

TS. NGUYỄN THỊ THANH THỦY (Chủ biên)
TS. TRẦN THỊ HÒA BÌNH - Th.s VŨ VĂN NGỌC
TS. NGUYỄN HỢP TOÀN - PGS. NGUYỄN HỮU VIỆN

LUẬT KINH TẾ

**(DÙNG TRONG CÁC TRƯỜNG CAO ĐẲNG
VÀ TRUNG CẤP CHUYÊN NGHIỆP
KHỐI KINH TẾ)**



NHÀ XUẤT BẢN GIÁO DỤC

TS. NGUYỄN THỊ THANH THỦY (Chủ biên)
TS. TRẦN THỊ HÒA BÌNH – Th.S VŨ VĂN NGỌC
TS. NGUYỄN HỢP TOÀN – PGS. NGUYỄN HỮU VIỆN

LUẬT KINH TẾ

*(Dùng trong các trường Cao đẳng và
Trung cấp chuyên nghiệp khối kinh tế)*

NHÀ XUẤT BẢN GIÁO DỤC

Bản quyền thuộc HEVOBCO – Nhà xuất bản Giáo dục

17-2007/CXB/58-2217/GD

Mã số: 6E007M7 - DAI

Lời nói đầu

Để nâng cao chất lượng đào tạo hệ Trung cấp chuyên nghiệp về tài chính – kế toán, Bộ Giáo dục và Đào tạo đã ban hành Chương trình khung giáo dục Trung cấp chuyên nghiệp theo Quyết định số 21/2001/QĐ-BGD&ĐT ngày 6/6/2001, quy định nội dung tổng thể các hoạt động giáo dục của một khoá học, trong đó có môn Luật Kinh tế. Với mục đích đó, cuốn *Giáo trình Luật Kinh tế* này được biên soạn nhằm trang bị cho người học những kiến thức pháp lý cơ bản trong quản lý kinh tế nói chung và trong hoạt động kinh doanh nói riêng, đồng thời rèn luyện cho người học các kỹ năng xử lý tình huống xảy ra trong thực tế.

Bài mở đầu của cuốn giáo trình này cung cấp cho người học những kiến thức có liên quan đã được học ở phần Pháp luật đại cương. Đồng thời, chỉ rõ sự cần thiết phải học tập, giảng dạy môn Luật Kinh tế ở hệ đào tạo Trung cấp chuyên nghiệp.

Trong bốn chương tiếp theo của giáo trình đã đề cập đến việc thành lập một doanh nghiệp kinh doanh, địa vị pháp lý của các doanh nghiệp, tổ chức, cá nhân hoạt động kinh doanh, mối quan hệ giữa các chủ thể kinh tế đó được thực hiện thông qua việc giao kết hợp đồng và giải quyết tranh chấp trong hoạt động kinh doanh.

Chương cuối cùng đề cập đến một số vấn đề cơ bản của quản lý nhà nước về kinh tế, nội dung khái quát địa vị pháp lý của các cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế và hoạt động ban hành pháp luật về quản lý kinh tế của các cơ quan đó.

Tập thể tác giả biên soạn giáo trình gồm:

TS. Nguyễn Hợp Toàn: Chương I

TS. Trần Thị Hoà Bình: Chương II

TS. Nguyễn Thị Thanh Thuỷ: Chương III

TS. Nguyễn Thị Thanh Thuỷ và Ths. Vũ Văn Ngọc: Chương IV

PGS. Nguyễn Hữu Việ: Chương V

Chủ biên: **TS. Nguyễn Thị Thanh Thuỷ**

Giáo trình ***Luật Kinh tế*** dùng cho đào tạo hệ Trung cấp chuyên nghiệp này đã quán triệt những quan điểm của Đảng và Nhà nước về quản lý kinh tế trong giai đoạn hiện nay, bảo đảm cập nhật các văn bản quy phạm pháp luật hiện hành.

Trong quá trình biên soạn và biên tập khó có thể tránh khỏi những khiếm khuyết, chúng tôi rất mong nhận được những ý kiến đóng góp của người sử dụng để lần tái bản sau cuốn sách được hoàn thiện hơn.

Mọi ý kiến đóng góp xin gửi về: Khoa Luật – Trường Đại học Kinh tế Quốc dân, Hà Nội

Hoặc Công ty Cổ phần Sách Đại học – Dạy nghề, 25 Hàn Thuyên, Hà Nội.

Các tác giả

BÀI MỞ ĐẦU

1. Khái quát về môn học Luật Kinh tế

Hệ thống pháp luật được chia thành các ngành luật. Ngành Luật Kinh tế là một trong các ngành luật trong hệ thống pháp luật Việt Nam. Trước hết, cần phân biệt Luật Kinh tế với Pháp luật Kinh tế.

Pháp luật Kinh tế điều chỉnh các quan hệ kinh tế phát sinh gắn liền với quá trình sản xuất kinh doanh của các chủ thể kinh doanh. Cụ thể bao gồm các quan hệ cơ bản sau đây:

- Quan hệ kinh tế phát sinh trong quá trình sản xuất, kinh doanh giữa các chủ thể kinh doanh với nhau;
- Quan hệ kinh tế phát sinh trong quá trình tổ chức, quản lý trong nội bộ doanh nghiệp;
- Quan hệ kinh tế phát sinh trong quá trình quản lý, sử dụng các nguồn vốn tiền tệ, các loại quỹ;
- Quan hệ kinh tế phát sinh trong quá trình sử dụng lao động của doanh nghiệp;
- Quan hệ kinh tế phát sinh trong quá trình quản lý, sử dụng đất đai.

Như vậy, Pháp luật Kinh tế là một liên ngành luật bao gồm các ngành luật như: Luật Kinh tế, Luật Tài chính, Luật Lao động, Luật Đất đai...

Còn Luật Kinh tế là một ngành luật độc lập, điều chỉnh các quan hệ kinh tế phát sinh trong quá trình quản lý nhà nước về kinh tế và quá trình kinh doanh của xã hội. Cụ thể ngành Luật Kinh tế bao gồm các chế định như:

- Chế độ quản lý nhà nước về kinh tế;
- Chế độ pháp lý về doanh nghiệp và các chủ thể kinh tế khác;
- Chế độ pháp lý về hợp đồng trong kinh doanh;
- Chế độ pháp lý về giải quyết tranh chấp trong kinh doanh, thương mại;
- Pháp luật về phá sản.

2. Đối tượng, nội dung và phương pháp nghiên cứu môn học Luật Kinh tế

Môn Luật Kinh tế nghiên cứu về bản chất, đặc điểm, nội dung, cơ sở ra đời và phát triển của các quy phạm pháp luật điều chỉnh các quan hệ kinh tế. Đồng thời, nghiên cứu vấn đề áp dụng pháp luật kinh tế trong hoạt động kinh doanh và mối quan hệ giữa kinh tế và pháp luật kinh tế.

Nội dung môn học Luật Kinh tế được thiết kế phù hợp với đối tượng nghiên cứu của môn học. Cụ thể nội dung môn học được thiết kế thành 5 chương:

Chương 1: Quy chế pháp lý chung về thành lập, tổ chức quản lý và hoạt động của doanh nghiệp

Chương 2: Chế độ pháp lý về các chủ thể kinh doanh

Chương 3: Pháp luật về hợp đồng trong kinh doanh – thương mại

Chương 4: Pháp luật về giải quyết tranh chấp trong kinh doanh – thương mại

Chương 5: Địa vị pháp lý của các cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế

Cũng như các môn khoa học xã hội khác, môn Luật Kinh tế cũng sử dụng phương pháp luận duy vật biện chứng và duy vật lịch sử làm phương pháp nghiên cứu. Bên cạnh đó, môn Luật Kinh tế còn sử dụng các phương pháp khác như: phương pháp phân tích, tổng hợp; phương pháp so sánh; phương pháp thống kê xã hội học.

3. Sự cần thiết phải học tập và giảng dạy môn Luật Kinh tế ở hệ đào tạo Trung cấp chuyên nghiệp

Để đáp ứng được yêu cầu của hội nhập kinh tế quốc tế, việc trang bị cho người học các kiến thức pháp lý cơ bản trong quản lý kinh tế về chủ thể kinh doanh là không thể thiếu được và ngày càng có vai trò quan trọng hơn bao giờ hết. Đồng thời, để nâng cao chất lượng đào tạo ở bậc Trung cấp chuyên nghiệp thì việc giảng dạy môn Luật Kinh tế là cần thiết.

Trong thực tế hiện nay, các hoạt động kinh doanh diễn ra rất sinh động, phức tạp, đòi hỏi các chủ thể tiến hành hoạt động kinh doanh phải có những hiểu biết về pháp luật kinh tế. Việc học tập, nghiên cứu môn học này sẽ giúp các học viên có thể vận dụng các kiến thức đã học để giải quyết các tình huống cụ thể diễn ra trong thực tế hoạt động kinh doanh, hướng các hoạt động kinh doanh đó theo đúng định hướng mà Đảng và Nhà nước đã xác định.

Chương 1

QUY CHẾ PHÁP LÝ CHUNG VỀ THÀNH LẬP, TỔ CHỨC QUẢN LÝ VÀ HOẠT ĐỘNG CỦA DOANH NGHIỆP

I - KHÁI NIỆM, ĐẶC ĐIỂM VÀ PHÂN LOẠI DOANH NGHIỆP

1. Khái niệm và đặc điểm của doanh nghiệp

1.1. Khái niệm doanh nghiệp

Ở mỗi nước, trong mỗi thời kỳ khác nhau, tùy thuộc vào những điều kiện cụ thể của nền kinh tế mà pháp luật quy định mô hình tổ chức sản xuất, kinh doanh thích hợp. Ở nước ta, pháp luật là công cụ của Nhà nước để tạo lập và vận hành nền kinh tế thị trường thông qua việc xác định các mô hình cơ bản của tổ chức sản xuất, quy định địa vị pháp lý của mỗi loại chủ thể kinh doanh phù hợp với điều kiện kinh tế – xã hội trong từng thời kỳ.

“Mục đích chính sách kinh tế của Nhà nước là làm cho dân giàu nước mạnh, đáp ứng ngày càng tốt hơn nhu cầu vật chất và tinh thần của nhân dân trên cơ sở phát huy mọi năng lực sản xuất, mọi tiềm năng của các thành phần kinh tế bao gồm: kinh tế nhà nước, kinh tế tập thể, kinh tế cá thể, tiểu chủ, kinh tế tư bản tư nhân, kinh tế tư bản nhà nước và kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài dưới nhiều hình thức, thúc đẩy xây dựng cơ sở vật chất – kỹ thuật, mở rộng hợp tác kinh tế, khoa học, kỹ thuật và giao lưu với thị trường thế giới.

Các thành phần kinh tế đều là bộ phận cấu thành quan trọng của nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa. Tổ chức, cá nhân thuộc các thành phần kinh tế được sản xuất, kinh doanh trong những ngành nghề mà pháp luật không cấm; cùng phát triển lâu dài, hợp tác, bình đẳng và cạnh tranh theo pháp luật” (Điều 16 Hiến pháp năm 1992).

Với chính sách kinh tế của Nhà nước được ghi nhận trong Hiến pháp như trên, có nhiều chủ thể (còn được gọi là các đơn vị kinh doanh) tham gia thực

hiện các hoạt động kinh doanh trong nền kinh tế nhiều thành phần của nước ta. Nhóm chủ thể kinh doanh quan trọng nhất, là đối tượng điều chỉnh chủ yếu của pháp luật kinh tế đó là các *doanh nghiệp* thuộc các thành phần kinh tế. Loại chủ thể kinh doanh thứ hai có vị trí sau doanh nghiệp đó là các *hộ kinh doanh*. Hộ kinh doanh tuy có số lượng lớn, cần thiết trong điều kiện hiện tại của nền kinh tế nước ta, song quy mô và phạm vi kinh doanh còn rất nhỏ, thường là hộ gia đình hoạt động trong phạm vi quận, huyện. Ngoài hai loại chủ thể nói trên, trong thực tế còn có những *người kinh doanh nhỏ*, thường là những cá nhân, những người kinh doanh lưu động và không ổn định về địa điểm, mặt hàng hay dịch vụ.

Luật Doanh nghiệp 2005 định nghĩa: *“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”* (Khoản 1 Điều 4).

Như vậy, thuật ngữ “doanh nghiệp” được dùng để chỉ một chủ thể kinh doanh độc lập, được thành lập và hoạt động dưới nhiều mô hình cụ thể với những tên gọi khác nhau nhưng chủ thể này phải có đủ những đặc trưng pháp lý và thỏa mãn những điều kiện do pháp luật quy định.

1.2. Những đặc điểm pháp lý của doanh nghiệp

Doanh nghiệp với tư cách là tổ chức kinh tế có những đặc trưng riêng làm cơ sở để phân biệt với hộ kinh doanh hoặc với các cá nhân, tổ chức không phải là tổ chức kinh tế như cơ quan nhà nước, đơn vị thuộc lực lượng vũ trang nhân dân, tổ chức xã hội.

Thứ nhất, doanh nghiệp phải có *tên riêng*. Tên riêng của doanh nghiệp là yếu tố hình thức nhưng là dấu hiệu đầu tiên xác định tư cách chủ thể độc lập của doanh nghiệp trên thương trường. Tên doanh nghiệp là cơ sở để Nhà nước thực hiện quản lý đối với doanh nghiệp và cũng là cơ sở để phân biệt chủ thể trong quan hệ giữa các doanh nghiệp với nhau và với người tiêu dùng. Tên doanh nghiệp được ghi trong con dấu của doanh nghiệp và mỗi chủ thể kinh doanh độc lập với tư cách là doanh nghiệp, dù thuộc loại hình hoặc kinh doanh trong lĩnh vực nào cũng đều được cấp và sử dụng một con dấu doanh nghiệp.

Thứ hai, doanh nghiệp phải có *tài sản*. Mục đích chủ yếu và trước tiên của doanh nghiệp là hoạt động kinh doanh với những đặc trưng là đầu tư tài sản để thu lợi về tài sản. Bởi vậy, điều kiện tiên quyết và cũng là nét đặc trưng lớn của doanh nghiệp là phải có một mức độ tài sản nhất định. Tài sản là điều kiện hoạt động và cũng là mục đích hoạt động của doanh nghiệp.

Ngày nay, không thể nói đến việc thành lập một doanh nghiệp, thậm chí không thể thực hiện được một hoạt động kinh doanh thực sự trong bất cứ lĩnh vực nào, nếu hoàn toàn không có tài sản.

Thứ ba, doanh nghiệp phải có *trụ sở giao dịch ổn định* (trụ sở chính). Bất cứ nhà đầu tư nào thành lập chủ thể kinh doanh với tư cách doanh nghiệp, dù là Việt Nam hay nước ngoài, đều phải đăng ký ít nhất một địa chỉ giao dịch trong phạm vi lãnh thổ Việt Nam. Trụ sở chính tại Việt Nam cũng là căn cứ chủ yếu để xác định quốc tịch Việt Nam của doanh nghiệp. Các doanh nghiệp có trụ sở chính tại Việt Nam, được đăng ký thành lập và hoạt động theo pháp luật Việt Nam, là các pháp nhân Việt Nam. Việc giải quyết những tranh chấp phát sinh trong kinh doanh giữa các doanh nghiệp trước hết phải do Trọng tài hoặc Tòa án xét xử và tuân theo pháp luật của Việt Nam.

Thứ tư, doanh nghiệp phải thực hiện thủ tục thành lập theo quy định của pháp luật và mọi doanh nghiệp, dù kinh doanh ở bất cứ lĩnh vực nào, cũng đều phải được một cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp một văn bản có giá trị pháp lý là Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, thường gọi tắt là *Đăng ký kinh doanh*. Có trường hợp văn bản này được gọi với những cái tên khác nhưng phải được quy định có giá trị là Đăng ký kinh doanh. Trong đó, Nhà nước ghi nhận những yếu tố chủ yếu cấu thành tư cách chủ thể của doanh nghiệp, phạm vi, lĩnh vực hoạt động của doanh nghiệp. Như vậy, đăng ký kinh doanh là cơ sở cho hoạt động của mỗi doanh nghiệp đồng thời cũng là cơ sở cho việc thực hiện sự kiểm soát, quản lý nhà nước đối với doanh nghiệp.

Thứ năm, mục tiêu thành lập doanh nghiệp là để trực tiếp và chủ yếu thực hiện các *hoạt động kinh doanh*. Nói cách khác, doanh nghiệp luôn luôn là một tổ chức kinh tế hoạt động vì mục đích lợi nhuận.

Tư cách chủ thể của mỗi doanh nghiệp được xác định và công nhận trên phạm vi toàn quốc. Doanh nghiệp là chủ thể chính trong các quan hệ pháp luật do pháp luật kinh tế điều chỉnh.

Trong thực tiễn pháp luật Việt Nam, có thể còn gặp thuật ngữ “*Doanh nghiệp nhỏ và vừa*”. Đây là khái niệm rộng để chỉ tập hợp nhiều chủ thể kinh doanh bao gồm doanh nghiệp và hợp tác xã, hộ kinh doanh đã đăng ký kinh doanh theo pháp luật hiện hành, có vốn đăng ký không quá 10 tỷ đồng hoặc có số lao động trung bình hằng năm không quá 300 người (Điều 3 Nghị định số 90/2001/NĐ-CP ngày 23/11/2001 của Chính phủ về trợ giúp phát triển doanh nghiệp nhỏ và vừa). Khái niệm doanh nghiệp nhỏ và vừa chỉ được dùng trong trường hợp xác định các chủ thể kinh doanh được hưởng những sự trợ giúp theo Chính sách trợ giúp doanh nghiệp nhỏ và vừa của

Nhà nước như Chính sách khuyến khích đầu tư; Quỹ bảo lãnh tín dụng; Mặt bằng sản xuất; Thị trường và tăng khả năng cạnh tranh; Xúc tiến xuất khẩu; Thông tin tư vấn và đào tạo nguồn nhân lực.

2. Phân loại doanh nghiệp

Có nhiều cách phân loại doanh nghiệp theo những tiêu chí khác nhau. Nhiều năm trước đây, ở Việt Nam, tiêu chí phổ biến được sử dụng là nguồn gốc tài sản đầu tư vào doanh nghiệp (theo hình thức sở hữu tài sản).

Theo tiêu chí này, doanh nghiệp ở nước ta được chia thành 5 loại doanh nghiệp. Trong mỗi loại doanh nghiệp có những mô hình hoạt động cụ thể.

1. Công ty

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

2. Doanh nghiệp tư nhân

3. Doanh nghiệp nhà nước

Có những hình thức tổ chức hoạt động như sau:

- Công ty nhà nước:
 - + Công ty nhà nước độc lập.
 - + Tổng công ty nhà nước (Tổng công ty do Nhà nước quyết định thành lập và đầu tư; Tổng công ty do các công ty tự đầu tư và thành lập, thường gọi là công ty mẹ – con; Tổng công ty đầu tư và kinh doanh vốn nhà nước).
 - Công ty cổ phần:
 - + Công ty cổ phần nhà nước (100% vốn nhà nước).
 - + Doanh nghiệp có cổ phần chi phối của Nhà nước (Nhà nước có trên 50% vốn cổ phần).
 - Công ty trách nhiệm hữu hạn:
 - + Công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước một thành viên.
 - + Công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước có hai thành viên trở lên (100% vốn nhà nước).
 - + Doanh nghiệp có vốn góp chi phối của Nhà nước (trên 50% vốn Điều lệ).
- 4. Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài*
 - Doanh nghiệp liên doanh.
 - Doanh nghiệp 100% vốn đầu tư nước ngoài.

5. Doanh nghiệp của các tổ chức chính trị, tổ chức chính trị – xã hội (doanh nghiệp đoàn thể)

Những doanh nghiệp đoàn thể ra đời từ đầu những năm 90 của thế kỷ trước, khi Việt Nam bắt đầu chuyển đổi cơ chế kinh tế và từ đó đến nay, chúng đều sử dụng quy chế pháp lý của doanh nghiệp nhà nước.

Hợp tác xã là một tổ chức kinh tế tập thể, ngoài mục tiêu kinh tế còn có những mục tiêu xã hội rất thiết thực, trong điều kiện của nền kinh tế nước ta nó có những đặc điểm riêng trong việc thành lập, quản lý hoạt động và chế độ tài chính. Trong hoạt động, “Hợp tác xã hoạt động như một loại hình doanh nghiệp...” (Điều 1 Luật Hợp tác xã 2003). Vì vậy, hợp tác xã không phải là một loại doanh nghiệp nhưng trong quá trình hoạt động cũng áp dụng những quy định pháp luật như một doanh nghiệp.

3. Vấn đề giới hạn trách nhiệm trong kinh doanh

Giới hạn trách nhiệm trong kinh doanh là phạm vi tài sản phải đưa ra để thanh toán cho các nghĩa vụ tài sản phát sinh trong hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, đặc biệt là khi một doanh nghiệp bị tuyên bố phá sản.

Vấn đề giới hạn trách nhiệm trước hết và chủ yếu được xem xét đối với nhà đầu tư vốn vào doanh nghiệp (chủ doanh nghiệp). Sau đó là giới hạn trách nhiệm của doanh nghiệp (chủ thể kinh doanh).

Đối với một nhà đầu tư, chịu *trách nhiệm vô hạn* trong kinh doanh, nghĩa là họ phải chịu trách nhiệm thanh toán những khoản nợ phát sinh trong kinh doanh của doanh nghiệp mà họ đầu tư vốn bằng toàn bộ tài sản thuộc quyền sở hữu hợp pháp của mình, bao gồm những tài sản đăng ký đưa vào kinh doanh và những tài sản không trực tiếp đưa vào kinh doanh của doanh nghiệp đó. Hiện hành đó là trách nhiệm của chủ doanh nghiệp tư nhân và các thành viên hợp danh trong công ty hợp danh. Chịu *trách nhiệm hữu hạn*, nghĩa là nhà đầu tư phải chịu trách nhiệm thanh toán những khoản nợ phát sinh trong kinh doanh của doanh nghiệp chỉ bằng số vốn mà họ đầu tư vào kinh doanh của doanh nghiệp. Hiện hành đó là trách nhiệm của cổ đông trong công ty cổ phần, thành viên trong các công ty trách nhiệm hữu hạn, thành viên góp vốn trong công ty hợp danh, chủ sở hữu nhà nước trong công ty nhà nước.

Các doanh nghiệp là tổ chức kinh tế có tư cách pháp nhân phải chịu trách nhiệm thanh toán những nghĩa vụ tài sản phát sinh trong kinh doanh bằng toàn bộ tài sản mà pháp luật quy định là tài sản riêng của doanh nghiệp (pháp nhân) đó. Tài sản của doanh nghiệp là pháp nhân khi đăng ký thành lập là số vốn Điều lệ. Pháp luật có những quy định cụ thể để xác định

số tài sản của doanh nghiệp tại thời điểm phải thanh toán những nghĩa vụ tài sản. Công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty nhà nước độc lập là những doanh nghiệp có giới hạn trách nhiệm và được gọi là *trách nhiệm hữu hạn*. Doanh nghiệp tư nhân không có sự phân biệt tư cách chủ sở hữu (cá nhân) và tư cách chủ thể kinh doanh (doanh nghiệp) nên doanh nghiệp tư nhân thuộc loại chịu *trách nhiệm vô hạn*. Đối với công ty hợp danh, tài sản của công ty ở thời điểm lâm vào tình trạng phá sản dùng để thanh toán các nghĩa vụ tài sản khi có Quyết định mở thủ tục thanh lý doanh nghiệp, ngoài những tài sản mà các thành viên góp vào kinh doanh, còn bao gồm những tài sản của các thành viên hợp danh không trực tiếp dùng vào hoạt động kinh doanh (Điều 49 Luật Phá sản 2004). Với nghĩa đó, công ty hợp danh phải chịu *trách nhiệm vô hạn* trong kinh doanh, mặc dù doanh nghiệp này theo quy định của Luật Doanh nghiệp 2005 là có tư cách pháp nhân.

4. Phạm vi điều chỉnh và hiệu lực thi hành của Luật Doanh nghiệp 2005

4.1. Phạm vi điều chỉnh

Luật Doanh nghiệp 2005 (có hiệu lực từ ngày 1/7/2006) quy định về việc thành lập, tổ chức quản lý và hoạt động của công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần, công ty hợp danh và doanh nghiệp tư nhân thuộc mọi thành phần kinh tế. Ngoài ra, còn có một số quy định về nhóm công ty với các mô hình Công ty mẹ – con, Tập đoàn kinh tế. Doanh nghiệp do đạo luật này điều chỉnh *thuộc mọi thành phần kinh tế*, không phân biệt của nhà đầu tư trong nước hay nước ngoài, dân doanh hay Nhà nước.

Luật Doanh nghiệp 2005 xác định phạm vi điều chỉnh đối với việc *thành lập, tổ chức quản lý và hoạt động* của các doanh nghiệp.

Bên cạnh đó, chế độ pháp lý về hình thức đầu tư, bảo đảm, ưu đãi và hỗ trợ cũng như những nội dung khác của đầu tư liên quan đến các doanh nghiệp thuộc phạm vi điều chỉnh của Luật Đầu tư 2005 là một đạo luật được ban hành đồng thời với Luật Doanh nghiệp 2005.

4.2. Hiệu lực thi hành của Luật Doanh nghiệp 2005

Luật Doanh nghiệp 2005 thay thế: Luật Doanh nghiệp 1999; Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003 (trừ những quy định áp dụng đối với doanh nghiệp nhà nước trong thời gian chuyển đổi, nếu Luật Doanh nghiệp 2005 không có quy định khác); Các quy định về tổ chức quản lý và hoạt động của doanh nghiệp tại Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam 1996 và Luật sửa đổi, bổ sung Luật này năm 2000.

Theo Luật Doanh nghiệp 2005, “doanh nghiệp nhà nước là doanh nghiệp trong đó Nhà nước sở hữu trên 50% vốn Điều lệ” (Khoản 6 Điều 4). Theo lộ trình chuyển đổi hàng năm, nhưng chậm nhất trong *thời hạn 4 năm* kể từ ngày 1/7/2006, các *công ty nhà nước* thành lập theo quy định của Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003 phải chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc công ty cổ phần theo quy định của Luật Doanh nghiệp 2005.

Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được thành lập *trước khi* Luật Doanh nghiệp 2005 có hiệu lực có quyền thực hiện theo một trong hai cách. *Một là*, đăng ký lại hoặc chuyển đổi để tổ chức quản lý và hoạt động theo quy định của Luật Doanh nghiệp 2005 với thời hạn là 2 năm, kể từ ngày 1/7/2006. Trong trường hợp này, các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài cũng đồng thời được áp dụng Luật Đầu tư 2005 với những bảo đảm, ưu đãi đầu tư được mở rộng đáng kể và có sự bình đẳng với doanh nghiệp của nhà đầu tư trong nước theo cam kết của Việt Nam về việc gia nhập Tổ chức Thương mại thế giới (WTO). *Hai là*, không đăng ký lại, doanh nghiệp chỉ được quyền hoạt động kinh doanh trong phạm vi ngành nghề và thời hạn được ghi trong Giấy phép đầu tư và tiếp tục được hưởng ưu đãi đầu tư theo quy định của Chính phủ.

II - ĐIỀU KIỆN VÀ THỦ TỤC CƠ BẢN ĐỂ THÀNH LẬP DOANH NGHIỆP

Thành lập doanh nghiệp được nhìn nhận là một quá trình để tạo ra một chủ thể pháp lý thực sự có thể thực hiện các hoạt động kinh doanh trong những điều kiện rất cụ thể của nền kinh tế thị trường Việt Nam, từ khi hình thành ý tưởng, tìm kiếm cơ hội đầu tư, điều tra nghiên cứu xây dựng dự án đầu tư cho đến việc tập hợp đầy đủ các nguồn lực và điều kiện cần thiết cho việc thành lập và hoạt động của doanh nghiệp. Trên phương diện pháp lý, những vấn đề liên quan đến quá trình này được xem xét ở hai nội dung: *những điều kiện cơ bản và thủ tục chung* để thành lập cũng như để duy trì những điều kiện này trong quá trình tồn tại và hoạt động của doanh nghiệp với tư cách là một chủ thể kinh doanh độc lập.

1. Những điều kiện cơ bản để thành lập doanh nghiệp

Để được xác định là một doanh nghiệp tồn tại hợp pháp, có đủ tư cách pháp lý trên thị trường thì ngay trong việc thành lập, những người chủ doanh nghiệp phải thỏa mãn những điều kiện do pháp luật quy định. Tổng kết những quy định từ các văn bản hiện hành, có thể khái quát thành *năm nhóm điều kiện* cho việc thành lập một doanh nghiệp như sau:

1.1. Điều kiện về tài sản

Người thành lập doanh nghiệp phải đăng ký tài sản đầu tư vào kinh doanh và sau này khi đã được cấp đăng ký kinh doanh, số tài sản này được ghi thành vốn Điều lệ đối với những doanh nghiệp có điều lệ hoặc vốn đầu tư đối với doanh nghiệp tư nhân. Đăng ký tài sản khi thành lập doanh nghiệp là điều kiện bắt buộc đối với mọi doanh nghiệp, bởi vì tài sản là cơ sở vật chất cho việc thực hiện những nghĩa vụ kinh tế của doanh nghiệp trong quá trình hoạt động kinh doanh.

Tài sản đầu tư vào doanh nghiệp phải là những thứ mà *pháp luật quy định là tài sản* thuộc quyền sở hữu hoặc quyền sử dụng hợp pháp của người đầu tư thành lập doanh nghiệp. Điều 163 Bộ Luật Dân sự 2005 quy định: “Tài sản bao gồm vật, tiền, giấy tờ có giá và các quyền tài sản”. Thông thường, tài sản chia thành *bất động sản* và *động sản*. Bất động sản là các tài sản bao gồm: Đất đai; Nhà, công trình xây dựng gắn liền với đất đai, kể cả các tài sản gắn liền với nhà, công trình xây dựng đó; Các tài sản khác gắn liền với đất đai; Các tài sản khác do pháp luật quy định. Động sản là những tài sản không phải là bất động sản.

Mức độ tài sản đầu tư khi thành lập doanh nghiệp tùy thuộc vào điều kiện của những người chủ doanh nghiệp, trừ những trường hợp pháp luật có quy định khác. Đối với một số ngành nghề, trong một số lĩnh vực kinh doanh, Nhà nước quy định mức vốn tối thiểu phải có để thành lập doanh nghiệp hoạt động trong ngành nghề, lĩnh vực đó (thường gọi là *vốn pháp định*). Ở những ngành, nghề có quy định vốn pháp định, vốn đăng ký thành lập doanh nghiệp không được thấp hơn vốn pháp định. Phần lớn ngành nghề trong nền kinh tế nước ta thuộc loại không có vốn pháp định nên chủ doanh nghiệp được tự quyết định mức độ tài sản đầu tư vào kinh doanh. Trong quá trình hoạt động, doanh nghiệp có quyền tăng hoặc giảm vốn.

1.2. Điều kiện về ngành, nghề kinh doanh

Tự do lựa chọn ngành, nghề kinh doanh là một trong những nội dung của quyền tự do kinh doanh. Doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế có quyền chủ động đăng ký kinh doanh và hoạt động kinh doanh, không cần phải xin phép, xin chấp thuận, hỏi ý kiến của bất kỳ cơ quan nhà nước nào nếu ngành, nghề kinh doanh đó không thuộc ngành, nghề cấm kinh doanh; ngành, nghề kinh doanh có điều kiện theo quy định của pháp luật.

Ngành, nghề bị cấm kinh doanh là những ngành, nghề mà hoạt động của doanh nghiệp gây phương hại đến quốc phòng, an ninh, trật tự, an toàn xã hội, truyền thống lịch sử, văn hóa, đạo đức, thuần phong mỹ tục Việt Nam và sức khỏe của nhân dân, làm hủy hoại tài nguyên, phá hoại môi trường.

Chính phủ quy định và công bố danh mục cụ thể những ngành, nghề bị cấm đối với tất cả mọi loại hình doanh nghiệp, những ngành, nghề chỉ cấm đối với một số doanh nghiệp của các nhà đầu tư trong nước hoặc nước ngoài theo phương thức bình đẳng, minh bạch và tuân thủ những cam kết quốc tế.

Ngành, nghề kinh doanh có điều kiện là những ngành, nghề mà theo yêu cầu quản lý, điều tiết nền kinh tế, Nhà nước xác định doanh nghiệp cần phải có những điều kiện nhất định thì mới bảo đảm tham gia cạnh tranh và cạnh tranh có hiệu quả hoặc Nhà nước không khuyến khích mà hạn chế kinh doanh. Ngành, nghề kinh doanh có điều kiện được quy định trong Luật Doanh nghiệp, pháp luật về đầu tư và pháp luật có liên quan thể hiện qua hai nội dung: *Ngành, nghề kinh doanh có điều kiện* và *điều kiện kinh doanh*. Những quy định về các nội dung này phải được ban hành bằng các văn bản là Luật, Pháp lệnh, Nghị định chuyên ngành của Chính phủ hoặc Quyết định của Thủ tướng Chính phủ.

Điều kiện kinh doanh thể hiện dưới các hình thức:

- Giấy phép kinh doanh;
- Giấy chứng nhận đủ điều kiện kinh doanh;
- Chứng chỉ hành nghề;
- Chứng nhận bảo hiểm trách nhiệm nghề nghiệp;
- Xác nhận vốn pháp định;
- Chấp thuận khác của cơ quan nhà nước có thẩm quyền;
- Những yêu cầu khác do pháp luật quy định doanh nghiệp phải thực hiện hoặc phải có nhưng không cần xác nhận, chấp thuận dưới bất kỳ hình thức nào của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Đứng trên góc độ thủ tục đăng ký kinh doanh, điều kiện kinh doanh được chia thành hai loại:

Một là, loại điều kiện *phải thể hiện trong hồ sơ đăng ký kinh doanh* là điều kiện về loại hình doanh nghiệp, về vốn pháp định và điều kiện đối với cá nhân những người đứng đầu, quản lý hoạt động hoặc người trực tiếp thực hiện hoạt động kinh doanh trong doanh nghiệp phải có chứng chỉ hành nghề.

Hai là, loại điều kiện *không đặt ra khi đăng ký kinh doanh*, chỉ phải có trước khi thực hiện hoạt động kinh doanh. Hình thức thể hiện điều kiện kinh doanh loại này là giấy phép kinh doanh và giấy chứng nhận đủ điều kiện kinh doanh (điều kiện kinh doanh không cần giấy phép).

Đối với ngành, nghề kinh doanh có điều kiện, doanh nghiệp được quyền kinh doanh ngành, nghề này kể từ khi có đủ điều kiện theo quy định.

Ngoài ra, người thành lập doanh nghiệp cũng cần quan tâm đến những ngành, nghề kinh doanh được khuyến khích. Đó là những ngành, nghề kinh doanh thuộc các lĩnh vực ưu đãi đầu tư với những ưu đãi về thuế, tài chính tín dụng, đất đai và các ưu đãi khác.

Luật Đầu tư 2005 quy định lĩnh vực cấm đầu tư (Điều 30), lĩnh vực đầu tư có điều kiện (Điều 29), lĩnh vực và địa bàn ưu đãi đầu tư (Điều 27, 28). Thủ tục thực hiện ưu đãi đầu tư được quy định tại Điều 38 Luật Đầu tư 2005. Luật Doanh nghiệp 2005 quy định những nguyên tắc cơ bản về ngành, nghề và điều kiện kinh doanh (Điều 7). Chính phủ quy định chi tiết những ngành, nghề cấm kinh doanh; ngành, nghề kinh doanh đòi hỏi phải có chứng chỉ hành nghề; ngành, nghề kinh doanh đòi hỏi phải có vốn pháp định.

1.3. Điều kiện về tên và địa chỉ của doanh nghiệp

a) Tên doanh nghiệp

Người thành lập doanh nghiệp phải đăng ký *tên doanh nghiệp* (tên chính thức) và tên doanh nghiệp được pháp luật công nhận, bảo vệ. Mỗi doanh nghiệp phải có 1 tên chính thức dùng trong các giao dịch giữa doanh nghiệp với Nhà nước và với các chủ thể kinh doanh khác cũng như với người tiêu dùng. Tên chính thức của doanh nghiệp phải được viết bằng tiếng Việt, được ghi đầy đủ trong con dấu, viết trong các tài liệu quản lý của các cơ quan nhà nước và các chứng từ, tài liệu do doanh nghiệp phát hành hoặc giao dịch. Có những điều cấm trong việc đặt tên doanh nghiệp.

Ngoài tên chính thức, doanh nghiệp có thể đăng ký sử dụng *tên viết bằng tiếng nước ngoài*. Tên doanh nghiệp viết bằng tiếng nước ngoài là tên được dịch từ tiếng Việt sang tiếng nước ngoài tương ứng.

Ngoài ra, một số doanh nghiệp còn đăng ký sử dụng *tên viết tắt* từ tên bằng tiếng Việt hoặc tên viết bằng tiếng nước ngoài.

b) Địa chỉ của doanh nghiệp

Mỗi doanh nghiệp bắt buộc phải đăng ký 1 địa chỉ của *trụ sở chính*. Trụ sở chính của doanh nghiệp đối với nhà đầu tư trong nước cũng như nước ngoài phải ở trên lãnh thổ Việt Nam. Địa chỉ của trụ sở chính phải xác định được với những yếu tố: số nhà, tên phố (ngõ phố) hoặc tên thôn, làng, xã, phường, thị trấn; huyện, quận, thị, xã, thành phố thuộc tỉnh; tỉnh thành phố trực thuộc trung ương; số điện thoại, số fax và thư điện tử (nếu có).

Ngoài trụ sở chính, một doanh nghiệp có thể đăng ký và sử dụng một số địa chỉ khác. *Địa điểm kinh doanh* là nơi thực hiện những hoạt động kinh doanh chủ yếu theo đăng ký kinh doanh của doanh nghiệp. Địa điểm kinh doanh có thể trùng hoặc ở ngoài địa chỉ của trụ sở chính. *Chi nhánh* của

doanh nghiệp là đơn vị phụ thuộc có nhiệm vụ thực hiện toàn bộ hoặc một phần chức năng của doanh nghiệp, kể cả chức năng đại diện theo ủy quyền. Ngành, nghề kinh doanh của chi nhánh phải phù hợp với ngành, nghề kinh doanh của doanh nghiệp. *Văn phòng đại diện* của doanh nghiệp là đơn vị phụ thuộc có nhiệm vụ đại diện theo ủy quyền cho lợi ích và thực hiện việc bảo vệ các lợi ích của doanh nghiệp. Doanh nghiệp có thể mở các chi nhánh và văn phòng đại diện *trong nước* hoặc *ở nước ngoài* và phải thực hiện những quy định của pháp luật Việt Nam cũng như pháp luật nước ngoài tương ứng về đăng ký, duy trì hoạt động, đóng cửa các chi nhánh và văn phòng đại diện. Pháp luật Việt Nam cũng cho phép doanh nghiệp của nước ngoài được mở các chi nhánh, văn phòng đại diện tại Việt Nam.

