế của Liên hiệp quốc (UNCITRAL) thì: “*Trọng tài nghĩa là mọi hình thức trọng tài có hoặc không có sự giám sát của một tổ chức thường trực*” (Điều 2 - Luật Mẫu).

Theo Luật Trọng tài thương mại 2010 thì: “*Trọng tài thương mại*

là phương thức giải quyết tranh chấp do các bên thoả thuận và được tiến hành theo quy định của Luật này” (khoản 1 Điều 3).

Pháp luật trọng tài của nhiều nước trên thế giới cho phép phạm vi giải quyết tranh chấp bằng trọng tài rất rộng ở hầu hết các lĩnh vực dân sự, thương mại, nhưng chủ yếu là trong lĩnh vực thương mại. Tuy nhiên, trọng tài trong lĩnh vực thương mại, tức trọng tài thương mại, được quy định khác nhau phụ thuộc vào quan điểm về khái niệm thương mại ở từng quốc gia.

Theo Luật mẫu về trọng tài thương mại Quốc tế được ủy ban Liên Hợp Quốc về Luật Thương mại quốc tế thông qua ngày 21/06/1985 (sau đây gọi tắt là UNCITRAL), các hoạt động mang bản chất thương mại gồm: những giao dịch nhằm cung ứng trao đổi hàng hoá dịch vụ, hợp đồng tiêu thụ, đại diện, môi giới thương mại, gia công, thuê mua, xây dựng, tư vấn lắp đặt, lixăng, đầu tư, tài chính, ngân hàng, bảo hiểm, hợp đồng khai thác liên doanh và các hình thức hợp tác kinh doanh, chuyên chở hàng hoá, chuyên chở hành khách bằng đường hàng không, bằng hàng hải, bằng đường sắt, bằng đường bộ. Như vậy, Luật mẫu (UNCITRAL) đã đưa ra một khái niệm rất rộng về hoạt động thương mại để các quốc gia có thể tham khảo và trên cơ sở đó, quy định thể nào là trọng tài thương mại.

Từ các phân tích về trọng tài và trọng tài thương mại nói trên có thể thấy rằng trọng tài là một phương thức giải quyết tranh chấp với những đặc điểm cơ bản sau:

- Trọng tài thương mại là một trong những phương thức giải quyết tranh chấp phát sinh chủ yếu trong lĩnh vực thương mại.

- Trọng tài thương mại là một loại hình tổ chức phi chính phủ, một tổ chức mang tính chất xã hội – nghề nghiệp, hoạt động theo pháp luật và quy chế trọng tài.

- Tổ tụng trọng tài là sự kết hợp giữa hai yếu tố thỏa thuận và tài phán. Cụ thể, thỏa thuận làm tiền đề cho phán quyết và không thể có những phán quyết thoát ly những yếu tố đã được thỏa thuận.

- Tổ tụng trọng tài đảm bảo cho đương sự quyền tự định đoạt của mình một cách cao nhất, các đương sự có quyền lựa chọn trọng tài viên,

quyền lựa chọn địa điểm giải quyết tranh chấp, lựa chọn quy tắc tố tụng,...

- Phán quyết của trọng tài có giá trị chung thẩm và không thể kháng cáo trước bất cứ cơ quan, tổ chức nào. Về nguyên tắc, trọng tài không xét xử công khai, do đó ngoài nguyên đơn và bị đơn, trọng tài chỉ triệu tập các đương sự khác khi cần thiết.

c. Phân loại trọng tài

Có nhiều tiêu chí khác nhau được sử dụng để phân loại trọng tài:

- Căn cứ vào cách thức thành lập và hoạt động của trọng tài, trọng tài được tổ chức dưới hai hình thức là trọng tài quy chế và trọng tài vụ việc (trọng tài ad-hoc).

- Căn cứ vào phạm vi thẩm quyền, có hai loại trọng tài là trọng tài có thẩm quyền chuyên trách và trọng tài có thẩm quyền chung

- Căn cứ vào phạm vi lãnh thổ thì trọng tài được phân loại thành trọng tài trong nước và trọng tài quốc tế

d. Thành lập trung tâm trọng tài

- Điều kiện và thủ tục thành lập trung tâm trọng tài

Trung tâm trọng tài được thành lập khi có ít nhất năm sáng lập viên là công dân Việt Nam có đủ điều kiện là trọng tài viên quy định tại Điều 20 của Luật này đề nghị thành lập và được Bộ trưởng Bộ Tư pháp cấp giấy phép thành lập.

Hồ sơ đề nghị thành lập trung tâm trọng tài gồm: Đơn đề nghị thành lập; dự thảo điều lệ của trung tâm trọng tài theo mẫu do Bộ Tư pháp ban hành; danh sách các sáng lập viên và các giấy tờ kèm theo chứng minh những người này có đủ điều kiện quy định tại Điều 20 của Luật này.

Trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ đầy đủ và hợp lệ, Bộ trưởng Bộ Tư pháp cấp giấy phép thành lập trung tâm trọng tài và phê chuẩn điều lệ của trung tâm trọng tài; trường hợp từ chối phải trả lời bằng văn bản và nêu rõ lý do.

- Đăng ký hoạt động của trung tâm trọng tài

Trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được giấy phép thành lập,

trung tâm trọng tài phải đăng ký hoạt động tại Sở Tư pháp tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương nơi trung tâm trọng tài đặt trụ sở. Hết thời hạn này nếu trung tâm trọng tài không đăng ký thì giấy phép không còn giá trị.

Sở Tư pháp cấp giấy đăng ký hoạt động cho trung tâm trọng tài chậm nhất 15 ngày, kể từ ngày nhận được yêu cầu đăng ký.

- Công bố thành lập trung tâm trọng tài

Trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày được cấp giấy đăng ký hoạt động, trung tâm trọng tài phải đăng báo hằng ngày của trung ương hoặc báo địa phương nơi đăng ký hoạt động trong ba số liên tiếp về những nội dung chủ yếu sau đây: tên, địa chỉ trụ sở của trung tâm trọng tài; lĩnh vực hoạt động của trung tâm trọng tài; số giấy đăng ký hoạt động, cơ quan cấp, ngày, tháng, năm cấp; thời điểm bắt đầu hoạt động của trung tâm trọng tài.

Trung tâm trọng tài phải niêm yết tại trụ sở những nội dung quy định tại khoản 1 Điều này và danh sách trọng tài viên của trung tâm trọng tài.

e. Tổ chức và hoạt động của trung tâm trọng tài

Luật Trọng tài thương mại đã dành sự ưu tiên thích đáng đối với vấn đề tổ chức và hoạt động của trung tâm trọng tài. Theo quy định của Luật Trọng tài thương mại, trung tâm trọng tài là một tổ chức phi chính phủ có tư cách pháp nhân, có con dấu và tài khoản riêng, hoạt động không vì mục đích lợi nhuận, hoạt động theo điều lệ do chính trung tâm trọng tài xây dựng. Trung tâm trọng tài được thành lập chi nhánh, văn phòng đại diện ở trong nước và nước ngoài. Ngoài ra, các trung tâm trọng tài nước ngoài cũng được phép mở chi nhánh, văn phòng đại diện tại Việt Nam theo quy định của pháp luật Việt Nam và các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên. Luật đã dành toàn bộ chương XII để quy định về chức năng, các điều kiện và phạm vi hoạt động của các trung tâm trọng tài nước ngoài tại Việt Nam. Đây là bước chuẩn bị và là sự hỗ trợ kịp thời để hoạt động của trọng tài ở Việt Nam hội nhập với quốc tế. Đồng thời, điều này cũng mang lại sự cạnh tranh lành mạnh giữa các trung tâm trọng tài và tạo điều kiện cho các doanh nghiệp có nhiều lựa chọn hơn khi cần tới sự trợ giúp từ các trung tâm trọng tài.

Luật cũng quy định cơ cấu tổ chức của trung tâm trọng tài gồm có Ban điều hành và Ban thư ký, trong đó Ban điều hành gồm:

- Chủ tịch trung tâm trọng tài do các trọng tài viên bầu ra.
- Một hoặc các Phó Chủ tịch do các trọng tài viên bầu ra.
- Có thể có Tổng thư ký do Chủ tịch trung tâm trọng tài cử.

Theo quy định của Luật Trọng tài thương mại, trung tâm trọng tài có các quyền và nghĩa vụ sau: xây dựng điều lệ và quy tắc tổ tụng của trung tâm trọng tài phù hợp với những quy định của Luật này; xây dựng tiêu chuẩn trọng tài viên và quy trình xét chọn, lập danh sách trọng tài viên, xóa tên trọng tài viên trong danh sách trọng tài viên của tổ chức mình; gửi danh sách trọng tài viên và những thay đổi về danh sách trọng tài viên của trung tâm trọng tài cho Bộ Tư pháp để công bố; chỉ định trọng tài viên để thành lập Hội đồng trọng tài trong những trường hợp quy định tại Luật này; cung cấp dịch vụ trọng tài, hoà giải và các phương thức giải quyết tranh chấp thương mại khác theo quy định của pháp luật; cung cấp các dịch vụ hành chính, văn phòng và các dịch vụ khác cho việc giải quyết tranh chấp; thu phí trọng tài và các khoản hợp pháp khác có liên quan đến hoạt động trọng tài; trả thù lao và các chi phí khác cho trọng tài viên; tổ chức bồi dưỡng nâng cao trình độ và kỹ năng giải quyết tranh chấp cho trọng tài viên; báo cáo định kỳ hằng năm về hoạt động của trung tâm trọng tài với Sở Tư pháp nơi trung tâm trọng tài đăng ký hoạt động; lưu trữ hồ sơ, cung cấp các bản sao quyết định trọng tài theo yêu cầu của các bên tranh chấp hoặc cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Luật Trọng tài cũng ghi nhận những trường hợp chấm dứt hoạt động của trung tâm trọng tài tại Điều 29 của Luật Trọng tài thương mại. Khi chấm dứt hoạt động, trung tâm trọng tài phải nộp lại giấy phép thành lập trung tâm trọng tài cho cơ quan đã cấp giấy phép. Trình tự, thủ tục chấm dứt hoạt động của trung tâm trọng tài do Chính phủ quy định.

f. Thủ tục giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại bằng trọng tài thương mại

- Các nguyên tắc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài
 - + Trọng tài viên phải tôn trọng thoả thuận của các bên nếu thoả

thuận đó không vi phạm điều cấm và trái đạo đức xã hội.

+ Trọng tài viên phải độc lập, khách quan, vô tư và tuân theo quy định của pháp luật.

+ Các bên tranh chấp đều bình đẳng về quyền và nghĩa vụ. Hội đồng trọng tài có trách nhiệm tạo điều kiện để họ thực hiện các quyền và nghĩa vụ của mình.

+ Giải quyết tranh chấp bằng trọng tài được tiến hành không công khai, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác.

+ Phán quyết trọng tài là chung thẩm.

- Thẩm quyền giải quyết các tranh chấp của trọng tài

Để bảo đảm sự tương thích giữa các văn bản pháp luật hiện hành như Bộ luật Dân sự, Bộ luật Tố tụng dân sự, Luật Thương mại, Luật Đầu tư và các luật chuyên ngành khác với Luật Trọng tài thương mại. Luật Trọng tài thương mại đã dỡ bỏ hạn chế của Pháp lệnh Trọng tài thương mại 2003 về thẩm quyền giải quyết các tranh chấp thương mại của trọng tài thông qua việc mở rộng phạm vi thẩm quyền của trọng tài tới nhiều loại tranh chấp liên quan đến quyền và lợi ích của các bên. Theo đó, ngoài các tranh chấp phát sinh từ hoạt động thương mại, Luật Trọng tài thương mại cho phép giải quyết bằng hình thức trọng tài đối với cả những tranh chấp chỉ cần ít nhất một bên có hoạt động thương mại và những tranh chấp khác giữa các bên mà pháp luật quy định được giải quyết bằng trọng tài (Điều 2).

- Trình tự giải quyết tranh chấp tại trọng tài thương mại

+ Thỏa thuận trọng tài

Theo khoản 1 Điều 5 Luật Trọng tài thương mại, tranh chấp được giải quyết bằng trọng tài nếu các bên có thỏa thuận trọng tài. Thỏa thuận trọng tài có thể được lập trước hoặc sau khi xảy ra tranh chấp. Thỏa thuận trọng tài là thỏa thuận giữa các bên cam kết giải quyết bằng trọng tài các vụ tranh chấp có thể phát sinh hoặc đã phát sinh trong hoạt động thương mại.

Thỏa thuận trọng tài phải được xác lập dưới dạng văn bản. Các hình thức thỏa thuận sau đây cũng được coi là xác lập dưới dạng văn

bản; thỏa thuận được xác lập qua trao đổi giữa các bên bằng telegram, fax, telex, thư điện tử và các hình thức khác theo quy định của pháp luật; thỏa thuận được xác lập thông qua trao đổi thông tin bằng văn bản giữa các bên; thỏa thuận được luật sư, công chứng viên hoặc tổ chức có thẩm quyền ghi chép lại bằng văn bản theo yêu cầu của các bên; trong giao dịch các bên có dẫn chiếu đến một văn bản có thể hiện thỏa thuận trọng tài như hợp đồng, chứng từ, điều lệ công ty và những tài liệu tương tự khác; qua trao đổi về đơn kiện và bản tự bảo vệ mà trong đó thể hiện sự tồn tại của thỏa thuận do một bên đưa ra và bên kia không phủ nhận.

Thỏa thuận trọng tài có thể được xác lập dưới hình thức điều khoản trọng tài trong hợp đồng hoặc dưới hình thức thỏa thuận riêng. Thỏa thuận trọng tài hoàn toàn độc lập với hợp đồng. Việc thay đổi, gia hạn, hủy bỏ hợp đồng, hợp đồng vô hiệu hoặc không thể thực hiện được không làm mất hiệu lực của thỏa thuận trọng tài.

Trong trường hợp các bên tranh chấp đã có thỏa thuận trọng tài mà một bên khởi kiện tại toà án thì toà án phải từ chối thụ lý, trừ trường hợp thỏa thuận trọng tài vô hiệu hoặc thỏa thuận trọng tài không thể thực hiện được.

Theo quy định của Luật Trọng tài thương mại, thỏa thuận trọng tài vô hiệu trong những trường hợp sau đây: tranh chấp phát sinh trong các lĩnh vực không thuộc thẩm quyền của trọng tài quy định tại Điều 2 của Luật này; người xác lập thỏa thuận trọng tài không có thẩm quyền theo quy định của pháp luật; người xác lập thỏa thuận trọng tài không có năng lực hành vi dân sự theo quy định của Bộ luật Dân sự; hình thức của thỏa thuận trọng tài không phù hợp với quy định tại Điều 16 của Luật này; một trong các bên bị lừa dối, đe dọa, cưỡng ép trong quá trình xác lập thỏa thuận trọng tài và có yêu cầu tuyên bố thỏa thuận trọng tài đó là vô hiệu; thỏa thuận trọng tài vi phạm điều cấm của pháp luật.

Trường hợp các bên đã có thỏa thuận trọng tài nhưng không chỉ rõ hình thức trọng tài hoặc không thể xác định được tổ chức trọng tài cụ thể, thì khi có tranh chấp, các bên phải thỏa thuận lại về hình thức trọng tài hoặc tổ chức trọng tài cụ thể để giải quyết tranh chấp. Nếu không thỏa thuận được thì việc lựa chọn hình thức, tổ chức trọng tài để giải quyết

tranh chấp được thực hiện theo yêu cầu của nguyên đơn. Với quy định này sẽ ngăn chặn và giảm bớt tình trạng thỏa thuận trọng tài bị vô hiệu hoặc tình trạng không có cơ quan nào giải quyết tranh chấp.

Đối với các tranh chấp giữa nhà cung cấp hàng hóa, dịch vụ và người tiêu dùng, mặc dù điều khoản trọng tài đã được ghi nhận trong các điều kiện chung về cung cấp hàng hóa, dịch vụ do nhà cung cấp soạn sẵn thỏa thuận trọng tài thì người tiêu dùng vẫn được quyền lựa chọn trọng tài hoặc tòa án để giải quyết tranh chấp. Nhà cung cấp hàng hóa, dịch vụ chỉ được quyền khởi kiện tại trọng tài nếu được người tiêu dùng chấp thuận.

+ Nộp đơn kiện và thụ lý đơn kiện

Trường hợp giải quyết tranh chấp tại trung tâm trọng tài, nguyên đơn phải làm đơn khởi kiện gửi đến trung tâm trọng tài mà các bên đã thỏa thuận lựa chọn. Trường hợp vụ tranh chấp được giải quyết bằng trọng tài vụ việc, nguyên đơn phải làm đơn khởi kiện và gửi cho bị đơn. Kèm theo đơn kiện, nguyên đơn phải gửi bản chính hoặc bản sao thỏa thuận trọng tài, bản chính hoặc bản sao các tài liệu, chứng cứ. Các bản sao phải có chứng thực hợp lệ. Đồng thời, nguyên đơn phải nộp tạm ứng phí trọng tài nếu các bên không thỏa thuận khác.

Nguyên đơn có thể sửa đổi, bổ sung, rút đơn kiện trước khi hội đồng trọng tài ra phán quyết trọng tài.

Trước khi xem xét nội dung vụ tranh chấp, hội đồng trọng tài phải xem xét hiệu lực của thỏa thuận trọng tài; thỏa thuận trọng tài có thể thực hiện được hay không và xem xét thẩm quyền của mình. Trong trường hợp vụ việc thuộc thẩm quyền giải quyết của mình thì hội đồng trọng tài tiến hành giải quyết tranh chấp theo quy định của Luật này. Trường hợp không thuộc thẩm quyền giải quyết của mình, thỏa thuận trọng tài vô hiệu hoặc xác định rõ thỏa thuận trọng tài không thể thực hiện được thì hội đồng trọng tài quyết định đình chỉ việc giải quyết và thông báo ngay cho các bên biết.

● Trường hợp thành lập hội đồng trọng tài tại trung tâm trọng tài

Nếu các bên không có thỏa thuận khác hoặc quy tắc tố tụng của trung tâm trọng tài không có quy định khác, trong thời hạn 10 ngày, kể

từ ngày nhận được đơn khởi kiện, các tài liệu kèm theo và chứng từ nộp tạm ứng phí trọng tài, trung tâm trọng tài phải gửi cho bị đơn bản sao đơn khởi kiện của nguyên đơn và những tài liệu theo quy định tại khoản 3 Điều 30 của Luật Trọng tài thương mại.

Trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được đơn khởi kiện và yêu cầu chọn trọng tài viên do trung tâm trọng tài gửi đến, bị đơn phải chọn trọng tài viên cho mình và báo cho trung tâm trọng tài biết hoặc đề nghị Chủ tịch trung tâm trọng tài chỉ định trọng tài viên. Nếu bị đơn không chọn trọng tài viên hoặc không đề nghị Chủ tịch trung tâm trọng tài chỉ định trọng tài viên, thì trong thời hạn 07 ngày, kể từ ngày hết thời hạn quy định, Chủ tịch trung tâm trọng tài chỉ định trọng tài viên cho bị đơn.

Trường hợp vụ tranh chấp có nhiều bị đơn thì trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được đơn khởi kiện do trung tâm trọng tài gửi đến, các bị đơn phải thống nhất chọn trọng tài viên hoặc thống nhất yêu cầu chỉ định trọng tài viên cho mình. Nếu các bị đơn không chọn được trọng tài viên, thì trong thời hạn 07 ngày, kể từ ngày hết thời hạn quy định, Chủ tịch trung tâm trọng tài chỉ định trọng tài viên cho các bị đơn.

Trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày các trọng tài viên được các bên chọn hoặc được Chủ tịch trung tâm trọng tài chỉ định, các trọng tài viên này bầu một trọng tài viên khác làm Chủ tịch hội đồng trọng tài. Hết thời hạn này mà việc bầu không thực hiện được, thì trong thời hạn 07 ngày, kể từ ngày hết thời hạn quy định, Chủ tịch trung tâm trọng tài chỉ định Chủ tịch hội đồng trọng tài.

Trường hợp các bên thỏa thuận vụ tranh chấp do một trọng tài viên duy nhất giải quyết nhưng không chọn được trọng tài viên trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày bị đơn nhận được đơn khởi kiện, thì theo yêu cầu của một hoặc các bên và trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày nhận được yêu cầu, Chủ tịch trung tâm trọng tài sẽ chỉ định trọng tài viên duy nhất.

Trọng tài viên duy nhất làm nhiệm vụ như một hội đồng trọng tài. Quyết định của trọng tài viên duy nhất có hiệu lực thi hành như quyết định của hội đồng trọng tài.

- Trường hợp hội đồng trọng tài do các bên thành lập

Nếu các bên không có thoả thuận khác, trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày bị đơn nhận được đơn khởi kiện của nguyên đơn, bị đơn phải chọn trọng tài viên và thông báo cho nguyên đơn biết trọng tài viên mà mình chọn. Hết thời hạn này, nếu bị đơn không thông báo cho nguyên đơn tên trọng tài viên mà mình chọn và các bên không có thoả thuận khác về việc chỉ định trọng tài viên, thì nguyên đơn có quyền yêu cầu tòa án có thẩm quyền chỉ định trọng tài viên cho bị đơn.

Trường hợp vụ tranh chấp có nhiều bị đơn, thì các bị đơn phải thống nhất chọn trọng tài viên trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được đơn khởi kiện của nguyên đơn và các tài liệu kèm theo. Hết thời hạn này, nếu các bị đơn không chọn được trọng tài viên và nếu các bên không có thoả thuận khác về việc chỉ định trọng tài viên, thì một hoặc các bên có quyền yêu cầu tòa án có thẩm quyền chỉ định trọng tài viên cho các bị đơn.

Trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày được các bên chọn hoặc được tòa án chỉ định, các trọng tài viên bầu một trọng tài viên khác làm Chủ tịch hội đồng trọng tài. Trong trường hợp không bầu được Chủ tịch hội đồng trọng tài và các bên không có thoả thuận khác thì các bên có quyền yêu cầu tòa án có thẩm quyền chỉ định Chủ tịch hội đồng trọng tài.

Trong trường hợp các bên thoả thuận vụ tranh chấp do một trọng tài viên duy nhất giải quyết nhưng không chọn được trọng tài viên trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày bị đơn nhận được đơn khởi kiện, nếu các bên không có thoả thuận yêu cầu một trung tâm trọng tài chỉ định trọng tài viên, thì theo yêu cầu của một hoặc các bên, tòa án có thẩm quyền chỉ định trọng tài viên duy nhất.

Trong thời hạn 07 ngày, kể từ ngày nhận được yêu cầu của các bên quy định tại các khoản 1, 2, 3 và 4 của Điều 41 của Luật Trọng tài thương mại, Chánh án tòa án có thẩm quyền phải phân công một thẩm phán chỉ định trọng tài viên và thông báo cho các bên.

+ Phiên họp giải quyết tranh chấp

Thời gian mở phiên họp giải quyết vụ tranh chấp do Chủ tịch hội đồng trọng tài quyết định, nếu các bên không có thoả thuận khác.

Giấy triệu tập các bên tham dự phiên họp giải quyết vụ tranh chấp

phải gửi cho các bên chậm nhất ba mươi ngày trước ngày mở phiên họp, nếu các bên không có thỏa thuận khác.

Phiên họp giải quyết vụ tranh chấp không công khai. Trong trường hợp có sự đồng ý của các bên, hội đồng trọng tài có thể cho phép những người khác tham dự phiên họp.

Trình tự, thủ tục tiến hành phiên họp giải quyết tranh chấp do quy tắc tố tụng trọng tài của Trung tâm trọng tài quy định; đối với trọng tài vụ việc do các bên thỏa thuận.

+ Phán quyết trọng tài và vấn đề hủy phán quyết trọng tài

Phán quyết trọng tài là phán quyết do hội đồng trọng tài ban hành nhằm giải quyết chung thẩm các vấn đề được đưa ra hội đồng trọng tài giải quyết.

Phán quyết trọng tài được lập theo nguyên tắc đa số; trường hợp biểu quyết không đạt được đa số thì phán quyết trọng tài được lập theo ý kiến của Chủ tịch hội đồng trọng tài.

Phán quyết trọng tài là chung thẩm, các bên phải thi hành, trừ các trường hợp toà án huỷ Phán quyết trọng tài theo quy định của Luật Trọng tài thương mại.

Phán quyết trọng tài bị hủy nếu thuộc một trong các trường hợp sau đây: không có thỏa thuận trọng tài hoặc thỏa thuận trọng tài vô hiệu; thành phần hội đồng trọng tài, thủ tục tố tụng trọng tài không phù hợp với thỏa thuận của các bên hoặc trái với các quy định của Luật này; vụ tranh chấp không thuộc thẩm quyền của hội đồng trọng tài; trường hợp phán quyết trọng tài có nội dung không thuộc thẩm quyền của hội đồng trọng tài thì nội dung đó bị hủy; chứng cứ do các bên cung cấp mà hội đồng trọng tài căn cứ vào đó để ra phán quyết là giả mạo; trọng tài viên nhận tiền, tài sản hoặc lợi ích vật chất khác của một bên tranh chấp làm ảnh hưởng đến tính khách quan, công bằng của phán quyết trọng tài; phán quyết trọng tài trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam.

Hậu quả của hủy phán quyết trọng tài: Theo khoản 8 Điều 71 Luật Trọng tài thương mại thì các bên có thể thỏa thuận lại để đưa vụ tranh chấp đó ra giải quyết tại trọng tài hoặc một bên có quyền khởi kiện tại

tòa án.

+ Thi hành phán quyết trọng tài

Sau thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày hết thời hạn thi hành phán quyết trọng tài, nếu một bên không tự nguyện thi hành và cũng không yêu cầu huỷ phán quyết trọng tài theo quy định tại Điều 69 của Luật Trọng tài thương mại, bên được thi hành phán quyết trọng tài có quyền làm đơn yêu cầu cơ quan thi hành án dân sự có thẩm quyền thi hành phán quyết trọng tài.

Trình tự, thủ tục và thời hạn thi hành phán quyết trọng tài theo quy định của pháp luật về thi hành án dân sự.

g. Sự hỗ trợ của tòa án đối với hoạt động của trọng tài thương mại

Một trong những điểm mới của Luật Trọng tài thương mại 2010 chính là mối quan hệ giữa tòa án và trọng tài trong quá trình tổ tụng trọng tài đã được quy định khá chặt chẽ. Những quy định này, nhìn chung đã khắc phục được những bất cập của Pháp lệnh Trọng tài thương mại, tạo điều kiện để các tòa án và hội đồng trọng tài cũng như các bên tranh chấp tránh được lúng túng trong các trường hợp cụ thể, góp phần tạo điều kiện thuận lợi để trọng tài hoạt động có hiệu quả.

Mối quan hệ giữa tòa án và trọng tài, trong đó tòa án đóng vai trò hỗ trợ và giám sát trọng tài trong quá trình tổ tụng, thể hiện qua:

**** Sự hỗ trợ của tòa án đối với trọng tài***

+ Sự hỗ trợ của tòa án để đảm bảo thi hành Điều khoản thỏa thuận trọng tài

Nếu các bên tranh chấp đã có thỏa thuận điều khoản trọng tài hoặc thỏa thuận trọng tài mà một trong các bên không thực hiện thì tòa án hỗ trợ để đảm bảo thi hành. Tiếp nhận Luật mẫu UNCITRAL (Điều 8), đồng thời tham khảo kinh nghiệm luật trọng tài các nước, Điều 6 Luật Trọng tài thương mại quy định “Trong trường hợp các bên tranh chấp đã có thỏa thuận trọng tài mà một bên khởi kiện tại toà án thì toà án phải từ chối thụ lý, trừ trường hợp thỏa thuận trọng tài vô hiệu hoặc thỏa thuận trọng tài không thể thực hiện được.”.

+ Sự hỗ trợ của tòa án để đảm bảo thực hiện các lệnh của trọng

tài trong quá trình tố tụng trọng tài.

Luật Trọng tài thương mại đã quy định rõ sự hỗ trợ của tòa án đối với trọng tài trong việc áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời. Theo quy định tại điều này thì trong quá trình hội đồng trọng tài giải quyết vụ tranh chấp, nếu quyền và lợi ích hợp pháp của mình bị xâm hại hoặc có nguy cơ trực tiếp bị xâm hại, một bên có quyền làm đơn gửi đến tòa án có thẩm quyền yêu cầu áp dụng một hoặc một số biện pháp khẩn cấp tạm thời sau đây: bảo toàn chứng cứ trong trường hợp chứng cứ đang bị tiêu hủy hoặc có nguy cơ bị tiêu hủy; kê biên tài sản tranh chấp; cấm chuyển dịch tài sản tranh chấp; cấm thay đổi hiện trạng tài sản đang tranh chấp; phong tỏa tài sản ở những nơi giữ giữ; phong tỏa tài khoản tại ngân hàng hoặc một bên có quyền yêu cầu tòa án thay đổi, bổ sung, hủy bỏ biện pháp khẩn cấp tạm thời.

Bên yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời phải chịu trách nhiệm về yêu cầu của mình. Trong trường hợp bên yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời không đúng và gây thiệt hại cho bên kia hoặc cho người thứ ba thì phải bồi thường.

+ Sự hỗ trợ của tòa án đối với hội đồng trọng tài do các bên thành lập

Sự hỗ trợ của tòa án đối với trọng tài cũng được quy định rõ tại Điều 41 Luật Trọng tài thương mại trong trường hợp các bên tự thành lập hội đồng trọng tài (trọng tài vụ việc). Theo đó, trong trường hợp các bên không có thỏa thuận khác thì khi nguyên đơn gửi đơn kiện cho bị đơn, bị đơn phải chọn trọng tài viên và thông báo cho nguyên đơn biết trọng tài viên mà mình chọn. Nếu quá thời hạn luật định bị đơn không chọn được trọng tài viên thì nguyên đơn có quyền yêu cầu tòa án có thẩm quyền chỉ định trọng tài viên cho bị đơn. Hai trọng tài viên được chọn hoặc được tòa án chỉ định phải thống nhất chọn trọng tài viên thứ ba làm Chủ tịch hội đồng trọng tài. Nếu hai trọng tài viên được chọn hoặc được chỉ định không chọn được trọng tài viên thứ ba, các bên có quyền yêu cầu tòa án có thẩm quyền chỉ định trọng tài viên thứ ba. Trong các trường hợp này, Chánh án sẽ giao cho một thẩm phán chỉ định trọng tài viên cho bị đơn hoặc trọng tài viên thứ ba và thông báo cho các bên.

Đối với vụ tranh chấp do hội đồng trọng tài vụ việc giải quyết, việc thay đổi trọng tài viên sẽ do các thành viên còn lại của hội đồng trọng tài quyết định. Trong trường hợp các thành viên còn lại của hội đồng trọng tài không quyết định được hoặc nếu các trọng tài viên hay trọng tài viên duy nhất từ chối giải quyết tranh chấp, thì trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày nhận được yêu cầu của một hoặc các trọng tài viên nói trên, của một hoặc các bên tranh chấp, Chánh án toà án có thẩm quyền phân công một thẩm phán quyết định về việc thay đổi trọng tài viên.

Ngoài ra, theo quy định tại khoản 1 Điều 62 của Luật Trọng tài thương mại thì đối với vụ tranh chấp được giải quyết bằng hội đồng trọng tài do các bên thành lập (trọng tài vụ việc) thì theo yêu cầu của một hoặc các bên tranh chấp, phán quyết của trọng tài vụ việc được đăng ký tại toà án nơi hội đồng trọng tài đã ra phán quyết trước khi yêu cầu cơ quan thi hành án dân sự có thẩm quyền tổ chức thi hành phán quyết trọng tài đó.