Địa điểm kinh doanh, chi nhánh và văn phòng đại diện phải mang tên của doanh nghiệp kèm theo phần bổ sung để xác định địa chỉ cụ thể của từng địa điểm kinh doanh, chi nhánh và văn phòng đại diện.

1.4. Điều kiện về tư cách pháp lý của người thành lập và quản lý doanh nghiệp

a) Quyền thành lập doanh nghiệp

Tất cả các tổ chức là pháp nhân, kể cả doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài tại Việt Nam không phân biệt nơi đăng ký địa chỉ trụ sở chính và mọi cá nhân không phân biệt nơi cư trú và quốc tịch đều *có quyền thành lập và quản lý doanh nghiệp tại Việt Nam*. Tuy nhiên, có một số đối tượng bị pháp luật cấm. Theo quy định tại Khoản 2 Điều 13 Luật Doanh nghiệp 2005, những đối tượng bị cấm thành lập và quản lý doanh nghiệp bao gồm:

1. Cơ quan nhà nước, đơn vị lực lượng vũ trang nhân dân sử dụng tài sản nhà nước để thành lập doanh nghiệp kinh doanh thu lợi riêng cho cơ quan, đơn vị mình;

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

3. 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 cơ quan, đơn vị thuộc Công an nhân dân Việt Nam;

4. Cán bộ lãnh đạo, quản lý nghiệp vụ trong các doanh nghiệp 100% vốn sở hữu nhà nước, trừ những người được cử làm đại diện để quản lý phần vốn góp của Nhà nước tại doanh nghiệp khác;

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

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

7. Các trường hợp khác theo quy định của pháp luật về phá sản.

Đối với từng loại hình doanh nghiệp kinh doanh trong những ngành nghề nhất định, pháp luật còn quy định những điều kiện cụ thể về nhân thân đối với cá nhân, về tư cách pháp lý của các đối tượng có quyền tham gia góp vốn, thành lập và quản lý doanh nghiệp. Mỗi cá nhân chỉ được quyền thành lập một doanh nghiệp tư nhân. Cá nhân chủ sở hữu doanh nghiệp tư nhân có quyền thành lập, tham gia thành lập các loại hình công ty theo quy định của Luật Doanh nghiệp 2005. Pháp luật có những quy định riêng về thủ tục thành lập đối với doanh nghiệp của nhà đầu tư là tổ chức, cá nhân nước ngoài lần đầu tiên thành lập tại Việt Nam.

b) Quyền góp vốn, mua cổ phần

Tất cả các tổ chức là pháp nhân, kể cả doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài tại Việt Nam không phân biệt nơi đăng ký địa chỉ trụ sở chính và mọi cá nhân không phân biệt nơi cư trú và quốc tịch nếu không thuộc những đối tượng bị *cấm góp vốn* và không thuộc những trường hợp mà pháp luật quy định *tỷ lệ sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài*, đều có quyền góp vốn, mua cổ phần *với mức không hạn chế tại doanh nghiệp* theo quy định của Luật Doanh nghiệp 2005.

Những đối tượng bị *cấm góp vốn* bằng việc mua cổ phần của công ty cổ phần góp vốn vào công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty hợp danh là hai nhóm sau:

- Cơ quan nhà nước, đơn vị lực lượng vũ trang nhân dân sử dụng tài sản nhà nước góp vốn vào doanh nghiệp để thu lợi riêng cho cơ quan, đơn vị mình;
- Các đối tượng không được góp vốn vào doanh nghiệp theo quy định của pháp luật về cán bộ, công chức.

Tỷ lệ sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài trong các công ty niêm yết, trong doanh nghiệp nhà nước cổ phần hoá hoặc chuyển đổi sở hữu theo hình thức khác, trong các trường hợp đặc thù và trong các doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ thực hiện theo pháp luật về chứng khoán, theo pháp luật về cổ phần hoá hoặc chuyển đổi doanh nghiệp nhà nước, theo các luật chuyên ngành hoặc theo Biểu cam kết cụ thể về thương mại, dịch vụ quy định trong Phụ lục Nghị định thư gia nhập WTO của Việt Nam.

1.5. Bảo đảm số lượng thành viên và cơ chế quản lý, điều hành hoạt động của doanh nghiệp

Quản lý và điều hành hoạt động doanh nghiệp là một nội dung của quyền tự do kinh doanh và là quyền của chủ doanh nghiệp. Tuy nhiên, để bảo đảm cho một doanh nghiệp có thể tồn tại ổn định, là một chủ thể kinh

doanh độc lập trên thị trường với ý nghĩa là “một tổ chức kinh tế”, pháp luật có những quy định liên quan đến số lượng thành viên, đến cơ chế tổ chức quản lý và điều hành hoạt động của doanh nghiệp.

Doanh nghiệp phải xác định và đăng ký người đại diện theo pháp luật trong quan hệ với các cơ quan nhà nước và quan hệ với doanh nghiệp khác, khách hàng. Khi có sự thay đổi người đại diện theo pháp luật, doanh nghiệp phải thực hiện những thủ tục tại cơ quan đăng ký kinh doanh.

Đối với các loại hình doanh nghiệp hình thành trên cơ sở *góp vốn* của nhiều cá nhân, tổ chức, pháp luật các nước khác cũng như của Việt Nam có quy định về số thành viên và phải có *Điều lệ doanh nghiệp*. Quy định khống chế có thể là tối thiểu hoặc tối đa số thành viên trong mỗi loại hình doanh nghiệp. Doanh nghiệp không được vượt quá số thành viên trong trường hợp có khống chế tối đa. Trái lại, doanh nghiệp không có đủ số thành viên tối thiểu trong một thời gian nhất định theo quy định của pháp luật sẽ là một trong những trường hợp bắt buộc phải giải thể. Đối với một số loại hình doanh nghiệp, pháp luật còn quy định điều kiện cụ thể đối với cá nhân, tổ chức tham gia với tư cách là thành viên của doanh nghiệp.

Điều lệ doanh nghiệp là văn bản thể hiện sự thỏa thuận cụ thể của những người đầu tư với tư cách là các thành viên góp vốn về vấn đề thành lập, tổ chức quản lý, điều hành doanh nghiệp, phân chia lợi nhuận cũng như trách nhiệm, những vấn đề liên quan đến tổ chức lại, giải thể và phá sản doanh nghiệp. Như vậy, *Điều lệ doanh nghiệp* là văn bản cụ thể hóa những quy định của pháp luật phù hợp với đặc điểm riêng của từng doanh nghiệp, do các thành viên thỏa thuận xây dựng, nhưng phải bảo đảm có giá trị pháp lý. *Điều lệ doanh nghiệp* có giá trị pháp lý khi đã được các cơ quan nhà nước có thẩm quyền chấp nhận sau khi xem xét hồ sơ thành lập, đăng ký kinh doanh; trở thành cơ sở cho các quan hệ trong nội bộ doanh nghiệp, đồng thời cũng là căn cứ để Nhà nước thực hiện chức năng quản lý nhà nước và khi có yêu cầu thì Nhà nước sẽ can thiệp giải quyết các tranh chấp, bảo vệ lợi ích chính đáng của những người góp vốn.

Điều lệ doanh nghiệp phải có những *nội dung chủ yếu* do pháp luật quy định, ngoài ra các thành viên có thể thỏa thuận đưa vào *Điều lệ doanh nghiệp* những nội dung khác nhưng không được trái với quy định của pháp luật. Trong quá trình hoạt động, khi có thay đổi, bổ sung những *nội dung đăng ký kinh doanh* cũng là nội dung của *Điều lệ doanh nghiệp* thì một mặt trong quan hệ đối nội, những thay đổi, bổ sung đó phải được ghi nhận trong các văn bản nội bộ như Nghị quyết, Quyết định, Biên bản cuộc họp, mặt

khác trong quan hệ đối ngoại, phải thực hiện các thủ tục đăng ký những thay đổi, bổ sung với cơ quan đăng ký kinh doanh.

Đối với mỗi doanh nghiệp, khi thỏa mãn những điều kiện nêu trên sẽ được pháp luật ghi nhận trong Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh với những nội dung cụ thể quy định tại Điều 25 Luật Doanh nghiệp 2005.

2. Thủ tục chung để thành lập doanh nghiệp

Với tinh thần khuyến khích thành lập doanh nghiệp, Nhà nước Việt Nam trong những năm gần đây và hiện tại đang tích cực tăng cường công cuộc cải cách hành chính trong lĩnh vực kinh doanh nhằm mục tiêu đơn giản thủ tục, phù hợp tập quán và pháp luật quốc tế theo tinh thần tích cực, chủ động hội nhập kinh tế quốc tế, tạo điều kiện thuận lợi cho các nhà đầu tư trong nước cũng như các nhà đầu tư nước ngoài trong việc thành lập doanh nghiệp. Thủ tục thành lập một doanh nghiệp hiện nay theo pháp luật Việt Nam có các bước chủ yếu là: *đăng ký kinh doanh* và *công bố nội dung đăng ký kinh doanh*. Sau khi được cấp Đăng ký kinh doanh, doanh nghiệp còn phải thực hiện một số thủ tục khác.

2.1. Đăng ký kinh doanh

Hồ sơ đăng ký kinh doanh bao gồm những tài liệu do pháp luật quy định cho từng loại hình doanh nghiệp cụ thể. Đơn đăng ký kinh doanh được lập theo mẫu do cơ quan nhà nước có thẩm quyền quy định là tài liệu có trong mọi hồ sơ đăng ký kinh doanh. Đối với những doanh nghiệp phải có Điều lệ thì trong Hồ sơ đăng ký kinh doanh phải có dự thảo Điều lệ để đề nghị cơ quan nhà nước phê chuẩn. Nếu doanh nghiệp đăng ký kinh doanh những ngành, nghề phải có vốn pháp định hoặc phải có chứng chỉ hành nghề thì trong Hồ sơ đăng ký kinh doanh phải có thêm xác nhận của cơ quan có thẩm quyền hoặc chứng chỉ hợp pháp chứng minh về số vốn của doanh nghiệp, bản sao hợp lệ chứng chỉ hành nghề của những cá nhân mà pháp luật quy định trong doanh nghiệp đó. Ngoài ra, còn có danh sách thành viên đối với công ty trách nhiệm hữu hạn có 2 thành viên trở lên, danh sách cổ đông sáng lập đối với công ty cổ phần, danh sách thành viên hợp danh đối với công ty hợp danh. Kèm theo những danh sách này là một số tài liệu chứng minh nhân thân hoặc tư cách pháp lý của những cá nhân, tổ chức trong danh sách đó. Thành viên sáng lập, cổ đông sáng lập, chủ sở hữu công ty, chủ sở hữu doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh cùng với người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp liên đới chịu trách nhiệm về tính chính xác, trung thực của nội dung Hồ sơ đăng ký kinh doanh.

Cơ quan đăng ký kinh doanh được tổ chức thành một hệ thống trong toàn quốc với 2 cấp là tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương và huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh. Phòng đăng ký kinh doanh trong Sở Kế hoạch và Đầu tư gọi chung là Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh. Căn cứ vào yêu cầu và nhiệm vụ cụ thể của công tác đăng ký kinh doanh ở địa phương, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định thành lập Phòng đăng ký kinh doanh cấp huyện, trường hợp không thành lập Phòng đăng ký kinh doanh cấp huyện thì giao cho Phòng Tài chính – Kế hoạch hoặc Phòng Kinh tế thực hiện nhiệm vụ đăng ký kinh doanh và gọi chung là Cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện. Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh có chức năng đăng ký kinh doanh cho các doanh nghiệp. Các hộ kinh doanh và hợp tác xã thực hiện đăng ký kinh doanh tại Cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện.

Doanh nghiệp được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh nếu có đủ các điều kiện sau đây (Điều 24 Luật Doanh nghiệp 2005):

1. Ngành, nghề kinh doanh không thuộc danh mục ngành, nghề cấm kinh doanh;
2. Tên doanh nghiệp được đặt đúng theo quy định của pháp luật;
3. Có trụ sở chính đăng ký theo quy định của pháp luật;
4. Có hồ sơ đăng ký kinh doanh hợp lệ theo quy định của pháp luật;
5. Nộp đủ lệ phí đăng ký kinh doanh theo quy định.

Pháp luật quy định mẫu với những nội dung chủ yếu phải có trong Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh do cơ quan đăng ký kinh doanh cấp có giá trị trong phạm vi toàn quốc. Thời hạn cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh là *10 ngày làm việc* kể từ ngày nhận được hồ sơ hợp lệ. Nếu sau thời hạn này mà không nhận được Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh thì người nộp hồ sơ có quyền khiếu nại, khiếu kiện theo quy định của pháp luật hành chính.

Ngành, nghề kinh doanh ghi trong Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh quy định tại Điều 5 Nghị định 88/2006/NĐ-CP ngày 29/8/2006.

Ở nước ta, một số ngành kinh doanh có tính đặc thù như bảo hiểm, chứng khoán... việc cấp giấy chứng nhận thành lập và hoạt động cho doanh nghiệp thuộc thẩm quyền của bộ quản lý nhà nước ngành như Bộ Tài chính, Ngân hàng nhà nước Việt Nam và giấy này có giá trị đồng thời là đăng ký kinh doanh. Trong những trường hợp này, doanh nghiệp không phải thực hiện thủ tục đăng ký kinh doanh tại cơ quan đăng ký kinh doanh.

2.2. Công bố nội dung đăng ký kinh doanh

Mục đích của việc công bố nội dung đăng ký kinh doanh là công khai những thông tin cơ bản về một chủ thể kinh doanh mới tham gia vào quá trình cạnh tranh trên thị trường. Các cơ quan nhà nước như các Sở, Bộ quản lý ngành dựa vào những thông tin này, phối hợp hoạt động để thực hiện chức năng quản lý nhà nước của mình. Cũng từ những thông tin này, doanh nghiệp và người đầu tư, người tiêu dùng có thể tìm hiểu đối tác cụ thể và cơ cấu tổ chức sản xuất chung trong nền kinh tế trước khi có quyết định đầu tư trong điều kiện cạnh tranh lành mạnh. Những thông tin chủ yếu công khai về doanh nghiệp không chỉ có khi doanh nghiệp mới thành lập mà cần phải được cập nhật mỗi khi có sự thay đổi nội dung các thông tin đó.

Hiện tại, pháp luật quy định trách nhiệm thông báo thông tin về đăng ký kinh doanh của doanh nghiệp đối với hai phía: cơ quan nhà nước và doanh nghiệp. Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh, trong một thời hạn quy định kể từ ngày cấp mới, cấp đổi, cấp lại, thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, phải gửi bản sao và thông báo thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh của doanh nghiệp đến các cơ quan nhà nước là: Bộ Kế hoạch và Đầu tư, cơ quan thuế, cơ quan thống kê, cơ quan quản lý ngành kinh tế – kỹ thuật cùng cấp và Ủy ban nhân dân cấp huyện nơi doanh nghiệp đặt trụ sở chính. Ngoài ra, Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh nào đã được nối mạng với Trung tâm Thông tin doanh nghiệp thì có trách nhiệm truyền số liệu về Trung tâm Thông tin doanh nghiệp, Cục Phát triển doanh nghiệp nhỏ và vừa, Bộ Kế hoạch và Đầu tư. Doanh nghiệp phải công bố những nội dung theo quy định của pháp luật trên các báo hàng ngày của Trung ương hoặc địa phương trong những số liên tiếp. Khi có sự thay đổi nội dung đăng ký kinh doanh thì doanh nghiệp phải công bố những thay đổi đó với phương thức tương tự. Đối với hộ kinh doanh cá thể, cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện có trách nhiệm lưu giữ thông tin, gửi các bản sao khi cấp mới, cấp đổi, cấp lại, thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh của hộ kinh doanh cá thể cho cơ quan thuế cùng cấp, lập và gửi báo cáo hàng tháng tình hình đăng ký kinh doanh về Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh.

2.3. Các thủ tục khác sau khi đăng ký kinh doanh

a) Khắc dấu doanh nghiệp

Doanh nghiệp có con dấu riêng theo quy định tại Điều 36 Luật Doanh nghiệp 2005. Con dấu là tài sản của doanh nghiệp nên người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp chịu trách nhiệm quản lý sử dụng con dấu theo

quy định của pháp luật. Trong trường hợp cần thiết, được sự đồng ý của cơ quan cấp dấu, doanh nghiệp có thể có con dấu thứ hai. Thủ tục khắc dấu được quy định tại Nghị định số 58/2001/NĐ-CP ngày 24/8/2001 của Chính phủ về quản lý và sử dụng con dấu.

b) Đăng ký lập chi nhánh, văn phòng đại diện, thông báo địa điểm kinh doanh

Doanh nghiệp có quyền lập những chi nhánh, văn phòng đại diện trong và ngoài nước để phục vụ cho hoạt động kinh doanh của mình và phải chịu trách nhiệm về hoạt động của những đơn vị phụ thuộc này.

Đối với việc lập chi nhánh, văn phòng đại diện trong nước, pháp luật phân biệt hai trường hợp lập chi nhánh, văn phòng đại diện có trụ sở tại cùng và khác tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương nơi doanh nghiệp đặt trụ sở chính. Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh cấp *Giấy chứng nhận đăng ký hoạt động* của chi nhánh, văn phòng đại diện. Sau khi được cấp Giấy chứng nhận đăng ký hoạt động, chi nhánh, văn phòng đại diện được khắc dấu và sử dụng con dấu của mình.

Việc lập chi nhánh, văn phòng đại diện của doanh nghiệp ở nước ngoài được thực hiện theo quy định của pháp luật nước sở tại.

Trong trường hợp *địa điểm kinh doanh* của doanh nghiệp ở ngoài địa chỉ đăng ký trụ sở chính (đặt tại nơi có chi nhánh), doanh nghiệp phải gửi thông báo tới Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh theo quy định tại Khoản 2 Điều 24 Nghị định số 88/2006/NĐ-CP ngày 29/8/2006 về đăng ký kinh doanh.

c) Chuyển quyền sở hữu tài sản

Thủ tục của việc định giá và chuyển quyền sở hữu tài sản đối với các doanh nghiệp quy định tại Điều 29 và Điều 30 Luật Doanh nghiệp 2005.

d) Đăng ký mã số thuế, làm thủ tục mua hóa đơn thuế giá trị gia tăng.

e) Đăng ký mã số hải quan để hoạt động trực tiếp xuất, nhập khẩu.

f) Xin phép kinh doanh đối với những ngành, nghề kinh doanh có điều kiện đòi hỏi phải có giấy phép; thực hiện và làm cam kết với những ngành, nghề kinh doanh có điều kiện; đăng ký Nội quy lao động; đăng ký Hợp đồng chuyển giao công nghệ...

Thủ tục cụ thể của các công việc nêu trên quy định trong văn bản của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Những vi phạm trong lĩnh vực cấp và sử dụng đăng ký kinh doanh ở nước ta, cho cả hai phía các doanh nghiệp cũng như cơ quan nhà nước hiện tại chủ yếu được xử lý bằng những chế tài hành chính theo Nghị định số

37/2003/NĐ-CP ngày 10/4/2003 quy định xử phạt vi phạm hành chính về đăng ký kinh doanh.

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 quy định tại Điều 165 Luật Doanh nghiệp 2005.

III - ĐĂNG KÝ NHỮNG THAY ĐỔI CỦA DOANH NGHIỆP

Thực hiện những hành vi thay đổi đối với doanh nghiệp trong quá trình kinh doanh là một trong những nội dung của quyền tự do kinh doanh và pháp luật nước ta xác định là quyền của chủ doanh nghiệp. Trong một số trường hợp, sự thay đổi do quyết định của Tòa án. Khi thực hiện những hành vi liên quan đến những thay đổi doanh nghiệp, chủ doanh nghiệp hoặc người đại diện của doanh nghiệp phải thực hiện những quy định của pháp luật về thủ tục tương ứng cho từng hành vi đó.

1. Đăng ký bổ sung, thay đổi nội dung đăng ký kinh doanh

1.1. Đăng ký bổ sung, thay đổi ngành, nghề kinh doanh

Trong thời hạn 10 ngày làm việc kể từ ngày quyết định thay đổi, doanh nghiệp phải gửi thông báo theo mẫu do cơ quan nhà nước có thẩm quyền phát hành đến Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh, nơi doanh nghiệp đã đăng ký kinh doanh. Thông báo phải có những nội dung theo quy định. Kèm theo thông báo phải có một số giấy tờ khác.

Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh phải trao giấy biên nhận khi nhận được thông báo và thực hiện đăng ký bổ sung, thay đổi ngành, nghề kinh doanh cho doanh nghiệp trong thời hạn 7 ngày làm việc kể từ ngày nhận đủ hồ sơ hợp lệ. Doanh nghiệp được nhận Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh mới.

1.2. Đăng ký thay đổi địa chỉ trụ sở chính, thay đổi về chi nhánh, văn phòng đại diện, địa điểm kinh doanh

Thủ tục pháp luật phân biệt hai trường hợp chuyển địa chỉ trụ sở chính trong phạm vi cùng tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương và chuyển sang tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương khác. Trong mọi trường hợp, việc thay đổi địa chỉ trụ sở chính của doanh nghiệp không làm thay đổi quyền và nghĩa vụ của doanh nghiệp.

a) Khi chuyển địa chỉ trụ sở chính đến nơi khác trong phạm vi cùng tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương, doanh nghiệp phải gửi thông báo đến Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh, nơi doanh nghiệp đã đăng ký kinh doanh. Kèm theo thông báo phải có một số giấy tờ khác.

Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh phải trao giấy biên nhận khi nhận được thông báo và thực hiện đăng ký thay đổi địa chỉ trụ sở chính của doanh nghiệp trong thời hạn 7 ngày làm việc kể từ ngày nhận đủ hồ sơ hợp lệ. Việc chấp nhận của Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh thể hiện bằng việc đổi và gửi cho doanh nghiệp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh mới.

b) Khi chuyển địa chỉ trụ sở chính của doanh nghiệp sang tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương khác, trong thời hạn 10 ngày làm việc kể từ ngày quyết định chuyển địa chỉ trụ sở, doanh nghiệp phải gửi thông báo đến Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh, nơi dự định đặt trụ sở mới. Thông báo phải có những nội dung theo quy định. Kèm theo thông báo phải có một số giấy tờ khác.

Khi nhận thông báo, Phòng đăng ký kinh doanh nơi doanh nghiệp dự định đặt trụ sở mới trao giấy biên nhận, thực hiện đăng ký thay đổi địa chỉ trụ sở chính và *cấp lại* Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh cho doanh nghiệp trong thời hạn 7 ngày làm việc kể từ ngày nhận đủ hồ sơ hợp lệ, nếu tên doanh nghiệp không trái với quy định về đặt tên doanh nghiệp.

c) Khi thay đổi các nội dung đã đăng ký của chi nhánh, văn phòng đại diện, địa điểm kinh doanh, doanh nghiệp gửi thông báo đến Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh nơi đặt trụ sở chi nhánh, văn phòng đại diện để được đổi Giấy chứng nhận đăng ký hoạt động chi nhánh, văn phòng đại diện.

Khi thay đổi tên, địa chỉ chi nhánh, văn phòng đại diện, doanh nghiệp gửi thông báo đến Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh nơi đặt trụ sở chính về việc đã thay đổi tên, địa chỉ chi nhánh, văn phòng đại diện để được đổi Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh.

Khi chấm dứt hoạt động của chi nhánh, văn phòng đại diện, doanh nghiệp phải gửi thông báo đến Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh nơi đặt trụ sở chi nhánh, văn phòng đại diện để nộp Giấy chứng nhận đăng ký hoạt động chi nhánh, văn phòng đại diện dự định sẽ chấm dứt hoạt động đồng thời gửi thông báo đến Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh nơi doanh nghiệp đặt trụ sở chính, để được đổi Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Pháp luật có những quy định riêng cho trường hợp giải thể chi nhánh.

Khi thay đổi địa chỉ hoặc chấm dứt hoạt động của chi nhánh, văn phòng đại diện ở nước ngoài, doanh nghiệp phải gửi thông báo đến Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh, nơi doanh nghiệp đăng ký kinh doanh để được đổi Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh.

1.3. Đăng ký thay đổi tên doanh nghiệp

Trong thời hạn 10 ngày làm việc kể từ ngày quyết định đổi tên, doanh nghiệp phải gửi thông báo đến Phòng đăng ký kinh doanh nơi đã cấp

Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh cho doanh nghiệp. Thông báo phải có những nội dung theo quy định. Kèm theo thông báo phải có một số giấy tờ khác.

Khi nhận thông báo, Phòng đăng ký kinh doanh trao giấy biên nhận và đăng ký đổi tên doanh nghiệp trong thời hạn 7 ngày làm việc kể từ ngày nhận đủ hồ sơ hợp lệ, nếu tên doanh nghiệp không trái với quy định về đặt tên doanh nghiệp. Doanh nghiệp được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh mới.

Trường hợp tên dự kiến thay đổi của doanh nghiệp được đặt không phù hợp những quy định của pháp luật, Phòng đăng ký kinh doanh phải thông báo cho doanh nghiệp biết và hướng dẫn cho doanh nghiệp chọn tên khác.

1.4. Đăng ký thay đổi người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp

Trường hợp thay đổi người đại diện theo pháp luật của công ty cổ phần và công ty trách nhiệm hữu hạn, cũng như việc công ty hợp danh quyết định thay đổi thành viên hợp danh như tiếp nhận thành viên hợp danh, chấm dứt tư cách thành viên hợp danh thì trong thời hạn 10 ngày làm việc kể từ ngày quyết định thay đổi, doanh nghiệp phải gửi thông báo đến Phòng đăng ký kinh doanh nơi doanh nghiệp đã đăng ký kinh doanh để được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh mới.

1.5. Đăng ký thay đổi thành viên công ty

Công ty cổ phần có thể thực hiện đăng ký thay đổi cổ đông sáng lập trong các trường hợp quy định tại Khoản 3 và Khoản 5 Điều 84 Luật Doanh nghiệp 2005. Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên có thể tiếp nhận thêm thành viên mới. Trong những trường hợp này, doanh nghiệp gửi thông báo đến Phòng đăng ký kinh doanh nơi doanh nghiệp đã đăng ký kinh doanh để được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh mới.

1.6. Đăng ký thay đổi vốn đầu tư của doanh nghiệp tư nhân và vốn Điều lệ của công ty

Doanh nghiệp tư nhân có quyền tăng, giảm vốn đầu tư; công ty có quyền tăng, giảm vốn Điều lệ. Không thực hiện việc đăng ký giảm vốn Điều lệ đối với công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên. Trong những trường hợp này, doanh nghiệp gửi thông báo đến Phòng đăng ký kinh doanh nơi doanh nghiệp đã đăng ký kinh doanh để được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh mới.

1.7. Thông báo doanh nghiệp tạm ngừng kinh doanh

a) Doanh nghiệp có quyền tạm ngừng kinh doanh nhưng phải gửi thông báo đến Phòng đăng ký kinh doanh nơi doanh nghiệp đã đăng ký kinh doanh và cơ quan thuế chậm nhất 15 ngày trước khi tạm ngừng kinh doanh.

Thời hạn tạm ngừng kinh doanh ghi trong thông báo không được quá 1 năm. Sau khi hết thời hạn đã thông báo, nếu doanh nghiệp vẫn tiếp tục tạm ngừng kinh doanh thì phải thông báo tiếp cho Phòng đăng ký kinh doanh. Tổng thời gian tạm ngừng kinh doanh không được quá 2 năm.

Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh nhận thông báo, trao giấy biên nhận cho doanh nghiệp và ghi vào sổ theo dõi.

Khi doanh nghiệp kinh doanh trở lại, doanh nghiệp phải làm thủ tục thông báo tiếp tục kinh doanh theo quy định.

b) Cơ quan đăng ký kinh doanh, cơ quan nhà nước có thẩm quyền có quyền yêu cầu doanh nghiệp tạm ngừng kinh doanh ngành, nghề kinh doanh có điều kiện khi phát hiện doanh nghiệp không có đủ điều kiện theo quy định của pháp luật.

2. Tổ chức lại doanh nghiệp

Những hình thức tổ chức lại doanh nghiệp đang được quy định trong Pháp luật Việt Nam cũng là những hình thức phổ biến trong pháp luật về công ty của hầu hết các nước khác.

2.1. Chia doanh nghiệp

Công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn (công ty bị chia) có thể được chia thành một số công ty cùng loại (các công ty được chia). Công ty bị chia chấm dứt tồn tại sau khi các công ty mới được đăng ký kinh doanh. Các công ty được chia 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 hoặc thoả thuận với chủ nợ, khách hàng và người lao động để một trong số các công ty đó thực hiện các nghĩa vụ này.

2.2. Tách doanh nghiệp

Công ty cổ phần, các công ty trách nhiệm hữu hạn (công ty bị tách) có thể chuyển một phần tài sản để thành lập một hoặc một số công ty mới 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 sự tồn tại của công ty bị tách. Trong trường hợp này, không có chủ thể kinh doanh nào mất đi, cho dù có thêm một hoặc một số chủ thể kinh doanh mới. Công ty bị tách và công ty được tách sau khi được đăng ký kinh doanh 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 phát sinh trước khi tách của công ty bị tách.

2.3. Hợp nhất doanh nghiệp

Hai hoặc một số doanh nghiệp (các doanh nghiệp bị hợp nhất – công ty bị hợp nhất) có thể hợp nhất thành một doanh nghiệp mới (doanh nghiệp hợp nhất – công ty hợp nhất) bằng cách chuyển toàn bộ tài sản, quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp sang doanh nghiệp hợp nhất, đồng thời chấm dứt sự tồn tại của các doanh nghiệp bị hợp nhất. Sau khi đăng ký kinh doanh, doanh nghiệp 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 phát sinh trước khi hợp nhất của các doanh nghiệp bị hợp nhất.

Việc hợp nhất doanh nghiệp còn phải tuân theo quy định của pháp luật cạnh tranh.

2.4. Sáp nhập doanh nghiệp

Một hoặc một số doanh nghiệp (doanh nghiệp bị sáp nhập – công ty bị sáp nhập) có thể sáp nhập vào một doanh nghiệp khác (doanh nghiệp nhận sáp nhập – 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 dứt sự tồn tại của công ty bị sáp nhập. Sau khi đăng ký kinh doanh, công ty nhận 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 phát sinh trước khi sáp nhập của công ty bị sáp nhập.

Việc sáp nhập doanh nghiệp còn phải tuân theo quy định của pháp luật cạnh tranh.

2.5. Chuyển đổi doanh nghiệp

Chuyển đổi doanh nghiệp là sự thay đổi loại hình doanh nghiệp trong những trường hợp pháp luật quy định. Tùy theo từng trường hợp chuyển đổi cụ thể mà có những quy định tương ứng. Hiện tại ở Việt Nam có các trường hợp chuyển đổi doanh nghiệp sau đây:

a) Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên thành công ty cổ phần và ngược lại.

b) Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên (là tổ chức) thành công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên hoặc công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên (là cá nhân).

c) Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài (thành lập theo Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam 1996) sang các loại hình doanh nghiệp của Luật Doanh nghiệp 2005.

d) Chuyển đổi công ty nhà nước (thành lập theo Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003) sang các loại hình doanh nghiệp của Luật Doanh nghiệp 2005.

e) Chuyển đổi doanh nghiệp nhà nước thành công ty cổ phần (cổ phần hoá) theo Nghị định số 187/2004/NĐ-CP ngày 16/11/2004.

f) Chuyển đổi công ty nhà nước, doanh nghiệp của các tổ chức chính trị, tổ chức chính trị – xã hội thành công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên theo Nghị định số 95/2006/NĐ-CP ngày 8/9/2006.

Ngoài ra, công ty nhà nước còn được chuyển đổi qua các hình thức giao, bán, khoán kinh doanh, cho thuê theo Nghị định số 80/2005/NĐ-CP ngày 22/6/2005.

IV - PHÁP LUẬT VỀ GIẢI THỂ VÀ PHÁ SÀN DOANH NGHIỆP

1. Giải thể doanh nghiệp

1.1. Khái niệm và những trường hợp giải thể doanh nghiệp

Giải thể doanh nghiệp được nhìn nhận là việc một doanh nghiệp chấm dứt các hoạt động kinh doanh, không tiếp tục tồn tại trên thị trường với tư cách là một chủ thể kinh doanh. Hậu quả của giải thể là mất đi một chủ thể pháp lý đã đăng ký kinh doanh.

Có thể chia thành hai loại giải thể doanh nghiệp: Giải thể *tự nguyện* và giải thể *bắt buộc*.

Giải thể *tự nguyện* là một trong những nội dung của quyền tự do kinh doanh. Chủ doanh nghiệp, vì những lý do riêng có thể thực hiện giải thể doanh nghiệp của mình, đó là việc giải thể theo quyết định của chủ doanh nghiệp tư nhân; của tất cả 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. Tự nguyện giải thể doanh nghiệp cũng thể hiện trong trường hợp khi kết thúc thời hạn ghi trong điều lệ mà doanh nghiệp không thực hiện thủ tục gia hạn hoạt động.

Ngoài những trường hợp tự nguyện giải thể còn có những trường hợp giải thể *bắt buộc*. Đó là khi doanh nghiệp không còn đủ số lượng thành viên tối thiểu trong thời hạn 6 tháng liên tục, đặc biệt là những trường hợp doanh nghiệp bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh do vi phạm những

quy định về quản lý nhà nước trong quá trình hoạt động. Một số doanh nghiệp bị Toà án tuyên bố giải thể.

1.2. Thủ tục giải thể doanh nghiệp

Điều kiện cơ bản để một doanh nghiệp giải thể, dù là tự nguyện giải thể hay giải thể bắt buộc, là doanh nghiệp phải bảo đảm thanh toán hết các khoản nợ và các nghĩa vụ tài sản khác trong kinh doanh, kể cả nợ thuế và nợ những người lao động. Nếu doanh nghiệp còn nợ trong kinh doanh thì doanh nghiệp này không thể chấm dứt hoạt động bằng việc giải thể. Thủ tục giải thể một doanh nghiệp có bốn bước chính.

Thứ nhất, doanh nghiệp thông qua quyết định giải thể. Đó là quyết định của chủ doanh nghiệp tư nhân; 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. Quyết định giải thể phải có những nội dung chủ yếu theo quy định của pháp luật và 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. Quyết định giải thể gửi cho các chủ nợ phải kèm theo thông báo về phương án thanh lý các hợp đồng, thanh toán các khoản nợ của doanh nghiệp. 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. Thời hạn thanh toán nợ, thanh lý hợp đồng không được vượt quá 6 tháng kể từ ngày thông qua Quyết định giải thể.

Những trường hợp pháp luật yêu cầu phải đăng báo thì Quyết định giải thể doanh nghiệp phải được đăng ít nhất trên một tờ báo viết hoặc báo điện tử trong 3 số liên tiếp.

Các hoạt động bị nghiêm cấm thực hiện kể từ khi có Quyết định giải thể quy định tại Điều 159 Luật Doanh nghiệp 2005.

Thứ hai, thanh lý tài sản và thanh toán các khoản nợ của 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 doanh nghiệp, 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 quy định tại Khoản 4 Điều 158 Luật Doanh nghiệp 2005.

Thứ ba, trong thời hạn 7 ngày làm việc kể từ khi thanh toán hết các khoản nợ, người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp phải gửi *Hồ sơ giải thể doanh nghiệp* đến cơ quan đăng ký kinh doanh. Thành viên Hội

đồng quản trị, thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn, chủ sở hữu công ty, chủ doanh nghiệp tư nhân, giám đốc, tổng giám đốc, thành viên hợp danh chịu trách nhiệm về tính trung thực, chính xác của Hồ sơ giải thể doanh nghiệp. Trường hợp Hồ sơ giải thể doanh nghiệp không chính xác, giả mạo thì những đối tượng nêu trên phải liên đới chịu trách nhiệm thanh toán số nợ chưa thanh toán, số thuế chưa nộp và quyền lợi của người lao động chưa được giải quyết; chịu trách nhiệm cá nhân trước pháp luật về những hệ quả phát sinh trong thời hạn 3 năm kể từ ngày nộp Hồ sơ giải thể doanh nghiệp đến cơ quan đăng ký kinh doanh hoặc cơ quan quản lý đầu tư có thẩm quyền.

Thứ tư, cơ quan đăng ký kinh doanh xóa tên doanh nghiệp trong Sổ đăng ký kinh doanh trong thời hạn 7 ngày làm việc kể từ ngày nhận đủ hồ sơ hợp lệ về giải thể doanh nghiệp.

Việc cơ quan đăng ký kinh doanh xóa tên doanh nghiệp trong Sổ đăng ký kinh doanh được xem là sự chính thức tuyên bố của Nhà nước về việc chấm dứt hoạt động của một doanh nghiệp. Trách nhiệm của các cơ quan nhà nước là chỉ thực hiện xóa tên một doanh nghiệp khi đã bảo đảm là doanh nghiệp đã thanh toán hết nợ, thanh lý hết hợp đồng như phương án đã nêu trong Quyết định giải thể và không còn những tranh chấp khiếu nại. Thông tin về việc xóa tên doanh nghiệp cần phải được cập nhật trên hệ thống thông tin về doanh nghiệp và cơ quan đăng ký kinh doanh có trách nhiệm thông báo thông tin này đến các cơ quan nhà nước có liên quan.

Trường hợp doanh nghiệp bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, doanh nghiệp phải thực hiện giải thể trong thời hạn 6 tháng kể từ ngày bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh theo trình tự và thủ tục giải thể quy định chung cho mọi trường hợp giải thể doanh nghiệp. Quá thời hạn 6 tháng nói trên mà cơ quan đăng ký kinh doanh không nhận được Hồ sơ giải thể doanh nghiệp, thì doanh nghiệp đó coi như đã giải thể và cơ quan đăng ký kinh doanh có thẩm quyền xóa 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 hai thành viên trở lên, 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 chưa thanh toán của doanh nghiệp.

Pháp luật Việt Nam cần bổ sung chế tài thích hợp đối với cá nhân người có trách nhiệm trong doanh nghiệp đã giải thể mà không thực hiện đầy đủ những quy định của pháp luật về giải thể để kiên quyết xử lý những doanh nghiệp lợi dụng giải thể để trốn tránh nợ trong kinh doanh, kể cả nợ thuế

với Nhà nước, đặc biệt đối với những doanh nghiệp bị bắt buộc giải thể khi bị thu hồi đăng ký kinh doanh. Đồng thời cũng phải có những chế tài đối với các cơ quan nhà nước có liên quan đến các bước trong thủ tục giải thể doanh nghiệp nhằm tăng cường trách nhiệm của Nhà nước, nhất là trong việc theo dõi doanh nghiệp giải thể thực hiện thanh toán nợ theo quyết định giải thể và xóa tên doanh nghiệp trong Sổ đăng ký kinh doanh để bảo hộ lợi ích chính đáng của các chủ nợ và người tiêu dùng, tạo môi trường kinh doanh lành mạnh.