- Sự kiểm tra, giám sát của toà án đối với trọng tài

Một trong những biểu hiện của việc kiểm tra, giám sát này đó là việc pháp luật đã trao cho toà án thẩm quyền kiểm tra hiệu lực của phán quyết trọng tài, cụ thể toà án có thẩm quyền xem xét hủy quyết định trọng tài trong những điều kiện và lý do mà luật đã quy định. Theo quy định tại khoản 1 Điều 69 của Luật Trọng tài thương mại “trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được phán quyết trọng tài, nếu một bên có đủ căn cứ để chứng minh được rằng hội đồng trọng tài đã ra phán quyết thuộc một trong những trường hợp quy định tại khoản 2 Điều 68 của Luật này, thì có quyền làm đơn gửi toà án có thẩm quyền yêu cầu hủy phán quyết trọng tài. Đơn yêu cầu hủy phán quyết trọng tài phải kèm theo các tài liệu, chứng cứ chứng minh cho yêu cầu hủy phán quyết trọng tài là có căn cứ và hợp pháp”.

Luật Trọng tài thương mại cũng quy định trình tự, thủ tục mà toà án xem xét yêu cầu hủy quyết định trọng tài. Theo đó, sau khi thụ lý đơn yêu cầu hủy phán quyết trọng tài, toà án có thẩm quyền thông báo ngay cho trung tâm trọng tài hoặc các trọng tài viên của hội đồng trọng tài vụ việc, các bên tranh chấp và viện kiểm sát cùng cấp. Trong thời hạn 07

ngày làm việc, kể từ ngày thụ lý, Chánh án toà án chỉ định một hội đồng xét đơn yêu cầu gồm ba thẩm phán, trong đó có một thẩm phán làm chủ tọa theo sự phân công của Chánh án tòa án. Trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày được chỉ định, hội đồng xét đơn yêu cầu phải mở phiên họp để xét đơn yêu cầu huỷ phán quyết trọng tài. Tòa án phải chuyển hồ sơ cho viện kiểm sát cùng cấp nghiên cứu trong thời hạn 07 ngày làm việc trước ngày mở phiên họp để tham dự phiên họp của tòa án xét đơn yêu cầu. Hết thời hạn này, viện kiểm sát phải gửi trả lại hồ sơ cho tòa án để mở phiên họp xem xét đơn yêu cầu.

Phiên họp được tiến hành với sự có mặt của các bên tranh chấp, luật sư của các bên, nếu có, kiểm sát viên viện kiểm sát cùng cấp. Trường hợp một trong các bên yêu cầu hội đồng xét đơn vắng mặt hoặc đã được triệu tập hợp lệ mà vắng mặt không có lý do chính đáng hoặc rời phiên họp mà không được hội đồng chấp thuận thì hội đồng vẫn tiến hành xét đơn yêu cầu huỷ quyết định trọng tài.

Khi xét đơn yêu cầu, hội đồng xét đơn yêu cầu căn cứ vào các quy định tại Điều 68 của Luật Trọng tài thương mại và các tài liệu kèm theo để xem xét, quyết định; không xét xử lại nội dung vụ tranh chấp mà hội đồng trọng tài đã giải quyết. Sau khi xem xét đơn và các tài liệu kèm theo, nghe ý kiến của những người được triệu tập, nếu có, kiểm sát viên trình bày ý kiến của viện kiểm sát, hội đồng thảo luận và quyết định theo đa số.

2.4. Giải quyết tranh chấp trong kinh doanh – thương mại bằng tòa án

Giải quyết tranh chấp trong kinh doanh – thương mại bằng tòa án là hình thức giải quyết tranh chấp thông qua hoạt động của cơ quan tài phán nhà nước, nhân danh quyền lực nhà nước để đưa ra phán quyết buộc các bên có nghĩa vụ thi hành, kể cả bằng sức mạnh cưỡng chế.

Do đó, các đương sự thường tìm đến sự trợ giúp của tòa án như một giải pháp cuối cùng để bảo vệ có hiệu quả các quyền, lợi ích của mình khi họ thất bại trong việc sử dụng cơ chế thương lượng hoặc hoà giải và cũng không muốn vụ tranh chấp giữa họ được giải quyết bằng con đường trọng tài.

Tuỳ thuộc vào trình độ phát triển kinh tế - xã hội, về các điều kiện văn hoá, tập quán và truyền thống xây dựng pháp luật, toà án các quốc gia này được tổ chức hết sức khác nhau. Tuy nhiên, người ta thường thấy có hai mô hình tổ chức toà án để giải quyết các tranh chấp trong kinh doanh là:

- Thành lập các toà chuyên trách với tên gọi là toà kinh tế hay toà thương mại độc lập về mặt tổ chức với toà án thường để giải quyết các tranh chấp trong kinh doanh. Mô hình này thường gặp ở các nước theo dòng họ pháp luật châu Âu lục địa (CONTINENTAL LAW) như: Cộng hoà Pháp, Cộng hoà liên bang Đức....

- Trao thẩm quyền giải quyết tranh chấp trong kinh doanh cho toà dân sự. Ở các quốc gia theo mô hình này không có sự phân biệt rạch ròi giữa tranh chấp dân sự và tranh chấp kinh doanh. Vì theo họ, tranh chấp trong kinh doanh về bản chất là một dạng của tranh chấp dân sự và do đó không cần phải phân hoá điều chỉnh pháp luật về thủ tục tố tụng đến mức phải có luật tố tụng cho các tranh chấp trong kinh doanh. Mô hình tổ chức này thường gặp ở các quốc gia theo dòng họ pháp luật Anh - Mỹ (COMMON LAW) như Vương quốc Anh, Hợp chủng quốc Hoa Kỳ và một số quốc gia chuyển đổi như Trung Quốc, Cộng hoà Séc....

Thẩm quyền của cơ quan tài phán nhà nước ở các quốc gia khác nhau nhưng đa số tập trung vào các lĩnh vực tranh chấp phổ biến là:

- Tranh chấp hợp đồng thương mại.
- Tranh chấp liên quan đến tổ chức và hoạt động của công ty, bao gồm: tranh chấp giữa công ty với các thành viên và giữa các thành viên công ty với nhau..
- Tranh chấp liên quan đến việc bảo hộ nhãn hiệu thương mại.
- Tranh chấp thương mại hàng hải.
- Tranh chấp liên quan đến hoạt động phát hành và kinh doanh chứng khoán.

So với phương thức giải quyết tranh chấp bằng con đường trọng tài, việc giải quyết tranh chấp tại toà án đã bộc lộ nhiều ưu thế hơn hẳn về trình tự, trình tự tố tụng chặt chẽ và tính khả thi của hiệu lực phán

quyết. Mặc dù vậy, thủ tục giải quyết tranh chấp bằng toà án thường dài hơn và chi phí cao hơn so với giải quyết bằng trọng tài. Thêm vào đó, nguyên tắc xét xử công khai tại toà án không được giới doanh nghiệp nhìn nhận là một nguyên tắc có thể bảo vệ được bí mật kinh doanh và uy tín của họ trên thương trường.

Khi các bên tranh chấp sử dụng phương thức thương lượng và hòa giải mà không đạt được kết quả, họ có thể sử dụng phương thức giải quyết bằng trọng tài thương mại hoặc Toà án.

Toà án là phương thức giải quyết tranh chấp tại cơ quan xét xử nhân danh quyền lực Nhà nước, được tiến hành theo một trình tự, thủ tục chặt chẽ. Bản án hoặc phán quyết của Toà án về vụ tranh chấp nếu không có sự tự nguyện tuân thủ sẽ được đảm bảo thực hiện hành bằng sự cưỡng chế của Nhà nước.

Ở nước ta, tranh chấp thương mại chủ yếu thuộc thẩm quyền giải quyết của toà kinh tế. Tổ tụng giải quyết tranh chấp thuộc tổ tụng dân sự. Tổ tụng dân sự hiện hành được quy định trong Bộ luật tố tụng dân sự đã được quốc hội thông qua ngày 15/06/2004 và có hiệu lực từ ngày 01/01/2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2011).

(1) Những nguyên tắc cơ bản của tố tụng dân sự tại toà án

Tranh chấp kinh doanh, thương mại là một trong những vụ việc dân sự, khi được giải quyết tại toà án phải tuân theo những nguyên tắc cơ bản sau đây:

- Bảo đảm pháp chế xã hội chủ nghĩa trong tố tụng dân sự.
- Cá nhân, cơ quan, tổ chức có quyền yêu cầu toà án bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình hoặc của người khác.
- Quyền quyết định và tự định đoạt của đương sự.
- Các đương sự có quyền và nghĩa vụ cung cấp chứng cứ và chứng minh cho yêu cầu của mình là có căn cứ và hợp pháp.
- Bình đẳng về quyền và nghĩa vụ trong tố tụng dân sự.
- Bảo đảm quyền bảo vệ của đương sự.
- Toà án có trách nhiệm tiến hành hoà giải và tạo điều kiện thuận

lợi để các đương sự hoà giải;

- Hội thẩm nhân dân tham gia xét xử vụ án dân sự;
- Thẩm phán và hội thẩm nhân dân xét xử độc lập và chỉ tuân theo pháp luật;
- Trách nhiệm của cơ quan, người tiến hành tố tụng dân sự;
- Toà án xét xử tập thể và quyết định theo đa số;
- Xét xử công khai;
- Bảo đảm sự vô tư của những người tiến hành hoặc tham gia tố tụng dân sự. Pháp luật quy định những người không được tiến hành hoặc tham gia tố tụng;
- Thực hiện hai cấp xét xử là sơ thẩm và phúc thẩm;
- Giám đốc việc xét xử: Toà án cấp trên giám đốc việc xét xử của toà án cấp dưới;
- Bảo đảm hiệu lực của bản án, quyết định của toà án. Toà án nhân dân và các cơ quan tổ chức được giao nhiệm vụ thi hành bản án, quyết định của toà án phải nghiêm chỉnh chấp hành và chịu trách nhiệm trước pháp luật về việc thực hiện nhiệm vụ này;
- Tiếng nói và chữ viết dùng trong tố tụng dân sự là tiếng Việt. Người tham gia tố tụng dân sự có quyền dùng tiếng nói và chữ viết của dân tộc mình, trong trường hợp này cần có người phiên dịch;
- Viện kiểm sát nhân dân kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong tố tụng dân sự;
- Trách nhiệm chuyển giao tài liệu, giấy tờ của Toà án;
- Cá nhân, cơ quan, tổ chức có quyền và nghĩa vụ tham gia tố tụng dân sự;
- Bảo đảm quyền khiếu nại, tố cáo trong tố tụng dân sự;

(2) Thẩm quyền của Toà án trong việc giải quyết tranh chấp về kinh doanh, thương mại

a. Thẩm quyền theo vụ việc

Theo Điều 29 Bộ luật tố tụng dân sự 2004, có bốn nhóm tranh

chấp về kinh doanh, thương mại thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án. Bao gồm:

1. Tranh chấp phát sinh trong hoạt động kinh doanh, thương mại giữa cá nhân, tổ chức có đăng ký kinh doanh với nhau và đều có mục đích lợi nhuận bao gồm:

- a) Mua bán hàng hoá;
- b) Cung ứng dịch vụ;
- c) Phân phối;
- d) Đại diện, đại lý;
- đ) Ký gửi;
- e) Thuê, cho thuê, thuê mua;
- g) Xây dựng;
- h) Tư vấn, kỹ thuật;
- i) Vận chuyển hàng hoá, hành khách bằng đường sắt, đường bộ, đường thuỷ nội địa;
- k) Vận chuyển hàng hoá, hành khách bằng đường hàng không, đường biển;
- l) Mua bán cổ phiếu, trái phiếu và giấy tờ có giá khác;
- m) Đầu tư, tài chính, ngân hàng;
- n) Bảo hiểm;
- o) Thăm dò, khai thác.

2. Tranh chấp về quyền sở hữu trí tuệ, chuyển giao công nghệ giữa cá nhân, tổ chức với nhau và đều có mục đích lợi nhuận.

3. Tranh chấp giữa công ty với các thành viên của công ty, giữa các thành viên của công ty với nhau liên quan đến việc thành lập, hoạt động, giải thể, sáp nhập, hợp nhất, chia, tách, chuyển đổi hình thức tổ chức của công ty.

4. Các tranh chấp khác về kinh doanh, thương mại mà pháp luật có quy định.

Điều 30 Bộ luật tố tụng dân sự sửa đổi 2011 quy định về yêu cầu về kinh doanh, thương mại thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án.

1. Yêu cầu liên quan đến việc Trọng tài thương mại Việt Nam giải quyết các vụ tranh chấp theo quy định của pháp luật về Trọng tài thương mại.

2. Yêu cầu công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định kinh doanh, thương mại của Tòa án nước ngoài hoặc không công nhận bản án, quyết định kinh doanh, thương mại của Tòa án nước ngoài mà không có yêu cầu thi hành tại Việt Nam.

3. Yêu cầu công nhận và cho thi hành tại Việt Nam quyết định kinh doanh, thương mại của Trọng tài nước ngoài.

4. Các yêu cầu khác về kinh doanh, thương mại mà pháp luật có quy định.

b. Thẩm quyền theo cấp Tòa án

Ở Việt Nam có hai cấp Tòa án tiến hành xét xử sơ thẩm là Tòa án cấp huyện và Tòa án cấp tỉnh.

- *Tòa án cấp huyện*: có thẩm quyền giải quyết theo thủ tục sơ thẩm những tranh chấp về kinh doanh, thương mại từ điểm a đến điểm i Khoản 1 Điều 29 Bộ luật tố tụng dân sự.

Tòa án cấp tỉnh: có thẩm quyền giải quyết theo thủ tục sơ thẩm những tranh chấp về kinh doanh, thương mại thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án còn lại, trừ những tranh chấp thuộc thẩm quyền của Tòa án cấp huyện.

Khi cần thiết Tòa án cấp tỉnh có thể lấy lên để giải quyết những tranh chấp thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án cấp huyện.

c. Thẩm quyền xét xử theo lãnh thổ

Khi đã xác định tranh chấp được giải quyết tại Tòa án cấp nào, còn phải xác định Tòa án ở địa phương nào có thẩm quyền giải quyết tranh chấp. Để tạo điều kiện thuận lợi cho việc xác minh, thu thập tài liệu, chứng cứ và thi hành án, Bộ luật tố tụng dân sự 2004 quy định:

- Tòa án có thẩm quyền xét xử sơ thẩm các vụ án về kinh doanh

thương mại là Toà án nơi bị đơn cư trú, làm việc của bị đơn (nếu bị đơn là cá nhân) hoặc nơi bị đơn có trụ sở (nếu bị đơn là cơ quan, tổ chức).

- Để đảm bảo quyền tự định đoạt của các bên, pháp luật tố tụng còn quy định các bên có tranh chấp cũng có quyền tự thỏa thuận với nhau bằng văn bản Toà án nơi cư trú, làm việc của nguyên đơn (nếu nguyên đơn là cá nhân) hoặc nơi nguyên đơn có trụ sở (nếu bị đơn là cơ quan, tổ chức) giải quyết vụ án.

- Trường hợp vụ án liên quan đến bất động sản thì Toà án nơi có bất động sản có thẩm quyền giải quyết.

d. Thẩm quyền xét xử theo sự lựa chọn của nguyên đơn

Trong thực tế, khi xác định thẩm quyền của Toà án theo cấp nào và theo lãnh thổ sẽ có trường hợp có nhiều Toà án cùng có thẩm quyền giải quyết một vụ án. Chính vì vậy bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của nguyên đơn, tạo điều kiện thuận lợi cho nguyên đơn khi tiến hành khởi kiện, pháp luật còn quy định nguyên đơn có quyền lựa chọn Toà án để yêu cầu giải quyết vụ án trong trường hợp sau đây:

- Nếu không biết nơi cư trú, làm việc, trụ sở bị đơn, thì nguyên đơn có thể yêu cầu Toà án nơi có tài sản, nơi có trụ sở hoặc nơi cư trú cuối cùng của bị đơn giải quyết.