2. Pháp luật về phá sản

2.1. Dấu hiệu xác định doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản

Luật Phá sản năm 2004 quy định: “Doanh nghiệp, hợp tác xã không có khả năng thanh toán được các khoản nợ đến hạn khi chủ nợ có yêu cầu là lâm vào tình trạng phá sản” (Điều 3).

2.2. Vai trò của pháp luật về phá sản

Pháp luật về phá sản nhằm vào các mục tiêu sau:

a) Đảm bảo việc đòi nợ của các chủ nợ được công bằng, trật tự

Mục đích chính của pháp luật về phá sản là thay thế cơ chế xiết nợ theo kiểu “mạnh ai nấy được” bằng một cơ chế đòi nợ tập thể công bằng và trật tự. Tài sản của doanh nghiệp mắc nợ sẽ được tối đa hoá và được đem thanh toán một cách công bằng cho các chủ nợ. Như vậy, thông qua pháp luật về phá sản, các chủ nợ sẽ được tham gia vào quá trình thu hồi và phát mại tài sản của doanh nghiệp để tối đa hoá tài sản phá sản của doanh nghiệp (đảm bảo tất cả các tài sản của doanh nghiệp đều được thu hồi và được phát mại với giá cao nhất). Tài sản phá sản này sẽ được đem phân chia một cách công bằng cho các chủ nợ tránh tình trạng chủ nợ đến đòi nợ trước được hưởng nhiều, chủ nợ đến sau hoặc không có mối quan hệ riêng với con nợ thì không nhận được phần thanh toán của mình.

b) Giải phóng con nợ và tạo cho con nợ có được sự khởi đầu mới

Việc giải quyết phá sản phải giải phóng con nợ khỏi những gánh nặng nợ nần mà họ không thể trả nợ được và trên cơ sở đó, tạo điều kiện cho họ có được sự khởi đầu mới. Con nợ chỉ được giải phóng khỏi các khoản nợ khi không có hành vi gian trá trong những nguyên nhân dẫn tới việc phá sản. Cùng với chế độ trách nhiệm hữu hạn, pháp luật về phá sản tạo niềm tin và sự an toàn cho các nhà đầu tư khi tham gia thị trường. Tuy nhiên, Luật Phá sản 2004 *không miễn trừ nghĩa vụ trả nợ* cho chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh của công ty hợp

danh sau khi có tuyên bố phá sản doanh nghiệp, nghĩa là buộc các con nợ bị tuyên bố phá sản là chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh của công ty hợp danh phải trả các món nợ còn thiếu sau khi đã bán toàn bộ tài sản hiện có thuộc sở hữu của mình.

c) Bảo vệ quyền lợi của người lao động

Người lao động là đối tượng chịu nhiều thiệt thòi nhất từ việc phá sản doanh nghiệp. Họ bị mất việc làm và thậm chí không nhận được các khoản lương mà doanh nghiệp mắc nợ họ. Vì vậy, pháp luật về phá sản phải đảm bảo quyền yêu cầu tuyên bố phá sản của người lao động, quyền tham gia các hoạt động phục hồi và thanh lý tài sản cũng như quyền được ưu tiên thanh toán trước các chủ nợ khác.

2.3. Đối tượng áp dụng của Luật Phá sản 2004

Luật Phá sản 2004 quy định đối tượng áp dụng của Luật này bao gồm: doanh nghiệp, hợp tác xã và Liên hiệp hợp tác xã.

2.4. Thủ tục phá sản

Quá trình giải quyết phá sản một doanh nghiệp, hợp tác xã được Luật Phá sản 2004 quy định có bốn bước chủ yếu.

a) Nộp đơn yêu cầu và mở thủ tục phá sản

**** Nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản***

Quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản trước hết được quy định cho chủ nợ, bởi thực chất, thủ tục phá sản nhằm mục đích giải quyết mối quan hệ nợ giữa chủ nợ và con nợ của họ. Quyền này được dành cho *chủ nợ không có bảo đảm và chủ nợ có bảo đảm một phần*.

Trong trường hợp doanh nghiệp, hợp tác xã không trả được lương, các khoản nợ khác cho người lao động và nhận thấy doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, người lao động thông qua đại diện Công đoàn nộp đơn hoặc đại diện người lao động nơi chưa có tổ chức công đoàn có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã đó.

Luật Phá sản 2004 còn quy định quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản thuộc về chủ sở hữu doanh nghiệp như cơ quan đại diện chủ sở hữu Nhà nước đối với doanh nghiệp nhà nước, các cổ đông trong công ty cổ phần, thành viên hợp của công ty hợp danh.

Khi nhận thấy doanh nghiệp, hợp tác xã 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 đối với doanh nghiệp, hợp tác xã.

** Thụ lý đơn và ra quyết định mở thủ tục phá sản*

Luật Phá sản của Việt Nam phân cấp cho Tòa án nhân dân cấp huyện và Tòa án nhân dân cấp tỉnh thụ lý đơn tùy thuộc vào loại hình doanh nghiệp và nơi đăng ký kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã. Tòa án nhân dân huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh nhận đơn 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 nhận đơn đối với doanh nghiệp, hợp tác xã đăng ký kinh doanh tại cơ quan đăng ký kinh doanh cấp tỉnh đó.

Trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, Tòa án phải xem xét đơn cùng các giấy tờ, tài liệu có liên quan để ra quyết định mở hoặc không mở thủ tục phá sản. Quyết định đó được gửi cho doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản; cho Viện Kiểm sát nhân dân cùng cấp; cho các chủ nợ, những người mắc nợ của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản và được đăng trên báo địa phương nơi doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản có trụ sở chính, báo hàng ngày của Trung ương trong 3 số liên tiếp. Đồng thời với việc ra quyết định mở thủ tục phá sản, Thẩm phán được phân công phụ trách tiến hành thủ tục phá sản ra quyết định thành lập Tổ quản lý, thanh lý tài sản.

b) Thủ tục phục hồi kinh doanh

Pháp luật phá sản tạo điều kiện cho doanh nghiệp, hợp tác xã mắc nợ có thể phục hồi hoặc rút khỏi thương trường. Tòa án không thanh lý tài sản của con nợ và tuyên bố phá sản ngay khi có đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản mà tạo mọi điều kiện cho doanh nghiệp mắc nợ khắc phục các khó khăn về tài chính bằng thủ tục phục hồi.

** Xây dựng và thông qua phương án phục hồi hoạt động kinh doanh*

Theo quy định tại Điều 68 Luật Phá sản 2004, Thẩm phán ra quyết định áp dụng thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh sau khi Hội nghị chủ nợ lần thứ nhất 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.

Phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản do doanh nghiệp hoặc hợp tác xã đó xây dựng hoặc có thể do bất cứ chủ nợ hoặc người nào nhận nghĩa vụ phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã xây dựng và được nộp cho Tòa án.

Phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã được xem xét, thông qua bằng Nghị quyết của Hội nghị chủ nợ lần thứ hai.

** Thực hiện và giám sát phương án phục hồi hoạt động kinh doanh*

Lúc này, doanh nghiệp, hợp tác xã tiếp tục hoạt động kinh doanh theo phương án phục hồi và cứ 6 tháng 1 lần, doanh nghiệp, hợp tác xã phải gửi cho Tòa án báo cáo về tình hình thực hiện phương án phục hồi của mình. Thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh là một trong những cách thức để giải quyết quan hệ nợ giữa doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản với tập thể chủ nợ, do vậy 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 tối đa để thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản là 3 năm kể từ ngày cuối cùng đăng báo về quyết định của Tòa án công nhận Nghị quyết của Hội nghị chủ nợ về Phương án phục hồi 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 như khi có Quyết định mở thủ tục phá sản.

Khi có 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 là không còn lâm vào tình trạng phá sản.

c) Thủ tục thanh lý tài sản và thanh toán nợ

Quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản do Tòa án hoặc Thẩm phán được phân công phụ trách vụ phá sản ban hành trong các trường hợp quy định trong Luật Phá sản. Phương án phân chia tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã do Thẩm phán quyết định. Điều đó được thể hiện trong nội dung của Quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản.

Các khoản nợ có bảo đảm và có bảo đảm một phần được ưu tiên thanh toán so với các khoản nợ được xác định trong Phương án phân chia tài sản. Việc phân chia giá trị tài sản còn lại của doanh nghiệp, hợp tác xã thực hiện

theo thứ tự ưu tiên đã được Thẩm phán quy định trong Phương án phân chia tài sản. Cụ thể như sau:

Thứ nhất, giá trị tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã dùng để thanh toán phí phá sản;

Thứ hai, giá trị tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã được trả cho các khoản nợ lương, trợ cấp thôi việc, bảo hiểm xã hội theo quy định của pháp luật và các quyền lợi khác theo thoả ước lao động tập thể và hợp đồng lao động đã ký kết;

Thứ ba, giá trị tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã dùng để thanh toán các khoản nợ không có bảo đảm của các chủ nợ trong danh sách chủ nợ.

Nếu doanh nghiệp, hợp tác xã không còn tài sản để thực hiện phương án phân chia tài sản hoặc đã thực hiện xong phương án phân chia tài sản, Thẩm phán sẽ ra Quyết định đình chỉ thủ tục thanh lý tài sản.

d) Tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị 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. Trong một số trường hợp đặc biệt, Tòa án có thể ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản mà không cần triệu tập Hội nghị chủ nợ, không cần áp dụng thủ tục phục hồi hay thủ tục thanh lý tài 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.

Trong thời hạn *10 ngày*, kể từ ngày quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản có hiệu lực pháp luật, Tòa án phải gửi quyết định cho cơ quan đăng ký kinh doanh để xóa tên doanh nghiệp, hợp tác xã trong Sổ đăng ký kinh doanh; trong trường hợp Tòa án nhân dân Tối cao ra quyết định giải quyết khiếu nại, kháng nghị thì thời hạn có thể dài hơn, nhưng không quá *25 ngày*.

V - NHỮNG QUYỀN VÀ NGHĨA VỤ CƠ BẢN CỦA DOANH NGHIỆP TRONG KINH DOANH

Sau khi được thành lập một cách hợp pháp, doanh nghiệp sẽ thực hiện các hoạt động kinh doanh. Trong kinh doanh, doanh nghiệp có những quyền được pháp luật xác định và bảo hộ, đồng thời cũng có những nghĩa vụ đối với nhà nước, đối với xã hội. Đây là những quyền và nghĩa vụ pháp lý, do pháp luật xác định và bảo đảm thực hiện. Ngoài ra, doanh nghiệp có thể thực hiện những nghĩa vụ xã hội khác với ý nghĩa là các hoạt động tự

nguyên, từ thiện. Các cơ quan đăng ký kinh doanh phối hợp với các cơ quan nhà nước khác có trách nhiệm tạo điều kiện để doanh nghiệp thực hiện quyền, đồng thời cũng thực hiện sự kiểm soát, quản lý và đôn đốc để doanh nghiệp thực hiện nghĩa vụ của mình.

Quyền và nghĩa vụ của doanh nghiệp trong kinh doanh được xác định trong nhiều văn bản pháp luật như Luật Đầu tư, Luật Thương mại, Luật Cạnh tranh, Luật Các tổ chức tín dụng, Luật Lao động, Luật Chứng khoán, các văn bản pháp luật chuyên ngành tương ứng với hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp.

Với mục đích cung cấp cách nhìn khái quát về những quyền được hưởng và những nghĩa vụ mà doanh nghiệp phải thực hiện trong quá trình hoạt động kinh doanh, phần này sẽ giới thiệu chung những quyền và nghĩa vụ của doanh nghiệp theo Luật Doanh nghiệp và pháp luật liên quan mà không đi sâu phân tích nội dung cụ thể.

1. Những quyền của doanh nghiệp trong kinh doanh

1.1. Quyền của doanh nghiệp đối với tài sản

Doanh nghiệp có quyền chiếm hữu, sử dụng và định đoạt đối với những tài sản thuộc quyền sở hữu hợp pháp của mình. Cùng với việc thừa nhận sự phát triển lâu dài, bình đẳng của các loại hình doanh nghiệp, Hiến pháp Việt Nam 1992 còn quy định: “Tài sản hợp pháp của cá nhân, tổ chức không bị quốc hữu hóa. Trường hợp thật cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh và vì lợi ích quốc gia, Nhà nước trưng mua hoặc trưng dụng có bồi thường tài sản của cá nhân hoặc tổ chức theo thời giá thị trường” (Điều 23), “Nhà nước khuyến khích các tổ chức, cá nhân nước ngoài đầu tư vốn, công nghệ vào Việt Nam phù hợp với pháp luật Việt Nam, pháp luật và thông lệ quốc tế; bảo đảm quyền sở hữu hợp pháp đối với vốn, tài sản và các quyền lợi khác của các tổ chức, cá nhân nước ngoài. Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài không bị quốc hữu hóa. Nhà nước khuyến khích và tạo điều kiện thuận lợi để người Việt Nam định cư ở nước ngoài đầu tư về nước” (Điều 25). Nội dung và các biện pháp bảo vệ quyền sở hữu được quy định trong Bộ luật Dân sự 2005 và các đạo luật về sở hữu trí tuệ, chuyển giao công nghệ.

Doanh nghiệp với tư cách là tổ chức kinh tế có những quyền và nghĩa vụ về sử dụng đất trong các trường hợp: do các thành viên góp vốn góp vào, được Nhà nước giao đất, cho thuê đất và trong trường hợp tổ chức kinh tế nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất, chuyển mục đích sử dụng đất. Pháp luật về đất đai của Việt Nam đang có nhiều thay đổi lớn theo hướng tạo cơ sở để hình thành và phát triển thị trường bất động sản, tạo sự bình

đẳng giữa các doanh nghiệp nhà nước và doanh nghiệp dân doanh đối với quyền sử dụng đất. Nội dung quyền sử dụng đất hiện hành tập trung trong Luật Đất đai được Quốc hội thông qua ngày 26/11/2003 và một số quy định trong Bộ luật Dân sự 2005.

Trong quá trình hoạt động, để đáp ứng nhu cầu vốn cho kinh doanh, các doanh nghiệp được chủ động lựa chọn hình thức và cách thức huy động vốn trên các thị trường vốn đã có ở Việt Nam. Doanh nghiệp được thỏa thuận sử dụng các hình thức tín dụng trên thị trường tài chính tín dụng, tham gia thị trường chứng khoán, thị trường bất động sản. Liên quan đến nội dung này là Luật Các tổ chức tín dụng 1997 được bổ sung, sửa đổi năm 2004, Luật Kinh doanh bất động sản 2006, Luật Chứng khoán 2006.

Doanh nghiệp có toàn quyền sử dụng lợi nhuận hợp pháp thu được từ các hoạt động kinh doanh với ý nghĩa là chủ sở hữu thực hiện quyền sở hữu đối với tài sản của mình.

1.2. Quyền tự do hoạt động kinh doanh và cạnh tranh lành mạnh

Trên thương trường, doanh nghiệp có quyền chủ động lựa chọn và thay đổi ngành, nghề, địa bàn đầu tư, hình thức đầu tư, kể cả liên doanh, góp vốn vào doanh nghiệp khác, chủ động mở rộng quy mô và ngành, nghề kinh doanh. Địa bàn đầu tư của doanh nghiệp không chỉ tại địa điểm kinh doanh mà còn có thể mở rộng trong phạm vi toàn quốc, thậm chí ra nước ngoài và đó hoàn toàn là quyền của doanh nghiệp.

Doanh nghiệp được chủ động tìm kiếm thị trường, khách hàng và tự do ký kết hợp đồng với các đối tác trong và ngoài nước, được trực tiếp kinh doanh xuất nhập khẩu. Doanh nghiệp cũng có quyền tự định đoạt để giải quyết những tranh chấp phát sinh trong việc góp vốn, liên kết, liên doanh và thực hiện các hợp đồng. Nhà nước có trách nhiệm tạo môi trường và những bảo đảm về mặt pháp lý cho doanh nghiệp thực hiện quyền tự do kinh doanh và cạnh tranh lành mạnh. Ngoài những quy định về đăng ký kinh doanh, đăng ký những thay đổi của doanh nghiệp còn có nhiều văn bản liên quan đến nội dung này như Luật Cạnh tranh 2004; các quy định về hợp đồng trong Bộ luật Dân sự 2005; Luật Thương mại 2005; Luật Đầu tư 2005; những quy định về quyền thỏa thuận của doanh nghiệp để giải quyết các tranh chấp trong kinh doanh, thương mại trong Bộ luật Tố tụng dân sự 2004, Pháp lệnh Trọng tài thương mại 2003.

a) Quyền thuê và sử dụng lao động

Theo yêu cầu của kinh doanh, doanh nghiệp có quyền tuyển, thuê và sử dụng lao động trên cơ sở thực hiện những quy định của pháp luật về lao

động, hiện hành được tập trung thể hiện qua Bộ Luật lao động 1994 được sửa đổi, bổ sung năm 2002, 2006 và 2007.

b) Quyền ứng dụng tiến bộ khoa học công nghệ và quyền tổ chức quản lý doanh nghiệp

Pháp luật xác định doanh nghiệp có quyền tổ chức nghiên cứu, chuyển giao để triển khai ứng dụng những tiến bộ khoa học công nghệ phục vụ cho các hoạt động kinh doanh. Doanh nghiệp có quyền tự chủ kinh doanh, chủ động thực hiện các hoạt động quản lý doanh nghiệp, giải quyết những bất đồng, tranh chấp trong nội bộ, chủ động áp dụng phương thức quản lý khoa học, hiện đại để nâng cao hiệu quả và khả năng cạnh tranh. Doanh nghiệp cũng có quyền quyết định khi thực hiện các hình thức tổ chức lại và giải thể doanh nghiệp.

1.3. Các quyền khác theo quy định của pháp luật

Doanh nghiệp có quyền từ chối mọi yêu cầu cung cấp các nguồn lực không được pháp luật quy định của bất kỳ cá nhân, cơ quan hay tổ chức nào, trừ những khoản tự nguyện đóng góp vì mục đích nhân đạo và công ích. Doanh nghiệp có quyền khiếu nại, tố cáo theo pháp luật về khiếu nại, tố cáo.

Trong các lĩnh vực và trường hợp cụ thể, doanh nghiệp còn có những quyền khác được các văn bản pháp luật quy định.

2. Những nghĩa vụ của doanh nghiệp trong kinh doanh

2.1. Nghĩa vụ về ngành, nghề kinh doanh

Hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp phải được thực hiện theo đúng phạm vi và các ngành, nghề đã được ghi trong Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh hoặc các giấy tờ có giá trị là đăng ký kinh doanh. Vi phạm quy định pháp luật về ngành, nghề kinh doanh, hàng hoá, dịch vụ cấm kinh doanh, kinh doanh có điều kiện như kinh doanh trái phép, sản xuất, tàng trữ, mua bán và vận chuyển hàng cấm, hàng giả sẽ phải chịu những chế tài pháp luật, thậm chí có thể bị thu hồi đăng ký kinh doanh.

2.2. Nghĩa vụ về tài chính

Phù hợp với ngành, nghề và lĩnh vực kinh doanh, doanh nghiệp có nghĩa vụ đăng ký thuế, kê khai thuế, nộp thuế và thực hiện các nghĩa vụ tài chính khác theo quy định của pháp luật. Các sắc thuế hiện hành được ban hành dưới hình thức Luật và Pháp lệnh. Ngoài ra, doanh nghiệp còn phải thực hiện thu nộp các khoản phí và lệ phí quy định trong Pháp lệnh phí và lệ phí 28/8/2001. Trong những ngành, nghề kinh doanh mà pháp luật quy định

sản phẩm bảo hiểm bắt buộc, nếu doanh nghiệp đăng ký hoạt động những ngành, nghề đó thì còn phải tham gia bảo hiểm bắt buộc. Có những ngành, nghề kinh doanh đặc biệt như tín dụng, ngân hàng, bảo hiểm, chứng khoán, pháp luật quy định chế độ tài chính cụ thể để duy trì nền tài chính doanh nghiệp lành mạnh, tránh cho doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản gây ảnh hưởng dây chuyền xấu cho nền kinh tế, đương nhiên doanh nghiệp phải tuân theo những quy định này. Doanh nghiệp cũng phải thực hiện những quy định về vốn pháp định nếu doanh nghiệp đăng ký kinh doanh những ngành, nghề phải có vốn pháp định. Pháp luật kế toán cũng bắt buộc doanh nghiệp phải công khai báo cáo tài chính với những nội dung nhất định.

2.3. Nghĩa vụ về kế toán và thống kê

Để phục vụ cho yêu cầu quản lý nhà nước, đồng thời cũng để tổng hợp thông tin về thị trường cung cấp cho các doanh nghiệp, Nhà nước ban hành chế độ kế toán, thống kê. Doanh nghiệp phải thực hiện kế toán tài chính để cung cấp báo cáo tài chính cho các cơ quan nhà nước. Doanh nghiệp cũng cần thực hiện kế toán quản trị để phục vụ cho hoạt động quản trị trong nội bộ doanh nghiệp. Luật Kế toán 2003 quy định công tác kế toán mà các doanh nghiệp phải thực hiện với những nội dung: chứng từ kế toán, tài khoản và sổ kế toán, báo cáo tài chính, kiểm tra kế toán, kiểm kê tài sản, bảo quản, lưu trữ tài liệu kế toán và tổ chức bộ máy kế toán, người làm kế toán. Doanh nghiệp có nghĩa vụ kê khai và định kỳ báo cáo chính xác, đầy đủ các thông tin về doanh nghiệp và tình hình tài chính của doanh nghiệp với cơ quan đăng ký kinh doanh; khi phát hiện các thông tin đã kê khai hoặc báo cáo là không chính xác, không đầy đủ hoặc giả mạo, thì phải kịp thời hiệu đính lại các thông tin đó với cơ quan đăng ký kinh doanh.

Doanh nghiệp có trách nhiệm tổ chức thực hiện công tác thống kê, cung cấp các số liệu ghi chép ban đầu cho các cuộc điều tra thống kê và lập báo cáo thống kê. Luật Thống kê được Quốc hội thông qua ngày 17/6/2003.

2.4. Nghĩa vụ trong sử dụng lao động

Lao động là một trong những nguồn lực cơ bản đối với hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp và sử dụng lao động cũng là quyền của các doanh nghiệp. Trên thị trường lao động, doanh nghiệp với tư cách người sử dụng quan hệ với người lao động trên cơ sở hợp đồng lao động. Sự thỏa thuận giữa hai bên trong quan hệ lao động nhưng phải dựa trên cơ sở những quy định của pháp luật lao động. Doanh nghiệp ưu tiên sử dụng lao động trong nước, sử dụng tiết kiệm và có hiệu quả nguồn lực lao động, bảo đảm quyền, lợi ích của người lao động theo quy định của pháp luật về lao động

đặc biệt là việc làm, hợp đồng lao động, tiền lương, bảo hiểm xã hội, vệ sinh, an toàn lao động và giải quyết tranh chấp lao động; tôn trọng quyền tổ chức công đoàn theo pháp luật về công đoàn. Pháp luật về lao động hiện hành tập trung trong Bộ luật Lao động 1994, được sửa đổi, bổ sung năm 2002, 2006 và 2007.

2.5. Những nghĩa vụ đối với người tiêu dùng

Hàng hóa là những sản phẩm và dịch vụ được sản xuất vì người tiêu dùng. Nhà nước bảo hộ quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp với tư cách người cung cấp hàng hóa đồng thời cũng bảo hộ quyền lợi hợp pháp của người tiêu dùng với tư cách người sử dụng hàng hóa. Về lâu dài, lợi ích của hai chủ thể này tác động thuận chiều với nhau. Doanh nghiệp muốn phát triển ổn định, lâu dài không thể không xây dựng và thực hiện một chiến lược về khách hàng, xây dựng uy tín với khách hàng. Vì vậy, Nhà nước đặt ra những quy định pháp luật xác định nghĩa vụ của doanh nghiệp đối với người tiêu dùng. Bằng các quy định hành chính, Nhà nước bắt buộc các doanh nghiệp phải thực hiện các tiêu chuẩn chất lượng hàng hóa, công bố, bảo đảm và chịu trách nhiệm về chất lượng hàng hóa do mình sản xuất; thực hiện quy chế ghi nhãn hàng hóa lưu thông trong nước, hàng hóa xuất khẩu, nhập khẩu; sử dụng đơn vị đo lường hợp pháp; bảo đảm vệ sinh an toàn thực phẩm. Nhà nước phải đóng vai trò trọng tài công minh trong việc phân định và giải quyết những tranh chấp về chất lượng hàng hóa theo hướng tạo điều kiện thuận lợi cho doanh nghiệp xây dựng thương hiệu hàng hóa, giới thiệu và phát triển thương hiệu của mình với khách hàng trong và ngoài nước. Pháp luật quy định những chế tài hành chính và chế tài hình sự đối với những vi phạm của doanh nghiệp về nghĩa vụ đối với người tiêu dùng.

2.6. Các nghĩa vụ xã hội liên quan đến kinh doanh

Doanh nghiệp phải tuân thủ các quy định 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 hóa và danh lam thắng cảnh. Đó là những quy định về bảo vệ bí mật quốc gia; phòng chống cháy nổ; sử dụng tiết kiệm và có hiệu quả tài nguyên thiên nhiên của đất nước; lựa chọn và sử dụng công nghệ thích hợp để hạn chế tác động tiêu cực đối với môi trường, nghiêm cấm những hành vi kinh doanh hủy hoại môi trường; tôn trọng và tích cực đấu tranh với những hành vi vi phạm di tích lịch sử, văn hóa và danh lam thắng cảnh. Khi xây dựng đề án thành lập doanh nghiệp phải đánh giá tác động đối với môi trường, trong quá trình hoạt động phải có những biện pháp xử lý các chất thải chống ô nhiễm không khí, nước mặt, nước ngầm và môi trường biển.

Doanh nghiệp nói riêng và nền kinh tế quốc dân nói chung chỉ có thể hội nhập kinh tế quốc tế và phát triển bền vững nếu tăng trưởng kinh tế nhưng vẫn bảo vệ được môi trường, bảo tồn những nét văn hóa truyền thống. Nghĩa vụ này của doanh nghiệp trong pháp luật kinh tế Việt Nam ngày càng được coi trọng.

Ngoài ra, những doanh nghiệp hoạt động trong một số ngành, nghề có những yếu tố đặc thù còn phải thực hiện những nghĩa vụ riêng. Những nghĩa vụ này được quy định trong các văn bản pháp luật cụ thể tương ứng trong những lĩnh vực và ngành nghề đó.

3. Pháp luật về cạnh tranh

Luật Cạnh tranh được Quốc hội Khóa XI thông qua ngày 3/12/2004 quy định về hành vi *hạn chế cạnh tranh*, hành vi *cạnh tranh không lành mạnh*, trình tự, thủ tục giải quyết *vụ việc cạnh tranh*, biện pháp *xử lý vi phạm* pháp luật về cạnh tranh. Doanh nghiệp được tự do cạnh tranh trong khuôn khổ pháp luật. Nhà nước bảo hộ quyền cạnh tranh hợp pháp trong kinh doanh. Đương nhiên, việc cạnh tranh phải được thực hiện theo nguyên tắc trung thực, không xâm phạm đến lợi ích của Nhà nước, lợi ích công cộng, quyền và lợi ích hợp pháp của doanh nghiệp, của người tiêu dùng và phải tuân theo pháp luật.

Theo Luật Cạnh tranh 2004, doanh nghiệp có *quyền cạnh tranh* thể hiện qua các hành vi hạn chế cạnh tranh như thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, sử dụng vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền, tập trung kinh tế (sáp nhập doanh nghiệp, hợp nhất doanh nghiệp, mua lại doanh nghiệp, liên doanh giữa các doanh nghiệp...). Pháp luật quy định mức độ, phạm vi có tính chất “ngưỡng” hợp pháp của các hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, tập trung kinh tế và các trường hợp miễn trừ cho hai nhóm hành vi này, đồng thời cũng quy định những *hành vi bị cấm* đối với thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, việc sử dụng vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền và tập trung kinh tế. Doanh nghiệp *bị cấm thực hiện* những hành vi cạnh tranh không lành mạnh như chỉ dẫn gây nhầm lẫn, xâm phạm bí mật kinh doanh, ép buộc trong kinh doanh, gièm pha doanh nghiệp khác, gây rối hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp khác, quảng cáo nhằm cạnh tranh không lành mạnh, khuyến mại nhằm cạnh tranh không lành mạnh, phân biệt đối xử của hiệp hội, bán hàng đa cấp bất chính...

Doanh nghiệp vượt quá “ngưỡng” hợp pháp của các hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, tập trung kinh tế, thực hiện các hành vi bị cấm sẽ làm phát sinh *vụ việc cạnh tranh* và được giải quyết theo *tổ tụng cạnh tranh*. Giải quyết vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh

thực hiện theo quy định của Luật Cạnh tranh. Giải quyết vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi cạnh tranh không lành mạnh thực hiện theo quy định của Luật Cạnh tranh và pháp luật về xử lý vi phạm hành chính. Chính phủ thành lập cơ quan quản lý cạnh tranh và Hội đồng cạnh tranh để kiểm soát thực hiện pháp luật cạnh tranh và xử lý các vụ việc cạnh tranh. Cơ quan quản lý cạnh tranh có thẩm quyền: kiểm soát quá trình tập trung kinh tế; thụ lý hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ, đề xuất ý kiến để Bộ trưởng Bộ Thương mại quyết định hoặc trình Thủ tướng Chính phủ quyết định; điều tra các vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh và hành vi cạnh tranh không lành mạnh; xử lý, xử phạt hành vi cạnh tranh không lành mạnh. Hội đồng cạnh tranh có nhiệm vụ xử lý, giải quyết khiếu nại đối với vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh. Việc giải quyết khiếu nại đối với vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi cạnh tranh không lành mạnh thực hiện theo pháp luật về khiếu nại, tố cáo và các vụ án hành chính.

CÂU HỎI ÔN TẬP

1. Nêu những đặc trưng về mặt pháp lý của một doanh nghiệp.
2. Trình bày những nội dung của Pháp luật Việt Nam quy định về giới hạn trách nhiệm của doanh nghiệp trong kinh doanh.
3. Nội dung và ý nghĩa của những quy định pháp luật về điều kiện và thủ tục chung để thành lập một doanh nghiệp.
4. Quyền tự do kinh doanh thể hiện trong các quy định của pháp luật về thành lập doanh nghiệp.
5. Nội dung cơ bản về những quyền và nghĩa vụ của doanh nghiệp trong kinh doanh.
6. Giả sử một công ty cổ phần đang trong quá trình thành lập, các sáng lập viên đề nghị bạn làm cho họ một bản Dự thảo Điều lệ công ty. Một số cổ đông của công ty đề nghị trong Điều lệ cần có một điều khoản về giải quyết tranh chấp giữa các cổ đông với nhau và giữa cổ đông với công ty trong quá trình thành lập, hoạt động, giải thể công ty.
 - Bạn thấy đề nghị này có hợp lý không ? Vì sao ?
 - Nếu có điều khoản này trong Điều lệ thì theo pháp luật hiện hành có những phương thức nào giúp giải quyết loại tranh chấp này để có thể ghi vào trong Điều lệ ?
 - Phương án cuối cùng về điều khoản này trong Điều lệ do ai quyết định ? Vì sao ?
7. Giả sử có các trường hợp mà bạn được yêu cầu tư vấn về hồ sơ đăng ký kinh doanh để thành lập doanh nghiệp:
 - Trường hợp 1:* Hồ sơ để đăng ký thành lập một doanh nghiệp tư nhân kinh doanh cơ sở lưu trú.
 - Trường hợp 2:* Hồ sơ để đăng ký thành lập một công ty cổ phần kinh doanh dịch vụ khám chữa bệnh.Các trường hợp trên, theo bạn trong hồ sơ xin đăng ký kinh doanh phải có các loại giấy tờ gì ? Vì sao ?

Được biết: Theo quy định hiện hành thì việc kinh doanh cơ sở lưu trú phải có "Giấy phép xác nhận đủ điều kiện về an ninh trật tự" và việc kinh doanh dịch vụ khám chữa bệnh thuộc các ngành kinh doanh phải có "Chứng chỉ hành nghề".

Chương 2

CHẾ ĐỘ PHÁP LÝ VỀ CÁC CHỦ THỂ KINH DOANH

I - DOANH NGHIỆP TƯ NHÂN

1. Khái niệm và đặc điểm của doanh nghiệp tư nhân

Điều 141 Luật Doanh nghiệp 2005 định nghĩa: *“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”*.

Theo khái niệm này, doanh nghiệp tư nhân có các đặc điểm sau:

Thứ nhất là đặc điểm về chủ thể thành lập doanh nghiệp tư nhân. Chủ doanh nghiệp tư nhân chỉ có thể là một cá nhân. Đặc điểm này phân biệt doanh nghiệp tư nhân với các doanh nghiệp khác do (nhiều) cá nhân hoặc tổ chức thành lập. Muốn thành lập doanh nghiệp tư nhân, cá nhân phải thỏa mãn đầy đủ những điều kiện mà luật pháp quy định. Trước khi Luật Doanh nghiệp 2005 có hiệu lực, chỉ có nhà đầu tư là cá nhân có quốc tịch Việt Nam được thành lập doanh nghiệp tư nhân. Ngày nay các nhà đầu tư Việt Nam và nước ngoài đều có quyền bình đẳng trong việc lựa chọn loại hình doanh nghiệp. Tuy nhiên, việc đầu tư thành lập doanh nghiệp tư nhân của nhà đầu tư nước ngoài sẽ còn phải được Chính phủ quy định cụ thể.

Thứ hai là đặc điểm về tài sản. Chủ doanh nghiệp tư nhân dùng tài sản thuộc quyền sở hữu hoặc quyền sử dụng hợp pháp của mình để đầu tư thành lập doanh nghiệp, trở thành chủ sở hữu duy nhất của doanh nghiệp. Ở doanh nghiệp tư nhân, không có sự phân biệt rõ ràng giữa tài sản đầu tư vào kinh doanh và những tài sản khác của chủ doanh nghiệp. Tuy hiện nay Nhà nước không quy định mức vốn tối thiểu phải có để kinh doanh đối với tất cả các ngành nghề, nhưng chủ doanh nghiệp tư nhân 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, chủ doanh nghiệp còn phải ghi rõ loại tài sản, số lượng và giá trị của mỗi loại tài sản (Điều 142 Luật Doanh nghiệp). 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 hoặc giảm vốn đầu tư của chủ doanh nghiệp phải được ghi chép đầy đủ vào sổ kế toán. Trường hợp giảm vốn đầu tư xuống thấp hơn mức vốn 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 là đặc điểm về giới hạn trách nhiệm. Chủ doanh nghiệp tư nhân tự chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình về mọi hoạt động của doanh nghiệp, không phân biệt tài sản đầu tư vào doanh nghiệp và những tài sản khác. Vì vậy, doanh nghiệp tư nhân là loại doanh nghiệp chịu trách nhiệm vô hạn.

Thứ tư là đặc điểm về tư cách chủ thể. Ở doanh nghiệp tư nhân, không có sự phân biệt giữa doanh nghiệp và chủ doanh nghiệp, về nguyên tắc không có sự tách bạch giữa sở hữu và quản lý. Chủ doanh nghiệp tư nhân là đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp, là nguyên đơn, bị đơn hoặc là người có quyền và lợi ích liên quan trước các cơ quan giải quyết tranh chấp liên quan đến doanh nghiệp (Điều 143 Luật Doanh nghiệp). Thông thường, chủ doanh nghiệp đồng thời quản lý doanh nghiệp. Đặc điểm này phân biệt doanh nghiệp tư nhân với các doanh nghiệp có tư cách chủ sở hữu doanh nghiệp tách biệt với tư cách chủ thể khi tham gia quan hệ pháp luật của doanh nghiệp như là các công ty.

2. Thành lập doanh nghiệp tư nhân

Căn cứ vào những quy định của pháp luật về điều kiện kinh doanh, vào khả năng chuyên môn và tài chính của mình, người muốn thành lập doanh nghiệp tư nhân lập bộ hồ sơ nộp tại Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh, nơi doanh nghiệp dự định đặt trụ sở chính. Người thành lập doanh nghiệp cũng có thể uỷ quyền bằng văn bản cho người khác đại diện cho mình nộp hồ sơ làm thủ tục đăng ký kinh doanh. Hiện nay, nước ta đang từng bước thực hiện cải cách thủ tục hành chính theo hướng đơn giản hoá có lợi cho người đăng ký kinh doanh, người thành lập doanh nghiệp có thể gửi hồ sơ đăng ký kinh doanh đến địa chỉ thư điện tử (Email) của Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh.

Bộ hồ sơ gồm có: Giấy đề nghị đăng ký kinh doanh lập theo mẫu của Bộ Kế hoạch và Đầu tư; ngoài ra còn có: Bản sao hợp lệ Giấy chứng minh nhân dân; Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác của chủ doanh

ng nghiệp. Đối với các ngành, nghề kinh doanh phải có vốn pháp định, thì phải có thêm văn bản của cơ quan có thẩm quyền xác nhận vốn của doanh nghiệp. Bản sao hợp lệ chứng chỉ hành nghề của Giám đốc và cá nhân quản lý khác đối với doanh nghiệp kinh doanh các ngành, nghề mà theo quy định của pháp luật phải có chứng chỉ hành nghề.

Thủ tục đăng ký kinh doanh và thông báo công khai về doanh nghiệp tư nhân theo quy định chung.

3. Quản lý hoạt động của doanh nghiệp tư nhân

Trong khuôn khổ những quy định của pháp luật, chủ doanh nghiệp tư nhân có toàn quyền quyết định đối với tất cả các hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp. Chủ doanh nghiệp tư nhân toàn quyền quyết định mô hình tổ chức và quản lý doanh nghiệp phù hợp với quy mô và đặc điểm của doanh nghiệp. Doanh nghiệp tư nhân thường có quy mô nhỏ, nên thông thường, chủ doanh nghiệp cũng đồng thời trực tiếp điều hành mọi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp. Tuy nhiên, chủ doanh nghiệp cũng có thể không trực tiếp điều hành hoạt động của doanh nghiệp mà thuê người khác làm Giám đốc điều hành doanh nghiệp của mình. Nhưng, dù trực tiếp hay gián tiếp điều hành hoạt động sản xuất kinh doanh của doanh nghiệp, chủ doanh nghiệp vẫn phải chịu trách nhiệm về mọi hoạt động của doanh nghiệp trước Nhà nước, trước các bên đối tác và trước người lao động. Do tính chất một chủ, chủ doanh nghiệp tư nhân tự chịu trách nhiệm không có sự phân chia rủi ro với ai. Trường hợp thuê người khác làm Giám đốc quản lý, điều hành doanh nghiệp, thì chủ doanh nghiệp tư nhân phải khai báo với cơ quan đăng ký kinh doanh và vẫn phải chịu trách nhiệm về mọi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp (Khoản 2 Điều 143 Luật Doanh nghiệp). Nhiệm vụ, quyền hạn và trách nhiệm của các bên (chủ doanh nghiệp và người được thuê để điều hành, quản lý doanh nghiệp) cần được quy định cụ thể trong hợp đồng giữa chủ doanh nghiệp tư nhân và người được thuê.

Chủ doanh nghiệp có quyền cho thuê toàn bộ doanh nghiệp của mình. Hợp đồng cho thuê doanh nghiệp là văn bản quy định rõ quyền hạn, nghĩa vụ và trách nhiệm của chủ sở hữu doanh nghiệp và người thuê doanh nghiệp. Để tạo điều kiện cho hoạt động quản lý doanh nghiệp của Nhà nước, chủ doanh nghiệp tư nhân phải báo cáo bằng văn bản kèm theo bản sao có công chứng của hợp đồng cho thuê doanh nghiệp tư nhân với các 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 (Điều 144 Luật Doanh nghiệp).

Chủ doanh nghiệp có quyền bán doanh nghiệp của mình cho người khác. Tuy nhiên, việc bán một doanh nghiệp là một thủ tục phức tạp vì nó có liên quan đến nhiều người khác, như các chủ nợ, các bên còn mắc nợ doanh nghiệp, những người lao động, các cơ quan quản lý nhà nước về doanh nghiệp. Vì vậy, ngay cả khi đã bán doanh nghiệp, chủ doanh nghiệp vẫn phải chịu trách nhiệm về tất cả các khoản nợ và các 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 thỏa thuận khác. Người mua phải đăng ký lại tại cơ quan đã cấp chứng nhận đăng ký kinh doanh cho doanh nghiệp được bán (Điều 145 Luật Doanh nghiệp).

Trong việc thành lập cũng như trong quá trình tồn tại, hoạt động kinh doanh, nếu vi phạm những quy định pháp luật, doanh nghiệp tư nhân có thể bị xử phạt vi phạm hành chính theo các văn bản pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính trong các lĩnh vực đăng ký kinh doanh, lĩnh vực văn hóa thông tin, thương mại, thuế, hải quan, kế toán, thống kê. Thậm chí doanh nghiệp có thể bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh.

II - CÔNG TY

KHÁI NIỆM CHUNG VỀ CÔNG TY VÀ CÁC LOẠI CÔNG TY

Trong những giai đoạn đầu tiên của lịch sử thương mại, người buôn bán thường hoạt động độc lập hoặc trong phạm vi gia đình. Khi việc kinh doanh phát triển đòi hỏi có sự tham gia của nhiều người hơn thì những người buôn bán có mối quan hệ thân thiết và có tín nhiệm đã tập hợp thành từng “phường”, “hội”. Từ đó, những người kinh doanh đã tìm cách liên kết, ràng buộc nhau để cùng kinh doanh có hiệu quả hơn: Công ty ra đời.

Các loại công ty trên thế giới rất đa dạng, với nhiều tên gọi khác nhau. Căn cứ vào tính chất liên kết, chế độ trách nhiệm của thành viên trong công ty và theo quy định của pháp luật, người ta chia công ty thành hai loại cơ bản là: *công ty đối nhân* và *công ty đối vốn*.

1. Công ty đối nhân

Công ty đối nhân là những công ty được thành lập dựa trên sự liên kết chặt chẽ bởi độ tin cậy về nhân thân của các thành viên tham gia. Sự hùn vốn chỉ là yếu tố thứ yếu. Công ty đối nhân có đặc điểm quan trọng là: *ở đây không có sự tách bạch rạch ròi giữa tài sản cũng như trách nhiệm của công ty và của các thành viên*. Các thành viên liên đới chịu trách nhiệm và chịu trách nhiệm vô hạn về các khoản nợ của công ty. Công ty đối nhân tồn tại

dưới các dạng cơ bản như: công ty hợp danh, công ty hợp vốn đơn giản và công ty dự phần.

2. Công ty đối vốn

Về mặt lịch sử, công ty đối vốn ra đời sau các công ty đối nhân. Khác với công ty đối nhân, khi thành lập công ty đối vốn, người ta không quan tâm nhiều đến nhân thân của người góp vốn. Yếu tố quyết định vị trí, quyền hạn và trách nhiệm của người góp vốn chính là phần vốn của họ góp vào công ty.

Đặc điểm quan trọng của công ty đối vốn là *có sự tách bạch giữa tài sản của công ty và tài sản của các thành viên của công ty*. Các công ty đối vốn chỉ chịu trách nhiệm về các khoản nợ của công ty giới hạn trong phạm vi tài sản riêng của mình, đồng thời, các thành viên của công ty đối vốn cũng chỉ chịu trách nhiệm về công nợ của công ty giới hạn trong phạm vi phần vốn của mình góp vào công ty.

Các công ty đối vốn có rất nhiều ưu điểm so với công ty đối nhân, được người kinh doanh ưa chuộng, nhất là chế độ trách nhiệm hữu hạn của nó cho phép người kinh doanh hạn chế được rủi ro trong kinh doanh. Cũng chính chế độ trách nhiệm hữu hạn này đã khuyến khích người kinh doanh đầu tư vào những lĩnh vực kinh doanh có rủi ro lớn, cũng đồng thời cho phép họ có thể phân tán tài sản ra nhiều lĩnh vực đầu tư khác nhau và vào nhiều cơ sở kinh doanh khác nhau, tạo điều kiện cho thị trường vốn ra đời và phát triển. Bên cạnh ưu điểm lớn đó, công ty đối vốn cũng có những hạn chế nhất định. *Thứ nhất*, chế độ trách nhiệm hữu hạn có lợi đối với người kinh doanh nhưng lại không có lợi cho những người có quan hệ kinh doanh với công ty, họ luôn bị rủi ro đe dọa. *Thứ hai*, do chỉ quan tâm đến vốn góp, nên thành viên của công ty đối vốn có thể rất đông, vì thế, việc quản lý công ty đối vốn rất phức tạp.

CÁC CÔNG TY THEO PHÁP LUẬT CỦA VIỆT NAM

1. Công ty cổ phần

1.1. Khái niệm và đặc điểm của công ty cổ phần

“Công ty cổ phần là doanh nghiệp, trong đó:

1. Vốn Điều lệ được chia thành nhiều phần bằng nhau gọi là cổ phần.
2. Cổ đông có thể là tổ chức, cá nhân; số lượng cổ đông tối thiểu là 3 và không hạn chế số lượng tối đa.
3. Cổ đông chỉ chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của doanh nghiệp trong phạm vi số vốn đã góp vào doanh nghiệp.

4. Cổ đông có quyền tự do chuyển nhượng cổ phần của mình cho người khác, trừ các trường hợp quy định tại Khoản 3 Điều 81 và Khoản 5 Điều 84 của Luật này” (Điều 77 Luật Doanh nghiệp).

Theo quy định trên, công ty cổ phần có một số đặc điểm sau:

Đặc điểm về cách góp vốn: Vốn Điều lệ của công ty cổ phần được chia thành nhiều phần bằng nhau gọi là cổ phần. Giá trị cổ phần gọi là mệnh giá cổ phần. Cổ phần là đơn vị vốn nhỏ nhất trong công ty. Cổ phần có thể được tự do chuyển nhượng. Vì vậy, có thể tham gia công ty cổ phần bằng cách mua cổ phiếu được chào bán trên thị trường chứng khoán.

Đặc điểm về thành viên: Thành viên của công ty cổ phần chính là các chủ sở hữu cổ phần, được gọi là cổ đông, là đồng chủ sở hữu của công ty. Cổ đông có thể là cá nhân hoặc tổ chức. Cổ đông của công ty cổ phần bao gồm hai loại chính: cổ đông sáng lập và cổ đông khác, với những quy định về điều kiện tham gia khác nhau. Cổ đông sáng lập phải thoả mãn những điều kiện quy định tại điều 13 Luật Doanh nghiệp. Số lượng cổ đông được quy định tối thiểu là 3 và không hạn chế tối đa. Mỗi cổ đông có thể sở hữu nhiều cổ phần, mức độ sở hữu cổ phần tạo thành sự cách biệt về mức vốn góp, về quyền và nghĩa vụ giữa các cổ đông trong công ty. Cổ đông có càng nhiều cổ phần thì càng có nhiều quyền và nghĩa vụ. Cổ đông có quyền tự do chuyển nhượng cổ phần của mình trừ một số trường hợp luật quy định hạn chế đối với cổ phần ưu đãi và cổ phần của cổ đông sáng lập. Luật Doanh nghiệp không có quy định hạn chế cổ phần đối với mỗi cổ đông. Tuy vậy, Điều lệ công ty có thể có quy định về giới hạn số cổ phần tối đa cho phép một cổ đông có thể sở hữu để không xảy ra tình trạng một cá nhân khống chế công ty do sở hữu lượng cổ phần lớn. Theo Khoản 4 Điều 86 Luật Doanh nghiệp, nếu một cổ đông có số cổ phần đạt đến 5% tổng số cổ phần trở lên của công ty thì phải đăng ký với cơ quan đăng ký kinh doanh có thẩm quyền.

Công ty cổ phần có quyền phát hành các loại chứng khoán theo quy định của pháp luật về chứng khoán để huy động vốn từ công chúng. Khả năng này tạo thành ưu thế đặc biệt của công ty cổ phần so với các loại công ty khác.

Công ty cổ phần có tư cách pháp nhân kể từ khi được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Là một pháp nhân, công ty cổ phần có tài sản riêng, được ghi rõ trong Điều lệ, là khối tài sản độc lập tách khỏi tài sản riêng của các cổ đông. Trong quá trình hoạt động, công ty dùng tài sản riêng này để tham gia vào các giao dịch và chịu trách nhiệm về các giao dịch đó. Tài sản riêng của công ty đồng thời là giới hạn trách nhiệm của công ty. Cổ đông cũng chịu trách nhiệm về hoạt động của công ty giới hạn trong phạm vi phần vốn của họ đã góp vào công ty.

1.2. Cổ phần, cổ phiếu, cổ đông

a) *Cổ phần, cổ phiếu*

Cổ phần là đơn vị vốn tối thiểu của công ty. Cổ phần được thể hiện dưới dạng chứng chỉ do công ty cổ phần phát hành, xác nhận quyền sở hữu một hoặc một số cổ phần của công ty được gọi là cổ phiếu. Giá trị cổ phần do công ty quyết định và được ghi trên cổ phiếu gọi là mệnh giá cổ phiếu. Cổ phiếu có thể ghi tên hoặc không ghi tên chủ sở hữu. Công ty cổ phần có thể có nhiều loại cổ phần khác nhau, bao gồm cổ phần phổ thông và cổ phần ưu đãi với các cách ưu đãi khác nhau, trong đó cổ phần phổ thông là cổ phần bắt buộc đối với mọi công ty cổ phần. Đây là loại cổ phần chủ yếu của công ty và mỗi cổ phần phổ thông có một phiếu biểu quyết. Ngoài loại cổ phần phổ thông, công ty có thể có các loại cổ phần ưu đãi, theo quy định tại Luật Doanh nghiệp 2005 có thể bao gồm:

Cổ phần ưu đãi biểu quyết là cổ phần có số phiếu biểu quyết nhiều hơn so với cổ phần phổ thông. Số phiếu biểu quyết cụ thể của một cổ phần ưu đãi biểu quyết do Điều lệ công ty quy định. Chỉ có tổ chức được Chính phủ uỷ quyền và cổ đông sáng lập được quyền nắm giữ cổ phần ưu đãi biểu quyết. Cổ phần ưu đãi biểu quyết là cổ phần ghi danh nên không được tự do chuyển nhượng cho những đối tượng khác. 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. Trong thời hạn 3 năm này, cổ đông sở hữu cổ phần ưu đãi biểu quyết không được chuyển nhượng cổ phần đó cho người khác.

Sau thời hạn 3 năm, cổ phần ưu đãi biểu quyết của cổ đông sáng lập chuyển thành cổ phần phổ thông và được chuyển nhượng theo quy định như đối với cổ phần phổ thông (Điều 84 Luật Doanh nghiệp).

Cổ phần ưu đãi cổ tức. *Cổ tức* là lợi tức được chia theo cổ phần. Cổ tức được chia theo quyết định của Đại hội cổ đông căn cứ vào lợi nhuận ròng của năm, sau khi hoàn thành các nghĩa vụ về thuế và tài chính khác theo quy định của pháp luật; trích lập các quỹ công ty và bù đắp các khoản lỗ trước đó. Như vậy, có hay không có cổ tức, mức cao hay thấp phụ thuộc vào kết quả hoạt động sản xuất, kinh doanh của công ty. Cổ phần ưu đãi cổ tức là cổ phần luôn luôn được trả cổ tức và được trả với mức cao hơn so với mức cổ tức của cổ phần phổ thông hoặc mức ổn định hàng năm. Cổ tức của cổ đông ưu đãi cổ tức bao gồm hai phần: cổ tức cố định và cổ tức thưởng. Cổ tức cố định được Điều lệ công ty quy định là một tỷ lệ phần trăm của tổng số vốn cổ phần thực góp vào công ty, không phụ thuộc vào kết quả kinh doanh của công ty. Mức cổ tức cố định cụ thể và phương thức xác định cổ tức thưởng được ghi trên cổ phiếu của cổ phần ưu đãi cổ tức. Khi hoạt động của

công ty có hiệu quả và khi cổ đông ưu đãi được chia cổ tức bằng hoặc nhiều hơn cổ tức của cổ đông phổ thông thì phải có thêm cổ tức thưởng. Cổ tức thưởng được xác định sao cho tổng số cổ tức cố định và cổ tức thưởng của cổ phần ưu đãi cổ tức cao hơn mức cổ tức của cổ phần phổ thông được trả trong năm đó. Đối lại những ưu đãi đó, cổ đông sở hữu cổ phần ưu đãi cổ tức không có quyền biểu quyết, không có quyền dự họp Đại hội đồng cổ đông, không có quyền đề cử người vào Hội đồng quản trị và Ban kiểm soát (Điều 82 Luật Doanh nghiệp).

Cổ phần ưu đãi hoàn lại là cổ phần sẽ được công ty bảo đảm hoàn lại vốn góp bất cứ khi nào theo yêu cầu của người sở hữu hoặc theo các điều kiện được ghi tại cổ phiếu của cổ phần ưu đãi hoàn lại. Có hai loại cổ phần ưu đãi hoàn lại là: cổ phần được hoàn lại vô điều kiện khi có yêu cầu của cổ đông sở hữu cổ phần và cổ phần chỉ được hoàn lại khi hội đủ những điều kiện được ghi trên cổ phiếu đó. Đây cũng là một ưu đãi vì thông thường, thị trường là yếu tố quyết định giá trị của cổ phần cũng như khả năng lưu thông của cổ phần. Cũng như đối với cổ phần ưu đãi cổ tức, cổ đông sở hữu cổ phần ưu đãi hoàn lại cũng không có quyền biểu quyết, không có quyền dự họp Đại hội đồng cổ đông, không có quyền đề cử người vào Hội đồng quản trị và Ban kiểm soát (Điều 83 Luật Doanh nghiệp).

Các loại cổ phần ưu đãi khác: Tùy theo chính sách của công ty và hoàn cảnh cụ thể của từng công ty mà có thể quy định thêm những loại cổ phần ưu đãi khác. Tất cả các loại cổ phần ưu đãi này cũng như đối tượng được hưởng cổ phần đó, quyền và nghĩa vụ của chủ sở hữu cổ phần đó phải được quy định cụ thể trong Điều lệ công ty.

Cổ phần ưu đãi có thể chuyển thành cổ phần phổ thông theo quyết định của Đại hội cổ đông nhưng cổ phần phổ thông không thể chuyển thành cổ phần ưu đãi. Mỗi cổ phần của cùng một loại đều tạo cho người sở hữu nó các quyền, nghĩa vụ và lợi ích ngang nhau, không phụ thuộc vào tư cách của cổ đông là cá nhân hay tổ chức.

Cổ phần là minh chứng tư cách thành viên của công ty cổ phần.

b) Cổ đông

Cổ đông là chủ sở hữu của cổ phần. Tùy theo tính chất của cổ phần mà có các loại cổ đông với địa vị pháp lý khác nhau. *Cổ đông phổ thông* là chủ sở hữu của cổ phần phổ thông. Cổ đông phổ thông có những quyền quan trọng quy định tại Khoản 1 Điều 79 Luật Doanh nghiệp bao gồm: Tham dự và biểu quyết tất cả các vấn đề thuộc thẩm quyền của Đại hội đồng cổ đông, mỗi cổ phần phổ thông có một phiếu biểu quyết; Được nhận cổ tức với tỷ lệ theo quyết định của Đại hội đồng cổ đông; Được ưu tiên mua cổ phần mới

chào bán tương ứng với tỷ lệ cổ phần phổ thông của mình 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 Đại hội đồng cổ đông và các nghị quyết của Đại hội đồng cổ đông; Khi công ty giải thể, được nhận một phần tài sản còn lại tương ứng với số cổ phần góp vốn vào công ty, sau khi công ty đã thanh toán cho chủ nợ và cổ đông loại khác và các quyền khác theo quy định của pháp luật và Điều lệ công ty. Kèm theo các quyền đó, cổ đông phổ thông có các nghĩa vụ: Thanh toán đủ số cổ phần cam kết mua và chịu trách nhiệm về nợ và các 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; Tuân thủ Điều lệ và quy chế quản lý nội bộ của công ty; Chấp hành quyết định của Đại hội đồng cổ đông, Hội đồng quản trị và các nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật và Điều lệ công ty. Đặc biệt, Luật Doanh nghiệp 2005 còn quy định trách nhiệm cá nhân của cổ đông khi nhân danh công ty dưới mọi hình thức để vi phạm pháp luật; Tiến hành kinh doanh và các giao dịch khác để tư lợi hoặc phục vụ lợi ích của tổ chức, cá nhân khác; Hoặc thanh toán các khoản nợ chưa đến hạn trước nguy cơ tài chính có thể xảy ra đối với công ty.

Ngoài cổ đông phổ thông là loại cổ đông bắt buộc, công ty cổ phần còn có thể có các cổ đông ưu đãi, bao gồm: *Cổ đông ưu đãi biểu quyết, cổ đông ưu đãi cổ tức, cổ đông ưu đãi hoàn lại...* tương ứng các loại cổ phần có những ưu đãi và hạn chế phù hợp với từng loại.

Cổ đông, nhóm cổ đông (lớn) là cổ đông hoặc các cổ đông tự nguyện tập hợp thành nhóm sở hữu trên 10% số cổ phần phổ thông trong thời hạn liên tục ít nhất 6 tháng hoặc tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty. Ngoài những quyền cơ bản như các cổ đông phổ thông khác, cổ đông lớn còn có thêm các quyền: Đề cử người vào Hội đồng quản trị 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 Đại hội đồng cổ đông trong trường hợp Hội đồng quản trị vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ của người quản lý, ra quyết định vượt quá thẩm quyền được giao. Nhiệm kỳ của Hội đồng quản trị đã vượt quá 6 tháng mà chưa được bầu thay thế hoặc các trường hợp khác quy định tại Điều lệ công ty và những quyền khác theo Luật Doanh nghiệp và Điều lệ của công ty.

1.3. Thành lập công ty cổ phần

a) Sáng lập

Đây là giai đoạn chuẩn bị thành lập công ty cổ phần. Ở giai đoạn này, cần có ít nhất 3 *cổ đông sáng lập* có đầy đủ điều kiện theo quy định tại Điều 13 Luật Doanh nghiệp. Các cổ đông sáng lập thảo luận để thống nhất về những vấn đề cơ bản như ngành nghề kinh doanh, vốn Điều lệ, phần vốn góp của mỗi thành viên, chỉ định người quản lý, chịu trách nhiệm về việc làm các thủ tục thành lập, đăng ký kinh doanh... Đồng thời các sáng lập viên có nghĩa vụ soạn thảo Điều lệ công ty với đầy đủ nội dung mà Luật Doanh nghiệp 2005 quy định trong Điều 22, bao gồm: Tên, địa chỉ trụ sở chính của công ty; Địa chỉ chi nhánh, văn phòng đại diện (nếu có); Ngành, nghề kinh doanh; Vốn Điều lệ, loại cổ phần, tổng số cổ phần được quyền chào bán của từng loại, mệnh giá cổ phần; Quyền và nghĩa vụ của từng loại cổ đông; Cơ cấu tổ chức quản lý và kiểm soát công ty (nếu có); Người đại diện theo pháp luật của công ty; Thể thức thông qua quyết định của công ty; Nguyên tắc giải quyết tranh chấp nội bộ; Quyền, nghĩa vụ và chế độ làm việc của từng cơ quan trong cơ cấu tổ chức quản lý công ty và của Ban kiểm soát, Trưởng ban kiểm soát; Căn cứ và phương pháp xác định thù lao, tiền lương và thưởng cho người quản lý và thành viên Ban kiểm soát hoặc Kiểm soát viên; Các trường hợp cổ đông có quyền yêu cầu công ty mua lại cổ phần; Nguyên tắc phân chia lợi nhuận sau thuế và xử lý lỗ trong kinh doanh; Các trường hợp giải thể, trình tự và thủ tục thanh lý tài sản công ty; Thể thức sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty; Họ, tên, địa chỉ, chữ ký của người đại diện theo pháp luật, tất cả cổ đông sáng lập và của người đại diện theo uỷ quyền của các cổ đông sáng lập của công ty.

Ngoài các nội dung bắt buộc trên, các cổ đông sáng lập có thể thoả thuận ghi vào Điều lệ công ty các nội dung khác với điều kiện không trái với quy định của pháp luật. Khi đã có Điều lệ dự thảo, các cổ đông sáng lập tổ chức Đại hội đồng cổ đông lần đầu tiên (Đại hội đồng thành lập công ty cổ phần). Dự thảo Điều lệ công ty sẽ được thảo luận tại Đại hội thành lập công ty và khi được đại hội thông qua sẽ trở thành Điều lệ chính thức của công ty. Bản Điều lệ đầu tiên này của công ty cổ phần phải được tất cả cổ đông sáng lập chấp thuận.

Khi bản Điều lệ và Nghị quyết về việc thành lập công ty được Đại hội đồng cổ đông sáng lập thông qua thì giai đoạn sáng lập được coi là kết thúc và các sáng lập viên có thể bắt đầu làm các thủ tục chính thức thành lập công ty, bao gồm các thủ tục đăng ký kinh doanh và thông báo công khai về công ty.

b) Đăng ký kinh doanh

Người đại diện theo pháp luật của công ty cổ phần làm thủ tục đăng ký kinh doanh và thông báo công khai về công ty theo quy định chung.

Sau khi được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, công ty cổ phần có tư cách pháp nhân và bắt đầu được hoạt động. Mọi quyền lợi và nghĩa vụ do các cổ đông sáng lập thiết lập trong giai đoạn sáng lập chuyển sang cho công ty kể từ thời điểm này và công ty có nghĩa vụ phải thực hiện. Nếu công ty không được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh thì các cổ đông sáng lập phải cùng nhau chịu trách nhiệm thực hiện những nghĩa vụ này.

c) Góp vốn

Sau khi được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, các cổ đông sáng lập phải góp đủ ngay cổ phần mà mình đã đăng ký trong thời hạn 90 ngày. Trong trường hợp có cổ đông không thanh toán đủ số cổ phần đã đăng ký mua thì: hoặc là các cổ đông sáng lập còn lại góp đủ số cổ phần đó theo tỷ lệ sở hữu cổ phần của họ trong công ty, hoặc một số cổ đông sáng lập nhận góp đủ số cổ phần đó, hoặc huy động người khác không phải là cổ đông sáng lập nhận góp đủ số cổ phần đó. Trong trường hợp này, người nhận góp vốn đó đương nhiên trở thành cổ đông sáng lập của công ty và cổ đông sáng lập chưa góp cổ phần theo đăng ký đương nhiên không còn là cổ đông của công ty. Trường hợp các cổ đông sáng lập không đăng ký mua hết số cổ phần được quyền chào bán thì số cổ phần còn lại phải được chào bán và bán hết trong thời hạn 3 năm, kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh (Khoản 4 Điều 84 Luật Doanh nghiệp).

Các cổ đông sáng lập chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài chính khác của công ty trong phạm vi giá trị cổ phần góp vào công ty đã ghi trong danh sách cổ đông sáng lập được đăng ký tại cơ quan đăng ký kinh doanh. Các cổ đông sáng lập phải thực hiện chuyển quyền sở hữu tài sản góp vốn cho công ty theo quy định của pháp luật.

1.4. Tổ chức quản lý hoạt động công ty cổ phần

Công ty cổ phần là loại doanh nghiệp thường có rất nhiều thành viên, và đây cũng chính là ưu thế của công ty cổ phần. Tuy nhiên, có nhiều thành viên cũng có một số điểm bất lợi, có thể nói là khó khăn, nhất là trong tổ chức, quản lý. Theo quy định tại Luật Doanh nghiệp công ty cổ phần có một cơ cấu tổ chức chặt chẽ, bao gồm: Đại hội đồng cổ đông, Hội đồng quản trị, (Tổng) Giám đốc. Nếu công ty cổ phần có trên 11 thành viên hoặc có cổ đông là tổ chức sở hữu trên 50% tổng số cổ phần của công ty thì phải có Ban kiểm soát.

a) Đại hội đồng cổ đông

Đại hội đồng cổ đông là cơ quan có quyền quyết định cao nhất của công ty cổ phần, bao gồm tất cả cổ đông có quyền biểu quyết (cổ đông phổ thông và cổ đông ưu đãi biểu quyết). Đại hội đồng cổ đông bao gồm: Đại hội đồng thành lập, Đại hội đồng thường niên và Đại hội đồng bất thường. Đại hội đồng cổ đông họp ít nhất mỗi năm một lần.

Theo quy định tại Khoản 2 Điều 96 Luật Doanh nghiệp, Đại hội đồng cổ đông có các quyền và nhiệm vụ sau đây: 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 hàng năm của từng loại cổ phần; Bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm thành viên Hội đồng quản trị, 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 hàng 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 Hội đồng quản trị, 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 pháp luật và Điều lệ công ty.

Hoạt động của Đại hội đồng cổ đông: Khi đã đi vào hoạt động, Đại hội đồng cổ đông họp ít nhất mỗi năm một lần theo quyết định của Hội đồng quản trị hoặc theo yêu cầu của cổ đông, nhóm cổ đông (lớn) hoặc của Ban kiểm soát trong trường hợp Hội đồng quản trị vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ của người quản lý hoặc Hội đồng quản trị ra quyết định vượt quá thẩm quyền được giao và các trường hợp khác theo quy định tại Điều lệ công ty. Đại hội đồng cổ đông quyết định về tất cả những vấn đề thuộc thẩm quyền của mình trong các kỳ họp bằng cách biểu quyết.

Triệu tập họp Đại hội đồng cổ đông: Người có thẩm quyền triệu tập Đại hội đồng cổ đông theo quy định của pháp luật bao gồm Hội đồng quản trị, Ban kiểm soát, nhóm cổ đông lớn (trong những trường hợp nhất định). Người có thẩm quyền triệu tập Đại hội đồng cổ đông lập danh sách cổ đông có quyền dự họp Đại hội đồng cổ đông dựa trên Sổ đăng ký cổ đông của công ty. Danh sách cổ đông có quyền dự họp Đại hội đồng cổ đông phải được lập khi có quyết định triệu tập và phải lập xong chậm nhất 30 ngày trước ngày khai mạc Đại hội đồng cổ đông. Điều lệ công ty có thể quy định một thời hạn khác ngắn hơn. Đồng thời người triệu tập phải lập chương trình, nội dung

và tài liệu cho cuộc họp, dự thảo nghị quyết đối với từng vấn đề trong chương trình họp, xác định thời gian và địa điểm họp, gửi giấy mời họp đến từng cổ đông có quyền dự họp chậm nhất 7 ngày làm việc trước ngày khai mạc. Kèm theo giấy mời họp phải có chương trình họp, các tài liệu thảo luận làm cơ sở để Đại hội đồng cổ đông thảo luận, thông qua quyết định.

Trước ngày khai mạc cuộc họp, công ty phải tổ chức đăng ký việc dự họp Đại hội đồng cổ đông cho đến khi bảo đảm việc đăng ký đầy đủ các cổ đông có quyền dự họp. Người đăng ký dự họp sẽ được cấp thẻ biểu quyết tương ứng với số vấn đề cần biểu quyết trong chương trình họp.

Cuộc họp Đại hội đồng cổ đông: Cuộc họp Đại hội đồng cổ đông được tiến hành họp khi có đủ số lượng cổ đông theo quy định của pháp luật. Cổ đông có quyền trực tiếp hoặc uỷ quyền cho người khác dự họp Đại hội đồng cổ đông. Trường hợp uỷ quyền, thì người được uỷ quyền phải xuất trình giấy uỷ quyền và cổ phiếu cho chủ tọa biết trước khi khai mạc.

Thông qua quyết định của Đại hội đồng cổ đông: Có hai hình thức thông qua quyết định của Đại hội đồng cổ đông: biểu quyết tại cuộc họp và lấy ý kiến bằng văn bản. Các trường hợp phải biểu quyết tại cuộc họp hoặc lấy ý kiến bằng văn bản với tỷ lệ tán thành phù hợp do Luật Doanh nghiệp và Điều lệ công ty quy định (Điều 104 Luật Doanh nghiệp).

Quyết định của Đại hội đồng cổ đông có thể bị huỷ bỏ, nếu Đại hội không được tổ chức theo đúng quy định hoặc trình tự, thủ tục ra quyết định cũng như nội dung của quyết định không phù hợp với quy định của pháp luật. Tuy nhiên, theo quy định tại Khoản 4 Điều 104 Luật Doanh nghiệp, các quyết định được thông qua tại cuộc họp Đại hội đồng cổ đông với số cổ đông trực tiếp và uỷ quyền tham dự đại diện 100% tổng số cổ phần có quyền biểu quyết sẽ vẫn là hợp pháp và có hiệu lực ngay cả khi trình tự và thủ tục triệu tập, nội dung chương trình họp và thể thức tiến hành họp không được thực hiện đúng như quy định.

b) Hội đồng quản trị

Hội đồng quản trị là cơ quan quản lý công ty cổ phần, do Đại hội đồng cổ đông bầu ra với nhiệm kỳ 5 năm. Hội đồng quản trị chịu trách nhiệm trước Đại hội đồng cổ đông và chịu sự kiểm soát của Đại hội đồng cổ đông về toàn bộ hoạt động quản lý của mình. Hội đồng quản trị có toàn quyền nhân danh công ty để quyết định mọi vấn đề thuộc thẩm quyền liên quan đến mục đích, quyền lợi của công ty. Số lượng thành viên, nhiệm kỳ, tiêu chuẩn của thành viên Hội đồng quản trị do Điều lệ công ty quy định, trong khoảng từ 3 đến 11 thành viên. Tùy theo số lượng cổ đông mà Điều lệ của công ty có thể quy định một số lượng khác. Theo quy định mới của Luật Doanh nghiệp,

thành viên của Hội đồng quản trị không nhất thiết phải là cổ đông của công ty, nhưng phải có đủ năng lực hành vi dân sự, có trình độ chuyên môn, kinh nghiệm trong quản lý kinh doanh hoặc trong ngành, nghề kinh doanh chủ yếu của công ty và không thuộc đối tượng bị cấm quản lý doanh nghiệp theo quy định của pháp luật. Điều lệ công ty có thể quy định tiêu chuẩn của thành viên Hội đồng quản trị là phải có một tỷ lệ vốn tối thiểu trong công ty để tăng thêm sự liên kết về lợi ích. Thành viên Hội đồng quản trị không nhất thiết phải thường trú tại Việt Nam. Tuy nhiên, để việc quản lý công ty có hiệu quả, Điều lệ công ty thường quy định một tỷ lệ thành viên Hội đồng quản trị phải thường trú ở Việt Nam. Nhiệm kỳ của thành viên Hội đồng quản trị không quá 5 năm; Thành viên Hội đồng quản trị có thể được bầu lại với số nhiệm kỳ không hạn chế.

Thẩm quyền của Hội đồng quản trị được quy định trong Luật Doanh nghiệp 2005 (Khoản 2 Điều 108) và Điều lệ của công ty cổ phần.

Hoạt động của Hội đồng quản trị được thực hiện trong các kỳ họp, mỗi quý phải họp ít nhất một lần. Ngoài ra, Hội đồng quản trị cũng có thể được triệu tập khi có tình huống bất thường thuộc thẩm quyền quyết định của Hội đồng quản trị hoặc theo đề nghị của Ban kiểm soát hoặc những người khác theo quy định của Luật Doanh nghiệp và Điều lệ công ty. Cuộc họp Hội đồng quản trị chỉ hợp lệ khi có từ ba phần tư tổng số thành viên trở lên tham dự. Hội đồng quản trị thông qua quyết định của mình bằng hình thức biểu quyết. Mỗi thành viên Hội đồng quản trị có một phiếu biểu quyết. Quyết định của Hội đồng quản trị được thông qua nếu được đa số thành viên dự họp chấp thuận. Trường hợp số phiếu chấp thuận và không chấp thuận ngang nhau thì quyết định cuối cùng thuộc về phía có ý kiến của Chủ tịch Hội đồng quản trị (Khoản 8 Điều 112 Luật Doanh nghiệp).

c) Chủ tịch Hội đồng quản trị

Chủ tịch Hội đồng quản trị do Đại hội đồng cổ đông hoặc Hội đồng quản trị bầu ra. Trường hợp Hội đồng quản trị bầu Chủ tịch Hội đồng quản trị thì Chủ tịch được bầu trong số thành viên Hội đồng quản trị. Điều lệ công ty có thể quy định Chủ tịch Hội đồng quản trị đồng thời kiêm Giám đốc (Tổng Giám đốc) công ty và là đại diện theo pháp luật của công ty. Chủ tịch Hội đồng quản trị có những quyền hạn, nghĩa vụ và trách nhiệm theo quy định của Luật Doanh nghiệp và Điều lệ công ty. Thông thường, Chủ tịch Hội đồng quản trị phải tự mình thực hiện những quyền và nhiệm vụ trên, nhưng trong những trường hợp Chủ tịch Hội đồng quản trị vắng mặt hoặc mất khả năng thực hiện nhiệm vụ được giao, thì Chủ tịch Hội đồng quản trị có thể uỷ quyền cho một thành viên của Hội đồng quản trị thay mặt mình

thực hiện các quyền và nhiệm vụ của mình. Trường hợp không có uỷ quyền thì các thành viên còn lại của Hội đồng quản trị chỉ định một thành viên tạm thời giữ chức Chủ tịch Hội đồng quản trị.

d) Giám đốc (Tổng Giám đốc)

Giám đốc (Tổng Giám đốc) là người điều hành hoạt động hàng ngày của công ty. Giám đốc (Tổng Giám đốc) do Hội đồng quản trị lựa chọn, bổ nhiệm một người trong số họ hoặc ký hợp đồng thuê một người khác với nhiệm kỳ không quá 5 năm và có thể được bổ nhiệm lại hoặc gia hạn hợp đồng với thời hạn không hạn chế. Tiêu chuẩn cụ thể của Giám đốc (Tổng Giám đốc) do Điều lệ quy định hoặc do Hội đồng quản trị đề ra khi tuyển dụng nhưng ít nhất phải đảm bảo: Có đủ năng lực hành vi dân sự, 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 và không thuộc đối tượng bị cấm quản lý doanh nghiệp theo quy định của pháp luật. Điều lệ công ty có thể quy định thêm những điều kiện khác phù hợp với yêu cầu hoạt động của công ty.

Nếu Điều lệ công ty không có quy định cấm thì Chủ tịch Hội đồng quản trị có thể kiêm Giám đốc (Tổng Giám đốc) công ty và nếu Điều lệ công ty không quy định Chủ tịch Hội đồng quản trị là người đại diện theo pháp luật, thì Giám đốc (Tổng Giám đốc) là người đại diện theo pháp luật của công ty. Giám đốc (Tổng Giám đốc) chịu trách nhiệm trước Hội đồng quản trị và trước pháp luật về việc thực hiện các quyền và nhiệm vụ được giao.

e) Ban kiểm soát

Theo quy định của Luật Doanh nghiệp, khi công ty cổ phần có trên 11 cổ đông hoặc có cổ đông là tổ chức sở hữu trên 50% tổng số cổ phần của công ty thì phải tổ chức Ban kiểm soát. Ban kiểm soát là cơ quan kiểm tra tính hợp pháp và hợp lệ trong hoạt động của các cơ quan của công ty cổ phần. Ban kiểm soát bao gồm từ 3 đến 5 thành viên, do Đại hội đồng cổ đông bầu ra. Ngoài Trưởng Ban kiểm soát phải là cổ đông, các thành viên khác của Ban kiểm soát có thể không có cổ phần của công ty hoặc không làm việc trong công ty. Thành viên Ban kiểm soát không nhất thiết phải thường trú tại Việt Nam nhưng phải có hơn một nửa số thành viên thường trú ở Việt Nam. Ban kiểm soát có nhiệm vụ cơ bản là giám sát Hội đồng quản trị, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc trong việc quản lý và điều hành công ty; Kiểm tra tính hợp lý, hợp pháp, tính trung thực và mức độ cẩn trọng trong quản lý, điều hành hoạt động kinh doanh, trong tổ chức công tác kế toán, thống kê và lập báo cáo tài chính của công ty và những nhiệm vụ khác. Do tính chất nhiệm vụ của Ban kiểm soát, thành viên Ban kiểm soát phải từ 21 tuổi trở lên,

có đủ năng lực hành vi dân sự và không thuộc đối tượng bị cấm thành lập và quản lý doanh nghiệp theo quy định của pháp luật. Điều lệ công ty có thể quy định thành viên của Ban kiểm soát phải có những hiểu biết về những lĩnh vực nhất định, như về ngành kinh tế, kỹ thuật mà công ty kinh doanh, về pháp luật, về kế toán... Theo quy định của Luật Doanh nghiệp, trong số thành viên của Ban kiểm soát phải có ít nhất một thành viên là kế toán viên hoặc kiểm toán viên. Để hoạt động kiểm soát khách quan và có hiệu quả, ngoài những điều kiện về chuyên môn, thành viên Ban kiểm soát phải không thuộc những đối tượng mà Luật Doanh nghiệp cấm đảm nhiệm công việc kiểm soát, bao gồm: Vợ hoặc chồng, cha, cha nuôi, mẹ, mẹ nuôi, con, con nuôi, anh, chị, em ruột của thành viên Hội đồng quản trị, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc và người quản lý khác và bản thân không được giữ các chức vụ quản lý công ty.

Ban kiểm soát chịu trách nhiệm trước Đại hội đồng cổ đông về những sai phạm gây thiệt hại cho công ty trong khi thực hiện nhiệm vụ.

2. Công ty trách nhiệm hữu hạn có hai thành viên trở lên

2.1. Khái niệm và đặc điểm

“Công ty trách nhiệm hữu hạn là doanh nghiệp, trong đó:

- a) Thành viên có thể là tổ chức, cá nhân; số lượng thành viên không vượt quá năm mươi;
- b) 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;
- c) Phần vốn góp của thành viên chỉ được chuyển nhượng theo quy định tại các Điều 43, 44 và 45 của Luật này” (Điều 38 Luật Doanh nghiệp).