- Nếu tranh chấp phát sinh từ hoạt động của chi nhánh tổ chức, thì nguyên đơn có quyền yêu cầu Toà án nơi tổ chức có trụ sở hoặc nơi tổ chức có chi nhánh giải quyết

- Nếu tranh chấp phát sinh từ quan hệ hợp đồng thì nguyên đơn có thể yêu cầu Toà án nơi hợp đồng được thực hiện giải quyết.

- Nếu các bị đơn cư trú, làm việc, có trụ sở ở nhiều nơi khác nhau, thì nguyên đơn theo yêu cầu Toà án một trong các bị đơn cư trú, làm việc có trụ sở giải quyết.

- Nếu tranh chấp đến bất động sản mà bất động sản ở nhiều nơi khác nhau, thì nguyên đơn có thể yêu cầu Toà án nơi có một trong các bất động sản giải quyết.

(3) Thủ tục giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại

Thủ tục giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại thực hiện theo quy định chung của tố tụng dân sự. Có thể khái quát thủ tục giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại Tòa án có những giai đoạn cơ bản sau:

- Khởi kiện và thụ lý vụ án.
- Hoà giải và chuẩn bị xét xử.
- Xét xử sơ thẩm.
- Xét xử phúc thẩm.
- Thủ tục xét xử lại đối với bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật.

(Nội dung cụ thể phần này sẽ được nghiên cứu cụ thể trong môn học Luật tố tụng dân sự)

Chương 4

PHÁP LUẬT VỀ PHÁ SẢN

1. NHỮNG VẤN ĐỀ LÝ LUẬN CHUNG VỀ PHÁ SẢN

1.1. Khái niệm

Trong điều kiện của nền kinh tế thị trường, hoạt động kinh tế diễn ra rất đa dạng và phức tạp. Sự đa dạng về chủ thể, về hình thức sở hữu,... đã tạo nên một thị trường sôi động và nhiều biến đổi.

Lợi nhuận chính là động lực, là mục đích và phương tiện tồn tại của các chủ thể kinh doanh. Mục đích tối đa hoá lợi nhuận của các chủ thể kinh doanh đã thúc đẩy họ nâng cao khả năng cạnh tranh của hàng hoá, sản phẩm của mình.

Chính trong môi trường cạnh tranh gay gắt đó của nền kinh tế thị trường, có nhiều chủ thể kinh doanh nhờ vào tài năng kinh doanh và tầm hiểu biết sâu sắc thị trường, tuân thủ những quy luật khách quan của cơ chế thị trường nên ngày càng phát triển, mở rộng hoạt động sản xuất kinh doanh, ngày càng thu lợi nhuận nhiều hơn.

Bên cạnh những chủ thể kinh doanh làm ăn có lợi nhuận như vậy thì cũng có không ít những chủ thể kinh doanh không tuân thủ các quy luật khách quan của thị trường, không đáp ứng được yêu cầu khắt khe của thương trường, kinh doanh không mang lại lợi nhuận mà còn thua lỗ, không trả được các khoản nợ dẫn đến tình trạng phải giải thể, phá sản.

Vì vậy, có thể nói, phá sản là hiện tượng tất yếu của nền kinh tế thị trường với sự cạnh tranh quyết liệt. Mức độ phổ biến và quy mô của hiện tượng này phụ thuộc vào nhiều yếu tố, song nhìn chung, ở đâu có sự cạnh tranh ngày càng gay gắt và phổ biến thì ở đó, phá sản cũng sẽ ngày càng phổ biến và nghiêm trọng hơn.

Thuật ngữ “Phá sản” đã có từ lâu và được lý giải khác nhau về nguồn gốc, xuất xứ nhưng theo một số chuyên gia thì danh từ “Phá sản” có từ một tập quán thời trung cổ ở Ý là từ ‘banca rupta’ (nghĩa là ‘chiếc

ghế bị gãy"), trong trường hợp này thì nó được hiểu như là một sự nhục nhã cho xã hội hay là sự trừng phạt cho một cá nhân hay thực thể của một nền kinh tế, những người mà tài năng và sở trường của họ là ít hơn những cá nhân khác.

Trong tiếng Việt, theo Luật Thương mại 1972 của chính quyền Sài Gòn trước đây, thuật ngữ “khánh tận: dùng để chỉ phá sản thương gia, còn thuật ngữ “vỡ nợ” dùng để chỉ sự phá sản cá nhân. Ngoài ra, phá sản còn được nhìn nhận là một thủ tục tư pháp thanh toán tài sản.

Hiện nay, trên cơ sở Luật Phá sản 1993 và Luật phá sản 2004, khái niệm phá sản được xem xét dưới hai góc độ: Doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản và phá sản là thủ tục phục hồi hoặc xử lý nợ đặc biệt.

Tóm lại: Cho dù có sự lý giải khác nhau về xuất xứ của thuật ngữ “Phá sản” và những quan điểm về sự phá sản trong nền kinh tế thị trường hiện đại đã có sự phát triển xa hơn nguồn gốc của nó, song khái niệm phá sản đều được sử dụng để chỉ sự đổ vỡ, sự ‘khánh tận’, mất khả năng thanh toán các khoản nợ trong hoạt động kinh doanh của một chủ thể kinh doanh.

1.2. Phá sản là hệ quả tất yếu của nền kinh tế thị trường

Trong thực tiễn hoạt động sản xuất, kinh doanh, mặc dù có nhiều chủ thể kinh doanh đã xây dựng phương án kinh doanh tối ưu cho tổ chức mình, họ cũng đã tính toán, lường định mọi bất trắc, rủi ro có thể xảy ra và các giải pháp để khắc phục. Tuy nhiên, trong nền kinh tế thị trường, sự cạnh tranh tất yếu dẫn đến việc “cá lớn nuốt cá bé”. Vì vậy, mọi sự tính toán, lường định trước chỉ có tính hạn chế, chứ không thể đảm bảo an toàn tuyệt đối cho mọi hoạt động kinh doanh của tổ chức, các giải pháp đối phó có lúc trở thành vô hiệu. Trong trường hợp đó, tất nhiên dẫn đến phá sản. Có phá sản sẽ dẫn đến có pháp luật phá sản, để một mặt giải quyết hậu quả pháp lý của sự cạnh tranh giữa các chủ thể kinh doanh, mặt khác nhằm tạo ra môi trường kinh doanh lành mạnh.

Như vậy, phá sản là một phạm trù luôn luôn được đặt ra trong hoạt động kinh doanh của tổ chức kinh tế dưới nền kinh tế thị trường. Pháp luật phá sản là một chế định pháp luật nhằm bảo vệ quyền lợi cho các bên liên quan đến tổ chức kinh tế bị phá sản và thiết lập một trật, kỷ

cương trong kinh doanh.

1.3. Tiêu chí xác định chủ thể kinh doanh lâm vào tình trạng phá sản

Trên thế giới, để xác định một doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản, người ta thường căn cứ vào các tiêu chí sau đây:

1.3.1. Thứ nhất, tiêu chí định lượng

Theo tiêu chí này, một doanh nghiệp bị coi là lâm vào tình trạng phá sản do không thanh toán được một món nợ đến hạn có giá trị tối thiểu đã được ấn định trong luật. Ví dụ: Luật phá sản ở Vương quốc Anh, số tiền này là 50 bảng, ở Xingapo là trên 2000 đô la Xingapo, ở Austraylia là 2000 đô la Úc và thời gian trả nợ là 21 ngày kể từ ngày đòi nợ.

Tiêu chí này được xây dựng nhằm cho phép toà án có thể mở thủ tục phá sản doanh nghiệp trong bất kỳ trường hợp nào mà không cần phải điều tra về tình hình tài chính của doanh nghiệp mắc nợ; từ đó, có thể bảo vệ lợi ích chính đáng cho các chủ nợ và kịp thời có phương án khắc phục, phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp.

Tuy nhiên, có thể dễ dàng nhận thấy, trong quá trình thực hiện tiêu chí định lượng, cũng bộc lộ nhiều hạn chế, đó là: không bảo đảm tính chính xác trong việc đánh giá tình trạng tài chính của doanh nghiệp mắc nợ vì nhiều doanh nghiệp do nhiều nguyên nhân khác nhau có thể mất khả năng thanh toán nhất định; doanh nghiệp trước sức ép của thủ tục phá sản đã buộc phải bán tài sản của mình với giá quá thấp hoặc phải đi đến những thoả hiệp bất bình đẳng trước sức ép của các chủ nợ.

1.3.2. Thứ hai, tiêu chí kế toán

Tiêu chí này được thực hiện thông qua sổ sách kế toán của doanh nghiệp mắc nợ. Nếu như các số liệu kế toán của doanh nghiệp cho thấy tổng giá trị tài sản nợ lớn hơn tổng giá trị tài sản có thì doanh nghiệp đó đã lâm vào tình trạng phá sản.

So với tiêu chí định lượng thì tiêu chí này có một ưu điểm lớn là đã phân nào chính xác tình trạng tài chính của doanh nghiệp mắc nợ từ đó cho phép mở thủ tục phá sản một cách chính xác và có thể

thu hẹp phạm vi những doanh nghiệp bị mở thủ tục phá sản. (những doanh nghiệp chỉ mất khả năng thanh toán nợ trong một thời hạn nhất định).

1.3.3. Thứ ba, tiêu chí định tính

Tiêu chí này quan tâm trực tiếp đến tính '*tức thời của việc trả nợ*', có nghĩa là, quan tâm đến khả năng thanh toán nợ tức thời của doanh nghiệp mắc nợ mà không có sự quan tâm đến số lượng tài sản hiện có của doanh nghiệp mắc nợ.

Với quan điểm này, thì doanh nghiệp bị lâm vào phá sản không chỉ là doanh nghiệp không còn hoặc còn rất ít tài sản mà thậm chí còn rất nhiều tài sản, song vì nhiều nguyên nhân khác nhau mà không thể hoặc chưa thể có số tài sản đó ngay trả nợ.

So với hai tiêu chí trước, thì tiêu chí này đã có bước tiến hơn trong việc đưa khả năng mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp sớm hơn để có thể có những giải pháp phục hồi hoặc cho phá sản doanh nghiệp đó một cách kịp thời để bảo vệ một cách có hiệu quả quyền và lợi ích hợp pháp của doanh nghiệp mắc nợ và các chủ nợ, ngăn chặn hiện tượng phá sản dây chuyền.

Ở Việt Nam, tiêu chí xác định chủ thể kinh doanh lâm vào tình trạng phá sản căn cứ vào các quy định của các văn bản pháp luật về phá sản.

a. Theo Luật Phá sản 1993

Theo Luật Phá sản 1993 và được quy định cụ thể tại Điều 3 Nghị định 189/CP ngày 23 tháng 12 năm 1994, có các dấu hiệu sau:

- Doanh nghiệp hoạt động kinh doanh thua lỗ trong hai năm liên tiếp đến mức không thanh toán được các khoản nợ.
- Không trả được lương cho người lao động trong 3 tháng liên tiếp.
- Doanh nghiệp đã áp dụng các biện pháp tài chính cần thiết để khắc phục tình trạng mất khả năng thanh toán nợ.

Sau khi đã áp dụng các biện pháp tài chính cần thiết mà doanh nghiệp vẫn không thanh toán được nợ đến hạn thì doanh nghiệp đã lâm vào tình trạng phá sản và phải được xử lý theo quy định của luật phá sản.

b. Theo Luật Phá sản 2004

Điều 3 Luật Phá sản 2004 quy định dấu hiệu xác định doanh nghiệp mất khả năng thanh toán nợ đến hạn có tiến bộ hơn, phù hợp với thông lệ quốc tế, đó là:

- Doanh nghiệp, hợp tác xã không có khả năng thanh toán được các khoản nợ đến hạn.

- Việc thanh toán này không thực hiện được khi chủ nợ có yêu cầu.

Như vậy, Luật Phá sản 2004 quy định tiến bộ hơn và phù hợp với thông lệ quốc tế, tạo điều kiện cho doanh nghiệp sớm mở thủ tục phá sản cũng như khả năng phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp.

1.4. Phân loại phá sản

Dựa vào các căn cứ khác nhau, phá sản được phân loại như sau:

a. Căn cứ vào nguyên nhân gây ra phá sản, phá sản được chia ra: phá sản trung thực và phá sản gian trá.

- *Phá sản trung thực*: là hiện tượng phá sản do những nguyên nhân khách quan hay những rủi ro trong kinh doanh gây ra. Ví dụ: do thiên tai, địch họa làm đình trệ quá trình kinh doanh, từ đó làm mất khả năng thanh toán nợ đến hạn; hoặc do một sự biến động chính trị nào đó làm mất hẳn thị trường tiêu thụ sản phẩm kéo theo là sự đổ vỡ của các doanh nghiệp sản xuất sản phẩm đó.

- *Phá sản gian trá*: là hiện tượng phá sản do con nợ có những thủ đoạn gian trá, có sự sắp đặt trước nhằm chiếm đoạt tài sản của người khác. Ví dụ: Gian lận trong ký kết hợp đồng, tẩu tán tài sản, cố tình báo cáo sai... và sau đó tạo ra lý do phá sản.

Việc phân loại này có ý nghĩa khi xác định thái độ đối xử của pháp luật đối với con nợ. Đối với phá sản trung thực, khi giải quyết yêu cầu phá sản, pháp luật chỉ tập trung giải quyết các vấn đề liên quan đến xử lý tài sản; còn đối với phá sản gian trá, khi giải quyết yêu cầu phá sản doanh nghiệp, pháp luật không chỉ tập trung giải quyết các vấn đề liên quan đến xử lý tài sản mà còn giải quyết các vấn đề liên quan đến nhân thân của chủ doanh nghiệp.

Khoản 3 Điều 8 Luật Phá sản 2004 quy định: *Trong quá trình tiến hành thủ tục phá sản, nếu phát hiện có dấu hiệu tội phạm thì Thẩm phán*

cung cấp tài liệu (bản sao) cho Viện Kiểm sát cùng cấp để xem xét việc khởi tố về hình sự và vấn đề tiến hành thủ tục phá sản theo quy định của pháp luật.

b. Căn cứ vào cơ sở phát sinh quan hệ pháp lý, phá sản chia ra: phá sản tự nguyện và phá sản bắt buộc.

- *Phá sản tự nguyện*: là phá sản do chính chủ doanh nghiệp tự nguyện yêu cầu khi thấy doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản. Theo Luật Phá sản, việc nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản là nghĩa vụ của doanh nghiệp khi thấy doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản.

- *Phá sản bắt buộc*: là phá sản được thực hiện theo yêu cầu của chủ nợ hoặc của đại diện chủ sở hữu của doanh nghiệp nhà nước, công ty cổ phần, công ty hợp danh.

Việc phân loại này có ý nghĩa khi xây dựng hồ sơ phá sản cũng như khi thẩm phán lựa chọn thủ tục phá sản thích hợp trong quá trình giải quyết yêu cầu phá sản.

c. Dựa vào đối tượng và phạm vi điều chỉnh, phá sản chia ra: phá sản doanh nghiệp và phá sản cá nhân.

- *Phá sản doanh nghiệp*: là phá sản đối với một tổ chức được coi là doanh nghiệp hay là hợp tác xã.

- *Phá sản cá nhân*: là phá sản đối với một con người, một thực thể khi tham gia kinh doanh.

Việc phân chia này có ý nghĩa trong việc áp dụng pháp luật khi giải quyết vụ việc phá sản.