Theo đó, công ty trách nhiệm hữu hạn có hai thành viên trở lên có các đặc điểm sau:

Đặc điểm về thành viên: Thành viên của công ty trách nhiệm hữu hạn có hai thành viên trở lên có thể là cá nhân hoặc tổ chức với những quy định chung về điều kiện đối với thành viên công ty. Số lượng thành viên của công ty bị hạn chế, tối thiểu là 2 và tối đa là 50. Là một loại công ty đối vốn, mức vốn góp của thành viên trong công ty trách nhiệm hữu hạn là yếu tố chủ yếu tạo nên sự khác biệt về địa vị pháp lý của họ trong công ty.

Đặc điểm về vốn: Công ty trách nhiệm hữu hạn có tài sản riêng. Tài sản riêng của công ty là một khối thống nhất, tách biệt khỏi tài sản riêng của các thành viên và được thể hiện bằng tiền thông qua khái niệm vốn. Vốn Điều lệ của công ty trách nhiệm hữu hạn do các thành viên góp, có thể bằng tiền,

hiện vật và những tài sản khác mà pháp luật cho phép và được các thành viên chấp nhận. Những hiện vật dùng để góp vốn phải được định giá. Mỗi thành viên có một phần vốn góp và được ghi cụ thể và quy thành tỷ lệ phần trăm (%) trong Điều lệ. Phần vốn góp của các thành viên trong công ty có thể không bằng nhau và thể hiện tỷ lệ phần quyền, nghĩa vụ của thành viên đó trong công ty. Khi tham gia công ty, thành viên phải góp vốn đầy đủ và đúng hạn như đã cam kết. Khi 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 là chứng chỉ thể hiện phần quyền chủ sở hữu của thành viên đó trong công ty.

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. Tuy nhiên, nếu 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 phải được xử lý: để một hoặc một số thành viên nhận góp đủ số vốn chưa góp; hay huy động người khác cùng góp vốn vào công ty; hoặc 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, thành viên chưa góp vốn theo cam kết 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 Doanh nghiệp.

Đặc điểm về tư cách pháp lý: Công ty trách nhiệm hữu hạn có tư cách pháp nhân. Tư cách pháp nhân của công ty trách nhiệm hữu hạn được xác định kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Như vậy, việc thực hiện tất cả quyền và nghĩa vụ của công ty trách nhiệm hữu hạn do những giao dịch trước thời điểm được cấp chứng nhận đăng ký kinh doanh thuộc nghĩa vụ của công ty.

Đặc điểm về giới hạn trách nhiệm: Với tư cách là một pháp nhân kinh tế, công ty trách nhiệm hữu hạn là doanh nghiệp chịu trách nhiệm hữu hạn. Giới hạn trách nhiệm của công ty về mọi hoạt động của mình là tài sản riêng của công ty. Các thành viên của công ty cũng phải chịu trách nhiệm về hoạt động của công ty, và cũng được giới hạn trong phạm vi số vốn mà họ đã cam kết góp vào công ty.

Đặc điểm về chuyển nhượng phần vốn góp: Khác với công ty cổ phần, thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn không thể tự do chào bán phần vốn góp của mình trên thị trường mà chỉ có thể chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ phần vốn góp của mình cho người khác theo những quy định nhất định. Thành viên muốn chuyển nhượng phần vốn góp của mình, trước

hết phải chào bán phần vốn đó cho tất cả các thành viên còn lại của công ty theo tỷ lệ tương ứng với phần vốn góp của họ trong công ty với cùng điều kiện. Nếu các thành viên còn lại của công ty không mua hoặc không mua hết thì thành viên muốn chuyển nhượng mới được chuyển nhượng cho người không phải là thành viên trong công ty.

Tham gia thị trường vốn: Công ty trách nhiệm hữu hạn không được phát hành cổ phiếu để huy động thêm vốn Điều lệ từ công chúng nhưng được phép phát hành trái phiếu để vay vốn theo những quy định của pháp luật về chứng khoán.

2.2. Thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn có hai thành viên trở lên

a) Sáng lập

Trong giai đoạn này, những người hoặc tổ chức có mong muốn và có đủ điều kiện thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn (sáng lập viên) xúc tiến việc tìm kiếm những người mà mình tin tưởng có cùng chung mong muốn góp vốn kinh doanh. Số lượng thành viên ít nhất là 2 và nhiều nhất là 50. Yêu cầu của giai đoạn này là có đủ số thành viên sáng lập theo quy định và các thành viên phải nhất trí với nhau về một bản Điều lệ. Điều lệ công ty phải có những nội dung cơ bản theo quy định tại Điều 22 Luật Doanh nghiệp. Sau khi có Điều lệ dự thảo, công ty trách nhiệm hữu hạn tiến hành họp Hội đồng thành viên thành lập. Điều lệ đầu tiên của công ty trách nhiệm hữu hạn phải được tất cả các thành viên sáng lập chấp thuận, thông qua. Sau khi Hội đồng thành viên đầu tiên kết thúc thành công, công ty trách nhiệm hữu hạn có thể bắt đầu các thủ tục thành lập, bao gồm: thủ tục đăng ký kinh doanh và thông báo công khai về công ty.

b) Đăng ký kinh doanh

Người đại diện theo pháp luật của công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc người được uỷ quyền đăng ký kinh doanh làm bộ hồ sơ theo quy định của Luật Doanh nghiệp, bao gồm: Giấy đề nghị đăng ký kinh doanh theo mẫu thống nhất của cơ quan đăng ký kinh doanh kèm theo:

- Dự thảo Điều lệ công ty với nội dung theo quy định;
- Danh sách thành viên và kèm theo bản sao Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác đối với thành viên là cá nhân; Bản sao quyết định thành lập, Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh hoặc tài liệu tương đương khác của tổ chức; Văn bản uỷ quyền, Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác của người đại diện theo uỷ quyền đối với thành viên là tổ chức, bản

sao Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh phải có chứng thực của cơ quan nơi tổ chức đó đã đăng ký không quá 3 tháng trước ngày nộp hồ sơ đăng ký kinh doanh, đối với thành viên là tổ chức nước ngoài. Ngoài ra, trong những trường hợp cụ thể, khi công ty hoạt động trong những ngành, nghề kinh doanh có điều kiện thì cần có thêm những giấy tờ xác nhận đủ điều kiện đó.

Thủ tục đăng ký kinh doanh và thông báo về công ty theo quy định chung. Sau khi được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, công ty trách nhiệm hữu hạn có tư cách pháp nhân và bắt đầu được hoạt động. Mọi quyền lợi và nghĩa vụ do các sáng lập viên thiết lập trong giai đoạn sáng lập chuyển sang cho công ty kể từ thời điểm được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh và công ty có nghĩa vụ phải thực hiện. Nếu công ty không được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh thì các sáng lập viên phải cùng nhau chịu trách nhiệm thực hiện những nghĩa vụ này.

2.3. Tổ chức quản lý hoạt động công ty trách nhiệm hữu hạn có hai thành viên trở lên

Theo quy định tại Luật Doanh nghiệp, công ty trách nhiệm hữu hạn có hai thành viên trở lên, do số thành viên khác biệt nên có hai mô hình tổ chức quản lý: có Ban kiểm soát và không có Ban kiểm soát. Công ty có số lượng thành viên giới hạn từ 2 đến 11 thành viên có Hội đồng thành viên, Chủ tịch Hội đồng thành viên và Giám đốc (Tổng Giám đốc), có thể thành lập Ban kiểm soát phù hợp với yêu cầu quản trị công ty, nhưng không bắt buộc. Công ty có trên 11 thành viên, ngoài những cơ quan trên, còn phải có thêm Ban kiểm soát.

a) Hội đồng thành viên

Hội đồng thành viên của công ty trách nhiệm hữu hạn gồm tất cả thành viên, là cơ quan quyết định cao nhất của công ty. Tất cả các thành viên của Hội đồng thành viên đều là đồng chủ sở hữu của công ty và như vậy, Hội đồng thành viên chính là cơ quan chủ sở hữu của công ty. Hội đồng thành viên có quyền quyết định tất cả những vấn đề quan trọng nhất của công ty.

Hội đồng thành viên thực hiện chức năng của mình trong các kỳ họp, được tổ chức ít nhất mỗi năm một lần. Thời gian tiến hành cuộc họp do Điều lệ công ty quy định. Ngoài ra Hội đồng thành viên có thể được triệu tập trong những trường hợp nhất định theo quy định của pháp luật. Tất cả các thành viên góp vốn đều có quyền tham dự các kỳ họp của Hội đồng thành viên. Các thành viên có thể trực tiếp tham dự kỳ họp hoặc uỷ quyền cho thành viên khác thay mặt mình tham dự. Cuộc họp của Hội đồng thành viên do Chủ tịch Hội đồng thành viên triệu tập.

Để đưa ra các quyết định của mình, Hội đồng thành viên thực hiện biểu quyết tại cuộc họp. Đối với những vấn đề quan trọng, Điều lệ công ty có thể quy định lấy ý kiến bằng văn bản. Quyết định của Hội đồng thành viên được thông qua hợp lệ với những tỷ lệ do Luật Doanh nghiệp và Điều lệ công ty quy định.

b) Chủ tịch Hội đồng thành viên

Chủ tịch Hội đồng thành viên do Hội đồng thành viên bầu ra với nhiệm kỳ không quá 5 năm. Sau khi hết nhiệm kỳ, nếu đạt được tín nhiệm của các thành viên, Chủ tịch Hội đồng thành viên có thể được bầu lại với nhiệm kỳ không hạn chế. Điều lệ công ty có thể cho phép Chủ tịch Hội đồng thành viên đồng thời kiêm Giám đốc (Tổng Giám đốc) công ty. Điều lệ cũng có thể quy định Chủ tịch Hội đồng thành viên là người đại diện theo pháp luật của công ty. Trong trường hợp này, mọi giấy tờ giao dịch của công ty phải thể hiện rõ tư cách đại diện này.

c) Giám đốc (Tổng Giám đốc)

Giám đốc (Tổng Giám đốc) công ty là người điều hành hoạt động kinh doanh hằng ngày của công ty, chịu trách nhiệm trước Hội đồng thành viên về việc thực hiện các quyền và nghĩa vụ của mình. Giám đốc (Tổng Giám đốc) là người đại diện theo pháp luật của công ty, nếu Điều lệ công ty không có quy định khác. Giám đốc (Tổng Giám đốc) có thể là một thành viên của công ty được các thành viên khác tín nhiệm, nhưng cũng có thể là người có trình độ và kinh nghiệm được Hội đồng thành viên ký hợp đồng thuê điều hành công ty. Nếu là một thành viên, Giám đốc (Tổng Giám đốc) phải sở hữu ít nhất 10% vốn Điều lệ của công ty. Quyền hạn và nhiệm vụ của Giám đốc (Tổng Giám đốc) được quy định cụ thể trong Luật Doanh nghiệp, trong Điều lệ công ty và trong hợp đồng thuê Giám đốc (nếu có).

Là người đại diện theo pháp luật của công ty, mọi giao dịch do Giám đốc (Tổng Giám đốc) công ty tiến hành trong khuôn khổ hoạt động của công ty mang lại quyền và nghĩa vụ cho công ty và công ty có nghĩa vụ thực hiện. Bên cạnh những quy định xác định rõ quyền hạn và nghĩa vụ của Giám đốc (Tổng Giám đốc) tạo điều kiện cho Giám đốc (Tổng Giám đốc) có thể hành động độc lập phù hợp với yêu cầu của thị trường. Tuy nhiên, pháp luật và Điều lệ có những quy định hạn chế những trường hợp Giám đốc (Tổng Giám đốc) có thể lạm dụng vị trí này gây thiệt hại cho công ty.

d) Ban kiểm soát

Theo quy định của Luật Doanh nghiệp, khi số lượng thành viên của Công ty trách nhiệm hữu hạn là trên 11 thì bắt buộc phải có Ban kiểm soát.

Đây là quy định áp dụng cho những doanh nghiệp có số lượng thành viên lớn để đảm bảo có cơ chế kiểm soát hoạt động của doanh nghiệp. Tiêu chuẩn, nhiệm kỳ cùng chức năng, nhiệm vụ và chế độ đối với Trưởng Ban và các thành viên khác của Ban kiểm soát do Điều lệ công ty quy định. Chức năng, nhiệm vụ của Ban kiểm soát công ty trách nhiệm hữu hạn tương tự như của Ban kiểm soát trong công ty cổ phần.

3. Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên

3.1. Khái niệm và đặc điểm

Điều 63 Luật Doanh nghiệp định nghĩa: *“Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là doanh nghiệp do một tổ chức hoặc một cá nhân làm chủ sở hữu (sau đây gọi là chủ sở hữu công ty); chủ sở hữu chịu trách nhiệm về các khoản nợ và các nghĩa vụ tài sản khác của doanh nghiệp trong phạm vi số vốn Điều lệ của công ty.*

Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên có tư cách pháp nhân kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh.

Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên không được quyền phát hành cổ phần”.

Theo khái niệm trên, công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, trước hết cũng là một công ty trách nhiệm hữu hạn nên có những đặc điểm cơ bản như công ty trách nhiệm hữu hạn có hai thành viên trở lên (như có tư cách pháp nhân bắt đầu từ thời điểm được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, công ty chịu trách nhiệm giới hạn trong phạm vi tài sản riêng, chủ sở hữu công ty chịu trách nhiệm về hoạt động của công ty giới hạn trong phạm vi phần vốn góp vào công ty, không được phát hành cổ phiếu). Ngoài những đặc điểm chung đó, công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên còn có thêm các đặc điểm riêng sau:

Đặc điểm về chủ sở hữu công ty. Theo quy định của Luật Doanh nghiệp 2005, mọi tổ chức, cá nhân Việt Nam và nước ngoài đủ điều kiện thành lập doanh nghiệp theo quy định tại Điều 13 Luật Doanh nghiệp đều có thể thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên. Đây là điểm mới quan trọng của Luật Doanh nghiệp 2005 so với Luật Doanh nghiệp 1999. Theo Luật Doanh nghiệp 1999, chủ sở hữu công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên chỉ có thể là một tổ chức có tư cách pháp nhân.

Là một pháp nhân kinh tế, công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên cũng có tài sản riêng, tài sản này tách biệt khỏi tài sản riêng của chủ sở hữu. Vì vậy, những tổ chức, cá nhân khi thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn, kể cả một thành viên, cũng phải thực hiện thủ tục góp vốn, để tạo ra

khối tài sản tách biệt giữa chủ sở hữu công ty và công ty. Việc cho phép cá nhân Việt Nam và nước ngoài bình đẳng trong khả năng thành lập một doanh nghiệp chịu trách nhiệm hữu hạn, thành lập ra một pháp nhân có khả năng độc lập trong kinh doanh và chủ sở hữu doanh nghiệp chịu trách nhiệm giới hạn trong phạm vi tài sản đầu tư vào doanh nghiệp là một trong những biện pháp khuyến khích cá nhân đầu tư vào những lĩnh vực kinh doanh có nhiều rủi ro.

Đặc điểm về quyền sở hữu bị hạn chế. Để tránh sự hiểu lầm, cho rằng khi công ty có một chủ sở hữu thì chủ sở hữu công ty có thể toàn quyền định đoạt tài sản của công ty, Luật Doanh nghiệp quy định không cho phép chủ sở hữu công ty trực tiếp rút một phần hoặc toàn bộ số vốn đã góp vào công ty. Khi cần sử dụng phần vốn đã đầu tư vào công ty chủ sở hữu công ty chỉ được quyền rút vốn bằng cách chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ số vốn cho tổ chức hoặc cá nhân khác. Nếu chuyển nhượng toàn bộ vốn đầu tư, công ty phải chuyển cho một pháp nhân hoặc cá nhân khác để vẫn giữ hình thức công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên. Công ty cũng có thể chuyển nhượng một phần vốn cho cá nhân hoặc tổ chức khác có đủ điều kiện chung mà pháp luật quy định. Trường hợp này, công ty phải chuyển đổi sang hình thức phù hợp, chẳng hạn công ty trách nhiệm hữu hạn nhiều thành viên hoặc công ty cổ phần.

3.2. Thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên

a) Sáng lập

Theo quy định tại Điều 13 Luật Doanh nghiệp 2005, mọi tổ chức, cá nhân Việt Nam và nước ngoài, không thuộc đối tượng cấm kinh doanh đều có quyền quyết định thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên. Khi quyết định thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, nhà đầu tư phải đảm bảo đầy đủ những điều kiện để công ty hoạt động như quyết định mức vốn góp, quyết định Điều lệ công ty, quyết định mô hình quản lý cũng như toàn bộ nhân sự chủ chốt của công ty... Khi thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, chủ sở hữu tách một phần tài sản của mình chuyển cho công ty và chỉ chịu trách nhiệm về hoạt động của công ty trong phạm vi số tài sản đó. Chủ sở hữu không chịu trách nhiệm thay cho công ty.

b) Đăng ký kinh doanh

Sau khi có quyết định của chủ sở hữu công ty về việc thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, chủ sở hữu hoặc người được chủ sở hữu chỉ định (trong trường hợp chủ sở hữu là tổ chức), thông thường là

người mà chủ sở hữu dự định sẽ là người đại diện theo pháp luật của công ty thực hiện việc đăng ký kinh doanh cho công ty. Hồ sơ đăng ký kinh doanh của công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên như hồ sơ đăng ký kinh doanh của công ty trách nhiệm hữu hạn nói chung. Ngoài ra, nếu công ty kinh doanh ngành, nghề đòi hỏi chứng chỉ hành nghề thì phải có chứng chỉ hành nghề của Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc và cá nhân khác. Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên thực hiện công bố nội dung đăng ký kinh doanh theo quy định chung.

3.3. Tổ chức quản lý công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên

Luật Doanh nghiệp 2005 có quy định về cơ chế tổ chức quản lý công ty trách nhiệm hữu hạn có chủ sở hữu là một tổ chức khác với công ty có chủ sở hữu là một cá nhân.

a) Mô hình tổ chức quản lý công ty trách nhiệm hữu hạn có chủ sở hữu là tổ chức

Tùy thuộc quy mô và ngành, nghề kinh doanh, chủ sở hữu công ty có thể quyết định bổ nhiệm một hay một số người làm đại diện theo uỷ quyền với nhiệm kỳ không quá 5 năm để thực hiện các quyền và nghĩa vụ của mình. Người được bổ nhiệm phải có đầy đủ điều kiện theo quy định chung của pháp luật cho chức danh này (Khoản 2 Điều 48 Luật Doanh nghiệp).

** Trường hợp có hơn một người được bổ nhiệm làm đại diện theo uỷ quyền cho chủ sở hữu công ty.* Đối với những công ty có quy mô lớn và kinh doanh đa ngành nghề thì chủ sở hữu công ty có thể bổ nhiệm từ hai người trở lên làm đại diện theo uỷ quyền của chủ sở hữu công ty. Trong trường hợp này, cơ cấu tổ chức quản lý công ty bao gồm: Hội đồng thành viên, Chủ tịch Hội đồng thành viên, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc và Kiểm soát viên.

Hội đồng thành viên: Hội đồng thành viên, bao gồm tất cả các đại diện theo uỷ quyền của chủ sở hữu công ty, có quyền nhân danh chủ sở hữu công ty tổ chức thực hiện các quyền và nghĩa vụ của chủ sở hữu công ty, có quyền nhân danh công ty thực hiện các quyền và nghĩa vụ của công ty. Hội đồng thành viên chịu trách nhiệm trước pháp luật và chủ sở hữu công ty về việc thực hiện các quyền và nhiệm vụ được giao.

Hoạt động của Hội đồng thành viên được thực hiện chủ yếu trong các cuộc họp, được triệu tập theo quy định chung về triệu tập Hội đồng thành viên của công ty trách nhiệm hữu hạn. Các quyết định của Hội đồng thành viên được đưa ra thông qua biểu quyết tại các cuộc họp. Quyết định của Hội đồng thành viên có giá trị pháp lý kể từ ngày được thông qua, trừ trường hợp Điều lệ công ty quy định phải được chủ sở hữu công ty chấp thuận.

Chủ tịch Hội đồng thành viên: Chủ tịch Hội đồng thành viên do chủ sở hữu công ty chỉ định với nhiệm kỳ, quyền hạn và nghĩa vụ theo quy định chung đối với Chủ tịch Hội đồng thành viên của công ty trách nhiệm hữu hạn có hai thành viên trở lên.

Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc: Theo quy định của Điều lệ công ty, công ty có thể có Giám đốc (Tổng Giám đốc) là người điều hành hoạt động kinh doanh hằng ngày của công ty. Giám đốc (Tổng Giám đốc) có thể được Chủ tịch Hội đồng thành viên hoặc chủ sở hữu công ty bổ nhiệm hay ký hợp đồng thuê với nhiệm kỳ không quá 5 năm. Giám đốc (Tổng Giám đốc) phải có đủ điều kiện theo quy định chung cho chức danh này và chịu trách nhiệm trước người bổ nhiệm hay ký hợp đồng thuê về việc thực hiện những quyền và nhiệm vụ của mình.

Kiểm soát viên: Chủ sở hữu công ty bổ nhiệm một đến ba Kiểm soát viên với nhiệm kỳ không quá 3 năm để thực hiện các nhiệm vụ: Kiểm tra tính hợp pháp, trung thực, cẩn trọng của Hội đồng thành viên, Chủ tịch Hội đồng thành viên và Giám đốc (hoặc Tổng giám đốc) trong tổ chức thực hiện quyền chủ sở hữu, trong quản lý điều hành công việc kinh doanh của công ty; Thẩm định báo cáo tài chính, báo cáo tình hình kinh doanh, báo cáo đánh giá công tác quản lý và các báo cáo khác trước khi trình chủ sở hữu công ty hoặc cơ quan nhà nước có liên quan; Trình chủ sở hữu công ty báo cáo thẩm định; Kiến nghị chủ sở hữu công ty các giải pháp sửa đổi, bổ sung, cơ cấu tổ chức quản lý, điều hành công việc kinh doanh của công ty. Ngoài ra, Kiểm soát viên còn có thể có thêm các nhiệm vụ khác quy định tại Điều lệ công ty hoặc theo yêu cầu, quyết định của chủ sở hữu công ty. Kiểm soát viên chịu trách nhiệm trước pháp luật và chủ sở hữu công ty.

** Trường hợp có một người được bổ nhiệm làm đại diện theo ủy quyền của chủ sở hữu công ty*

Đối với những công ty có quy mô nhỏ, ít ngành nghề, để tiết kiệm chi phí gián tiếp, chủ sở hữu công ty có thể chỉ bổ nhiệm một người làm người đại diện theo uỷ quyền. Người đại diện theo uỷ quyền duy nhất này 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.

Trong trường hợp này, Điều lệ công ty quy định Chủ tịch công ty hoặc Giám đốc (Tổng Giám đốc) là người đại diện theo pháp luật của công ty. Chủ tịch công ty có quyền nhân danh chủ sở hữu tổ chức thực hiện các quyền và nghĩa vụ của chủ sở hữu công ty. Toàn bộ quyền hạn, quyền lợi, nghĩa vụ, nhiệm vụ cụ thể và chế độ làm việc của Chủ tịch công ty được pháp luật và Điều lệ công ty quy định. Chủ tịch công ty có quyền nhân danh

công ty thực hiện các quyền và nghĩa vụ của công ty; chịu trách nhiệm trước pháp luật và chủ sở hữu công ty về việc thực hiện các quyền và nhiệm vụ được giao theo quy định của pháp luật và Điều lệ công ty.

Giám đốc (Tổng giám đốc) công ty là người do chủ sở hữu công ty lựa chọn theo đề nghị của Chủ tịch công ty. Giám đốc (Tổng Giám đốc) là người điều hành hoạt động kinh doanh hằng ngày của công ty, là người đại diện theo pháp luật của công ty (nếu Điều lệ công ty quy định) và chịu trách nhiệm trước chủ sở hữu công ty về việc thực hiện các quyền và nghĩa vụ của mình. Chủ sở hữu công ty quy định quyền và nghĩa vụ của Giám đốc (Tổng Giám đốc) bao gồm tất cả các quyền và nghĩa vụ để đảm bảo cho Giám đốc (Tổng Giám đốc) có thể điều hành hoạt động của công ty một cách có hiệu quả.

b) Mô hình tổ chức quản lý công ty trách nhiệm hữu hạn có chủ sở hữu là cá nhân

Cá nhân là chủ sở hữu công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên có toàn quyền lựa chọn mô hình tổ chức quản lý công ty của mình. Thông thường chủ sở hữu công ty chọn mô hình đơn giản, tiết kiệm do Luật Doanh nghiệp 2005 gợi ý, bao gồm: Chủ tịch công ty, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc. Chủ sở hữu công ty có thể không uỷ quyền mà trực tiếp làm Chủ tịch công ty. Điều lệ công ty có thể quy định Chủ tịch công ty hoặc Giám đốc (Tổng Giám đốc) là người đại diện theo pháp luật của công ty. Trong nhiều trường hợp, Chủ tịch công ty đồng thời làm Giám đốc (Tổng Giám đốc) công ty. Tuy nhiên, chủ sở hữu công ty cũng có thể thuê Giám đốc (Tổng Giám đốc). Quyền, nghĩa vụ, nhiệm vụ cụ thể của Giám đốc được quy định tại Điều lệ công ty, Hợp đồng lao động mà Giám đốc hoặc Tổng giám đốc ký với Chủ tịch công ty.

4. Công ty hợp danh

4.1. Khái niệm và đặc điểm của công ty hợp danh

“1. Công ty hợp danh là doanh nghiệp, trong đó:

a) Phải có ít nhất hai thành viên là chủ sở hữu chung của công ty, cùng nhau kinh doanh dưới một tên chung (sau đây gọi là thành viên hợp danh); ngoài các thành viên hợp danh có thể có thành viên góp vốn;

b) 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;

c) 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.

2. Công ty hợp danh có tư cách pháp nhân kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh.

3. Công ty hợp danh không được phát hành bất kỳ loại chứng khoán nào” (Điều 130 Luật Doanh nghiệp).

Theo quy định trên, công ty hợp danh có những đặc điểm sau:

Đặc điểm về thành viên: Đặc điểm quan trọng nhất ở công ty hợp danh là đặc điểm về thành viên. Công ty hợp danh có thể có hai loại thành viên với địa vị pháp lý khác nhau là thành viên hợp danh và thành viên góp vốn, trong đó, thành viên hợp danh là loại thành viên bắt buộc phải có. *Thành viên hợp danh* là thành viên chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình về các nghĩa vụ của công ty. Thành viên hợp danh chỉ có thể là cá nhân, ngoài những điều kiện chung mà pháp luật quy định đối với thành viên công ty, thành viên hợp danh còn phải có trình độ chuyên môn và uy tín nghề nghiệp. Đối với công ty kinh doanh những ngành, nghề pháp luật quy định phải có chứng chỉ hành nghề thì tất cả các thành viên hợp danh đều phải có chứng chỉ hành nghề. Đối với công ty hợp danh kinh doanh các ngành, nghề khác, thì thành viên hợp danh phải là người đã được đào tạo về ngành, nghề đó. Thành viên hợp danh không được đồng thời là chủ một doanh nghiệp tư nhân hoặc tham gia một công ty hợp danh khác với tư cách là thành viên hợp danh, trừ trường hợp được sự nhất trí của tất cả các thành viên hợp danh còn lại. Tất cả các thành viên hợp danh đều có quyền quản lý công ty; tiến hành các hoạt động kinh doanh nhân danh công ty và như vậy, cùng liên đới chịu trách nhiệm về các nghĩa vụ của công ty bằng toàn bộ tài sản của mình. Chính bởi các thành viên hợp danh phải cùng nhau chịu trách nhiệm về hoạt động của công ty bằng toàn bộ tài sản của mình nên thông thường Điều lệ của các công ty này còn quy định thành viên hợp danh có nghĩa vụ khai báo trung thực tài sản riêng của mình. *Thành viên góp vốn* có thể là cá nhân hoặc/và tổ chức. Thành viên góp vốn chỉ để hưởng lãi nên họ có quyền được chia lợi nhuận theo tỷ lệ được quy định tại Điều lệ công ty. Thành viên góp vốn không tham gia quản lý công ty và không hoạt động kinh doanh nhân danh công ty. Họ chỉ được tham gia thảo luận và biểu quyết về việc bổ sung, sửa đổi các quyền và nghĩa vụ của thành viên góp vốn được quy định trong Điều lệ công ty; Về việc tổ chức lại và giải thể công ty. Khi công ty giải thể, họ được chia giá trị tài sản còn lại theo quy định trong Điều lệ công ty; Thành viên góp vốn cũng được chuyển nhượng phần vốn góp của mình tại công ty cho người khác, được nhận thông tin về hoạt động kinh doanh và quản lý công ty, xem sổ kế toán và hồ sơ khác của công ty. Với những quyền hạn chế như vậy, thành viên góp vốn có nghĩa vụ góp đủ số vốn đã cam kết. 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.

Đặc điểm về hoạt động đại diện cho công ty trong các giao dịch pháp lý: Khác với các loại công ty khác, chỉ có một đại diện theo pháp luật, hoạt động nhân danh công ty, tất cả những người khác, ngoài người đại diện theo pháp luật chỉ có thể đại diện cho công ty theo chế định uỷ quyền thì tại công ty hợp danh, mọi thành viên hợp danh đều đại diện cho công ty, đều tham gia vào quan hệ pháp luật nhân danh công ty. (Điều 134 Luật Doanh nghiệp).

Đặc điểm về trách nhiệm của công ty: Công ty hợp danh có tư cách pháp nhân. Do đó, theo chế định pháp nhân, công ty hợp danh có tài sản riêng, cũng tách khỏi tài sản của các thành viên, kể cả thành viên hợp danh và thành viên góp vốn. Tài sản của công ty hợp danh là giới hạn trách nhiệm của công ty. Đây là điểm mới giữa quy định của Luật Doanh nghiệp 1999 và Luật Doanh nghiệp 2005 về công ty hợp danh. Luật Doanh nghiệp 1999 không quy định tư cách pháp nhân cho công ty hợp danh. Do hạn chế này nên số lượng công ty hợp danh rất khiêm tốn trong tổng số doanh nghiệp đã được thành lập tại Việt Nam.

Tuy công ty hợp danh có tư cách pháp nhân, chịu trách nhiệm về hoạt động của mình trong phạm vi tài sản riêng, song có sự khác biệt trong quy định về trách nhiệm của thành viên. Nếu ở công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần, các thành viên chịu trách nhiệm về hoạt động của công ty giới hạn trong phạm vi số vốn của mình trong công ty thì ở công ty hợp danh có quy định giới hạn trách nhiệm của các loại thành viên khác nhau. Các thành viên hợp danh, vừa là đồng chủ sở hữu công ty, vừa trực tiếp quản lý và đại diện cho công ty tham gia vào các giao dịch pháp luật và tất cả các thành viên hợp danh cùng nhau chịu trách nhiệm về hoạt động của công ty bằng toàn bộ tài sản của mình, không phân biệt tài sản góp vào công ty và những tài sản riêng khác. Thành viên góp vốn chỉ chịu trách nhiệm về hoạt động của công ty trong phạm vi vốn đã góp vào công ty.

4.2. Thành lập công ty hợp danh

a) Sáng lập

Để thành lập loại hình công ty này, phải có ít nhất hai sáng lập viên đủ điều kiện là thành viên hợp danh. Các thành viên sáng lập chuẩn bị các điều kiện theo quy định của pháp luật để đăng ký kinh doanh, trong đó, soạn thảo Điều lệ dự thảo của công ty là một công việc quan trọng. Sau khi có đủ điều kiện, các thành viên hợp danh xúc tiến họp Hội đồng thành viên với nội dung quyết định thành lập công ty, thông qua Điều lệ công ty và cử người đại diện để xúc tiến thủ tục đăng ký kinh doanh. Điều lệ của công ty hợp danh phải được tất cả các thành viên hợp danh chấp thuận. Điều lệ của

công ty hợp danh phải có các nội dung chính theo quy định của pháp luật (Điều 22 Luật Doanh nghiệp).

Sau khi cuộc họp của Hội đồng thành viên kết thúc thành công, người được hội nghị chỉ định sẽ thay mặt cho công ty xúc tiến các thủ tục thành lập doanh nghiệp, bao gồm thủ tục đăng ký kinh doanh và thông báo công khai về thành lập công ty.

b) Đăng ký kinh doanh

Thành viên hợp danh đại diện cho công ty hoặc người được công ty uỷ quyền làm bộ hồ sơ đăng ký kinh doanh theo quy định tại Điều 17 Luật Doanh nghiệp gửi đến Phòng đăng ký kinh doanh thuộc Sở Kế hoạch và Đầu tư, nơi công ty có trụ sở chính. Thủ tục đăng ký kinh doanh và thông báo về công ty theo quy định chung. Sau khi được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, công ty hợp danh có tư cách pháp nhân và bắt đầu được hoạt động.

4.3. Tổ chức quản lý hoạt động công ty hợp danh

Là một loại công ty đối nhân, loại công ty mà sự liên hệ giữa các thành viên rất gắn bó, không chỉ về quyền lợi mà còn vì quy chế liên đới trách nhiệm, Luật Doanh nghiệp dành cho công ty hợp danh quyền tự chủ rất lớn trong việc tổ chức quản lý doanh nghiệp. Về loại hình công ty hợp danh, Luật Doanh nghiệp 2005 mới chỉ có 11 Điều quy định cơ bản. Chính vì vậy, Điều lệ công ty có vai trò rất quan trọng. Luật Doanh nghiệp đưa ra những quy định cơ bản mà các công ty hợp danh phải tuân thủ, bao gồm những quy định về: Hội đồng thành viên, đại diện cho công ty, Giám đốc. Về những vấn đề khác, các thành viên công ty có thể thoả thuận đưa vào Điều lệ. Điều lệ của công ty khi được đăng ký tại cơ quan đăng ký kinh doanh có giá trị là một nguồn quy định điều chỉnh hoạt động của công ty hợp danh.

a) Hội đồng thành viên

Hội đồng thành viên bao gồm tất cả thành viên, là cơ quan quyết định cao nhất của công ty. Đây là quy định mới của Luật Doanh nghiệp 2005 so với Luật Doanh nghiệp 1999. Theo quy định tại Luật Doanh nghiệp 1999, Hội đồng thành viên chỉ bao gồm các thành viên hợp danh. Hội đồng thành viên quyết định về tất cả các hoạt động của công ty trong các kỳ họp thông qua biểu quyết. Khi biểu quyết, trừ trường hợp Điều lệ có quy định khác, mỗi thành viên hợp danh có một phiếu biểu quyết có giá trị như nhau, không phụ thuộc vào mức vốn góp vào công ty. Thành viên góp vốn có quyền tham gia biểu quyết về những vấn đề quan trọng của công ty như sửa đổi, bổ sung Điều lệ của công ty, tổ chức lại, giải thể công ty và những vấn đề khác

liên quan đến quyền lợi và nghĩa vụ của họ với số phiếu do Điều lệ công ty quy định. Về những vấn đề quan trọng theo quy định tại Khoản 2 Điều 135 Luật Doanh nghiệp, Nghị quyết của Hội đồng thành viên có giá trị khi được ít nhất ba phần tư tổng số thành viên hợp danh biểu quyết tán thành.

b) Giám đốc công ty

Giám đốc công ty hợp danh phải là thành viên hợp danh của công ty, được các thành viên hợp danh bầu ra. Giám đốc công ty có thể đồng thời kiêm Chủ tịch Hội đồng thành viên nếu Điều lệ công ty không quy định khác. Cùng với các thành viên hợp danh khác, Giám đốc đại diện cho công ty theo phân công trong Điều lệ. Ngoài các quyền và nghĩa vụ như các thành viên hợp danh khác, Giám đốc công ty hợp danh còn 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. Đặc biệt, Giám đốc đại diện cho công ty trong quan hệ với cơ quan nhà nước hoặc với tư cách là bị đơn hoặc nguyên đơn trong các vụ kiện, tranh chấp thương mại hoặc các tranh chấp khác. Ngoài ra, Giám đốc còn thực hiện các công việc khác do Điều lệ công ty quy định.

c) Hoạt động của các thành viên hợp danh khác

Tất cả các thành viên hợp danh đều có quyền đại diện cho công ty trong đàm phán ký kết hợp đồng để thực hiện các công việc được giao, đều đại diện cho công ty trước pháp luật và cơ quan nhà nước trong phạm vi ngành nghề kinh doanh đã đăng ký. Tất cả các thành viên hợp danh đều tham gia đảm nhiệm các chức trách quản lý và kiểm soát trong công ty, đều được sử dụng con dấu, tài sản của công ty để hoạt động kinh doanh các ngành, nghề kinh doanh đã đăng ký.

Khi nhân danh công ty thực hiện các công việc được giao, thành viên hợp danh phải làm việc một cách trung thực, không trái với Điều lệ, các quyết định của Hội đồng thành viên. Do phải chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình nên các thành viên hợp danh không được đồng thời là thành viên của một công ty hợp danh khác hoặc chủ sở hữu của một doanh nghiệp tư nhân, trừ trường hợp được các thành viên hợp danh khác đồng ý. Để tránh việc lạm dụng vị trí để trục lợi riêng không có lợi cho công ty, thành viên hợp danh không được tự mình hoặc nhân danh người thứ ba thực hiện hoạt động kinh doanh trong cùng ngành, nghề kinh doanh của công ty. Thành viên hợp danh không được lạm dụng quy định cho phép đại diện cho công ty để ký kết hợp đồng nhân danh công ty nhưng xác lập và thực hiện các giao dịch khác nhằm thu lợi riêng cho cá nhân và cho người khác.

Trong công ty hợp danh, các thành viên góp vốn không được tham gia quản lý công ty, không được hoạt động nhân danh công ty.

III - DOANH NGHIỆP NHÀ NƯỚC

1. Khái niệm, đặc điểm và phân loại doanh nghiệp nhà nước

1.1. Khái niệm và đặc điểm của doanh nghiệp nhà nước

“Doanh nghiệp nhà nước là tổ chức kinh tế do Nhà nước sở hữu toàn bộ vốn Điều lệ hoặc có cổ phần, vốn góp chi phối được tổ chức dưới hình thức công ty nhà nước, công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn” (Điều 1 Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003). Theo giải thích trong Luật Doanh nghiệp 2005, tại Khoản 22 Điều 4 thì: “Doanh nghiệp nhà nước là doanh nghiệp trong đó Nhà nước sở hữu trên 50% vốn Điều lệ”. Phân tích các khái niệm này có thể nêu ra một số đặc trưng cơ bản của doanh nghiệp nhà nước như sau:

Thứ nhất là đặc điểm về mức độ sở hữu vốn của Nhà nước trong doanh nghiệp. Để được gọi là doanh nghiệp nhà nước, Nhà nước phải đầu tư vào doanh nghiệp đó một tỷ lệ vốn để có khả năng chi phối hoạt động của doanh nghiệp. Theo quy định tại Khoản 5 Điều 3 Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003, tỷ lệ vốn Nhà nước trong doanh nghiệp phải có ít nhất trên 50% vốn Điều lệ để có khả năng chi phối được những hoạt động chủ yếu của doanh nghiệp. Mức độ sở hữu vốn phụ thuộc vào vai trò của doanh nghiệp đó trong nền kinh tế và nhiệm vụ mà Nhà nước giao cho nó cũng như kỳ vọng của Nhà nước khi thành lập doanh nghiệp.