Ở Việt Nam, Luật Phá sản được áp dụng đối với các doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế và hợp tác xã; còn đối với các cá nhân (gồm hộ kinh doanh cá thể, tổ hợp tác, hộ gia đình) nếu lâm vào tình trạng phá sản thì áp dụng trình tự tố tụng dân sự.

1.5. Phân biệt phá sản và giải thể

Khi phân biệt giải thể và phá sản chúng ta cần nêu những điểm khác nhau như sau:

- *Thứ nhất, lý do dẫn đến giải thể và phá sản là khác nhau.*

Lý do giải thể rộng hơn nhiều so với phá sản. Điều này được thể

hiện ở chỗ các chủ thể kinh doanh có thể chấm dứt hoạt động của mình trong nhiều trường hợp khác nhau, như: khi không thực hiện được mục tiêu đề ra hay đã hoàn thành nhiệm vụ được giao, đã hết thời hạn ghi trong ghi trong điều lệ doanh nghiệp mà không gia hạn thêm hay bị giải thể do bị thu hồi giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Về cơ bản, lý do giải thể phụ thuộc vào ý chí của chủ doanh nghiệp (trừ trường hợp giải thể bắt buộc).

Lý do phá sản của doanh nghiệp, hợp tác xã duy nhất chỉ có một lý do: đó là sự mất khả năng thanh toán nợ đến hạn khi chủ nợ có yêu cầu. Vì vậy, về cơ bản, lý do phá sản nằm ngoài ý muốn của chủ doanh nghiệp.

- Thứ hai, điều kiện để cơ quan nhà nước cho phép giải thể và phá sản.

Về nguyên tắc, đối với giải thể thì việc giải quyết trên cơ sở yêu cầu của bản thân doanh nghiệp. Một doanh nghiệp chỉ được cơ quan nhà nước có thẩm quyền chấp nhận cho phép giải thể khi doanh nghiệp đó đảm bảo thanh toán hết các khoản nợ và thanh lý mọi hợp đồng đã ký kết trên cơ sở yêu cầu của doanh nghiệp. Khi thanh toán nợ nần thì chính bản thân doanh nghiệp đứng ra trả nợ.

Trong khi đó, thủ tục phá sản: Chỉ được mở trên cơ sở đơn yêu cầu của chủ nợ, của người lao động hoặc của chính doanh nghiệp mắc nợ khi chính doanh nghiệp đó lâm vào tình trạng phá sản.

Chính điều này đã dẫn đến một điểm khác biệt ở thể thức thanh toán, thể hiện ở chỗ, trong giải thể thì chủ nợ trực tiếp thanh toán cho các chủ nợ và không theo trình tự ưu tiên do đủ khả năng thanh toán nợ đến hạn. Trái lại, trong phá sản, doanh nghiệp không trực tiếp thanh toán nợ mà thông qua trung gian do Tòa án chủ trì và theo thứ tự ưu tiên thanh toán.

- Thứ ba, thủ tục giải thể và phá sản: Thủ tục giải thể là một thủ tục hành chính do cơ quan hành chính thực hiện hoặc chấp thuận trong quá trình giám sát việc giải thể doanh nghiệp. Điều này thể hiện ở chỗ, các doanh nghiệp tự quyết định việc giải thể của chính mình và họ chỉ có một nghĩa vụ duy nhất với cơ quan đã cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh là thông báo để xóa tên trong sổ đăng ký kinh doanh (đối với

doanh nghiệp hoạt động theo Luật doanh nghiệp) hay là cơ quan ra quyết định thành lập (đối với doanh nghiệp nhà nước)

- Thứ tư, hậu quả pháp lý của giải thể và phá sản.

Giải thể doanh nghiệp bao giờ cũng dẫn đến việc loại trừ hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, chấm dứt tư cách pháp lý và thực tế của doanh nghiệp trên thương trường bằng cách xoá tên trong sổ đăng ký kinh doanh.

Trong khi đó, phá sản một doanh nghiệp không phải bao giờ cũng đem lại kết quả như vậy, chẳng hạn như trường hợp toàn bộ doanh nghiệp bị phá sản được mua lại, giữ nguyên tên, cả nhãn hiệu hàng hoá sản phẩm, tiếp tục hoạt động sản xuất kinh doanh. Trong trường hợp này, chỉ có sự thay đổi chủ sở hữu của doanh nghiệp chứ không hề có sự chấm dứt hoạt động của doanh nghiệp trên thực tế.

- Thứ năm, chế tài pháp lý đối với người quản lý, điều hành doanh nghiệp.

Chế tài pháp lý đối với chủ doanh nghiệp hoặc người quản lý điều hành doanh nghiệp cũng rất khác nhau.

Giải thể không đặt ra vấn đề hạn chế, cấm đảm nhiệm các chức vụ điều hành, quản lý doanh nghiệp hoặc cấm thực hiện một số hoạt động kinh doanh. Trái lại, trong trường hợp phá sản thì pháp luật phá sản của các nước trên thế giới và pháp luật phá sản nước ta thường áp dụng chế tài cấm hành nghề hoặc cấm đảm nhiệm các chức vụ điều hành, quản lý doanh nghiệp đối với các đối tượng trên từ một đến ba năm.

2. QUÁ TRÌNH HÌNH THÀNH VÀ PHÁT TRIỂN CỦA PHÁP LUẬT PHÁ SẢN Ở VIỆT NAM VÀ VAI TRÒ CỦA PHÁP LUẬT PHÁ SẢN

2.1. Quá trình hình thành và phát triển của pháp luật phá sản ở Việt Nam

Việt Nam đã ban hành hai đạo luật về phá sản, đó là Luật Phá sản doanh nghiệp 1993 được Quốc hội khoá IX kỳ họp thứ 4 thông qua ngày 30 tháng 12 năm 1993 (có hiệu lực thi hành từ ngày 1 tháng 7 năm 1994) và Luật Phá sản 2004 được Quốc hội khoá XI kỳ họp thứ 5 thông qua ngày 15 tháng 6 năm 2004 (có hiệu lực từ ngày 15 tháng 10 năm 2004).

Luật Phá sản 2004 bao gồm là tổng thể các quy phạm pháp luật do Nhà nước ban hành, điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh trong quá trình giải quyết yêu cầu phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã.

Như vậy, Luật Phá sản 2004 điều chỉnh hai nhóm quan hệ xã hội: quan hệ tài sản giữa chủ nợ và con nợ và quan hệ giữa các đương sự với cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Việt Nam cũng như đa số các nước khác trên thế giới đều quan tâm xây dựng chế định pháp luật về phá sản với mục tiêu hạn chế đến mức thấp nhất những hậu quả do phá sản gây ra, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các bên tham gia quan hệ kinh tế trước rủi ro trong kinh doanh, từ đó góp phần ổn định trật tự đời sống xã hội.

Bên cạnh đó, sự bùng nổ của xu hướng toàn cầu hoá, nhu cầu về hội nhập kinh tế quốc tế đã ảnh hưởng đến hệ thống pháp luật của mỗi nước. Pháp luật phá sản của mỗi nước không chỉ phản ánh những đặc điểm kinh tế, xã hội, chính trị của quốc gia mà còn phản ánh những xu hướng chung của thời đại.

Thực tiễn ở nước ta đã chứng minh điều đó. Nền kinh tế Việt nam trước năm 1986 là nền kinh tế kế hoạch hoá tập trung, là nền kinh tế mà mọi nhu cầu chủ yếu trong đời sống xã hội cũng như hoạt động sản xuất kinh doanh đều chịu sự điều tiết của Nhà nước. Các doanh nghiệp hoạt động dưới sự quản lý của nhà nước, nếu thua lỗ nhà nước sẽ can thiệp bằng các biện pháp hành chính như chia, tách, hợp nhất, sáp nhập...

Do vậy, trong nền kinh tế kế hoạch đó, vấn đề phá sản không được đặt ra và đương nhiên cũng không tồn tại pháp luật về phá sản.

Từ sau năm 1986, nhà nước ta chủ trương chuyển đổi từ nền kinh tế kế hoạch sang nền kinh tế thị trường theo định hướng Xã hội Chủ nghĩa. Canh tranh chính là quy luật của nền kinh tế thị trường.

Dưới sự tác động của quy luật cạnh tranh, các doanh nghiệp, hợp tác xã cạnh tranh khốc liệt với nhau. Trong môi trường ấy, những doanh nghiệp, hợp tác xã làm ăn có hiệu quả sẽ tồn tại, còn những doanh nghiệp, hợp tác xã làm ăn thua lỗ sẽ bị phá sản. Pháp luật về phá sản ra đời nhằm đáp ứng yêu cầu “thoát khỏi thị trường” của những doanh

ng nghiệp đã không chịu được sức ép của thị trường.

Hiện nay, Việt Nam đang là thành viên của nhiều tổ chức, diễn đàn quốc tế. Do vậy, việc hoàn thiện pháp luật phá sản phải phù hợp với xu thế hội nhập nhằm làm cho pháp luật phá sản của Việt Nam không chỉ phù hợp với tình hình kinh tế xã hội của đất nước mà còn phù hợp với xu thế hội nhập kinh tế của khu vực kinh tế thế giới.

2.2. Vai trò của pháp luật phá sản

Pháp luật phá sản có vai trò rất quan trọng đối với đời sống kinh tế - xã hội. Điều đó được thể hiện ở những nội dung cơ bản sau:

- *Thứ nhất*, pháp luật phá sản bảo vệ lợi ích chính đáng của các chủ nợ, cung cấp cho các chủ nợ một công cụ để thực hiện việc đòi nợ.

Khi doanh nghiệp mất khả năng thanh toán nợ đến hạn, pháp luật phá sản trao cho chủ nợ quyền khởi động thủ tục phá sản như một biện pháp đòi nợ đặc biệt. Trong quá trình giải quyết, pháp luật phá sản các cơ chế cho phép các chủ nợ có khả năng bảo vệ tối đa lợi ích của mình như: kiểm tra, giám sát các hoạt động, hành vi con nợ, tham gia giải quyết những vấn đề liên quan đến tới quyền lợi mình...nhằm mục đích thu hồi các khoản nợ.

- *Thứ hai*, pháp luật phá sản bảo vệ lợi ích chính đáng của con nợ, đem lại cho các doanh nghiệp đang trong tình trạng lâm vào phá sản một cơ hội phục hồi hoạt động kinh doanh hoặc rút khỏi thương trường có trật tự.

Pháp luật phá sản không chỉ bảo vệ lợi ích của chủ nợ mà còn bảo vệ lợi ích của con nợ, như: giảm bớt gánh nặng tài chính bằng việc ấn định thời điểm ngừng trả nợ, tạo điều kiện cho con nợ thương lượng với chủ nợ để giảm nợ, xoá nợ...; buộc các chủ nợ phải vào khuôn khổ chung trong quá trình đòi nợ; tạo điều kiện cho các con nợ khôi phục tình hình tài chính và phục hồi hoạt động sản xuất kinh doanh...

- *Thứ ba*, pháp luật phá sản bảo vệ lợi ích của người lao động

Hậu quả đáng lưu ý nhất gắn liền với phá sản là thu nhập và việc làm của người lao động; Vì vậy đây luôn luôn là vấn đề được pháp luật phá sản quan tâm bảo vệ. Bằng những quy định cụ thể, pháp luật xác định cơ sở pháp lý cho việc bảo vệ lợi ích hợp pháp và hạn chế những thiệt thòi vật chất mà phá sản có thể gây ra cho người lao động. Trong quá trình giải quyết phá sản, người lao động có quyền cử người đại diện tham gia để bảo vệ lợi ích của mình; Các khoản tiền lương, và lợi ích chính đáng của người lao động bao giờ cũng thuộc diện ưu tiên trong thứ tự phân chia tài sản.

- *Thứ tư*, pháp luật phá sản góp phần tổ chức và cơ cấu lại nền kinh tế.

Khi doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản, pháp luật phá sản tạo ra một cơ chế thiết thực và có hiệu quả giúp doanh nghiệp mắc nợ có cơ hội khôi phục lại tình hình tài chính và hoạt động sản xuất kinh doanh, có khả năng thoát khỏi tình trạng phá sản.

Đây là biện pháp góp phần tạo dựng một nền kinh tế ổn định.

Mặt khác, khi việc lựa chọn tổ chức lại không khả thi thì áp dụng thủ tục thanh lý doanh nghiệp và đi tới chấm dứt sự tồn tại của doanh nghiệp là tất yếu.

Trong trường hợp này, thanh lý thể hiện như một cơ chế hữu hiệu để loại bỏ triệt để những doanh nghiệp kinh doanh yếu kém, góp phần làm trong sạch môi trường.

- *Thứ năm*, pháp luật phá sản góp phần bảo đảm trật tự, kỷ cương xã hội.

Khi con nợ lâm vào tình trạng phá sản, trước nguy cơ có thể mất các khoản nợ của mình, các chủ nợ phải thực hiện những hành vi chống lại con nợ. Nếu không có sự can thiệp của pháp luật thì những hành vi bất hợp pháp của các chủ nợ dễ xảy ra, họ sẽ áp dụng “luật rừng” đối với con nợ gây nên tình trạng lộn xộn trong đời sống xã hội.

Bằng việc giải quyết thỏa đáng mối quan hệ về lợi ích giữa con nợ và chủ nợ cũng như giữa các chủ nợ với nhau, pháp luật về phá sản đã góp phần hạn chế những mâu thuẫn, bất đồng giữa họ, góp phần đảm bảo trật tự, kỷ cương xã hội.

3. CÁC QUY ĐỊNH VỀ PHÁ SẢN THEO LUẬT PHÁ SẢN 2004

3.1. Đối tượng, phạm vi điều chỉnh của Luật Phá sản

3.1.1. Đối tượng áp dụng của Luật Phá sản

Luật này chỉ áp dụng đối với doanh nghiệp, hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã được thành lập và hoạt động theo quy định của pháp luật.

Tuy nhiên, có những doanh nghiệp đặc biệt trực tiếp phục vụ an ninh quốc phòng, doanh nghiệp, hợp tác xã hoạt động trong lĩnh vực tài chính, ngân hàng, bảo hiểm và trong các lĩnh vực công ích thiết yếu, Chính phủ sẽ có những quy định cụ thể khi áp dụng Luật Phá sản.

3.1.2. Phạm vi điều chỉnh của Luật Phá sản

Luật Phá sản quy định điều kiện nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản; xác định nghĩa vụ về tài sản và các biện pháp bảo toàn tài sản trong thủ tục phá sản; điều kiện; thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh; thủ tục thanh lý tài sản và tuyên bố phá sản; quyền và nghĩa vụ, trách nhiệm của những người tham gia giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản.

3.2. Thẩm quyền của Tòa án

Tòa án nhân dân huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh (gọi chung là tòa án nhân dân cấp huyện) có thẩm quyền tiến hành thủ tục phá sản đối với hợp tác xã đăng ký kinh doanh tại cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện đó.

Tòa án nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương (gọi chung là tòa án nhân dân cấp Tỉnh) có thẩm quyền tiến hành thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã đăng ký kinh doanh tại cơ quan đăng ký kinh doanh cấp tỉnh đó.

Trường hợp cần thiết, tòa án cấp tỉnh có thể lấy lên để tiến hành thủ tục phá sản đối với hợp tác xã thuộc thẩm quyền của tòa án huyện.

Toà án tỉnh nơi đặt trụ sở chính của doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài tại Việt Nam có thẩm quyền tiến hành thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài đó.

3.3. Thủ tục phá sản

Thủ tục phá sản được áp dụng đối với doanh nghiệp, hợp tác xã

lâm vào tình trạng phá sản bao gồm:

- Nộp đơn yêu cầu và mở thủ tục phá sản;
- Phục hồi hoạt động kinh doanh;
- Thanh lý tài sản, các khoản nợ;
- Tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.

Sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản, căn cứ vào quy định cụ thể của Luật, Thẩm phán quyết định áp dụng một trong hai thủ tục, hoặc là phục hồi hoạt động kinh doanh hay là thanh lý tài sản, các khoản nợ hoặc quyết định chuyển từ áp dụng thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh sang áp dụng thủ tục thanh lý tài sản, các khoản nợ hoặc tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.