Thứ hai là đặc điểm về phương thức thực hiện quyền năng của chủ sở hữu tài sản. Nhà nước là (đồng) chủ sở hữu doanh nghiệp. Để thực hiện chức năng chủ sở hữu, Nhà nước uỷ quyền và phân cấp cho các cơ quan của mình. Những cơ quan này chịu trách nhiệm trước Nhà nước về việc quản lý tài sản Nhà nước giao. Đó là các cơ quan như: Chính phủ; Thủ tướng Chính phủ; Bộ quản lý ngành; Bộ Tài chính; Uỷ ban nhân dân cấp tỉnh; Hội đồng quản trị công ty nhà nước do Nhà nước đầu tư toàn bộ vốn Điều lệ; Tổng công ty đầu tư kinh doanh vốn nhà nước; Công ty nhà nước là đại diện phần vốn do công ty đầu tư tại doanh nghiệp khác. Những cơ quan này thay mặt Nhà nước thực hiện chức năng chủ sở hữu doanh nghiệp.

Thứ ba là đặc điểm về hình thức tổ chức của doanh nghiệp. Theo khái niệm đã nêu thì doanh nghiệp nhà nước có thể được tổ chức dưới các hình thức: công ty nhà nước, công ty cổ phần và công ty trách nhiệm hữu hạn. Tính đa dạng trong hình thức hoạt động của doanh nghiệp nhà nước là

điểm khác biệt rất quan trọng trong quan niệm về doanh nghiệp nhà nước hiện nay so với quan niệm về doanh nghiệp nhà nước trong Luật Doanh nghiệp nhà nước 1995.

Thứ tư là đặc điểm về pháp luật điều chỉnh việc tổ chức và hoạt động của doanh nghiệp nhà nước: Tính đa dạng trong hình thức hoạt động của doanh nghiệp nhà nước dẫn đến việc áp dụng pháp luật để điều chỉnh hoạt động của loại doanh nghiệp này không còn đồng nhất như trước kia. Doanh nghiệp nhà nước chịu sự điều chỉnh của hai loại văn bản pháp luật: Luật Doanh nghiệp nhà nước (và các văn bản quy định chi tiết/hướng dẫn thi hành Luật Doanh nghiệp nhà nước) cho việc thành lập, tổ chức hoạt động của công ty (Tổng công ty) nhà nước và quản lý tài sản nhà nước tại các doanh nghiệp nhà nước khác. Luật Doanh nghiệp (và các văn bản quy định chi tiết/hướng dẫn thi hành Luật Doanh nghiệp) được áp dụng cho việc thành lập, tổ chức và quản lý doanh nghiệp nhà nước với các hình thức công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước (một và nhiều thành viên); công ty trách nhiệm hữu hạn có vốn góp chi phối của Nhà nước; công ty cổ phần nhà nước và công ty cổ phần có cổ phần chi phối của Nhà nước.

1.2. Phân loại doanh nghiệp nhà nước

Doanh nghiệp nhà nước có thể được phân loại theo nhiều tiêu chí. Giáo trình này phân loại doanh nghiệp nhà nước theo ba tiêu chí: hình thức tổ chức doanh nghiệp; mức độ vốn nhà nước đầu tư tại doanh nghiệp và nguồn luật áp dụng cho việc tổ chức và hoạt động của doanh nghiệp.

a) Theo hình thức tổ chức doanh nghiệp

Theo Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003, doanh nghiệp nhà nước có thể được tổ chức dưới ba hình thức: Công ty nhà nước, Công ty cổ phần, Công ty trách nhiệm hữu hạn.

Công ty nhà nước là doanh nghiệp do Nhà nước sở hữu toàn bộ vốn Điều lệ, được thành lập, tổ chức quản lý, đăng ký hoạt động theo quy định của Luật Doanh nghiệp nhà nước. Công ty nhà nước được tổ chức dưới hình thức Công ty nhà nước độc lập và Tổng công ty nhà nước (Khoản 1 Điều 3 Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003).

Công ty nhà nước là loại doanh nghiệp mà Nhà nước sử dụng để thực hiện những nhiệm vụ chính trị, kinh tế của mình. Vì vậy, Nhà nước chỉ thành lập loại doanh nghiệp này ở những ngành, địa bàn và lĩnh vực quan trọng, then chốt như những ngành cung cấp những sản phẩm, dịch vụ thiết yếu cho xã hội; Những ngành, lĩnh vực ứng dụng công nghệ cao, tạo động lực phát triển nhanh cho các ngành, lĩnh vực khác và toàn bộ nền kinh tế,

đòi hỏi đầu tư lớn; Ngành, lĩnh vực có lợi thế cạnh tranh cao và những địa bàn có điều kiện kinh tế – xã hội đặc biệt khó khăn mà các thành phần kinh tế khác không đầu tư. Để tránh việc đầu tư dàn trải, kém hiệu quả, việc thành lập công ty nhà nước phải được cân nhắc kỹ lưỡng theo những thủ tục chặt chẽ. Những lĩnh vực, địa bàn mà các thành phần khác đã đảm nhiệm tốt thì Nhà nước chủ trương để cho các thành phần đó đảm nhiệm.

Công ty cổ phần với tư cách là một loại doanh nghiệp nhà nước bao gồm:

– *Công ty cổ phần nhà nước* là công ty cổ phần mà toàn bộ cổ đông là các công ty nhà nước hoặc tổ chức được Nhà nước uỷ quyền đầu tư vốn, được tổ chức và hoạt động theo Luật Doanh nghiệp (Khoản 2 Điều 3 Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003).

– *Công ty cổ phần có cổ phần chi phối của Nhà nước* là công ty cổ phần mà cổ phần của Nhà nước chiếm trên 50% vốn Điều lệ, Nhà nước giữ quyền chi phối đối với doanh nghiệp đó.

Công ty trách nhiệm hữu hạn với tư cách là một doanh nghiệp nhà nước bao gồm:

– *Công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước* là công ty trách nhiệm hữu hạn mà (các) thành viên của nó đều là (các) tổ chức được Nhà nước uỷ quyền đầu tư vốn kinh doanh, trong đó: *công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước một thành viên* là công ty trách nhiệm hữu hạn do Nhà nước sở hữu toàn bộ vốn Điều lệ được tổ chức quản lý và đăng ký hoạt động theo quy định của Luật Doanh nghiệp; *Công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước có hai thành viên trở lên* là công ty trách nhiệm hữu hạn trong đó tất cả các thành viên đều là Công ty nhà nước hoặc tổ chức được Nhà nước uỷ quyền đầu tư vốn, được tổ chức và hoạt động theo quy định của Luật Doanh nghiệp.

– *Công ty trách nhiệm hữu hạn có phần vốn góp chi phối của Nhà nước* là công ty trách nhiệm hữu hạn có từ hai thành viên trở lên mà vốn góp của Nhà nước chiếm trên 50% vốn Điều lệ và Nhà nước giữ quyền chi phối đối với doanh nghiệp đó.

b) Theo mức độ vốn nhà nước đầu tư tại doanh nghiệp

– Doanh nghiệp 100% vốn nhà nước là những doanh nghiệp mà Nhà nước đầu tư toàn bộ vốn Điều lệ để thành lập, được hình thành dưới các hình thức: (Tổng) công ty nhà nước, công ty cổ phần nhà nước và công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước (bao gồm công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước một thành viên, công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước có hai thành viên trở lên).

– Doanh nghiệp có cổ phần, vốn góp chi phối của Nhà nước là những doanh nghiệp mà Nhà nước đầu tư trên 50% vốn Điều lệ và Nhà nước giữ

quyền chi phối doanh nghiệp đó. Quyền chi phối đối với doanh nghiệp là quyền định đoạt đối với Điều lệ hoạt động, bổ nhiệm các chức danh quản lý chủ chốt, tổ chức quản lý và quyết định quản lý quan trọng khác của doanh nghiệp được ghi trong Điều lệ doanh nghiệp. Mức độ và các vấn đề chi phối được quy định trong Điều lệ doanh nghiệp. Các doanh nghiệp này tồn tại dưới các hình thức: Công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn mà ngoài cổ đông chính là Nhà nước có cổ phần chi phối còn có các cổ đông, thành viên khác có thể là các nhà đầu tư trong nước và nước ngoài. Tùy theo vị trí và vai trò của doanh nghiệp mà Nhà nước đầu tư mức độ vốn khác nhau và giữ vai trò chi phối những vấn đề khác nhau.

c) Theo nguồn luật áp dụng cho việc tổ chức và hoạt động của doanh nghiệp

– Doanh nghiệp mà toàn bộ quá trình thành lập, tổ chức, quản lý hoàn toàn theo Luật Doanh nghiệp nhà nước, bao gồm: Công ty nhà nước, Tổng công ty nhà nước.

– Doanh nghiệp nhà nước có quá trình thành lập, tổ chức và quản lý hoạt động theo Luật Doanh nghiệp, nhưng quản lý phần vốn của Nhà nước tại doanh nghiệp lại theo Luật Doanh nghiệp nhà nước, bao gồm: Công ty cổ phần nhà nước, công ty cổ phần có cổ phần chi phối của Nhà nước, công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước và công ty trách nhiệm hữu hạn có vốn góp chi phối của Nhà nước.

2. Công ty nhà nước

2.1. Khái niệm, đặc điểm của công ty nhà nước

Công ty nhà nước là doanh nghiệp do Nhà nước sở hữu toàn bộ vốn Điều lệ, tổ chức quản lý, đăng ký hoạt động theo quy định của Luật Doanh nghiệp nhà nước (Khoản 1 Điều 3 Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003). Kết hợp khái niệm trên và phân tích những quy định về quy trình thành lập và quản lý công ty nhà nước trong Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003 cho thấy công ty nhà nước có một số đặc điểm cơ bản sau đây:

Thứ nhất là đặc điểm về vốn: Toàn bộ vốn Điều lệ của công ty nhà nước do Nhà nước đầu tư.

Thứ hai là đặc điểm về chủ sở hữu: Vốn đầu tư vào công ty nhà nước do (một) chủ sở hữu nhà nước đại diện đầu tư. Chủ sở hữu đại diện này là một trong các cơ quan quản lý nhà nước: Chính phủ, các Bộ, cơ quan ngang Bộ, cơ quan thuộc Chính phủ, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh.

Thứ ba là đặc điểm về tư cách pháp lý của công ty nhà nước: Công ty nhà nước là doanh nghiệp có tư cách pháp nhân, trở thành chủ thể đầy đủ của

quan hệ pháp luật dân sự, có khả năng hưởng quyền dân sự và chịu trách nhiệm dân sự trong phạm vi vốn Điều lệ (trách nhiệm hữu hạn). Theo quy định chung về pháp nhân, công ty nhà nước là một chủ thể độc lập, có tài sản riêng, có đời sống pháp lý tách khỏi chủ sở hữu của nó. Khi thành lập pháp nhân, nhà đầu tư góp vốn, tức là “đưa tài sản vào công ty để trở thành chủ sở hữu hoặc các chủ sở hữu chung của công ty” (Khoản 4 Điều 4 Luật Doanh nghiệp 2005). Như vậy, sau khi “góp vốn” thành lập công ty nhà nước, Nhà nước là chủ sở hữu của công ty, còn công ty là chủ sở hữu những tài sản đã được đầu tư. Như vậy, chủ sở hữu nhà nước có quyền thực hiện chức năng chủ sở hữu công ty, có quyền chi phối hoạt động của công ty, nhưng không can thiệp vào hoạt động trực tiếp điều hành công ty. Tuy nhiên, về vấn đề này, lý luận về pháp nhân chưa được áp dụng triệt để trên thực tế. Nếu được áp dụng, quyền tự chủ của công ty nhà nước sẽ được mở rộng, hạn chế sự can thiệp của các cơ quan quản lý nhà nước vào hoạt động của công ty.

2.2. Thành lập mới công ty nhà nước

a) Điều kiện thành lập mới

Theo tinh thần Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003 và Nghị định số 180/2004/NĐ-CP ngày 28/10/2004 về thành lập mới, tổ chức lại và giải thể công ty nhà nước, công ty nhà nước chỉ được thành lập mới khi thật cần thiết, tránh thành lập công ty nhà nước một cách dàn trải, kém hiệu quả, gây lãng phí tài sản nhà nước. Các văn bản trên quy định điều kiện thành lập mới công ty nhà nước rất chặt chẽ, có sự phân biệt giữa công ty nhà nước độc lập và Tổng công ty nhà nước.

** Điều kiện thành lập mới công ty nhà nước độc lập:*

– *Điều kiện về ngành, nghề kinh doanh.* Theo Điều 6 Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003, công ty nhà nước chỉ được thành lập ở những ngành, lĩnh vực, địa bàn thật sự cần thiết. Những ngành, lĩnh vực, địa bàn này do Chính phủ quyết định và định kỳ công bố theo quy hoạch sắp xếp, phát triển công ty nhà nước. Đó là những ngành, lĩnh vực cung cấp sản phẩm, dịch vụ thiết yếu cho xã hội; những ngành, lĩnh vực ứng dụng công nghệ cao, tạo động lực phát triển nhanh cho các ngành, lĩnh vực khác và toàn bộ nền kinh tế, đòi hỏi đầu tư lớn; những ngành, lĩnh vực có lợi thế cạnh tranh cao hoặc những địa bàn có điều kiện kinh tế – xã hội đặc biệt khó khăn mà các thành phần kinh tế khác không đầu tư.

– *Điều kiện về vốn.* Để đảm bảo sau khi thành lập mới công ty nhà nước có đủ khả năng độc lập tham gia vào các giao dịch kinh tế, độc lập chịu

trách nhiệm về các hoạt động của mình, công ty nhà nước chỉ được thành lập mới khi có một số vốn nhất định. Theo quy định tại Điều 4 Nghị định 180/2004/NĐ-CP, công ty nhà nước độc lập được thành lập khi có ít nhất 30 tỷ đồng. Trường hợp ngoại lệ không có đủ số vốn này thì phải được Thủ tướng Chính phủ cho phép. Đối với trường hợp công ty nhà nước kinh doanh những ngành, nghề đòi hỏi phải có vốn pháp định thì vốn Điều lệ của công ty nhà nước thành lập mới không thấp hơn mức vốn pháp định quy định đối với ngành, nghề kinh doanh đó.

– Đề án thành lập mới công ty nhà nước phải được Thủ tướng Chính phủ phê duyệt.

Điều kiện này nhằm thực hiện chủ trương thành lập công ty nhà nước đúng mục đích. Theo quy định về thủ tục thành lập công ty nhà nước, người đề nghị thành lập mới công ty nhà nước (Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ, Thủ trưởng cơ quan thuộc Chính phủ, Chủ tịch Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương) xây dựng đề án thành lập mới công ty nhà nước trình Thủ tướng Chính phủ phê duyệt. Qua những thủ tục chặt chẽ, Thủ tướng Chính phủ sẽ quyết định phê duyệt hay không phê duyệt đề án này. Đây là điều kiện bắt buộc. Công ty nhà nước chỉ được thành lập nếu đề án thành lập được Thủ tướng Chính phủ phê duyệt (Xem phần thủ tục thành lập công ty nhà nước).

** Điều kiện thành lập mới Tổng công ty nhà nước:*

Ngoài những điều kiện chung cho việc thành lập mới công ty nhà nước độc lập, để thành lập Tổng công ty nhà nước, cần có mức vốn ít nhất là 500 tỷ đồng.

b) Thủ tục thành lập mới công ty nhà nước

** Đề nghị thành lập mới công ty nhà nước:*

Ở giai đoạn này, người đề nghị thành lập mới công ty nhà nước (Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ, Thủ trưởng cơ quan thuộc Chính phủ, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương) căn cứ vào nhu cầu phát triển và ngành, lĩnh vực, địa bàn được xem xét thành lập mới công ty nhà nước xây dựng đề án thành lập mới công ty nhà nước trình Thủ tướng Chính phủ phê duyệt. Trường hợp thành lập mới công ty nhà nước thuộc thẩm quyền quyết định thành lập của Thủ tướng Chính phủ, đề án thành lập mới công ty nhà nước được gửi tới Bộ Kế hoạch và Đầu tư; trường hợp thành lập mới công ty nhà nước thuộc thẩm quyền quyết định thành lập của Bộ trưởng, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, đề án thành lập mới công ty nhà nước được gửi tới Bộ trưởng, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh để tổ chức thẩm định.

** Quyết định thành lập mới công ty nhà nước:*

Sau khi nhận được đề án thành lập mới công ty nhà nước, người có thẩm quyền quyết định thành lập mới công ty nhà nước thành lập Hội đồng thẩm định để thẩm định đề án thành lập mới công ty nhà nước. Hội đồng thẩm định đề án thành lập mới công ty nhà nước là cơ quan tư vấn cho người quyết định thành lập mới công ty nhà nước, thực hiện thẩm định đề án. Trong thời hạn 30 ngày làm việc, kể từ ngày nhận đủ hồ sơ thành lập mới công ty nhà nước, người có thẩm quyền quyết định thành lập mới công ty nhà nước quyết định thành lập hoặc không thành lập mới công ty nhà nước. Theo quy định tại Điều 9 Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003, Thủ tướng Chính phủ là người có thẩm quyền quyết định thành lập mới công ty nhà nước đặc biệt quan trọng, chỉ phối những ngành, lĩnh vực then chốt, làm nòng cốt thúc đẩy tăng trưởng kinh tế và đóng góp lớn cho ngân sách nhà nước; Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ, Thủ trưởng cơ quan thuộc Chính phủ, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định thành lập mới các công ty nhà nước còn lại.

Tuy đề án thành lập công ty nhà nước đã được thẩm định bởi một hội đồng hỗ trợ, nhưng người quyết định thành lập công ty nhà nước vẫn phải chịu trách nhiệm về quyết định thành lập mới công ty nhà nước của mình.

** Đăng ký kinh doanh và công bố nội dung đăng ký kinh doanh:*

Sau khi có quyết định thành lập, công ty nhà nước phải tiến hành đăng ký kinh doanh tại Phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh nơi công ty có trụ sở chính, trong thời hạn 60 ngày theo quy định chung của Luật Doanh nghiệp 2005.

Công ty nhà nước có tư cách pháp nhân kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Sau khi được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, công ty mới được tiếp nhận vốn đầu tư từ ngân sách nhà nước hoặc huy động vốn để đầu tư, xây dựng doanh nghiệp và hoạt động kinh doanh; công ty được kinh doanh những ngành, nghề có điều kiện khi được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp giấy phép kinh doanh ngành, nghề có điều kiện hoặc có đủ điều kiện kinh doanh theo quy định của pháp luật.

Sau khi được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, công ty nhà nước tiến hành thông báo công khai theo quy định của Luật Doanh nghiệp 2005. Quy định này là một bước dẫn tiến đến quy chế pháp lý chung thống nhất cho các loại doanh nghiệp.

2.3. Quản lý nội bộ công ty nhà nước

Theo quy định của Điều 21 Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003 và Nghị định 153/2004/NĐ-CP ngày 09/8/2004 của Chính phủ về tổ chức, quản lý

Tổng công ty nhà nước, công ty nhà nước có thể được tổ chức quản lý theo hai mô hình: có hoặc không có Hội đồng quản trị.

a) Công ty nhà nước không có Hội đồng quản trị

Cơ cấu quản lý công ty nhà nước không có Hội đồng quản trị bao gồm Giám đốc, (các) Phó Giám đốc, Kế toán trưởng và bộ máy giúp việc.

*** Giám đốc công ty nhà nước:**

Giám đốc công ty nhà nước do người quyết định thành lập công ty tuyển chọn để bổ nhiệm, miễn nhiệm, ký hợp đồng thuê hoặc chấm dứt hợp đồng thuê với nhiệm kỳ 5 năm. Ứng viên vị trí này phải đảm bảo các tiêu chuẩn theo quy định của pháp luật (Khoản 3 Điều 25 Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003). Giám đốc là đại diện theo pháp luật của công ty, là người điều hành hoạt động của công ty, chịu trách nhiệm trước người bổ nhiệm hoặc người ký hợp đồng thuê về việc thực hiện các quyền và nhiệm vụ được giao.

Phó Giám đốc: công ty nhà nước có thể có một hoặc nhiều Phó Giám đốc. Phó Giám đốc do người quyết định thành lập công ty nhà nước bổ nhiệm theo đề nghị của Giám đốc. Phó Giám đốc giúp Giám đốc điều hành công ty theo phân công và uỷ quyền của Giám đốc; chịu trách nhiệm trước Giám đốc và trước pháp luật về nhiệm vụ được phân công hoặc uỷ quyền. Phó Giám đốc có thể được uỷ quyền thường xuyên theo Điều lệ của công ty hoặc theo hợp đồng.

Kế toán trưởng của công ty nhà nước do người quyết định thành lập công ty nhà nước bổ nhiệm hoặc ký hợp đồng thuê theo đề nghị của Giám đốc, có nhiệm vụ tổ chức thực hiện công tác kế toán của công ty; giúp Giám đốc giám sát tài chính tại công ty theo pháp luật về tài chính, kế toán; chịu trách nhiệm trước Giám đốc và trước pháp luật về nhiệm vụ được phân công hoặc uỷ quyền.

Văn phòng và các phòng, ban chuyên môn nghiệp vụ có chức năng tham mưu, giúp việc Giám đốc trong quản lý, điều hành hoạt động của công ty.

b) Công ty nhà nước có Hội đồng quản trị

Các công ty nhà nước được tổ chức, quản lý theo mô hình có Hội đồng quản trị gồm: Tổng công ty do Nhà nước quyết định đầu tư và thành lập, Tổng công ty đầu tư và kinh doanh vốn nhà nước, Công ty nhà nước độc lập có quy mô lớn giữ quyền chi phối doanh nghiệp khác. Người quyết định thành lập công ty nhà nước quyết định cơ cấu tổ chức của công ty nhà nước.

Cơ cấu quản lý của công ty nhà nước có Hội đồng quản trị bao gồm: Hội đồng quản trị, Ban kiểm soát, Tổng Giám đốc, Kế toán trưởng và bộ máy giúp việc.

Hội đồng quản trị là cơ quan đại diện trực tiếp chủ sở hữu đối với công ty nhà nước có Hội đồng quản trị, có quyền nhân danh công ty để quyết định mọi vấn đề liên quan tới việc xác định mục tiêu, nhiệm vụ và quyền lợi của công ty, trừ những vấn đề thuộc thẩm quyền, trách nhiệm của chủ sở hữu phân cấp cho các cơ quan, tổ chức khác là đại diện chủ sở hữu thực hiện. Hội đồng quản trị chịu trách nhiệm trước người quyết định thành lập công ty nhà nước, trước người bổ nhiệm mình và trước pháp luật về mọi hoạt động của công ty nhà nước.

Hội đồng quản trị gồm Chủ tịch Hội đồng quản trị và các thành viên khác, do người quyết định thành lập công ty quyết định bổ nhiệm, miễn nhiệm hoặc thay thế với nhiệm kỳ không quá 5 năm và có thể được bổ nhiệm lại. Số lượng thành viên Hội đồng quản trị không quá 7 người, bao gồm thành viên chuyên trách và có thể có thành viên không chuyên trách, có đủ điều kiện quy định tại Điều 31 Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003, trong đó Chủ tịch Hội đồng quản trị và Trưởng ban kiểm soát phải là thành viên chuyên trách.

Hội đồng quản trị làm việc theo chế độ tập thể, họp thường kỳ hằng quý, có thể họp bất thường để giải quyết những vấn đề cấp bách của công ty khi được Chủ tịch Hội đồng quản trị, Tổng Giám đốc hoặc trên 50% tổng số thành viên Hội đồng quản trị đề nghị. Cuộc họp Hội đồng quản trị hợp lệ khi có ít nhất 2/3 tổng số thành viên Hội đồng quản trị tham dự. Nghị quyết, Quyết định của Hội đồng quản trị có hiệu lực khi có trên 50% tổng số thành viên Hội đồng quản trị biểu quyết tán thành. Trường hợp số phiếu ngang nhau thì bên có phiếu của Chủ tịch Hội đồng quản trị là quyết định.

Chủ tịch Hội đồng quản trị (Tổng) công ty nhà nước: do người quyết định thành lập (Tổng) công ty nhà nước bổ nhiệm, có nhiệm vụ điều hành hoạt động của Hội đồng quản trị.

Tổng Giám đốc là người điều hành hoạt động kinh doanh hằng ngày của Tổng công ty, là đại diện theo pháp luật của công ty, chịu trách nhiệm trước Hội đồng quản trị và trước pháp luật về việc thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn của mình. Tổng Giám đốc có thể là thành viên Hội đồng quản trị nhưng không thể đồng thời là Chủ tịch Hội đồng quản trị. Tổng giám đốc do Hội đồng quản trị tuyển chọn để bổ nhiệm, miễn nhiệm, ký hợp đồng thuê, chấm dứt hợp đồng thuê sau khi được người quyết định thành lập công ty chấp thuận.

Tổng Giám đốc có bộ máy giúp việc bao gồm: (Các) *Phó Tổng Giám đốc, Kế toán trưởng, văn phòng và các phòng ban chuyên môn nghiệp vụ.*

Ban kiểm soát. Ban kiểm soát công ty do Hội đồng quản trị thành lập để giúp Hội đồng quản trị kiểm tra, giám sát tính hợp pháp, chính xác và

trung thực trong quản lý, điều hành hoạt động kinh doanh, trong ghi chép sổ kế toán, báo cáo tài chính và việc chấp hành Điều lệ công ty, Nghị quyết, Quyết định của Hội đồng quản trị, quyết định của Chủ tịch Hội đồng quản trị. Ban kiểm soát thực hiện nhiệm vụ do Hội đồng quản trị giao, báo cáo và chịu trách nhiệm trước Hội đồng quản trị.

Thành viên Ban kiểm soát có thể làm việc theo chế độ chuyên trách hoặc không chuyên trách, trong đó Trưởng Ban kiểm soát phải là thành viên của Hội đồng quản trị và làm việc theo chế độ chuyên trách. Các thành viên chuyên trách không được đồng thời đảm nhiệm các chức vụ lãnh đạo trong bộ máy nhà nước (Điều 37 Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003).

3. Tổng công ty nhà nước

“Tổng công ty nhà nước là hình thức liên kết kinh tế trên cơ sở tự đầu tư, góp vốn giữa các công ty nhà nước, giữa công ty nhà nước với các doanh nghiệp khác hoặc được hình thành trên cơ sở tổ chức và liên kết các đơn vị thành viên có mối quan hệ gắn bó với nhau về lợi ích kinh tế, công nghệ, thị trường và các dịch vụ kinh doanh khác, hoạt động trong một hoặc một số chuyên ngành kinh tế – kỹ thuật chính nhằm tăng cường khả năng kinh doanh và thực hiện lợi ích của các đơn vị thành viên và toàn tổng công ty” (Điều 46 Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003).

Như vậy, Tổng công ty nói chung là một hình thức liên kết giữa các doanh nghiệp chứ không phải là một hình thức pháp lý của doanh nghiệp nhà nước. Cơ sở liên kết trong Tổng công ty có thể là đầu tư vốn hoặc liên kết từ các lợi ích kinh doanh khác.

Theo Điều 47 Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003, có ba loại tổng công ty: Tổng công ty do Nhà nước quyết định đầu tư và thành lập; Tổng công ty do các công ty tự đầu tư và thành lập và Tổng công ty đầu tư và kinh doanh vốn nhà nước.

a) Tổng công ty do Nhà nước quyết định đầu tư và thành lập

Tổng công ty do Nhà nước quyết định đầu tư và thành lập là hình thức liên kết và tập hợp các công ty thành viên hạch toán độc lập có tư cách pháp nhân, hoạt động trong một hoặc một số chuyên ngành kinh tế – kỹ thuật chính, nhằm tăng cường tích tụ, tập trung vốn và chuyên môn hoá kinh doanh của các đơn vị thành viên và toàn Tổng công ty.

Tổng công ty có tư cách pháp nhân, có tên gọi riêng, có con dấu, có bộ máy quản lý điều hành, có trụ sở chính trong nước, có quyền và nghĩa vụ của công ty nhà nước theo quy định của Luật Doanh nghiệp nhà nước, hoạt động theo Điều lệ của Tổng công ty và các quy định khác của pháp luật.

Tổng công ty do Nhà nước quyết định đầu tư và thành lập bao gồm: Tổng công ty được tổ chức lại từ tổng công ty thành lập theo Luật Doanh nghiệp nhà nước 1995 và các Quyết định số 90/TTg, 91/TTg ngày 07/3/1994 của Thủ tướng Chính phủ (thường được gọi là các Tổng công ty 90, Tổng công ty 91) và Tổng công ty được thành lập mới theo Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003.

Về mặt tổ chức quản lý, Tổng công ty do Nhà nước quyết định đầu tư và thành lập được tổ chức với mô hình của công ty nhà nước có Hội đồng quản trị.

b) Tổng công ty do các công ty tự đầu tư và thành lập (mô hình Công ty mẹ – con)

Theo quy định của Khoản 2 Điều 47 Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003 và Điều 18 Nghị định 153/2004/NĐ-CP ngày 09/8/2004, Tổng công ty do các công ty tự đầu tư thành lập là mô hình liên kết kinh tế và chi phối lẫn nhau bằng đầu tư, góp vốn, bí quyết công nghệ, thương hiệu hoặc thị trường giữa các doanh nghiệp có tư cách pháp nhân, trong đó có một công ty nhà nước giữ quyền chi phối các doanh nghiệp khác (gọi là công ty mẹ) và các doanh nghiệp khác bị công ty mẹ chi phối (gọi là công ty con) hoặc có phần vốn góp không chi phối của công ty mẹ (gọi là công ty liên kết).

Tổ hợp công ty mẹ và công ty con không có tư cách pháp nhân. Công ty mẹ có tư cách pháp nhân, có tên gọi riêng, có con dấu, có bộ máy quản lý và điều hành, có trụ sở chính trong nước. So với Tổng công ty do Nhà nước quyết định đầu tư và thành lập, Tổng công ty do các công ty tự đầu tư thành lập có cơ cấu tổ chức rõ ràng, cụ thể và đơn giản hơn.

Tổng công ty hoạt động theo mô hình công ty mẹ – con có cơ cấu tổ chức như sau:

Công ty mẹ là công ty nhà nước, hoạt động theo Luật Doanh nghiệp nhà nước, được hình thành từ việc chuyển đổi, tổ chức lại tổng công ty, công ty thành viên hạch toán độc lập của tổng công ty, công ty nhà nước độc lập hoặc trên cơ sở một công ty đầu tư, mua cổ phần, góp vốn và các nguồn lực khác vào công ty con, công ty liên kết, giữ quyền chi phối theo quy định của pháp luật. Công ty mẹ có chức năng trực tiếp sản xuất kinh doanh và đầu tư tài chính vào các doanh nghiệp khác hoặc chỉ thực hiện chức năng đầu tư tài chính vào doanh nghiệp khác. Các công ty con bao gồm các công ty có vốn góp chi phối của công ty mẹ dưới các hình thức công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, công ty cổ phần, công ty liên doanh với nước ngoài, công ty ở nước ngoài, công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước một thành viên do công ty mẹ nắm giữ toàn bộ vốn Điều lệ. Công ty liên kết là các công ty có vốn góp không chi phối của công ty mẹ, tổ chức dưới hình

thức công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, công ty cổ phần, công ty liên doanh với nước ngoài, công ty ở nước ngoài.

Tổng công ty do các công ty tự đầu tư thành lập được thiết kế trên cơ sở tuân theo xu hướng phát triển tự nhiên của một đơn vị kinh doanh để mở rộng quy mô, phạm vi và ngành nghề kinh doanh. Cụ thể là, một đơn vị kinh doanh với sự thành công trong quá trình kinh doanh sẽ từng bước mở rộng quy mô, phạm vi và ngành nghề kinh doanh thông qua đầu tư bằng vốn tự tích lũy, vốn góp của những người khác hoặc với các nguồn vốn đa dạng khác. Tổng công ty do các công ty tự đầu tư thành lập được tổ chức với mô hình của công ty nhà nước có Hội đồng quản trị.

c) Tổng công ty đầu tư và kinh doanh vốn nhà nước

“Tổng công ty đầu tư và kinh doanh vốn nhà nước là tổng công ty được thành lập để thực hiện quyền và nghĩa vụ của chủ sở hữu đối với các công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước một thành viên chuyển đổi từ các công ty nhà nước độc lập và các công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước một thành viên do mình thành lập; thực hiện chức năng đầu tư và kinh doanh vốn nhà nước và quyền, nghĩa vụ chủ sở hữu đối với cổ phần, vốn góp của nhà nước tại các doanh nghiệp đã chuyển đổi sở hữu hoặc hình thức pháp lý từ các công ty nhà nước độc lập” (Điều 47 Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003).

Tổng công ty đầu tư kinh doanh vốn nhà nước đã được thành lập theo Quyết định 151/2005/QĐ-TTg ngày 20/6/2005 của Thủ tướng Chính phủ. Theo Quyết định này, Tổng công ty đầu tư kinh doanh vốn nhà nước một tổ chức kinh tế đặc biệt của Nhà nước, hoạt động theo Luật Doanh nghiệp nhà nước và các luật khác có liên quan. Tổng công ty có tư cách pháp nhân, có chức năng, nhiệm vụ chủ yếu là tiếp nhận và thực hiện quyền đại diện chủ sở hữu vốn nhà nước đầu tư tại các công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước một thành viên, công ty trách nhiệm hữu hạn có hai thành viên trở lên, công ty cổ phần được chuyển đổi từ các công ty nhà nước độc lập hoặc mới thành lập và đầu tư và kinh doanh vốn nhà nước vào các ngành, lĩnh vực kinh tế trong nước và nước ngoài dưới các hình thức trực tiếp và gián tiếp.

Như vậy, Tổng công ty đầu tư và kinh doanh vốn nhà nước thực hiện quyền, nghĩa vụ của chủ sở hữu đối với các doanh nghiệp có vốn của Nhà nước. Tổng công ty đầu tư và kinh doanh vốn Nhà nước được quy định là “Tổ chức kinh tế đặc biệt” do chức năng của nó và bởi nó không phải là hình thức liên kết kinh tế hoặc là kết quả của tổ chức và liên kết các đơn vị thành viên.

Mục tiêu của việc thành lập Tổng công ty này là để thực hiện vai trò chủ sở hữu đối với các công ty có vốn đầu tư của Nhà nước, thực hiện chủ trương giảm chức năng quản lý doanh nghiệp của các cơ quan quản lý nhà nước,

tạo điều kiện để những cơ quan này tập trung vào việc thực hiện chức năng quản lý ngành, lĩnh vực là nhiệm vụ chủ yếu.

4. Tổ chức lại doanh nghiệp nhà nước

Theo Luật Doanh nghiệp nhà nước, các hình thức tổ chức lại doanh nghiệp nhà nước bao gồm: Các hình thức tổ chức lại công ty nhà nước không làm thay đổi sở hữu của công ty và các hình thức chuyển đổi sở hữu.

Các hình thức tổ chức lại công ty nhà nước không làm thay đổi hình thức sở hữu nhà nước bao gồm: Sáp nhập vào công ty nhà nước khác; Hợp nhất các công ty nhà nước; Chia công ty nhà nước; Tách công ty nhà nước; Chuyển công ty nhà nước thành công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước một thành viên hoặc công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước có hai thành viên trở lên; Chuyển Tổng công ty do Nhà nước quyết định đầu tư và thành lập thành Tổng công ty do các công ty tự đầu tư và thành lập; Khoán, cho thuê công ty nhà nước. Hình thức tổ chức lại công ty nhà nước nhưng không làm thay đổi quan hệ sở hữu được áp dụng cho các công ty nhà nước độc lập hoạt động kinh doanh, thuộc danh mục Nhà nước củng cố, phát triển, duy trì 100% sở hữu. Những công ty này có thể được chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước một thành viên hoặc công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước có hai thành viên trở lên hoạt động theo Luật Doanh nghiệp. Việc vận hành loại doanh nghiệp này theo quy định tại Luật Doanh nghiệp tạo điều kiện cho doanh nghiệp nhà nước tự chủ hơn trong hoạt động kinh doanh.

Các hình thức tổ chức lại công ty nhà nước làm thay đổi hình thức sở hữu nhà nước, bao gồm: Cổ phần hoá công ty nhà nước; Bán toàn bộ công ty nhà nước; Bán một phần công ty nhà nước để thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn có hai thành viên trở lên, trong đó có một thành viên là đại diện chủ sở hữu phần vốn nhà nước; Giao công ty nhà nước cho tập thể người lao động để chuyển thành công ty cổ phần hoặc hợp tác xã.

Các Tổng công ty đã được thành lập theo các Quyết định 90 và 91 của Thủ tướng Chính phủ được xem xét để chuyển đổi tổ chức theo mô hình công ty mẹ – con, nhằm chuyển từ liên kết theo kiểu hành chính với cơ chế giao vốn sang liên kết bền chặt bằng cơ chế đầu tư tài chính là chủ yếu.

IV - DOANH NGHIỆP CÓ VỐN ĐẦU TƯ NƯỚC NGOÀI

1. Khái niệm, đặc điểm

“Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài bao gồm doanh nghiệp do nhà đầu tư nước ngoài thành lập để thực hiện hoạt động đầu tư tại Việt Nam; doanh nghiệp Việt Nam do nhà đầu tư nước ngoài mua cổ phần, sáp nhập,

mua lại” (Khoản 6 Điều 3 Luật đầu tư 2005). Như vậy, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài là doanh nghiệp có sự tham gia vốn của nhà đầu tư nước ngoài, và do đó, nhà đầu tư nước ngoài tự mình quản lý doanh nghiệp hoặc tham gia quản lý doanh nghiệp. Theo quy định tại Luật Doanh nghiệp 2005, nhà đầu tư nước ngoài có thể thành lập hoặc tham gia thành lập tất cả những loại hình doanh nghiệp mà Luật này quy định, bao gồm doanh nghiệp tư nhân, các loại công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần, công ty hợp danh. Như vậy, về hình thức, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài hiện nay phong phú hơn nhiều về thể loại so với các quy định trước đây. Nhà đầu tư nước ngoài bình đẳng với nhà đầu tư trong nước trong việc lựa chọn hình thức doanh nghiệp phù hợp.

Tuy Luật Doanh nghiệp cho phép rộng rãi như vậy, nhưng hiện nay, các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài chủ yếu được thành lập theo các quy định của pháp luật đầu tư nước ngoài trước đây, bao gồm doanh nghiệp liên doanh, doanh nghiệp 100% vốn nước ngoài và một số ít công ty cổ phần có vốn đầu tư nước ngoài được chuyển đổi từ các doanh nghiệp liên doanh và doanh nghiệp 100% vốn nước ngoài theo Nghị định 38/2003/NĐ-CP ngày 15/4/2003 của Chính phủ. Với hiệu lực của Luật Doanh nghiệp 2005, những doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được thành lập theo Luật Đầu tư nước ngoài có quyền lựa chọn đăng ký lại hoặc không đăng ký lại theo Luật Doanh nghiệp 2005.