3.3.1. Nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản

3.3.1.1. Quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản

Luật phá sản quy định các đối tượng sau có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục giải quyết phá sản. Bao gồm:

a. Thứ nhất, đối tượng là chủ nợ

Theo quy định của Luật phá sản, chủ nợ bao gồm các loại sau:

- *Chủ nợ có bảo đảm*: Là chủ nợ có khoản nợ được bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã hoặc của người thứ ba.

- *Chủ nợ có bảo đảm một phần*: Là chủ nợ có khoản nợ được bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã hoặc của người thứ ba mà giá trị tài sản bảo đảm ít hơn khoản nợ đó.

- *Chủ nợ không có bảo đảm*: Là chủ nợ có khoản nợ không được bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã hoặc của người thứ ba.

Luật phá sản quy định quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản cho các chủ nợ, nhưng chỉ có các chủ nợ không có bảo đảm hoặc chủ nợ có bảo đảm một phần mới được nộp đơn.

Quy định này xuất phát từ quan điểm cho rằng quyền đòi nợ của các chủ nợ có bảo đảm luôn được ưu tiên thanh toán bằng tài sản của

doanh nghiệp. Vì vậy, quy định quyền nộp đơn cho chủ nợ có bảo đảm toàn bộ là không cần thiết. Quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản chỉ đặt ra cho các chủ nợ không có bảo đảm và chủ nợ có bảo đảm bảo một phần nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình khi doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản.

Để tạo điều kiện thuận lợi cho các chủ nợ thực hiện quyền nộp đơn, Luật phá sản 2004 đã loại bỏ quy định về nghĩa vụ của các chủ nợ khi nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản phải cung cấp các giấy tờ, tài liệu chứng minh doanh nghiệp mất khả năng thanh toán nợ đến hạn.

Điều này là tiến bộ và phù hợp với điều kiện hiện nay. Thực tiễn hơn 10 năm thi hành Luật phá sản cho thấy, chủ nợ chỉ biết họ gửi giấy đòi nợ đến hạn nhưng không được trả nợ. Họ khó có khả năng cung cấp các giấy tờ, tài liệu chứng minh doanh nghiệp mất khả năng thanh toán nợ đến hạn.

b. Thứ hai, quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của người lao động

Luật phá sản 1993 quy định người lao động có quyền nộp đơn với điều kiện: “doanh nghiệp không trả được lương cho người lao động trong 3 tháng liên tiếp”.

Luật phá sản 2004 đã tiến bộ hơn khi cho phép người lao động được quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản trong trường hợp nhận thấy doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản mà không cần điều kiện.

Tuy nhiên, để tránh việc tùy tiện trong việc nộp đơn, người lao động phải cử người đại diện hoặc thông qua đại diện công đoàn nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã đó.

Việc cử người đại diện phải được quá nửa số người lao động trong doanh nghiệp, hợp tác xã tán thành bằng bỏ phiếu kín hoặc lấy chữ ký.

Đơn phải được gửi cho Tòa án theo quy định của pháp luật và phải có nội dung theo quy định.

Đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản phải có các nội dung chính sau đây:

- Ngày, tháng, năm làm đơn;
- Tên, địa chỉ của người làm đơn;
- Tên, địa chỉ của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản;
- Số tháng nợ tiền lương, tổng số tiền lương và các khoản nợ khác mà doanh nghiệp, hợp tác xã không trả được cho người lao động;
- Căn cứ của việc yêu cầu mở thủ tục phá sản.

Đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản phải được gửi cho Tòa án có thẩm quyền theo quy định.

Sau khi nộp đơn, đại diện cho người lao động hoặc đại diện công đoàn được coi là chủ nợ.

c. Thứ ba, quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước

Theo quy định, đại diện của chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp nhà nước khi nhận thấy doanh nghiệp đó lâm vào tình trạng phá sản mà doanh nghiệp không nộp thực hiện đúng nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản.

Chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước nộp đơn khi có điều kiện sau:

- Khi nhận thấy doanh nghiệp nhà nước lâm vào tình trạng phá sản;
- Doanh nghiệp đó không thực hiện nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản trong thời hạn 3 tháng, kể từ khi nhận thấy doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản.

d. Thứ tư, quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của chủ các cổ đông công ty cổ phần

Cổ đông của công ty cổ phần có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản khi nhận thấy công ty cổ phần lâm vào tình trạng phá sản.

Trong trường hợp này, cổ đông có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản theo quy định của điều lệ công ty; nếu điều lệ của công ty không quy định thì việc nộp đơn được thực hiện theo nghị quyết của đại hội cổ đông.

Trường hợp điều lệ công ty không quy định mà không tiến hành được đại hội cổ đông thì *cổ đông hoặc nhóm cổ đông sở hữu trên 20% số cổ phần phổ thông trong một thời gian liên tục ít nhất 6 tháng* có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với công ty cổ phần đó.

Đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, các giấy tờ tài liệu kèm theo đơn được thực hiện như thủ tục nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã, trừ các giấy tờ, tài liệu quy định tại các điểm d, đ, e K4 Đ 15 Luật phá sản. (d. Danh sách các chủ nợ của doanh nghiệp, ngân hàng mà chủ nợ có tài khoản, các khoản nợ; đ. Danh sách và thông tin về những người mắc nợ của doanh nghiệp, các khoản nợ của người mắc nợ; e. Danh sách và thông tin của các thành viên nếu doanh nghiệp mắc nợ là một công ty có các thành viên liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ của doanh nghiệp).

đ. Thứ năm, quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của thành viên hợp danh

Thành viên hợp danh có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản khi nhận thấy công ty hợp danh lâm vào tình trạng phá sản.

Đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, các giấy tờ kèm theo được thực hiện theo quy định của Luật phá sản 2004.

3.3.1.2. Nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản

Theo quy định của Luật phá sản, khi nhận thấy doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản thì chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp có nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản theo quy định của pháp luật.

Đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản phải được nộp cho toà án có thẩm quyền theo quy định. Kèm theo đơn phải có các tài liệu pháp luật quy định.

Đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản phải có các nội dung chính sau đây:

- Ngày, tháng, năm làm đơn;

- Tên, địa chỉ của doanh nghiệp, hợp tác xã;
- Căn cứ của việc yêu cầu mở thủ tục phá sản.

Đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản phải được gửi cho Tòa án có thẩm quyền quy định của pháp luật.

Luật phá sản quy định, phải nộp kèm theo đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản các giấy tờ, tài liệu sau đây:

- Báo cáo tình hình hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã, trong đó giải trình nguyên nhân và hoàn cảnh liên quan đến tình trạng mất khả năng thanh toán; nếu doanh nghiệp là công ty cổ phần mà pháp luật yêu cầu phải được kiểm toán thì báo cáo tài chính phải được tổ chức kiểm toán độc lập xác nhận;

- Báo cáo về các biện pháp mà doanh nghiệp, hợp tác xã đã thực hiện, nhưng vẫn không khắc phục được tình trạng mất khả năng thanh toán các khoản nợ đến hạn;

- Bảng kê chi tiết tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã và địa điểm nơi có tài sản nhìn thấy được;

- Danh sách các chủ nợ của doanh nghiệp, hợp tác xã trong đó ghi rõ tên, địa chỉ của các chủ nợ; ngân hàng mà chủ nợ có tài khoản; các khoản nợ đến hạn có bảo đảm và không có bảo đảm; các khoản nợ chưa đến hạn có bảo đảm và không có bảo đảm;

- Danh sách những người mắc nợ của doanh nghiệp, hợp tác xã trong đó ghi rõ tên, địa chỉ của họ; ngân hàng mà họ có tài khoản; các khoản nợ đến hạn có bảo đảm và không có bảo đảm; các khoản nợ chưa đến hạn có bảo đảm và không có bảo đảm;

- Danh sách ghi rõ tên, địa chỉ của các thành viên, nếu doanh nghiệp mắc nợ là một công ty có các thành viên liên đới chịu trách nhiệm về những khoản nợ của doanh nghiệp;

- Những tài liệu khác mà Tòa án yêu cầu doanh nghiệp, hợp tác xã phải cung cấp theo quy định của pháp luật.

Bên cạnh việc quy định về thủ tục nộp đơn, Luật phá sản còn quy định về thời hạn phải nộp đơn (3 tháng kể từ khi nhận thấy doanh nghiệp

lâm vào tình trạng phá sản) và trách nhiệm của chủ doanh nghiệp nếu không nộp đơn theo quy định của pháp luật.

Cụ thể, Luật phá sản quy định: Trong thời hạn ba tháng, kể từ khi nhận thấy doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, nếu chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã không nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản thì phải chịu trách nhiệm theo quy định của pháp luật.

3.3.2. Mở thủ tục phá sản

3.3.2.1. Thủ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản

Sau khi nhận đơn toà án sẽ xem xét nếu thấy cần sửa đổi, bổ sung tài liệu thì toà án yêu cầu người nộp đơn thực hiện việc sửa đổi, bổ sung trong thời hạn 10 ngày kể từ ngày nhận đơn. Toà án thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản kể từ ngày người nộp đơn đã nộp tiền tạm ứng phí phá sản. Toà án trả lại đơn yêu cầu: Toà án trả lại đơn yêu cầu nếu:

- Người nộp đơn không nộp tiền tạm ứng phí phá sản;
- Người nộp đơn không có quyền nộp đơn;
- Có toà án khác mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản;
- Có căn cứ rõ ràng cho thấy việc nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản không khách quan;
- Doanh nghiệp, hợp tác xã chứng minh được mình không lâm vào tình trạng phá sản.

3.3.2.2. Quyết định mở hoặc không mở thủ tục phá sản

Trong thời gian 30 ngày kể từ ngày thụ lý đơn, Tòa án phải ra quyết định mở hoặc không mở thủ tục phá sản. Tòa án ra quyết định mở thủ tục phá sản khi có căn cứ chứng minh doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản.

Tòa án có thể quyết định không mở thủ tục phá sản nếu thấy doanh nghiệp, hợp tác xã chưa lâm vào tình trạng phá sản.

Nếu Tòa án quyết định mở thủ tục phá sản thì phải thông báo mở quyết định mở thủ tục phá sản cho doanh nghiệp, hợp tác xã và Viện

kiểm sát cùng cấp; thông báo quyết định cho chủ nợ, những người mắc nợ của doanh nghiệp, hợp tác xã.

Sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản, hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã vẫn tiến hành bình thường nhưng phải chịu giám sát của thẩm phán và tổ quản lý, thanh lý tài sản.

Tuy nhiên, để đảm bảo cho việc giải quyết phá sản được đúng đắn, bảo vệ quyền lợi của chủ nợ, pháp luật nghiêm cấm doanh nghiệp, hợp tác xã tiến hành các hành vi như: cất giấu, tẩu tán tài sản; thanh toán tài sản không có bảo đảm; từ bỏ hoặc giảm bớt quyền đòi nợ; chuyển các khoản nợ không bảo đảm thành nợ có bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp.

Một số hoạt động phải được sự đồng ý bằng văn bản của thẩm phán mới được thực hiện như: Cầm cố, thế chấp, chuyển nhượng, bảo lãnh, tặng cho, cho thuê tài sản; nhận tài sản từ một hợp đồng chuyển nhượng; chấm dứt hợp đồng đã có hiệu lực pháp luật; vay tiền; bán, chuyển đổi cổ phần hoặc chuyển đổi quyền sở hữu tài sản...

3.3.2.3. Hội nghị chủ nợ

Hội nghị chủ nợ bao gồm các chủ nợ có tên trong danh sách chủ nợ; đại diện người lao động, đại diện công đoàn được người lao động ủy quyền, người bảo lãnh sau khi đã trả nợ thay cho doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản.

- *Triệu tập Hội nghị chủ nợ*: Luật phá sản quy định: Trường hợp việc kiểm kê tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản kết thúc trước ngày lập xong danh sách chủ nợ thì trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày lập xong danh sách chủ nợ, Thẩm phán phải triệu tập Hội nghị chủ nợ; nếu việc kiểm kê tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã kết thúc sau ngày lập xong danh sách chủ nợ thì thời hạn này tính từ ngày kiểm kê xong tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã.

Các Hội nghị chủ nợ tiếp theo có thể được Thẩm phán triệu tập vào bất kỳ ngày làm việc nào trong quá trình tiến hành thủ tục phá sản theo đề nghị của Tổ quản lý, thanh lý tài sản hoặc của các chủ nợ đại diện cho ít nhất một phần ba tổng số nợ không có bảo đảm.

Giấy triệu tập Hội nghị chủ nợ phải được gửi cho người có quyền tham gia Hội nghị chủ nợ và người có nghĩa vụ tham gia Hội nghị chủ nợ quy định tại Điều 62 và Điều 63 của Luật phá sản, chậm nhất là mười lăm ngày trước ngày khai mạc Hội nghị. Kèm theo giấy triệu tập Hội nghị phải có chương trình, nội dung của Hội nghị và các tài liệu khác, nếu có.

Hội nghị chủ nợ do Thẩm phán phụ trách tiến hành thủ tục phá sản chủ trì.

- *Quyền tham gia Hội nghị chủ nợ:* Những người sau đây có quyền tham gia Hội nghị chủ nợ:

(1) Các chủ nợ có tên trong danh sách chủ nợ: Chủ nợ có thể uỷ quyền bằng văn bản cho người khác tham gia Hội nghị chủ nợ và người được uỷ quyền có quyền, nghĩa vụ như chủ nợ;

(2) Đại diện cho người lao động, đại diện công đoàn được người lao động uỷ quyền. Trong trường hợp này đại diện cho người lao động, đại diện công đoàn có quyền, nghĩa vụ như chủ nợ;

(3) Người bảo lãnh sau khi đã trả nợ thay cho doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Trong trường hợp này họ trở thành chủ nợ không có bảo đảm.

- *Nghĩa vụ tham gia Hội nghị chủ nợ:* Người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản quy định tại các điều 15, 16, 17 và 18 của Luật phá sản có nghĩa vụ tham gia Hội nghị chủ nợ; trường hợp không tham gia được thì phải uỷ quyền bằng văn bản cho người khác tham gia Hội nghị chủ nợ.

Người được uỷ quyền có quyền, nghĩa vụ như người uỷ quyền nếu họ tham gia Hội nghị chủ nợ; đối với doanh nghiệp tư nhân mà chủ doanh nghiệp tư nhân đã chết thì người thừa kế hợp pháp của chủ doanh nghiệp đó tham gia Hội nghị chủ nợ.

Trường hợp không có người đại diện cho doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản quy định tham gia Hội nghị chủ nợ thì Thẩm phán phụ trách tiến hành thủ tục phá sản chỉ định người đại diện cho doanh nghiệp, hợp tác xã đó tham gia Hội nghị chủ nợ.

- *Nội dung Hội nghị chủ nợ lần thứ nhất:* Hội nghị chủ nợ lần thứ

nhất bao gồm những nội dung sau đây:

a) Tổ trưởng Tổ quản lý, thanh lý tài sản thông báo cho Hội nghị chủ nợ về tình hình kinh doanh, thực trạng tài chính của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản; kết quả kiểm kê tài sản, danh sách chủ nợ, danh sách người mắc nợ và các nội dung khác nếu xét thấy cần thiết;

b) Chủ doanh nghiệp hoặc người đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã trình bày ý kiến về các nội dung do Tổ trưởng Tổ quản lý, thanh lý tài sản đã thông báo cho Hội nghị, đề xuất phương án, giải pháp tổ chức lại hoạt động kinh doanh, khả năng và thời hạn thanh toán nợ;

c) Hội nghị chủ nợ thảo luận về các nội dung do Tổ trưởng Tổ quản lý, thanh lý tài sản đã thông báo và các ý kiến của chủ doanh nghiệp, đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã;

d) Hội nghị chủ nợ thông qua Nghị quyết. Nghị quyết được lập thành văn bản và phải được quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm có mặt tại Hội nghị đại diện cho từ hai phần ba tổng số nợ không có bảo đảm trở lên thông qua. Nghị quyết của Hội nghị chủ nợ có hiệu lực ràng buộc đối với tất cả các chủ nợ;

đ) Trường hợp Hội nghị chủ nợ xét thấy phải thay người đại diện cho các chủ nợ trong thành phần Tổ quản lý, thanh lý tài sản thì Hội nghị bầu người thay thế.

e) Đề nghị thẩm phán ra quyết định cử người quản lý và điều hành hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản.