– Tổ chức kinh tế liên doanh giữa nhà đầu tư trong nước và nhà đầu tư nước ngoài (doanh nghiệp liên doanh): Khi thành lập tổ chức kinh tế có sự góp vốn của nhà đầu tư trong nước và nước ngoài thì các bên lựa chọn hình thức công ty trách nhiệm hữu hạn nhiều thành viên, công ty cổ phần hoặc công ty hợp danh phù hợp với Luật Doanh nghiệp 2005. Tổ chức kinh tế liên doanh đang hoạt động tại Việt Nam có thể ký kết các hợp đồng liên doanh với các nhà đầu tư trong nước và nước ngoài để thành lập các tổ chức kinh tế mới.

– Tổ chức kinh tế 100% vốn của nhà đầu tư nước ngoài. (Các) nhà đầu tư nước ngoài có thể đầu tư toàn bộ vốn để thành lập tổ chức kinh tế dưới dạng doanh nghiệp tư nhân, công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần hoặc công ty hợp danh theo Luật Doanh nghiệp 2005. Những doanh nghiệp này có thể hợp tác với nhau hoặc hợp tác với nhà đầu tư nước ngoài mới để thành lập tổ chức kinh tế 100% vốn nước ngoài mới tại Việt Nam.

Như vậy, nhìn về hình thức tổ chức hiện nay không có sự phân biệt giữa các tổ chức kinh tế do nhà đầu tư trong nước thành lập và tổ chức kinh tế do nhà đầu tư nước ngoài thành lập tại Việt Nam. Do đó, về mô hình tổ chức, không có sự khác biệt giữa hai loại tổ chức kinh tế này.

Tuy nhiên, các tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài có chung đặc điểm là có vốn của người (cá nhân, tổ chức) nước ngoài, do đó đặc điểm của loại tổ chức kinh tế này là vấn đề áp dụng pháp luật nước ngoài và quốc tế. Theo quy định tại Điều 3 Nghị định 108/2006/NĐ-CP ngày 22/9/2006 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Đầu tư 2005, nhà đầu tư nước ngoài có quyền lựa chọn áp dụng quy định của Điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên hoặc pháp luật của Việt Nam, nếu pháp luật của Việt Nam có quy định thuận lợi hơn những quy định của Điều ước quốc tế đó.

2. Phân loại tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài

– Theo loại hình tổ chức doanh nghiệp: tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài có thể được thành lập dưới tất cả các hình thức mà Luật Doanh nghiệp 2005 quy định, bao gồm: doanh nghiệp tư nhân, công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần, công ty hợp danh.

– Theo mức độ vốn của nhà đầu tư nước ngoài trong doanh nghiệp:

+ Tổ chức kinh tế liên doanh, bao gồm các loại như công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần, công ty hợp danh.

+ Tổ chức kinh tế 100% vốn của nhà đầu tư nước ngoài, bao gồm tổ chức kinh tế có toàn bộ vốn thuộc về một nhà đầu tư nước ngoài, có doanh nghiệp tư nhân, công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên; Tổ chức kinh tế 100% vốn thuộc về nhiều nhà đầu tư nước ngoài: công ty trách nhiệm hữu hạn nhiều thành viên, công ty cổ phần, công ty hợp danh.

– Theo quy chế pháp lý về tổ chức và hoạt động:

+ Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được thành lập và hoạt động theo Luật Đầu tư nước ngoài và quyết định không đăng ký lại theo Luật Doanh nghiệp 2005. Những doanh nghiệp này hoạt động theo Luật Đầu tư nước ngoài, trong phạm vi Giấy phép đầu tư và không được hưởng những quy định chung và ưu đãi do Luật Doanh nghiệp 2005 quy định.

+ Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài đăng ký lại theo quy định của Luật Doanh nghiệp 2005 và được thành lập từ ngày 1/7/2006, thành lập theo quy định của Luật Đầu tư 2005, tổ chức và quản lý theo Luật Doanh nghiệp 2005.

3. Chế độ thành lập tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài

Theo Luật Đầu tư 2005, nhà đầu tư nước ngoài lần đầu đầu tư vào Việt Nam và việc đầu tư gắn với thành lập tổ chức kinh tế phải có dự án đầu tư và thực hiện thủ tục đầu tư để được cấp Giấy chứng nhận đầu tư. Tùy thuộc vào tính chất và mức vốn của dự án, có các thủ tục khác nhau:

Đối với dự án có vốn đầu tư nước ngoài có quy mô vốn đầu tư dưới 300 tỷ đồng Việt Nam và không thuộc Danh mục lĩnh vực đầu tư có điều kiện thì nhà đầu tư làm thủ tục đăng ký đầu tư tại cơ quan nhà nước quản lý đầu tư cấp tỉnh để được cấp Giấy chứng nhận đầu tư.

Đối với dự án có vốn đầu tư nước ngoài có quy mô vốn đầu tư từ 300 tỷ đồng Việt Nam trở lên và dự án thuộc Danh mục dự án đầu tư có điều kiện thì phải thực hiện thủ tục thẩm tra để được cấp Giấy chứng nhận đầu tư.

Nếu văn bản thẩm tra cho thấy dự án đáp ứng đầy đủ các điều kiện mà pháp luật quy định thì cơ quan được phân cấp cấp Giấy chứng nhận đầu tư. Giấy chứng nhận đầu tư được cơ quan tiếp nhận hồ sơ dự án đầu tư sao gửi đến Bộ Kế hoạch và Đầu tư, Bộ Tài chính, Bộ Thương mại, Bộ Tài nguyên và Môi trường, Ngân hàng Nhà nước Việt Nam, Bộ quản lý ngành, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh và các cơ quan có liên quan khác trong thời hạn 7 ngày làm việc kể từ ngày cấp Giấy chứng nhận đầu tư. Giấy chứng nhận đầu tư có giá trị đồng thời là Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh.

4. Đăng ký lại, tổ chức lại, chấm dứt hoạt động, giải thể doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài

4.1. Đăng ký lại doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài

Từ ngày 1/7/2006, thời điểm Luật Doanh nghiệp 2005 có hiệu lực, Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài đã được thành lập và hoạt động theo Luật Đầu tư nước ngoài có quyền lựa chọn hoặc đăng ký lại hoặc không đăng ký lại:

– Nếu doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài quyết định đăng ký lại và tổ chức quản lý, hoạt động theo quy định của Luật Doanh nghiệp 2005 và pháp luật có liên quan thì việc đăng ký lại được thực hiện trong thời hạn 2 năm, kể từ ngày Luật Doanh nghiệp 2005 có hiệu lực. Trong trường hợp này, doanh nghiệp được hưởng mọi ưu đãi và quy định theo Luật Doanh nghiệp 2005.

– Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài có thể quyết định không đăng ký lại. Trong trường hợp này, doanh nghiệp chỉ được quyền hoạt động kinh doanh trong phạm vi ngành, nghề và thời hạn được ghi trong Giấy phép đầu tư và tiếp tục được hưởng ưu đãi đầu tư theo Giấy phép đầu tư và các quy định của Chính phủ.

4.2. Chấm dứt hoạt động, thanh lý, giải thể doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài

Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được thành lập trước thời điểm ngày 1/7/2006 kết thúc hoạt động trong các trường hợp: Hết thời hạn ghi trong Giấy phép đầu tư; Theo các điều kiện chấm dứt hoạt động được quy

định trong hợp đồng, Điều lệ của doanh nghiệp hoặc thoả thuận của các bên; Theo quyết định của cơ quan quản lý nhà nước về đầu tư nước ngoài do vi phạm nghiêm trọng pháp luật hoặc Giấy phép đầu tư; Do bị tuyên bố phá sản. Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được thành lập sau thời điểm 1/7/2006 kết thúc hoạt động trong các trường hợp được quy định chung trong Luật Doanh nghiệp 2005.

4.3. Chuyển đổi hình thức doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài

Chuyển đổi hình thức doanh nghiệp là việc chuyển đổi hình thức pháp lý tổ chức hoạt động của doanh nghiệp. Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được thành lập, hoạt động theo Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam có thể được chuyển đổi thành công ty cổ phần có vốn đầu tư nước ngoài theo quy định tại Nghị định 38/2003/NĐ-CP ngày 15/4/2003 về việc chuyển đổi một số doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài sang hoạt động theo hình thức công ty cổ phần. Những doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được thành lập và hoạt động theo Luật Đầu tư 2005 và Luật Doanh nghiệp 2005 được tổ chức lại theo quy định chung của Luật Doanh nghiệp 2005.

V - HỢP TÁC XÃ

1. Khái niệm, đặc điểm của hợp tác xã

Điều 1 Luật Hợp tác xã ngày 26/11/2003 định nghĩa: “*Hợp tác xã là tổ chức kinh tế tập thể do các cá nhân, hộ gia đình, pháp nhân (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”.

Như vậy, có thể nhận thấy hợp tác xã có một số đặc điểm sau:

– *Hợp tác xã là tổ chức kinh tế – xã hội.* Với tư cách là tổ chức kinh tế, hợp tác xã cũng phải lấy hiệu quả kinh tế làm mục đích chính cho việc thành lập và hoạt động. Luật Hợp tác xã 2003 quy định cơ chế hoạt động của hợp tác xã như một loại hình doanh nghiệp. Điều đó có nghĩa là hợp tác xã có vốn hoạt động do các xã viên đóng góp và từ các nguồn khác theo quy định của pháp luật; có quyền tự chủ tài chính cũng như trong mọi hoạt động sản

xuất, kinh doanh. Trong quá trình hoạt động, hợp tác xã cũng phải thực hiện chế độ hạch toán kinh doanh, lấy thu bù chi đảm bảo có lãi để phục vụ lợi ích của các xã viên, đồng thời duy trì sự tồn tại và phát triển của hợp tác xã.

Tuy là tổ chức kinh tế, nhưng hợp tác xã còn hoạt động vì mục đích xã hội. Với tính chất riêng biệt của mình, có thể nói hợp tác xã là một cộng đồng xã hội, một hình thức tổ chức kinh doanh của các cá nhân, hộ gia đình, pháp nhân có thu nhập thấp, vốn ít; tạo điều kiện cho các đối tượng này tham gia làm kinh tế, cũng như giải quyết thêm việc làm và nâng cao đời sống cho chính các xã viên hợp tác xã, nâng cao khả năng cạnh tranh của những người sản xuất nhỏ trên thị trường nhằm mục đích xoá đói giảm nghèo.

– *Tư cách pháp lý để tham gia hợp tác xã* (xã viên). Cá nhân, hộ gia đình, pháp nhân đều có thể tham gia hợp tác xã. Người tham gia hợp tác xã vừa góp vốn, vừa góp sức lao động phục vụ cho quá trình tổ chức hoạt động của hợp tác xã.

Để được kết nạp trở thành xã viên, các cá nhân, hộ gia đình, pháp nhân phải góp vốn từ đó hình thành nên tài sản, vốn hoạt động của hợp tác xã. Bộ luật Dân sự ngày 14/6/2005 quy định tài sản của hợp tác xã thuộc hình thức sở hữu tập thể. Do đó, các xã viên chính là những người chủ của hợp tác xã. Họ là đồng chủ sở hữu hợp tác xã, có quyền hưởng lợi phù hợp với Điều lệ hợp tác xã và theo quy định của pháp luật. Đồng thời, mọi xã viên đều có quyền tham gia quyết định những vấn đề quan trọng của hợp tác xã, cũng như tham gia quản lý, điều hành, giám sát hoạt động của hợp tác xã. Khi tham gia hợp tác xã, xã viên phải góp sức lao động và được trả công phù hợp. Vì vậy, ở hợp tác xã: xã viên vừa là người chủ sở hữu, vừa là người lao động.

– *Hợp tác xã có tư cách pháp nhân*. Theo quy chế về pháp nhân (quy định tại Bộ luật Dân sự), hợp tác xã là một chủ thể pháp lý độc lập, có tài sản riêng, tham gia vào các giao dịch pháp lý với tư cách riêng của mình và tự chịu trách nhiệm về các nghĩa vụ trong phạm vi tài sản riêng của mình. Mỗi xã viên trong hợp tác xã cùng chịu trách nhiệm về hoạt động của hợp tác xã trong phạm vi vốn góp của mình.

– *Mục đích của hợp tác xã*: Hợp tác xã được thành lập không vì mục đích đầu tiên là tìm kiếm lợi nhuận mà nhằm 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. Đây là mục đích xã hội quan trọng để phân biệt hợp tác xã với các loại hình doanh nghiệp khác và vì vậy, tuy hợp tác xã hoạt động như một loại hình doanh nghiệp, có hạch toán kinh tế, nhưng không được gọi là doanh nghiệp.

2. Thành lập hợp tác xã

Theo Luật Hợp tác xã 2003, việc thành lập hợp tác xã bao gồm các giai đoạn: khởi xướng việc thành lập hợp tác xã, vận động thành lập hợp tác xã, tổ chức Hội nghị thành lập hợp tác xã và đăng ký kinh doanh.

2.1. Khởi xướng việc thành lập hợp tác xã

Các sáng lập viên báo cáo bằng văn bản với Ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn (gọi chung là Ủy ban nhân dân cấp xã) nơi dự định đặt trụ sở chính của hợp tác xã về nguyện vọng, nhu cầu thành lập hợp tác xã. Báo cáo của các sáng lập viên phải giải trình cụ thể về các vấn đề có liên quan đến việc thành lập, hoạt động hợp tác xã, như: nhu cầu, nguyện vọng thành lập hợp tác xã; địa điểm đóng trụ sở; phương hướng sản xuất kinh doanh, kế hoạch hoạt động của hợp tác xã. Sáng lập viên, theo quy định tại Điều 10 Luật Hợp tác xã có thể là cá nhân, hộ gia đình hoặc pháp nhân.

2.2. Vận động thành lập hợp tác xã

Đồng thời với việc báo cáo Ủy ban nhân dân cấp xã, các sáng lập viên tiến hành tuyên truyền, vận động các cá nhân, hộ gia đình, pháp nhân khác và cán bộ công chức nhà nước có nhu cầu tham gia hợp tác xã, xây dựng phương hướng sản xuất kinh doanh, dự thảo Điều lệ hợp tác xã và xúc tiến các công việc cần thiết khác để tổ chức Hội nghị thành lập hợp tác xã.

2.3. Hội nghị thành lập hợp tác xã

Khi công tác tuyên truyền, vận động thành công, các sáng lập viên tổ chức và chủ trì Hội nghị thành lập hợp tác xã. Thành phần tham gia hội nghị bao gồm: sáng lập viên, các cá nhân, hộ gia đình và pháp nhân khác có nguyện vọng trở thành xã viên.

Hội nghị tiến hành thảo luận và thống nhất về phương hướng sản xuất, kinh doanh, kế hoạch hoạt động, dự thảo Điều lệ, tên, biểu tượng (nếu có) của hợp tác xã, lập danh sách xã viên (số lượng xã viên từ 7 trở lên), tiến hành bầu cử để quyết định mô hình tổ chức, quản lý điều hành hợp tác xã và bầu các chức danh quản lý, điều hành, kiểm soát của hợp tác xã.

2.4. Đăng ký kinh doanh

Sau khi tổ chức hội nghị thành lập hợp tác xã thành công, hợp tác xã phải tiến hành đăng ký kinh doanh. Việc đăng ký kinh doanh của hợp tác xã được thực hiện theo Nghị định số 177/2004/NĐ-CP ngày 12/10/2004 của Chính phủ. Theo quy định đó, người được Điều lệ chỉ định là đại diện theo pháp luật của hợp tác xã thực hiện thủ tục đăng ký kinh doanh.

Hợp tác xã có quyền lựa chọn đăng ký kinh doanh ở cơ quan đăng ký kinh doanh cấp tỉnh hoặc cấp huyện nơi hợp tác xã dự định đặt trụ sở chính, tùy theo điều kiện cụ thể của hợp tác xã. Đây là điểm khác biệt của hợp tác xã với các chủ thể kinh doanh khác phải đăng ký kinh doanh tại một cơ quan do pháp luật quy định.

Hợp tác xã được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh khi có đủ các điều kiện pháp luật quy định. Kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, hợp tác xã có tư cách pháp nhân và có quyền hoạt động; đối với hợp tác xã đăng ký hoạt động những ngành, nghề có điều kiện thì chỉ được kinh doanh ngành, nghề đó kể từ ngày được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp Giấy phép kinh doanh hoặc có đủ điều kiện kinh doanh theo quy định của pháp luật.

Trong quá trình hoạt động, hợp tác xã có thể thay đổi nơi đăng ký kinh doanh cho phù hợp với điều kiện hoạt động của mình; khi thay đổi nơi đăng ký kinh doanh, hợp tác xã phải có đơn gửi cơ quan đã đăng ký kinh doanh để rút hồ sơ nộp đến cơ quan đăng ký kinh doanh mới.

3. Nguyên tắc tổ chức và hoạt động của hợp tác xã

3.1. Nguyên tắc tự nguyện

Theo nguyên tắc này: mọi cá nhân, hộ gia đình, pháp nhân, cán bộ, công chức nhà nước có đủ điều kiện theo quy định của pháp luật; tán thành Điều lệ hợp tác xã đều có thể gia nhập hợp tác xã và được kết nạp trở thành xã viên. Trong quá trình hoạt động, xã viên có quyền ra khỏi hợp tác xã theo quy định của Điều lệ hợp tác xã. Khi ra khỏi hợp tác xã, xã viên được trả lại vốn góp và các quyền lợi khác theo quy định của Điều lệ hợp tác xã và pháp luật có liên quan.

3.2. Nguyên tắc dân chủ, bình đẳng và công khai

Tất cả xã viên không phụ thuộc vào mức vốn góp trong hợp tác xã, đều có quyền ngang nhau trong tham gia quản lý, kiểm tra, giám sát hợp tác xã và biểu quyết về phương hướng sản xuất kinh doanh, tài chính, phân phối và những vấn đề khác quy định trong Điều lệ hợp tác xã. Đây là điểm khác trong quy định về quyền của xã viên so với quyền của thành viên trong các công ty đối vốn. Mọi xã viên nếu có khả năng, uy tín đều có thể được bầu vào các cơ quan quản lý, điều hành, kiểm soát của hợp tác xã. Trong quá trình hoạt động, hợp tác xã phải công khai tới xã viên về kết quả hoạt động sản xuất kinh doanh; tình hình tài chính; quyền lợi, nghĩa vụ của từng xã viên theo các hình thức mà pháp luật và Điều lệ hợp tác xã quy định.

3.3. Nguyên tắc tự chủ, tự chịu trách nhiệm và cùng có lợi

Với tư cách là chủ thể kinh tế độc lập, có tư cách pháp nhân, hợp tác xã có quyền tự chủ về tài chính cũng như trong mọi hoạt động sản xuất, kinh doanh. Hợp tác xã tự chịu trách nhiệm về kết quả hoạt động; tự quyết định về phân phối thu nhập và xử lý các khoản lỗ theo quy định của pháp luật và Điều lệ hợp tác xã.

Sau khi thực hiện xong nghĩa vụ nộp thuế và trang trải các khoản nợ, hợp tác xã được trích một phần lãi để lập các quỹ, 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 theo phương châm xã viên có lợi và hợp tác xã ngày càng phát triển.

3.4. Nguyên tắc hợp tác và phát triển cộng đồng

Hợp tác xã là tổ chức kinh tế – xã hội, do đó Luật Hợp tác xã quy định xã viên phải có ý thức phát huy tinh thần xây dựng tập thể và hợp tác với nhau trong hợp tác xã, cộng đồng xã hội, các hợp tác xã trong nước và ngoài nước phải có tinh thần hợp tác với nhau trong sản xuất, kinh doanh và trong xây dựng, phát triển phong trào hợp tác xã.

4. Quy chế pháp lý về xã viên

4.1. Điều kiện tham gia hợp tác xã

Luật Hợp tác xã 2003 mở rộng phạm vi đối tượng có thể trở thành xã viên hợp tác xã bao gồm: cá nhân, hộ gia đình và pháp nhân.

a) Cá nhân

Công dân Việt Nam từ đủ 18 tuổi trở lên, có năng lực hành vi dân sự đầy đủ, có góp vốn, góp sức, tán thành Điều lệ, Nội quy, Quy chế của hợp tác xã, tự nguyện có đơn xin gia nhập hợp tác xã thì đều có thể trở thành xã viên.

Cán bộ, công chức, khi có đủ các điều kiện như đối với cá nhân, và có thêm sự đồng ý bằng văn bản của thủ trưởng cơ quan trực tiếp quản lý thì được tham gia hợp tác xã với tư cách là xã viên theo quy định của Điều lệ hợp tác xã nhưng không được trực tiếp quản lý, điều hành hoặc giữ các chức danh chuyên môn nghiệp vụ của hợp tác xã. Pháp luật có quy định cụ thể một số đối tượng là cá nhân, cán bộ, công chức không được là xã viên hợp tác xã.

b) Hộ gia đình

Hộ gia đình là xã viên được hiểu là một chủ thể mà trong đó các thành viên có tài sản chung cùng đóng góp công sức để hoạt động kinh tế chung trong sản xuất nông, lâm, ngư nghiệp hoặc một số lĩnh vực sản xuất, kinh doanh khác do pháp luật quy định. Khi tham gia hợp tác xã, hộ gia đình

phải cử người đại diện bằng giấy ủy quyền. Người đại diện của hộ phải có đủ điều kiện như đối với cá nhân tham gia hợp tác xã. Khi muốn thay đổi người đại diện, hộ gia đình phải có đơn đề nghị Ban quản trị xem xét, quyết định.

c) Pháp nhân

Pháp nhân là các tổ chức, cơ quan (trừ quỹ xã hội, quỹ từ thiện) có đủ điều kiện theo quy định của Bộ luật Dân sự và theo quy định của Điều lệ hợp tác xã cũng có thể tham gia hợp tác xã. Pháp nhân cũng phải thực hiện góp vốn, góp sức theo quy định của Điều lệ hợp tác xã.

Các đối tượng cá nhân, hộ gia đình, pháp nhân có thể tham gia nhiều hợp tác xã nếu Điều lệ hợp tác xã không cấm.

4.2. Quyền và nghĩa vụ của xã viên

Với tư cách là người chủ của hợp tác xã, xã viên có những quyền và nghĩa vụ theo quy định tại Luật Hợp tác xã bao gồm: quyền được ưu tiên làm việc cho hợp tác xã và hưởng tiền công lao động; được hưởng lãi và các phúc lợi của hợp tác xã; tham dự Đại hội xã viên; được ứng cử, bầu cử vào các cơ quan quản lý, điều hành, kiểm soát của hợp tác xã; có quyền chuyển vốn góp và các quyền lợi, nghĩa vụ của mình cho người khác; được trả lại vốn góp và các quyền lợi khác khi ra khỏi hợp tác xã theo quy định của pháp luật và Điều lệ hợp tác xã.

Tương ứng với các quyền đó, xã viên có nghĩa vụ chấp hành Điều lệ, Nội quy hợp tác xã, các Nghị quyết của Đại hội xã viên; phải góp vốn theo quy định của Điều lệ hợp tác xã; cùng chịu trách nhiệm về các khoản nợ, rủi ro, thiệt hại, các khoản lỗ và thực hiện những cam kết kinh tế, những nghĩa vụ khác với hợp tác xã.

4.3. Chấm dứt tư cách xã viên

Tư cách xã viên chấm dứt trong các trường hợp sau đây :

– Xã viên là cá nhân chết, mất tích, mất năng lực hành vi dân sự hoặc bị hạn chế năng lực hành vi dân sự; xã viên là hộ gia đình không có người đại diện đủ điều kiện theo quy định của Điều lệ hợp tác xã; xã viên là pháp nhân bị giải thể, phá sản hoặc không có người đại diện đủ điều kiện theo quy định của Điều lệ hợp tác xã;

– Xã viên đã được chấp nhận ra khỏi hợp tác xã theo quy định của Điều lệ hợp tác xã;

– Xã viên đã chuyển hết vốn góp và các quyền lợi, nghĩa vụ của mình cho người khác theo quy định của Điều lệ hợp tác xã;

- Xã viên bị Đại hội xã viên khai trừ;
- Các trường hợp khác do Điều lệ hợp tác xã quy định.

Khi chấm dứt tư cách xã viên, việc giải quyết quyền lợi và nghĩa vụ đối với xã viên được thực hiện theo của quy định của Điều lệ hợp tác xã.

5. Tổ chức, quản lý hợp tác xã

5.1. Đại hội xã viên

Đại hội xã viên là cơ quan có quyền quyết định cao nhất của hợp tác xã. Hợp tác xã có nhiều xã viên thì có thể tổ chức Đại hội đại biểu xã viên; việc bầu đại biểu xã viên đi dự Đại hội đại biểu xã viên do Điều lệ hợp tác xã quy định. Đại hội đại biểu xã viên và Đại hội toàn thể xã viên có quyền và nhiệm vụ như nhau. Đại hội xã viên được triệu tập theo hai hình thức thường kỳ và bất thường.

5.2. Ban quản trị hợp tác xã

Ban quản trị là cơ quan quản lý hợp tác xã do Đại hội xã viên bầu trực tiếp, gồm: Trưởng ban quản trị và các thành viên khác. Số lượng thành viên Ban quản trị do Điều lệ hợp tác xã quy định. Nhiệm kỳ của Ban quản trị do Điều lệ hợp tác xã quy định nhưng tối thiểu là 2 năm và tối đa không quá 5 năm. Ban quản trị họp ít nhất mỗi tháng một lần do Trưởng ban quản trị hoặc thành viên Ban quản trị được ủy quyền triệu tập và chủ trì. Ban quản trị có thể họp bất thường khi có yêu cầu.

Thành viên Ban quản trị phải là xã viên, có phẩm chất đạo đức tốt, có trình độ, năng lực quản lý hợp tác xã. Thành viên Ban quản trị không đồng thời là thành viên Ban kiểm soát, Kế toán trưởng, Thủ quỹ của hợp tác xã và không phải là cha, mẹ, vợ, chồng, con, anh, chị, em ruột của họ; các tiêu chuẩn và điều kiện khác (nếu có) do Điều lệ hợp tác xã quy định.

Theo Luật Hợp tác xã 2003, vấn đề quản lý, điều hành hợp tác xã có thể thực hiện theo một trong hai mô hình: mô hình một bộ máy vừa quản lý vừa điều hành và mô hình hai bộ máy (bộ máy quản lý và bộ máy điều hành).

Mô hình 1: Mô hình hợp tác xã thành lập một bộ máy vừa quản lý vừa điều hành

Các hợp tác xã theo mô hình này thì Ban quản trị thực hiện chức năng quản lý, điều hành mọi hoạt động của hợp tác xã.

Chủ nhiệm hợp tác xã đồng thời là Trưởng ban quản trị, là người đại diện theo pháp luật của hợp tác xã, nhân danh hợp tác xã để ký kết các hợp đồng. Khi vắng mặt, Chủ nhiệm ủy quyền cho một Phó Chủ nhiệm hoặc một thành viên Ban quản trị điều hành công việc của hợp tác xã.

Mô hình 2: Mô hình hợp tác xã thành lập riêng bộ máy quản lý và bộ máy điều hành

a) Bộ máy quản lý

Các hợp tác xã theo mô hình này có Ban quản trị thực hiện chức năng quản lý hợp tác xã. Đứng đầu Ban quản trị là trưởng ban. Trưởng ban quản trị được bầu trong số thành viên Ban quản trị là người đại diện theo pháp luật của hợp tác xã.

b) Bộ máy điều hành

Đứng đầu bộ máy điều hành là Chủ nhiệm hợp tác xã. Chủ nhiệm hợp tác xã có thể được bầu hoặc thuê theo quyết định của Đại hội xã viên. Trường hợp Chủ nhiệm hợp tác xã là xã viên hoặc thành viên Ban quản trị hợp tác xã thì ngoài việc phải thực hiện đầy đủ các quyền và nhiệm vụ của Chủ nhiệm hợp tác xã theo quy định của Điều này, còn phải thực hiện các quyền và nghĩa vụ của xã viên hoặc thành viên Ban quản trị hợp tác xã. Trong trường hợp Chủ nhiệm hợp tác xã được thuê thì phải thực hiện đầy đủ các quyền và nhiệm vụ của Chủ nhiệm hợp tác xã theo quy định của Luật Hợp tác xã và hợp đồng thuê Chủ nhiệm hợp tác xã. Trường hợp này, Chủ nhiệm hợp tác xã được tham gia các cuộc họp của Ban quản trị và Đại hội xã viên nhưng không được quyền biểu quyết và không được hưởng các quyền khác của xã viên, thành viên Ban quản trị hợp tác xã.

Chủ nhiệm hợp tác xã có bộ máy giúp việc bao gồm các Phó Chủ nhiệm, Kế toán trưởng và các chức danh khác theo quy định tại Điều lệ hợp tác xã.

5.3. Ban kiểm soát

Ban kiểm soát là bộ máy giám sát và kiểm tra mọi hoạt động của hợp tác xã theo đúng pháp luật và Điều lệ hợp tác xã. Ban kiểm soát do Đại hội xã viên bầu trực tiếp. Số lượng thành viên Ban kiểm soát do Điều lệ hợp tác xã quy định, hợp tác xã có ít xã viên có thể chỉ bầu một kiểm soát viên. Thành viên Ban kiểm soát phải có đủ tiêu chuẩn, điều kiện như thành viên Ban quản trị. Thành viên Ban kiểm soát không được đồng thời là thành viên Ban quản trị, Kế toán trưởng, Thủ quỹ của hợp tác xã và không phải là cha, mẹ, vợ, chồng, con, anh chị, em ruột của họ. Nhiệm kỳ của Ban kiểm soát theo nhiệm kỳ của Ban quản trị.

6. Tài sản và tài chính của hợp tác xã

6.1. 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. Vốn hoạt động của hợp tác xã bao gồm: vốn góp của xã viên,

vốn tích lũy thuộc sở hữu của hợp tác xã, và các nguồn vốn hợp pháp khác. 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.

Trong hợp tác xã có bộ phận tài sản chung, bao gồm các công trình kết cấu hạ tầng phục vụ sản xuất, công trình phúc lợi văn hóa, 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. Khi giải thể hợp tác xã, những tài sản này phải chuyển giao cho chính quyền địa phương quản lý, sử dụng vào mục đích phục vụ cộng đồng và theo quy định của pháp luật.

6.2. Vốn góp của xã viên

Xã viên có nghĩa vụ góp vốn khi gia nhập hợp tác xã. Mức vốn góp của mỗi xã viên không thấp hơn mức vốn tối thiểu do Điều lệ hợp tác xã quy định và không vượt quá 30% vốn Điều lệ của hợp tác xã. Khi chấm dứt tư cách xã viên, xã viên được trả lại vốn góp.

6.3. Phân phối lãi

Lãi của hợp tác xã sau khi nộp thuế được phân phối theo trình tự sau:

- Trả bù các khoản lỗ của năm trước (nếu có) theo quy định của pháp luật thuế;
- Trích lập quỹ phát triển sản xuất, quỹ dự phòng và các quỹ khác của hợp tác xã, chia lãi cho xã viên theo vốn góp, công sức đóng góp của xã viên và phần còn lại chia cho xã viên theo mức độ sử dụng dịch vụ của hợp tác xã.

7. Liên hiệp hợp tác xã, Liên minh hợp tác xã

Trên cơ sở nguyên tắc hợp tác và phát triển cộng đồng, để phát huy tinh thần hợp tác giữa các hợp tác xã trong cùng ngành nghề, trong cùng địa phương, cũng như các hợp tác xã trong nước và ngoài nước từ đó nâng cao hiệu quả hoạt động của các hợp tác xã, Luật Hợp tác xã quy định việc thành lập Liên hiệp hợp tác xã, Liên minh hợp tác xã.

7.1. Liên hiệp hợp tác xã

Liên hiệp hợp tác xã là tổ chức kinh tế hoạt động theo nguyên tắc tổ chức và hoạt động của hợp tác xã nhằm mục đích nâng cao hiệu quả sản xuất, kinh doanh của các hợp tác xã thành viên, hỗ trợ nhau trong hoạt

động và các đáp ứng nhu cầu khác của các thành viên tham gia. Các hợp tác xã có nhu cầu và tự nguyện đều có thể cùng nhau thành lập Liên hiệp hợp tác xã.

Liên hiệp hợp tác xã thành lập Hội đồng quản trị và Ban Giám đốc. Đứng đầu Hội đồng quản trị là Chủ tịch Hội đồng quản trị, đứng đầu Ban Giám đốc là Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc. Liên hiệp hợp tác xã là tổ chức kinh tế do đó cũng phải đăng ký kinh doanh tại Cơ quan đăng ký kinh doanh cấp tỉnh theo quy định của pháp luật.

Liên hiệp hợp tác xã được tự chọn tên và biểu tượng của mình phù hợp với quy định của pháp luật. Con dấu, bằng hiệu, giấy tờ giao dịch của liên hiệp hợp tác xã phải có ký hiệu “LHHTX”. Mục đích, chức năng, nhiệm vụ và cơ cấu tổ chức của liên hiệp hợp tác xã được quy định trong Điều lệ liên hiệp hợp tác xã do Đại hội các thành viên thông qua.

7.2. Liên minh hợp tác xã

Liên minh hợp tác xã là tổ chức kinh tế -- xã hội do các hợp tác xã, Liên hiệp hợp tác xã tự nguyện cùng nhau thành lập. Liên minh hợp tác xã được tổ chức theo ngành và các ngành kinh tế. Liên minh hợp tác xã được thành lập ở Trung ương và tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương.

Liên minh hợp tác xã có chức năng đại diện và bảo vệ quyền lợi hợp pháp của các hợp tác xã và liên hiệp hợp tác xã thành viên; tuyên truyền, vận động phát triển hợp tác xã; hỗ trợ và cung cấp các dịch vụ cần thiết cho sự hình thành và phát triển của hợp tác xã, Liên hiệp hợp tác xã; thực hiện các chương trình hỗ trợ phát triển và đào tạo, bồi dưỡng cán bộ hợp tác xã theo quy định của Chính phủ.

Quy chế hoạt động của Liên minh hợp tác xã được quy định tại Điều lệ riêng do các cơ quan có thẩm quyền công nhận.

VI - HỘ KINH DOANH

1. Khái niệm và đặc điểm của hộ kinh doanh

Theo quy định tại Điều 36 Nghị định 88/2006/NĐ-CP, hộ kinh doanh là một chủ thể kinh doanh do một cá nhân hoặc một nhóm người hoặc một hộ gia đình làm chủ, được đăng ký kinh doanh tại một địa điểm, sử dụng không quá 10 lao động, không có con dấu và chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với hoạt động kinh doanh. Theo quy định này, hộ kinh doanh là khái niệm chung cho những cơ sở do một cá nhân làm chủ và những cơ sở do hộ gia đình làm chủ, mà do chưa đạt đến quy mô và doanh thu để được coi là doanh nghiệp và chỉ đăng ký kinh doanh tại một

địa điểm. Ngoài hai đối tượng trên, theo quy định mới tại Nghị định 88/2006/NĐ-CP, một nhóm người cũng có thể hợp tác kinh doanh dưới hình thức này. Hộ kinh doanh là một chủ thể hợp pháp tham gia vào các hoạt động kinh doanh. Theo quy định trên, hộ kinh doanh có một số đặc điểm sau:

Chủ thể đăng ký kinh doanh là cá nhân, một nhóm người hoặc hộ gia đình. Theo quy định tại Khoản 1 Điều 37, Nghị định 88/2006/NĐ-CP, tất cả công dân Việt Nam đủ 18 tuổi, có năng lực hành vi dân sự đầy đủ đều có thể kinh doanh dưới hình thức này. Hộ gia đình theo quy định của Bộ luật Dân sự cũng được đăng ký kinh doanh ở hình thức hộ kinh doanh. Tuy nhiên, những 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 thực hiện việc đăng ký kinh doanh, trừ trường hợp kinh doanh những ngành, nghề có điều kiện.

Do những quy định có tính chất khuyến khích như trên nên hộ kinh doanh là loại chủ thể kinh doanh có số lượng cao nhất hiện nay ở Việt Nam, khoảng trên 2 triệu hộ.

Hộ kinh doanh bị hạn chế số lượng lao động và địa điểm kinh doanh. Hộ kinh doanh chỉ được phép có một địa điểm kinh doanh trong phạm vi cả nước. Hộ kinh doanh có thể sử dụng lao động thường xuyên, nhưng không quá 10 lao động. Quy định này cho phép hộ kinh doanh sử dụng lao động thường xuyên, có lợi cho cả người lao động và người sử dụng lao động. Nếu sử dụng quá số lượng lao động trên và kinh doanh hơn một địa điểm thì phải đăng ký ở loại hình doanh nghiệp phù hợp (doanh nghiệp tư nhân hoặc công ty). Ngoài ra, hộ kinh doanh không được sử dụng con dấu.

2. Đăng ký kinh doanh

2.1. Quyền và nghĩa vụ đăng ký kinh doanh

Tất cả công dân Việt Nam có năng lực hành vi dân sự đầy đủ, một nhóm người, các hộ gia đình đều có quyền đăng ký kinh doanh ở hình thức hộ kinh doanh. Như vậy, chỉ những 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 Tòa án tước quyền hành nghề là không được phép đăng ký kinh doanh. Những đối tượng thuộc diện bị Điều 13 Luật Doanh nghiệp cấm thành lập doanh nghiệp nhưng vẫn có thể kinh doanh ở hình thức hộ kinh doanh. Một cá nhân, hộ gia đình chỉ được đăng ký kinh doanh một hộ kinh doanh.

Những đối tượng không phải đăng ký kinh doanh bao gồm: các 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. Mức thu nhập thấp không phải đăng ký kinh doanh do Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương quy định để áp dụng trong phạm vi địa phương. Mức thu nhập thấp được quy định không được vượt quá mức khởi điểm chịu thuế thu nhập cá nhân đối với người có thu nhập cao. Trong thực tế, phải thực hiện việc đăng ký kinh doanh là những hộ kinh doanh trong những lĩnh vực thương mại, dịch vụ, tiểu thủ công nghiệp, xây dựng.

2.2. Thủ tục đăng ký kinh doanh

Hộ kinh doanh đăng ký kinh doanh tại cơ quan đăng ký kinh doanh cấp quận, huyện, nơi hộ kinh doanh có địa điểm kinh doanh. Cá nhân hoặc người đại diện hộ gia đình dự định kinh doanh chuẩn bị hồ sơ đăng ký kinh doanh gửi đến Phòng đăng ký kinh doanh cấp huyện nơi hộ kinh doanh đặt địa điểm kinh doanh. Hồ sơ đăng ký kinh doanh bao gồm Giấy đề nghị đăng ký kinh doanh hộ kinh doanh với nội dung: tên hộ kinh doanh được đặt theo quy định của pháp luật; địa chỉ địa điểm kinh doanh, đối với hộ kinh doanh lưu động thì phải chọn một địa điểm cố định để đăng ký; ngành nghề kinh doanh, số vốn kinh doanh, họ tên, số và ngày cấp chứng minh nhân dân, địa chỉ nơi cư trú và chữ ký của cá nhân hoặc đại diện hộ gia đình.