Trường hợp cần phải tổ chức Hội nghị chủ nợ tiếp theo thì chương trình, nội dung của Hội nghị tiếp theo do Thẩm phán phụ trách tiến hành thủ tục phá sản quyết định theo đề nghị của những người quy định tại khoản 2 Điều 61 của Luật Phá sản.

- *Điều kiện hợp lệ của Hội nghị chủ nợ:* Hội nghị chủ nợ chỉ hợp lệ khi có đầy đủ các điều kiện sau đây:

(1) Quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm đại diện cho từ hai phần ba tổng số nợ không có bảo đảm trở lên tham gia;

(2) Có sự tham gia của người có nghĩa vụ tham gia Hội nghị chủ

nợ quy định tại Điều 63 của Luật Phá sản.

- *Hoãn Hội nghị chủ nợ*: Hội nghị chủ nợ có thể được hoãn một lần nếu có một trong các trường hợp sau đây:

a) Không đủ quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm đại diện cho từ hai phần ba tổng số nợ không có bảo đảm trở lên tham gia;

b) Quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm có mặt tại Hội nghị chủ nợ biểu quyết đề nghị hoãn Hội nghị chủ nợ;

c) Người có nghĩa vụ tham gia Hội nghị chủ nợ quy định tại Điều 63 của Luật này vắng mặt có lý do chính đáng.

Trường hợp Thẩm phán ra quyết định hoãn Hội nghị chủ nợ thì trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày ra quyết định hoãn Hội nghị chủ nợ, Thẩm phán phải triệu tập lại Hội nghị chủ nợ.

- *Đình chỉ tiến hành thủ tục phá sản khi có người tham gia Hội nghị chủ nợ vắng mặt*

Thẩm phán ra quyết định đình chỉ tiến hành thủ tục phá sản trong những trường hợp sau đây:

(1) Sau khi Hội nghị chủ nợ đã được hoãn một lần, nếu người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản quy định tại Điều 13 và Điều 14 của Luật Phá sản không tham gia Hội nghị chủ nợ được triệu tập lại;

(2) Trường hợp chỉ có người quy định tại các điều 15, 16, 17 và 18 của Luật Phá sản nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản mà người có nghĩa vụ tham gia Hội nghị chủ nợ quy định tại Điều 63 của Luật Phá sản không đến tham gia Hội nghị chủ nợ mà không có lý do chính đáng;

(3) Người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản rút lại đơn yêu cầu; nếu những người quy định tại các điều 13, 14, 15, 16, 17 và 18 của Luật Phá sản nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản mà chỉ có một hoặc một số người rút lại đơn yêu cầu thì toà án vẫn tiến hành thủ tục phá sản.

3.3.2.4. Phục hồi hoạt động kinh doanh

- *Điều kiện để áp dụng thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh*:

Thẩm phán ra quyết định áp dụng thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh sau khi hội nghị chủ nợ lần 1 thông qua nghị quyết đồng ý với các

giải pháp tổ chức lại hoạt động kinh doanh, kế hoạch thanh toán nợ cho các chủ nợ và yêu cầu doanh nghiệp, hợp tác xã phải xây dựng phương án phục hồi hoạt động kinh doanh.

Trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày hội nghị chủ nợ lần 1 thông qua nghị quyết, doanh nghiệp, hợp tác xã xây dựng phương án phục hồi kinh doanh của mình và nộp cho thẩm phán.

- *Nội dung, phương án phục hồi hoạt động kinh doanh*: Phải nêu rõ các biện pháp cần thiết để phục hồi kinh doanh, các điều kiện, thời hạn, kế hoạch thanh toán nợ; các biện pháp huy động vốn; thay đổi mặt hàng kinh doanh; tổ chức lại bộ máy.

- *Xem xét, thông qua phương án phục hồi kinh doanh*: Trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày nhận được phương án phục hồi hoạt động kinh doanh, Thẩm phán phải xem xét phương án phục hồi hoạt động kinh doanh để ra một trong các quyết định:

+ Thứ nhất, đưa phương án ra Hội nghị chủ nợ xem xét, quyết định;

+ Thứ hai, đề nghị sửa đổi, bổ sung phương án phục hồi hoạt động kinh doanh nếu thấy phương án đó chưa bảo đảm các nội dung quy định của Luật Phá sản.

Trong thời hạn mười ngày, kể từ ngày quyết định đưa phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản ra Hội nghị chủ nợ, Thẩm phán phải triệu tập Hội nghị chủ nợ để xem xét, thông qua phương án phục hồi.

Hội nghị chủ nợ xem xét, thảo luận phương án phục hồi hoạt động kinh doanh.

Nghị quyết về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã được thông qua khi có quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm có mặt đại diện cho từ hai phần ba tổng số nợ không có bảo đảm trở lên biểu quyết tán thành

- *Công nhận nghị quyết về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh và giám sát việc thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh*: Thẩm phán ra quyết định công nhận Nghị quyết của Hội nghị chủ

nợ về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Nghị quyết này có hiệu lực đối với tất cả các bên có liên quan.

Toà án phải gửi quyết định công nhận Nghị quyết của Hội nghị chủ nợ về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh cho doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản và các chủ nợ trong thời hạn bảy ngày, kể từ ngày ra quyết định.

Sau khi Thẩm phán ra quyết định công nhận Nghị quyết của Hội nghị chủ nợ về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, Tổ quản lý, thanh lý tài sản giải thể.

Sáu tháng một lần, doanh nghiệp, hợp tác xã phải gửi cho Toà án báo cáo về tình hình thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh ở doanh nghiệp, hợp tác xã.

Chủ nợ có nghĩa vụ giám sát việc thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã.

- *Thời hạn thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh* là: 3 năm kể từ ngày cuối cùng công bố quyết định của toà án công nhận nghị quyết của hội nghị chủ nợ về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh.

- *Đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh*: Thẩm phán ra quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản nếu có một trong các trường hợp sau đây:

+ Doanh nghiệp, hợp tác xã đã thực hiện xong phương án phục hồi hoạt động kinh doanh;

+ Được quá nửa số phiếu của các chủ nợ không có bảo đảm đại diện cho từ hai phần ba tổng số nợ không có bảo đảm trở lên chưa thanh toán đồng ý đình chỉ.

Toà án phải gửi và thông báo công khai quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã theo quy định tại Điều 29 của Luật Phá sản.

- *Hậu quả pháp lý của việc đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh:* Trường hợp Thẩm phán ra quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản thì doanh nghiệp, hợp tác xã đó được coi không còn lâm vào tình trạng phá sản.

Trường hợp việc thi hành án dân sự hoặc việc giải quyết vụ án bị đình chỉ theo quy định tại Điều 57 của Luật phá sản, chưa được thi hành hoặc chưa được giải quyết thì ngay sau khi ra quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, việc thi hành án dân sự hoặc việc giải quyết vụ án được tiếp tục.

Toà án ra quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi phải gửi trả lại hồ sơ vụ án cho Toà án có thẩm quyền để giải quyết vụ án theo quy định của pháp luật.

3.3.2.5. Thanh lý tài sản

- *Quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản trong trường hợp đặc biệt:*

Trường hợp doanh nghiệp hoạt động kinh doanh bị thua lỗ đã được Nhà nước áp dụng biện pháp đặc biệt để phục hồi hoạt động kinh doanh, nhưng vẫn không phục hồi được và không thanh toán được các khoản nợ đến hạn khi chủ nợ có yêu cầu thì Toà án ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp mà không cần phải triệu tập Hội nghị chủ nợ để xem xét việc áp dụng thủ tục phục hồi.

- *Quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản khi hội nghị chủ nợ không thành:* Thẩm phán ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản khi Hội nghị chủ nợ không thành trong những trường hợp sau đây:

+ *Thứ nhất*, chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã không tham gia Hội nghị chủ nợ mà không có lý do chính đáng hoặc sau khi Hội nghị chủ nợ đã được hoãn một lần nếu người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản thuộc trường hợp quy định tại Điều 13 và Điều 14 của Luật phá sản;

+ *Thứ hai*, không đủ số chủ nợ tham gia Hội nghị chủ nợ sau khi Hội nghị chủ nợ đã được hoãn một lần nếu người nộp đơn yêu cầu

mở thủ tục phá sản thuộc trường hợp quy định tại các điều 15, 16, 17 và 18 của Luật Phá sản.

- *Quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản khi có quyết định của hội nghị chủ nợ lần một:* Sau khi Hội nghị chủ nợ lần thứ nhất thông qua Nghị quyết đồng ý với dự kiến các giải pháp tổ chức lại hoạt động kinh doanh, kế hoạch thanh toán nợ cho các chủ nợ và yêu cầu doanh nghiệp, hợp tác xã phải xây dựng phương án phục hồi hoạt động kinh doanh, nếu có một trong các trường hợp sau đây thì Toà án ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã:

+ *Một là*, doanh nghiệp, hợp tác xã không xây dựng được phương án phục hồi hoạt động kinh doanh trong thời hạn quy định;

+ *Hai là*, hội nghị chủ nợ không thông qua phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã;

+ *Ba là*, doanh nghiệp, hợp tác xã thực hiện không đúng hoặc không thực hiện được phương án phục hồi hoạt động kinh doanh, trừ trường hợp các bên liên quan có thỏa thuận khác.

- *Khiếu nại, kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản:*

Doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, các chủ nợ có quyền khiếu nại, Viện kiểm sát nhân dân cùng cấp có quyền kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản. Những người mắc nợ doanh nghiệp, hợp tác xã có quyền khiếu nại phản quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã liên quan đến nghĩa vụ trả nợ của mình.

Thời hạn khiếu nại, kháng nghị là hai mươi ngày, kể từ ngày cuối cùng đăng báo về quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản.

Trong thời hạn năm ngày, kể từ ngày hết thời hạn khiếu nại, kháng nghị, Toà án đã ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã phải gửi hồ sơ về phá sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị cho Toà án cấp trên trực tiếp để xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản.

- *Giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý*

tài sản: Ngay sau khi nhận được hồ sơ về phá sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị, Chánh án Tòa án cấp trên trực tiếp chỉ định một tổ gồm ba Thẩm phán xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản.

Trong thời hạn sáu mươi ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ về phá sản, Tổ Thẩm phán phải xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản. Tổ Thẩm phán có quyền ra một trong các quyết định sau đây:

- Không chấp nhận khiếu nại, kháng nghị và giữ nguyên quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của Tòa án cấp dưới;

- Sửa quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của Tòa án cấp dưới;

- Huỷ quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của Tòa án cấp dưới và giao hồ sơ về phá sản cho Tòa án cấp dưới tiếp tục thủ tục phục hồi theo quy định của Luật này.

Quyết định giải quyết khiếu nại, kháng nghị của toà án cấp trên trực tiếp là quyết định cuối cùng và có hiệu lực pháp luật kể từ ngày ra quyết định.

- *Tài sản phá sản và thứ tự phân chia tài sản*: Tài sản phá sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản bao gồm: Tài sản và quyền tài sản có tại thời điểm tòa án thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản; các khoản lợi nhuận, các tài sản và quyền tài sản mà doanh nghiệp, hợp tác xã sẽ có do việc thực hiện các giao dịch được xác lập trước khi Tòa án thụ lý; tài sản là vật bảo đảm thực hiện nghĩa vụ; giá trị quyền sử dụng đất...

Điều 49 Luật Phá sản quy định cụ thể tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản bao gồm:

- Tài sản và quyền về tài sản mà doanh nghiệp, hợp tác xã có tại thời điểm tòa án thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản;

- Các khoản lợi nhuận, các tài sản và các quyền về tài sản mà doanh nghiệp, hợp tác xã sẽ có do việc thực hiện các giao dịch được xác lập trước khi tòa án thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản;

- Tài sản là vật bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của doanh nghiệp, hợp tác

xã. Trường hợp thanh toán tài sản là vật bảo đảm được trả cho các chủ nợ có bảo đảm, nếu giá trị của vật bảo đảm vượt quá khoản nợ có bảo đảm phải thanh toán thì phần vượt quá đó là tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã;

- Giá trị quyền sử dụng đất của doanh nghiệp, hợp tác xã được xác định theo quy định của pháp luật về đất đai.

Tài sản của doanh nghiệp tư nhân, công ty hợp danh lâm vào tình trạng phá sản bao gồm tài sản và tài sản của chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh không trực tiếp dùng vào hoạt động kinh doanh.

Trường hợp chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh có tài sản thuộc sở hữu chung thì phần tài sản của chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh đó được chia theo quy định của Bộ luật Dân sự 2005 và các quy định khác của pháp luật có liên quan.

- *Thứ tự phân chia tài sản được quy định như sau:*

+ *Thứ nhất*, phí tài sản.

+ *Thứ hai*, các khoản nợ lương, trợ cấp thôi việc, bảo hiểm xã hội và các quyền lợi khác theo thoả ước lao động tập thể và hợp đồng lao động đã ký

+ *Thứ ba*, các khoản nợ không có bảo đảm phải trả cho các chủ nợ trong danh sách chủ nợ.

- *Đình chỉ thủ tục thanh lý tài sản:* Thẩm phán ra quyết định đình chỉ thủ tục thanh lý tài sản trong các trường hợp: Con nợ không còn tài sản để thực hiện phương án phân chia tài sản; Phương án phân chia tài sản đã thực hiện xong.

3.3.2.6. Tuyên bố phá sản

Thẩm phán ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản đồng thời với việc ra quyết định đình chỉ thủ tục thanh lý tài sản.

- *Các trường hợp đặc biệt tòa án tuyên bố phá sản:* Điều 87 Luật Phá sản quy định trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày hết thời hạn nộp tiền tạm ứng phí phá sản do Tòa án ấn định, chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản không còn tiền và tài sản khác để nộp tiền

tạm ứng phí phá sản thì Toà án ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.

Sau khi thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản và nhận các tài liệu, giấy tờ do các bên có liên quan gửi đến, Toà án ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản, nếu doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản không còn tài sản hoặc còn nhưng không đủ để thanh toán phí phá sản.

- *Thông báo ra quyết định tuyên bố phá sản:* Trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản, Toà án phải gửi và thông báo công khai quyết định theo quy định.

Trong thời hạn mười ngày, kể từ ngày quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản có hiệu lực pháp luật, Toà án phải gửi quyết định cho cơ quan đăng ký kinh doanh để xoá tên doanh nghiệp, hợp tác xã trong sổ đăng ký kinh doanh; trong trường hợp Toà án nhân dân tối cao ra quyết định giải quyết khiếu nại, kháng nghị theo quy định tại Điều 92 của Luật phá sản thì thời hạn có thể dài hơn, nhưng không quá hai mươi lăm ngày.

- *Khiếu nại, kháng nghị quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản:* Những người theo quy định của pháp luật có quyền khiếu nại, Viện kiểm sát nhân dân cùng cấp có quyền kháng nghị quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản. Thời hạn khiếu nại, kháng nghị là hai mươi ngày, kể từ ngày cuối cùng đăng báo về quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.

Trong thời hạn năm ngày, kể từ ngày hết thời hạn khiếu nại, kháng nghị, Toà án đã ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản phải gửi hồ sơ về phá sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị cho Toà án cấp trên trực tiếp để xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.

Quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản không bị khiếu nại, kháng nghị thì có hiệu lực pháp luật kể từ ngày hết thời hạn khiếu nại, kháng nghị.

- *Giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản:* Ngay sau khi nhận được hồ sơ về phá

sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị, Chánh án Toà án cấp trên trực tiếp chỉ định một tổ gồm ba Thẩm phán xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.

Trong thời hạn bốn mươi lăm ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ về phá sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị, Tổ Thẩm phán phải xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản. Tổ Thẩm phán có quyền ra một trong các quyết định sau đây:

- Không chấp nhận khiếu nại, kháng nghị và giữ nguyên quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản của Toà án cấp dưới;

- Huỷ quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản của Toà án cấp dưới và giao hồ sơ về phá sản cho Toà án cấp dưới tiếp tục tiến hành thủ tục phá sản.

Quyết định giải quyết khiếu nại, kháng nghị của Toà án cấp trên trực tiếp là quyết định cuối cùng và có hiệu lực pháp luật kể từ ngày ra quyết định.

3.4. Các biện pháp đảm bảo tài sản trong giải quyết phá sản

Để bảo toàn tài sản phục vụ cho việc giải quyết phá sản, Luật Phá sản đã có những quy định nhằm bảo toàn tài sản. Các biện pháp đó bao gồm:

3.4.1. Các giao dịch bị coi là vô hiệu

Trong thời gian 3 tháng trước ngày Toà án thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, các giao dịch sau đây của doanh nghiệp, hợp tác xã bị coi là vô hiệu:

- Tặng, cho động sản và bất động sản cho người khác;
- Thanh toán hợp đồng song vụ trong đó phần nghĩa vụ của doanh nghiệp, hợp tác xã, rõ ràng là lớn hơn phần nghĩa vụ của bên kia;
- Thanh toán các khoản nợ chưa đến hạn;
- Thực hiện việc thế chấp, cầm cố tài sản đối với các khoản nợ;
- Các giao dịch khác với mục đích tẩu tán tài sản.

Khi các giao dịch trên bị tuyên bố vô hiệu thì những tài sản đó phải được thu hồi nhập vào khối tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã.

Tổ trưởng tổ quản lý, thanh lý tài sản, chủ nợ không có bảo đảm có quyền yêu cầu Tòa án tuyên bố các giao dịch trên của doanh nghiệp, hợp tác xã là vô hiệu.

3.4.2. Đình chỉ hợp đồng đang có hiệu lực

Trong quá trình tiến hành thủ tục phá sản, nếu xét thấy việc đình chỉ thực hiện hợp đồng đang có hiệu lực và đang được thực hiện hoặc chưa thực hiện sẽ có lợi hơn cho doanh nghiệp, hợp tác xã thì hợp đồng đó bị đình chỉ thực hiện, Chủ nợ, con nợ, tổ trưởng quản lý, thanh lý tài sản có quyền yêu cầu Tòa án ra quyết định đình chỉ thực hiện hợp đồng.

3.4.3. Áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời

Trong trường hợp cần thiết, theo đề nghị tổ trưởng tổ quản lý, thanh lý tài sản, thẩm phán có quyền ra quyết định áp dụng một trong các biện pháp khẩn cấp tạm thời để bảo toàn tài sản. Các biện pháp đó bao gồm:

- Cho, bán hàng hoá dễ hư hỏng hoặc sắp hết thời gian sử dụng;
- Kê biên, niêm phong tài sản;
- Phong toả tài khoản của doanh nghiệp, hợp tác xã tại ngân hàng;
- Niêm phong kho quỹ, thu giữ, quản lý sổ sách kế toán, tài liệu liên quan của doanh nghiệp, hợp tác xã;
- Cấm hoặc buộc doanh nghiệp, hợp tác xã, cá nhân, tổ chức khác có liên quan thực hiện một số hành vi nhất định.

MỘT SỐ CÂU HỎI VÀ BÀI TẬP TÌNH HUỐNG ÔN TẬP

Câu 1. Cho ví dụ cụ thể về quan hệ hợp đồng kinh doanh- thương mại, trong đó nêu rõ và phân tích các yếu tố: đối tượng, chủ thể, mục đích hợp đồng, hình thức và các thoả thuận khác (nếu có).

Câu 2. Thương nhân là gì? Phân tích các loại thương nhân theo pháp luật Việt Nam.

Câu 3. Cho một ví dụ về thương nhân Việt Nam và một ví dụ về thương nhân nước ngoài.

Câu 4. Cho ví dụ cụ thể về hình thức hợp đồng bằng: văn bản, lời nói, hành vi giao dịch thực tế.

Câu 5. So sánh hợp đồng kinh doanh - thương mại với hợp đồng dân sự.

Câu 6. So sánh giải thể với phá sản doanh nghiệp?

Câu 7. Công ty cổ phần A (trụ sở chính ở Hà nội) ký hợp đồng mua bán với công ty TNHH B (trụ sở chính ở Hàn quốc). Khi có tranh chấp xảy ra, áp dụng luật pháp nước nào để giải quyết tranh chấp:

- a. Pháp luật Việt Nam.
- b. Pháp luật Hàn Quốc.
- c. Pháp luật của cả hai nước.
- d. Theo sự lựa chọn của hai bên.
- e. Áp dụng pháp luật của nước thứ ba.

Câu 8. Thẩm quyền giải quyết phá sản thuộc:

- a. Toà án nhân dân.
- b. Trọng tài thương mại.
- c. Cả hai cơ quan đều có thẩm quyền.

Câu 9. Toà án nào có thẩm quyền giải quyết phá sản:

- a. Toà án cấp Tỉnh.
- b. Toà án cấp Huyện.

c. Cả hai cấp đều có thẩm quyền giải quyết tùy theo vụ việc.

Câu 10. Hình thức của hợp đồng kinh doanh - thương mại phải được thể hiện bằng:

- a. Văn bản.
- b. Miệng.
- c. Hành vi cụ thể.
- d. Tất cả các hình thức trên.

Câu 11. Hợp đồng ký kết bằng văn bản có giá trị pháp lý, khi:

- a. Có chữ ký và đóng dấu của các bên.
- b. Có chữ ký mà không cần có dấu của các bên.
- c. Có dấu mà không có chữ ký của các bên.
- d. Cả a và b đều đúng.
- e. Cả a,b,c đều đúng.

Câu 12. Việc giải quyết tranh chấp kinh doanh - thương mại bằng trọng tài có thể được giải quyết bởi:

- a. Một trọng tài.
- b. Một Hội đồng trọng tài.
- c. Cả hai trường hợp.

Tình huống 1

Nhân dịp tết nguyên đán, ông An chủ doanh nghiệp tư nhân An Bình ký hợp đồng bằng văn bản với Công ty Trách nhiệm hữu hạn thương mại và dịch vụ Hoàng Mai để mua 50 chai rượu vang Pháp. Hợp đồng trên là hợp đồng thương mại hay hợp đồng dân sự? Phải làm rõ những nội dung gì để trả lời?

Tình huống 2

Công ty thương mại Tỉnh A ký hợp đồng mua của Công ty Dệt Tỉnh B 50.000 mét vải các loại (trong đó có 5000 mét vải lanh và 10.000 mét vải lụa). Trị giá số hàng là 230.000 triệu đồng VNĐ.

Theo thỏa thuận, hàng được giao làm hai đợt. Đợt 1 từ ngày mùng

1 đến ngày mùng 5 tháng 2 năm 2006, số hàng là 30.000 mét vải (trong đó có 5000 mét vải lanh và 10.000 mét vải lụa). Đợt 2 từ ngày mùng 1 đến ngày mùng 5 tháng 4 năm 2006: giao nốt phần còn lại.

Ngày 10.1.2006, Công ty B đã giao cho A 15.000 mét vải trị giá 70 triệu đồng (trong đó có 3000 mét vải lanh và 5000 mét vải lụa). Nhưng đến ngày 25.5.2006, Công ty B mới giao tiếp cho công ty A 35.000 mét vải còn lại (trong đó có 2000 mét vải lanh và 5000 mét vải lụa). Công ty A chỉ nhận và thanh toán số tiền đợt 1 và không thanh toán tiền hàng đợt 2.

Công ty B đã kiện lên cơ quan có thẩm quyền yêu cầu Công ty A phải thanh toán tiền hàng đợt 2.

Bằng kiến thức lý luận và thực tế, Anh (Chị) hãy cho biết:

1. Hợp đồng trên có hiệu lực không? Vì sao?
2. Cơ quan nào có thẩm quyền giải quyết?
3. Các giải quyết cụ thể như thế nào?

Biết rằng: Trong hợp đồng hai bên đã thoả thuận về phạt vi phạm như sau:

- Vi phạm về chất lượng: phạt 6% giá trị hợp đồng bị vi phạm.
- Vi phạm về thời hạn thực hiện hợp đồng: phạt 0,5% trên giá trị phần hợp đồng bị vi phạm cho phạt cho 10 ngày đầu tiên, phạt 1% cho 10 ngày tiếp theo và tiếp tục phạt theo thời hạn vi phạm cho tới khi tổng mức phạt không vượt quá 8%.
- Vi phạm về thanh toán: áp dụng lãi suất quá hạn của Ngân hàng nhân với thời gian chậm trả trên số tiền vi phạm.
- Không thực hiện hợp đồng: phạt mức cao nhất là 8% trên giá trị hợp đồng bị vi phạm.

Tình huống 3

Công ty TNHH An Hoà có trụ sở tại Thành phố Huế ký hợp đồng với Công ty Cổ phần sữa Vinamilk - trụ sở tại thành phố Hồ Chí Minh. Hai bên thoả thuận bên Công ty An Hoà sẽ nhận cung ứng sữa độc quyền tại Huế, thời hạn là một năm.

Theo Anh (Chị):

1. Đây là loại hợp đồng gì? Dân sự hay kinh doanh - thương mại?
Cần phải làm rõ những nội dung gì để xác định được loại hợp đồng theo yêu cầu của đề bài?

2. Thuộc lĩnh vực nào? Vì sao?

- a. Mua bán hàng hoá.
- b. Vận chuyển hàng hoá.
- c. Hợp đồng dịch vụ.
- d. Hợp đồng đấu thầu.

Tình huống 4

Tháng 3/2006, công ty chăn nuôi và chế biến nông sản A tỉnh M ký hợp đồng với công ty chuyên chế biến cao su B tỉnh N mua lốp xe ô tô các loại trị giá 1 tỷ VNĐ. Công ty A đã ứng trước cho công ty B 300 triệu đồng. Theo hợp đồng, ngày 1/3/2000, công ty B giao hàng đợt một cho công ty A trị giá là 400 triệu đồng. Số hàng còn lại sẽ giao tiếp vào đợt hai vào ngày 10/3/2000.

Đến ngày 25/3/2000, theo giấy báo của công ty B, công ty A đến nhận hàng. Qua kiểm tra thấy chất lượng hàng hoá không đảm bảo, do vậy đã từ chối không nhận hàng và yêu cầu cơ quan có thẩm quyền giải quyết.

Biết rằng: Trong hợp đồng, các bên có thoả thuận:

- Vi phạm về chất lượng hàng hoá, phạt 6% trên giá trị phần hợp đồng bị vi phạm.

- Không thực hiện hợp đồng, phạt 8% trên giá trị phần hợp đồng bị vi phạm.

Dựa vào kiến thức lý luận và thực tiễn, Anh (Chị) hãy cho biết:

- 1. Hợp đồng trên có hiệu lực không? Vì sao?
- 2. Cơ quan nào có thẩm quyền giải quyết?
- 3. Hướng giải quyết như thế nào?

TÀI LIỆU THAM KHẢO

I. Văn bản quy phạm pháp luật

1. Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi 2001).
2. Bộ luật dân sự năm 2005 và các văn bản hướng dẫn thi hành.
3. Bộ luật tố tụng dân sự 2004 và văn bản hướng dẫn thi hành.
4. Luật thương mại năm 2005 và văn bản hướng dẫn thi hành.
5. Luật phá sản năm 2004 và các văn bản hướng dẫn thi hành.
6. Luật đầu tư năm 2005 và các văn bản hướng dẫn thi hành.
7. Luật đấu thầu năm 2005 và các văn bản hướng dẫn thi hành
8. Pháp lệnh Trọng tài thương mại năm 2003 và các văn bản hướng dẫn thi hành.
9. Nghị định số 25/2003/NĐ -CP ngày 15.1.2004 của Chính Phủ quy định thi hành một số quy định của Pháp lệnh Trọng tài thương mại.
10. Nghị quyết số 05/03/NQ - HĐTPTANDTC hướng dẫn thi hành một số quy định của Pháp lệnh Trọng tài thương mại.
11. Nghị quyết số 01/05/NQ - HĐTPTANDTC hướng dẫn thi hành một số quy định trong phần thứ nhất “*những quy định chung của Bộ luật tố tụng 2004*”.
12. Luật Trọng tài thương mại 2010
13. Nghị định 63/2011/NĐ-CP quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Trọng tài thương mại.

II. Giáo trình, tài liệu tham khảo

12. Giáo trình Luật thương mại (2006) - Phần 2 - Đại học Luật Hà nội – NXB Công an nhân dân, Hà Nội.
13. Giáo trình Luật kinh tế Việt Nam (1997), Khoa luật, Đại học Khoa học xã hội và nhân văn, Đại học Quốc gia Hà Nội.
14. Giáo trình Luật kinh tế (1998), Trung tâm Đào tạo Từ xa, Đại học Huế.
15. Giáo trình pháp luật kinh tế (2005), Trường Đại học Kinh tế

Quốc dân, Hà Nội.

16. Trần Đình Hảo (2000), Hoà giải thương lượng trong việc giải quyết tranh chấp HDKT, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 1, tr.28.

17. TS. Nguyễn Thị Dung (chủ biên) (2008), “*Pháp luật về hợp đồng trong thương mại và đầu tư - Những vấn đề pháp lý cơ bản*” – Nhà xuất bản Chính trị Quốc gia.

18. TS. Đoàn Đức Lương (2008) “*Chuyên đề Pháp luật về hợp đồng*” - Khoa Luật - Đại học Khoa học Huế.

19. ThS. Lê Thị Hải Ngọc (2009) “*Tài liệu học tập Luật kinh tế*” – Nhà xuất bản Đại học Huế.

20. ThS. Cao Đình Lành (2007) “*Tập bài giảng Luật thương mại - Phần 2*” - Khoa Luật - Đại học Khoa học Huế.

21. ThS. Lê Thị Hải Ngọc (2009) “*Chuyên đề Luật phá sản* - Khoa Luật - Đại học Huế.

22. Tạp chí: *Nhà nước và Pháp luật, Luật học, chứng khoán Việt Nam, Tài chính, Dân chủ và Pháp luật, Tòa án nhân dân...*

Chịu trách nhiệm xuất bản

Giám đốc: Nguyễn Xuân Khoát

Tổng biên tập: Hoàng Đức Khoa

Biên tập nội dung

TS. Nguyễn Duy Phương

Biên tập kỹ - mỹ thuật

Bình Tuyên

Trình bày bìa

Bình Tuyên

Chế bản vi tính

Ngọc Anh

Tài liệu học tập LUẬT THƯƠNG MẠI 2

In 1.000 bản, khổ 16x24cm tại Công ty TNHH In và Bao bì Hưng Phú, Khu phố 1A phường An Phú, thị xã Thuận An, tỉnh Bình Dương. Số đăng ký KHXB: 210 - 2013/CXB/29 - 03/ĐHH. Quyết định xuất bản số: 98/QĐ-ĐHH-NXB, ngày 06/07/2013. In xong và nộp lưu chiểu quý III năm 2013.