Đối với những ngành, nghề mà pháp luật quy định phải có chứng chỉ hành nghề, thì kèm theo đơn phải có bản sao hợp lệ chứng chỉ hành nghề của cá nhân hoặc đại diện hộ gia đình. Đối với ngành, nghề phải có vốn pháp định thì phải có bản sao hợp lệ văn bản xác nhận vốn pháp định của cơ quan, tổ chức có thẩm quyền.

Sau khi nhận đơn, cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện trao giấy biên nhận hồ sơ và cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh cho hộ kinh doanh trong thời hạn 5 ngày làm việc, kể từ ngày nhận đơn, nếu đủ điều kiện: Ngành, nghề kinh doanh không thuộc danh mục ngành, nghề cấm kinh doanh; Tên của hộ kinh doanh không được trùng với tên của hộ kinh doanh đã đăng ký trong phạm vi quận, huyện và nộp đủ lệ phí đăng ký kinh doanh theo quy định.

Hộ kinh doanh có quyền tiến hành hoạt động kinh doanh sau khi được cấp Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Những trường hợp kinh doanh các ngành, nghề kinh doanh phải có điều kiện, thì chỉ được bắt đầu kinh doanh khi đáp ứng đủ các điều kiện đó.

Khi thay đổi nội dung kinh doanh đã đăng ký hoặc chuyển địa điểm kinh doanh sang quận, huyện khác, hoặc tạm ngừng kinh doanh từ 30 ngày trở

lên, hộ kinh doanh phải thông báo với cơ quan đã cấp chứng nhận đăng ký kinh doanh và cơ quan thuế trực tiếp quản lý. 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 và làm đầy đủ các nghĩa vụ tài chính.

2.3. Quản lý hộ kinh doanh

Pháp luật không có quy định can thiệp vào công tác quản lý mà cho phép hộ kinh doanh tự quyết định cách quản lý của mình. Nếu không phải là cá nhân mà là hộ gia đình hoặc là một nhóm người thì các thành viên phải thống nhất cử ra một người làm đại diện để tham gia vào các giao dịch.

VII - TỔ HỢP TÁC

1. Khái niệm và đặc điểm của tổ hợp tác

Theo quy định tại Điều 111 của Bộ luật Dân sự 2005, tổ hợp tác được hình thành trên cơ sở hợp đồng hợp tác có chứng thực của Ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn của từ 3 cá nhân trở lên, cùng đóng góp tài sản, công sức để thực hiện những công việc nhất định, cùng hưởng lợi và cùng chịu trách nhiệm là chủ thể trong các quan hệ dân sự.

Như vậy, cơ sở pháp lý để thành lập tổ hợp tác là một hợp đồng hợp tác được ký kết giữa ít nhất 3 người có đủ năng lực hành vi dân sự. Nội dung hợp đồng này là những cam kết giữa các thành viên cùng đóng góp tài sản, công sức để thực hiện mong muốn hợp tác trong hoạt động kinh doanh một hoặc một số ngành nghề và đồng thời cùng nhau hưởng lợi và chịu trách nhiệm về những hoạt động của tổ hợp tác. Và để có giá trị pháp lý, hợp đồng thành lập tổ hợp tác phải được Ủy ban nhân dân cấp xã nơi các tổ viên cư trú chứng thực.

Tổ hợp tác chịu trách nhiệm dân sự bằng tài sản của tổ; nếu tài sản không đủ để thực hiện nghĩa vụ chung của tổ thì tổ viên phải chịu trách nhiệm liên đới theo phần tương ứng với phần đóng góp bằng tài sản riêng của mình. Như vậy, tổ hợp tác là loại chủ thể kinh doanh theo quy chế chịu trách nhiệm vô hạn.

2. Tổ viên

Tổ viên là những người có năng lực hành vi dân sự đầy đủ tham gia vào hợp đồng hợp tác. Các tổ viên phải ký vào hợp đồng hợp tác. Khi tham gia tổ hợp tác, các tổ viên thực hiện sự hợp tác theo nguyên tắc bình đẳng, cùng có lợi, giúp đỡ lẫn nhau và bảo đảm lợi ích chung của tổ hợp tác. Các tổ viên phải thực hiện đúng cam kết của mình trong hợp đồng hợp tác. Những

cam kết đó, trước hết bao gồm các cam kết về việc góp tài sản; về chấp hành hợp đồng và sự phân công của tổ trưởng và cùng chịu trách nhiệm về hoạt động của tổ. Trong trường hợp có lỗi gây thiệt hại cho tổ thì phải bồi thường. Song song với những nghĩa vụ đó, tổ viên có quyền được hưởng hoa lợi, lợi tức thu được từ hoạt động của tổ hợp tác theo thoả thuận; Tham gia quyết định các vấn đề có liên quan đến hoạt động của tổ hợp tác, thực hiện việc kiểm tra hoạt động của tổ hợp tác. Tổ viên có quyền ra khỏi tổ hợp tác theo các điều kiện đã thoả thuận trong hợp đồng. Khi ra khỏi tổ hợp tác, tổ viên có quyền yêu cầu nhận lại tài sản mà mình đã đóng góp vào tổ hợp tác, được chia phần tài sản của mình trong khối tài sản chung.

3. Tổ chức và quản lý tổ hợp tác

Trong hợp đồng hợp tác, các tổ viên thoả thuận bầu ra một người làm tổ trưởng đại diện cho tổ hợp tác tham gia vào các giao dịch. Tổ trưởng điều hành hoạt động của tổ hợp tác. Khi vắng mặt, để đảm bảo hoạt động của tổ được tiến hành bình thường, ổn định, Tổ trưởng tổ hợp tác có thể uỷ quyền cho tổ viên thực hiện một số công việc nhất định cần thiết cho tổ. Khi Tổ trưởng hoặc người đại diện tham gia vào các giao dịch, vì mục đích hoạt động của tổ hợp tác theo quyết định của đa số tổ viên làm phát sinh quyền, nghĩa vụ của cả tổ hợp tác và mọi tổ viên có nghĩa vụ thực hiện. Trong hợp đồng hợp tác, các tổ viên có thể thoả thuận về những vấn đề mà Tổ trưởng có thể tự quyết định, những vấn đề phải được sự đồng ý của đa số tổ viên, những vấn đề phải được sự đồng ý của tất cả tổ viên mới có giá trị thực hiện. Riêng việc định đoạt tài sản là tư liệu sản xuất của tổ hợp tác phải được toàn thể tổ viên đồng ý.

Tổ hợp tác chịu trách nhiệm dân sự với các quan hệ bên ngoài bằng toàn bộ tài sản của tổ, nếu tài sản không đủ để thực hiện nghĩa vụ chung của tổ thì tổ viên phải chịu trách nhiệm liên đới theo phần tương ứng với phần đóng góp bằng tài sản riêng của mình. Tổ viên có quyền quản lý và sử dụng tài sản của tổ hợp tác theo phương thức thoả thuận, có quyền tham gia vào các cuộc họp và biểu quyết để quyết định về những vấn đề của tổ. Khi tham gia biểu quyết, ý kiến của tổ viên có giá trị ngang nhau, không phụ thuộc vào vị trí và vốn góp.

Các tổ viên tổ hợp tác phải làm việc cho tổ. Tuy nhiên, tổ hợp tác có thể thuê thêm lao động bên ngoài. Trong trường hợp này, tổ hợp tác phải giao kết hợp đồng lao động với người không phải là tổ viên để thực hiện những công việc nhất định và đảm bảo chế độ cho người lao động theo Luật Lao động.

4. Chấm dứt hoạt động của tổ hợp tác

Tổ hợp tác chấm dứt hoạt động khi: Thời hạn ghi trong hợp đồng hợp tác đã hết; Mục đích của việc hợp tác đã đạt được; Các tổ viên thoả thuận chấm dứt tổ hợp tác hoặc khi có quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong những trường hợp do pháp luật quy định.

Khi chấm dứt hoạt động, tổ hợp tác phải báo cáo cho Ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn đã chứng thực hợp đồng hợp tác.

Khi chấm dứt, tổ hợp tác phải thanh toán các khoản nợ của tổ; nếu tài sản của tổ không đủ để trả nợ thì phải lấy tài sản riêng của các tổ viên để thanh toán theo phần tương ứng với phần đóng góp bằng tài sản riêng khi tham gia tổ hợp tác. Tài sản còn lại sau khi thanh toán xong các khoản nợ và nghĩa vụ được chia cho các tổ viên theo tỷ lệ tương ứng với phần đóng góp của mỗi người. Các tổ viên cũng có thể thoả thuận một phương án chia tài sản khác và ghi vào hợp đồng.

VIII - CÁ NHÂN HOẠT ĐỘNG THƯƠNG MẠI

Cá nhân hoạt động thương mại là cá nhân tự mình hằng ngày thực hiện một, một số hoặc toàn bộ các hoạt động được pháp luật cho phép về mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ và các hoạt động nhằm mục đích sinh lợi khác nhưng do quy mô vốn và ngành, nghề kinh doanh nên không thuộc đối tượng phải đăng ký kinh doanh theo quy định của pháp luật về đăng ký kinh doanh. Theo quy định tại Nghị định số 39/2007/NĐ-CP ngày 16/3/2007 về cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên không phải đăng ký kinh doanh, đó là các cá nhân thực hiện các hoạt động thương mại như: Buôn bán rong; Buôn bán vật; Bán quà vật; Mua hàng hóa từ nơi khác về theo từng chuyến để bán cho người mua buôn hoặc người bán lẻ; Thực hiện các dịch vụ: đánh giày, bán vé số, chữa khóa, sửa chữa xe, trông giữ xe, rửa xe, cắt tóc, vẽ tranh, chụp ảnh và các dịch vụ khác có hoặc không có địa điểm cố định, các hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên không phải đăng ký kinh doanh khác. Các cá nhân khi tham gia hoạt động kinh doanh này không được gọi là thương nhân.

CÂU HỎI ÔN TẬP

1. So sánh công ty trách nhiệm hữu hạn có hai thành viên trở lên với công ty hợp danh về tính chất, đặc điểm, chế độ thành lập và tổ chức quản lý.
2. So sánh công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là cá nhân với doanh nghiệp tư nhân về tính chất, đặc điểm, chế độ thành lập và tổ chức quản lý.
3. So sánh địa vị pháp lý của công ty hợp danh và tổ hợp tác trong hoạt động kinh doanh.
4. So sánh địa vị pháp lý của doanh nghiệp tư nhân và hộ kinh doanh.
5. So sánh công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên và công ty cổ phần về tính chất, đặc điểm, chế độ thành lập và tổ chức quản lý.
6. Vai trò của công ty cổ phần trong việc hình thành và phát triển thị trường vốn ở Việt Nam. Tại sao công ty cổ phần có vai trò đó ?
7. Các loại cổ phần trong công ty cổ phần và ý nghĩa của từng loại.
8. So sánh địa vị pháp lý của các loại cổ đông trong công ty cổ phần. Tại sao có sự khác nhau trong địa vị pháp lý đó ?
9. Theo Luật Doanh nghiệp hiện hành, những doanh nghiệp nào có Hội đồng quản trị và so sánh vị trí, vai trò của Hội đồng quản trị trong các doanh nghiệp này.
10. Ai được coi là người quản lý doanh nghiệp và vai trò của người quản lý doanh nghiệp ?
11. So sánh địa vị pháp lý của người quản lý của các loại doanh nghiệp.
12. Cần phải bổ sung những quy định pháp luật như thế nào để tăng cường trách nhiệm hoặc/và hạn chế sự lạm quyền của người quản lý trong các công ty ?
13. Khái niệm và những đặc điểm cơ bản của doanh nghiệp nhà nước theo Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003.
14. Các hình thức tổ chức hoạt động của doanh nghiệp nhà nước.
15. Phạm vi, đối tượng điều chỉnh và nguyên tắc áp dụng Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003 và các luật khác có liên quan.
16. Điều kiện và thủ tục thành lập mới công ty nhà nước.
17. Những quy định cơ bản về các mô hình tổ chức quản lý của công ty nhà nước.
18. Khái niệm và cơ cấu của các loại hình Tổng công ty nhà nước.
19. Khái niệm, đặc điểm cơ bản và cơ cấu tổ chức quản lý của các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài.

- 20.** Những quy định cơ bản về điều kiện và thủ tục thành lập các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài theo Luật Đầu tư 2005 và Luật Doanh nghiệp 2005.
- 21.** Khái niệm, đặc điểm cơ bản, nguyên tắc tổ chức và hoạt động của hợp tác xã, Liên hiệp hợp tác xã.
- 22.** Điều kiện và thủ tục để thành lập hợp tác xã theo pháp luật hiện hành.
- 23.** Cơ cấu tổ chức và quản lý của hợp tác xã theo Luật Hợp tác xã 2003.
- 24.** Phân biệt hộ kinh doanh và doanh nghiệp tư nhân.
- 25.** Chế độ trách nhiệm của các tổ viên trong tổ hợp tác đối với hoạt động của tổ.

Chương 3

PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG TRONG KINH DOANH – THƯƠNG MẠI

Điều 57 Hiến pháp 1992 quy định: “*Công dân có quyền tự do kinh doanh theo quy định của pháp luật*”. Quyền tự do kinh doanh bao gồm các nội dung: quyền tự do xác định ngành nghề kinh doanh, xác định quy mô của hoạt động kinh doanh, xác định hình thức tổ chức hoạt động kinh doanh, tiến hành hoạt động kinh doanh, quyết định sử dụng lợi nhuận do hoạt động kinh doanh mang lại, chấm dứt hoạt động kinh doanh. Như vậy, có một quyền không thể thiếu được vì nó đảm bảo an toàn và trật tự cho giao lưu dân sự, trong đó có các giao lưu kinh doanh, thương mại đó là quyền tự do xác lập các mối quan hệ trong kinh doanh – *quyền tự do giao kết hợp đồng*. Thông qua hợp đồng, các bên tự nguyện xác định quyền và nghĩa vụ với nhau. Việc xác lập và giải quyết các quan hệ hợp đồng trong các lĩnh vực nói chung và trong kinh doanh thương mại nói riêng, phải tuân theo pháp luật về hợp đồng.

I - KHÁI QUÁT VỀ PHÁP LUẬT HỢP ĐỒNG Ở VIỆT NAM

1. Khái niệm hợp đồng

Trong nền kinh tế thị trường, mỗi cá nhân hay tổ chức tham gia vào nhiều quan hệ xã hội phong phú và rất đa dạng. Trong các giao dịch dân sự đó, một căn cứ chủ yếu làm phát sinh các nghĩa vụ dân sự là hợp đồng. Hiện nay ở Việt Nam, trên phương diện pháp lý, khái niệm hợp đồng thường được hiểu một cách chung nhất là hợp đồng dân sự. Hợp đồng là hình thức thể hiện quyền và nghĩa vụ của các bên đạt được thông qua sự thoả thuận.

Hợp đồng được hiểu theo nghĩa rộng là *sự thoả thuận giữa hai hay nhiều bên về một vấn đề nhất định trong xã hội nhằm làm phát sinh, thay đổi hay chấm dứt các quyền và nghĩa vụ của các bên đó*.

Bộ luật Dân sự 2005 đã đưa ra khái niệm về hợp đồng dân sự một cách khái quát như sau: “*Hợp đồng dân sự là sự thoả thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự.*” (Điều 388).

Để được coi là sự thoả thuận thì hợp đồng phải thể hiện ý chí tự nguyện của các bên tham gia quan hệ hợp đồng. Đó là nguyên tắc tự do hợp đồng, nguyên tắc này cho phép các cá nhân, tổ chức được tự do quyết định việc giao kết hợp đồng với ai, như thế nào, về cái gì, vào thời điểm nào. Quan hệ hợp đồng này phải diễn ra trong một quan hệ xã hội nhất định và xuất phát từ lợi ích của mỗi bên.

Thông qua hợp đồng, các bên tự do thoả thuận nhằm hướng tới các đối tượng, nghĩa vụ của hợp đồng. Tuy nhiên, hợp đồng sẽ không có hiệu lực pháp lý nếu những nghĩa vụ được thoả thuận trong hợp đồng trái pháp luật hay trái với đạo đức xã hội.

Việc giao kết hợp đồng làm phát sinh, thay đổi hoặc chấm dứt quyền và nghĩa vụ pháp lý của các bên trong quan hệ hợp đồng. Trong các giao dịch dân sự, việc thực hiện nghĩa vụ dân sự được tiến hành thông qua hợp đồng. Các bên tham gia quan hệ hợp đồng được gọi là chủ thể của hợp đồng. Chủ thể của hợp đồng có thể là cá nhân, pháp nhân hoặc các chủ thể khác. Một hay nhiều chủ thể có nghĩa vụ (gọi chung là bên có nghĩa vụ) phải thực hiện việc chuyển giao vật, chuyển giao quyền, trả tiền hoặc giấy tờ có giá, thực hiện công việc khác hoặc không được thực hiện công việc nhất định vì lợi ích của một hoặc nhiều chủ thể khác (gọi chung là bên có quyền).

Trong hợp đồng, quyền và nghĩa vụ giữa các bên là đặc trưng cơ bản của nghĩa vụ dân sự và có tính chất tương ứng. Quyền lợi của bên này chỉ đạt được khi bên kia thực hiện các hành vi mang tính nghĩa vụ đã được hai bên xác nhận trong hợp đồng hoặc pháp luật quy định trong nội dung của quan hệ nghĩa vụ ấy. Mục đích của hợp đồng là nhằm dung hòa và thoả mãn các lợi ích khác nhau của các bên. Điều này thể hiện rõ mối quan hệ giữa khái niệm hợp đồng dân sự với giao dịch dân sự và nghĩa vụ dân sự.

2. Phân loại hợp đồng

Hợp đồng là sự thể hiện chủ yếu của các giao dịch dân sự, có tính phổ biến trong đời sống xã hội. Vì thế, theo những tiêu chí khác nhau có thể phân loại thành nhiều loại hợp đồng.

2.1. Theo nội dung của hợp đồng

– *Hợp đồng dân sự theo nghĩa hẹp* hay hợp đồng không có tính chất kinh doanh: là sự thoả thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự.

– *Hợp đồng kinh doanh – thương mại*: là sự thoả thuận giữa các thương nhân hoặc một bên là thương nhân để thực hiện các hoạt động kinh doanh – thương mại.

– *Hợp đồng lao động*: là sự thoả thuận giữa người lao động và người sử dụng lao động về việc làm có trả công, về điều kiện lao động, quyền và nghĩa vụ của mỗi bên trong quan hệ lao động.

2.2. Theo tính chất của hợp đồng

– *Hợp đồng chính* (Khoản 3 Điều 406 Bộ luật Dân sự) là *hợp đồng mà hiệu lực không phụ thuộc vào hợp đồng phụ*. Khi tham gia giao kết hợp đồng, các bên tuân thủ nghiêm chỉnh các điều kiện để bảo đảm cho hợp đồng có hiệu lực thì quan hệ hợp đồng này là hợp pháp và có hiệu lực bắt buộc đối với các bên từ thời điểm giao kết hợp đồng.

– *Hợp đồng phụ* (Khoản 4 Điều 406 Bộ luật Dân sự) là *hợp đồng mà hiệu lực phụ thuộc vào hợp đồng chính*. Hợp đồng phụ dù đã tuân thủ các quy định của pháp luật về chủ thể, nội dung, hình thức hợp đồng nhưng vẫn có thể bị coi là không có hiệu lực nếu hợp đồng chính (hợp đồng mà nó phụ thuộc) không có hiệu lực.

– *Hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba* (Khoản 5 Điều 406 Bộ luật Dân sự) là *hợp đồng mà các bên giao kết hợp đồng đều phải thực hiện nghĩa vụ và người thứ ba được hưởng lợi ích từ việc thực hiện nghĩa vụ đó*. Các bên tham gia giao kết thực hiện nghĩa vụ dân sự không phải vì lợi ích của bản thân họ mà thực hiện nghĩa vụ dân sự đó vì lợi ích của người thứ ba.

– *Hợp đồng có điều kiện* (Khoản 6 Điều 406 Bộ luật Dân sự) là *hợp đồng mà việc thực hiện phụ thuộc vào việc phát sinh, thay đổi hoặc chấm dứt một sự kiện nhất định*. Việc thực hiện hợp đồng này phụ thuộc vào sự kiện do các bên thoả thuận trước. Sự kiện mà các chủ thể thoả thuận phải không trái pháp luật và đạo đức xã hội. Đồng thời, nếu điều kiện của hợp đồng là một công việc phải làm thì nó phải có tính khả thi, có thực trong thực tế.

2.3. Theo sự tương xứng về quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng

– *Hợp đồng song vụ*: là hợp đồng mà các bên chủ thể đều có quyền và nghĩa vụ tương ứng với nhau. Quyền dân sự của bên này tương ứng với nghĩa vụ dân sự của bên kia và ngược lại.

– *Hợp đồng đơn vụ*: là hợp đồng mà chỉ một bên có nghĩa vụ.

2.4. Theo hình thức của hợp đồng

Theo cách phân loại này, hợp đồng được chia thành: hợp đồng bằng văn bản (kể cả dưới hình thức thông điệp dữ liệu); hợp đồng bằng lời nói; hợp

đồng bằng hành vi cụ thể; hợp đồng có công chứng, chứng thực; hợp đồng phải đăng ký, xin phép.

2.5. Theo lĩnh vực áp dụng của hợp đồng

– *Hợp đồng thương mại*: là sự thoả thuận giữa các thương nhân hoặc một bên là thương nhân để thực hiện các hoạt động thương mại.

– *Hợp đồng chuyển quyền sử dụng đất*: là sự thoả thuận giữa các bên, theo đó các bên chuyển giao đất và chuyển quyền sử dụng đất cho nhau theo quy định của Bộ luật Dân sự và pháp luật về đất đai.

– *Hợp đồng chuyển giao quyền tài sản thuộc quyền tác giả*: “Việc chuyển giao một phần hoặc toàn bộ quyền tài sản thuộc quyền tác giả được thực hiện trên cơ sở hợp đồng. Hợp đồng chuyển giao quyền tác giả phải được lập thành văn bản.” (Điều 743 Bộ luật Dân sự).

– *Hợp đồng chuyển giao công nghệ*: Đây là loại hợp đồng thực hiện chuyển giao các đối tượng là: bí quyết kỹ thuật; kiến thức kỹ thuật về công nghệ dưới dạng phương án công nghệ, các giải pháp kỹ thuật, công thức, thông số kỹ thuật, bản vẽ, sơ đồ kỹ thuật, chương trình máy tính, thông tin dữ liệu về công nghệ chuyển giao; giải pháp hợp lý hóa sản xuất, đổi mới công nghệ, cấp phép đặc quyền kinh doanh và các đối tượng khác do pháp luật về chuyển giao công nghệ quy định.

Hợp đồng chuyển giao công nghệ phải bằng văn bản và đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong trường hợp pháp luật có quy định. Việc sửa đổi, bổ sung, gia hạn, huỷ bỏ hợp đồng chuyển giao công nghệ phải được lập thành hợp đồng bằng văn bản. Nếu hợp đồng chuyển giao công nghệ được đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền thì việc sửa đổi, bổ sung, gia hạn, huỷ bỏ hợp đồng này cũng phải được đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

2.6. Theo tính thông dụng của hợp đồng

– *Hợp đồng mua bán tài sản*: “Hợp đồng mua bán tài sản là sự thoả thuận giữa các bên, theo đó bên bán có nghĩa vụ giao tài sản cho bên mua và nhận tiền, còn bên mua có nghĩa vụ nhận tài sản và trả tiền cho bên bán” (Điều 428 Bộ luật Dân sự).

– *Hợp đồng trao đổi tài sản*: “Hợp đồng trao đổi tài sản là sự thoả thuận giữa các bên, theo đó các bên giao tài sản và chuyển quyền sở hữu đối với tài sản cho nhau” (Khoản 1 Điều 463 Bộ luật Dân sự).

– *Hợp đồng tặng cho tài sản*: “Hợp đồng tặng cho tài sản là sự thoả thuận giữa các bên, theo đó bên tặng cho giao tài sản của mình và chuyển

quyền sở hữu cho bên được tặng cho mà không yêu cầu đền bù, còn bên được tặng cho đồng ý nhận” (Điều 465 Bộ luật Dân sự).

– *Hợp đồng vay tài sản*: “Hợp đồng vay tài sản là sự thoả thuận giữa các bên, theo đó bên cho vay giao tài sản cho bên vay; khi đến hạn trả, bên vay phải hoàn trả cho bên cho vay tài sản cùng loại theo đúng số lượng, chất lượng và chỉ phải trả lãi nếu có thoả thuận hoặc pháp luật có quy định” (Điều 471 Bộ luật Dân sự).

– *Hợp đồng thuê tài sản*: “Hợp đồng thuê tài sản là sự thoả thuận giữa các bên, theo đó bên cho thuê giao tài sản cho bên thuê để sử dụng trong một thời hạn, còn bên thuê phải trả tiền thuê” (Điều 480 Bộ luật Dân sự).

– *Hợp đồng mượn tài sản*: “Hợp đồng mượn tài sản là sự thoả thuận giữa các bên, theo đó bên cho mượn giao tài sản cho bên mượn để sử dụng trong một thời hạn mà không phải trả tiền, còn bên mượn phải trả lại tài sản đó khi hết thời hạn mượn hoặc mục đích mượn đã đạt được” (Điều 512 Bộ luật Dân sự).

– *Hợp đồng dịch vụ*: “Hợp đồng dịch vụ là sự thoả thuận giữa các bên, theo đó bên cung ứng dịch vụ thực hiện công việc cho bên thuê dịch vụ, còn bên thuê dịch vụ phải trả tiền dịch vụ cho bên cung ứng dịch vụ” (Điều 518 Bộ luật Dân sự).

– *Hợp đồng vận chuyển*:

+ *Hợp đồng vận chuyển hành khách*: “Hợp đồng vận chuyển hành khách là sự thoả thuận giữa các bên, theo đó bên vận chuyển chuyên chở hành khách, hành lý đến địa điểm đã định theo thoả thuận, còn hành khách phải thanh toán cước phí vận chuyển” (Điều 527 Bộ luật Dân sự).

+ *Hợp đồng vận chuyển tài sản*: “Hợp đồng vận chuyển tài sản là sự thoả thuận giữa các bên, theo đó bên vận chuyển có nghĩa vụ chuyển tài sản đến địa điểm đã định theo thoả thuận và giao tài sản đó cho người có quyền nhận, còn bên thuê vận chuyển có nghĩa vụ trả cước phí vận chuyển” (Điều 535 Bộ luật Dân sự).

– *Hợp đồng gia công*: “Hợp đồng gia công là sự thoả thuận giữa các bên, theo đó bên nhận gia công thực hiện các công việc để tạo ra sản phẩm theo yêu cầu của bên đặt gia công, còn bên đặt gia công nhận sản phẩm và trả tiền công” (Điều 547 Bộ luật Dân sự).

– *Hợp đồng gửi giữ tài sản*: “Hợp đồng gửi giữ tài sản là sự thoả thuận giữa các bên, theo đó bên giữ nhận tài sản của bên gửi để bảo quản và trả lại chính tài sản đó cho bên gửi khi hết thời hạn hợp đồng, còn bên gửi phải trả tiền công cho bên giữ, trừ trường hợp gửi giữ không phải trả tiền công” (Điều 559 Bộ luật Dân sự).

– *Hợp đồng bảo hiểm*: “Hợp đồng bảo hiểm là sự thoả thuận giữa các bên, theo đó bên mua bảo hiểm phải đóng phí bảo hiểm, còn bên bảo hiểm phải trả một khoản tiền bảo hiểm cho bên được bảo hiểm khi xảy ra sự kiện bảo hiểm” (Điều 567 Bộ luật Dân sự).

– *Hợp đồng uỷ quyền*: “Hợp đồng uỷ quyền là sự thoả thuận giữa các bên, theo đó bên được uỷ quyền có nghĩa vụ thực hiện công việc nhân danh bên uỷ quyền, còn bên uỷ quyền chỉ phải trả thù lao, nếu có thoả thuận hoặc pháp luật có quy định” (Điều 581 Bộ luật Dân sự).

– *Hứa thưởng và thi có giải*:

+ *Hứa thưởng*:

“Người đã công khai hứa thưởng phải trả thưởng cho người đã thực hiện công việc theo yêu cầu của người hứa thưởng.

Công việc được hứa thưởng phải cụ thể, có thể thực hiện được, không bị pháp luật cấm, không trái đạo đức xã hội” (Điều 590 Bộ luật Dân sự).

+ *Thi có giải*:

“Người tổ chức các cuộc thi văn hoá, nghệ thuật, thể thao, khoa học, kỹ thuật và các cuộc thi khác không trái pháp luật, đạo đức xã hội phải công bố điều kiện dự thi, thang điểm, các giải thưởng và mức thưởng của mỗi giải.

Việc thay đổi điều kiện dự thi phải được thực hiện theo cách thức đã công bố trong một thời gian hợp lý trước khi diễn ra cuộc thi.

Người đoạt giải có quyền yêu cầu người tổ chức thi trao giải thưởng đúng mức đã công bố” (Điều 593 Bộ luật Dân sự).

3. Nguồn pháp luật về hợp đồng trong kinh doanh – thương mại

3.1. Khái quát về quá trình phát triển của pháp luật về hợp đồng ở Việt Nam

a) Pháp luật về hợp đồng trong cơ chế kế hoạch hoá tập trung

Sau khi hoà bình lập lại năm 1954, công cuộc cải tạo xã hội chủ nghĩa ở miền Bắc gặp nhiều khó khăn do các thành phần kinh tế còn nhỏ, phát triển kém, cơ sở của nền kinh tế chủ yếu là kinh tế nông nghiệp, đồng thời đất nước lại chịu nhiều hậu quả chiến tranh. Năm 1956, Nhà nước đã ban hành Điều lệ tạm thời số 735/TTg về chế độ hợp đồng kinh doanh (đăng trên Công báo số 10 ngày 5/5/1956). Đây là một văn bản pháp luật hợp đồng điều chỉnh các quan hệ giữa hai hay nhiều chủ thể cam kết tự nguyện thực hiện kế hoạch của Nhà nước nhằm phục vụ cuộc đấu tranh giải phóng dân tộc, củng cố hậu phương vững chắc, làm ra nhiều sản phẩm cho xã hội. Các hợp đồng này được gọi là “Hợp đồng Kinh doanh”.

Cơ sở kinh tế thay đổi dẫn đến sự thay đổi của pháp luật. Ngày 4/1/1960, Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Nghị định 004/TTg ban hành Điều lệ tạm thời về chế độ hợp đồng kinh tế giữa các xí nghiệp quốc doanh và cơ quan nhà nước (sau đây gọi tắt là Điều lệ tạm thời). Điều lệ này quy định một kiểu hợp đồng mới với tên gọi là Hợp đồng Kinh tế, những hợp đồng này được ký kết trên cơ sở kế hoạch Nhà nước, nhằm thực hiện kế hoạch nhà nước, đồng thời thực hiện các nguyên tắc của chế độ hạch toán kinh tế. Như vậy, trong thời gian này các cơ quan nhà nước, các xí nghiệp xác lập và thực hiện hợp đồng kinh tế không phải xuất phát từ lợi ích riêng của cơ quan, xí nghiệp mình mà nhằm để thực hiện kế hoạch Nhà nước, vì lợi ích của Nhà nước. Đây là đặc điểm quan trọng nhất của hợp đồng kinh tế theo Điều lệ tạm thời về hợp đồng kinh tế, nó cũng là đặc trưng cơ bản của sự phát triển kinh tế theo cơ chế kế hoạch hoá tập trung.

Ngày 10/3/1975, Hội đồng Chính phủ đã ban hành Nghị định số 54/CP ban hành Điều lệ về chế độ hợp đồng kinh tế. Đây là bản Điều lệ chính thức đầu tiên về chế độ hợp đồng của nước ta và nó có hiệu lực thi hành đến năm 1989. Để thực hiện hai Nghị định trên Nhà nước ra đã ban hành hàng loạt văn bản hướng dẫn việc thực hiện hợp đồng kinh tế như: Quyết định số 113-TTg ngày 11/9/1965 và Chỉ thị 17-TTg ngày 20/1/1967 của Thủ tướng Chính phủ...

Từ việc nghiên cứu pháp luật về hợp đồng kinh tế trong cơ chế kế hoạch hoá tập trung chúng ta có thể rút ra một số nhận xét sau đây:

Một là, pháp luật hợp đồng khi đó là công cụ pháp lý của việc thực hiện kế hoạch nhà nước. Do kế hoạch nhà nước được coi là pháp lệnh cho nên việc ký kết và thực hiện hợp đồng kinh tế là kỷ luật của Nhà nước đối với các đơn vị kinh tế.

Hai là, hợp đồng kinh tế là hình thức pháp lý của các quan hệ mang tính chất tổ chức – kế hoạch, còn yếu tố tài sản chỉ là thứ yếu. Vì những nội dung chủ yếu mà các bên thoả thuận trong hợp đồng kinh tế đều đã được xác định trong chỉ tiêu kế hoạch nhà nước, ý chí của các bên chỉ là việc cụ thể hoá ý chí của Nhà nước.

Ba là, chủ thể của hợp đồng kinh tế chỉ là các đơn vị, tổ chức được giao chỉ tiêu kế hoạch của Nhà nước.

b) Pháp luật về hợp đồng trong nền kinh tế thị trường

Xuất phát từ quan điểm đòi hỏi mở rộng quyền tự chủ kinh doanh của các đơn vị kinh tế, Đại hội toàn quốc lần thứ VI, Đảng Cộng sản Việt Nam tháng 12-1986 đã ra quyết định đổi mới cơ chế quản lý kinh tế theo hướng

xoá bỏ tập trung quan liêu bao cấp, xây dựng cơ chế mới phù hợp với quy luật khách quan và với trình độ phát triển cơ sở kinh tế. Cơ chế quản lý kinh tế mới coi nền kinh tế có cơ cấu nhiều thành phần là một đặc trưng quan trọng, coi trọng việc sử dụng đúng đắn các quan hệ hàng hoá – tiền tệ, bảo đảm quyền tự chủ kinh doanh của doanh nghiệp trong việc tiếp cận với nhu cầu thị trường, khai thác mọi khả năng để phát triển sản xuất kinh doanh nhằm thực hiện các mục tiêu, kế hoạch của doanh nghiệp. Do đó, việc rà soát lại tất cả các chính sách, chế độ và pháp luật về kinh tế, trong đó có pháp luật về hợp đồng kinh tế là một đòi hỏi tất yếu. Vì vậy, ngày 25/9/1989, Hội đồng Nhà nước đã thông qua Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế và sau đó một loạt các văn bản như: Nghị định 17/HĐBT, Quyết định số 18/HĐBT ngày 16/1/1990 và nhiều văn bản khác đã được ban hành để hướng dẫn việc thực hiện Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế. Tiếp đó, Bộ luật Dân sự do Quốc hội thông qua ngày 28/10/1995 đã có nhiều điều khoản quy định về hợp đồng dân sự, và Luật Thương mại do Quốc hội thông qua ngày 10/5/1997 cũng có những quy định mới về hợp đồng cho một số hành vi thương mại. Sự ra đời của Luật Thương mại đồng nghĩa với việc Pháp luật Hợp đồng kinh tế hết hiệu lực, nhưng thực tế các quan hệ hợp đồng trong kinh doanh thương mại vẫn lấy Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế là căn cứ áp dụng chủ yếu. Đặc điểm nổi bật của Pháp luật Hợp đồng trong thời kỳ này là các nội dung cụ thể của chế độ pháp lý về hợp đồng được quy định rải rác trong nhiều văn bản pháp luật (nêu trên) và giữa chúng có nhiều điểm không thống nhất.

Theo quy luật kinh tế khách quan, khi cơ sở kinh tế thay đổi, tạo ra những thành tựu to lớn của các thành phần kinh tế cho thấy Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế được ban hành từ năm 1989 đã lộ rõ nhiều bất cập. Trong điều kiện đó, việc hoàn thiện, đổi mới các quy định của pháp luật về hợp đồng là vấn đề được đặt ra hết sức cấp thiết, có ý nghĩa quan trọng trong việc tạo cơ sở pháp lý thúc đẩy hơn nữa giao lưu kinh tế cũng như trong quá trình hội nhập kinh tế quốc tế. Do thực tiễn pháp luật hợp đồng không thống nhất, các quy định còn nằm rải rác trong nhiều văn bản pháp luật khác nhau, chồng chéo, loại trừ nhau, và tạo ra lỗ hổng pháp lý khiến cho người áp dụng và các cơ quan tài phán gặp nhiều khó khăn, lúng túng khi áp dụng văn bản pháp luật về hợp đồng. Vì thế ngày 14/6/2005, Bộ luật Dân sự đã được Quốc hội khoá XI thông qua, trong đó chế định về hợp đồng là nền tảng thống nhất và đồng bộ để điều chỉnh các quan hệ hợp đồng. Bên cạnh Bộ luật Dân sự 2005 còn có các văn bản pháp luật riêng để điều chỉnh các quan hệ hợp đồng trong các lĩnh vực cụ thể.

xoá bỏ tập trung quan liêu bao cấp, xây dựng cơ chế mới phù hợp với quy luật khách quan và với trình độ phát triển cơ sở kinh tế. Cơ chế quản lý kinh tế mới coi nền kinh tế có cơ cấu nhiều thành phần là một đặc trưng quan trọng, coi trọng việc sử dụng đúng đắn các quan hệ hàng hoá – tiền tệ, bảo đảm quyền tự chủ kinh doanh của doanh nghiệp trong việc tiếp cận với nhu cầu thị trường, khai thác mọi khả năng để phát triển sản xuất kinh doanh nhằm thực hiện các mục tiêu, kế hoạch của doanh nghiệp. Do đó, việc rà soát lại tất cả các chính sách, chế độ và pháp luật về kinh tế, trong đó có pháp luật về hợp đồng kinh tế là một đòi hỏi tất yếu. Vì vậy, ngày 25/9/1989, Hội đồng Nhà nước đã thông qua Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế và sau đó một loạt các văn bản như: Nghị định 17/HDBT, Quyết định số 18/HDBT ngày 16/1/1990 và nhiều văn bản khác đã được ban hành để hướng dẫn việc thực hiện Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế. Tiếp đó, Bộ luật Dân sự do Quốc hội thông qua ngày 28/10/1995 đã có nhiều điều khoản quy định về hợp đồng dân sự, và Luật Thương mại do Quốc hội thông qua ngày 10/5/1997 cũng có những quy định mới về hợp đồng cho một số hành vi thương mại. Sự ra đời của Luật Thương mại đồng nghĩa với việc Pháp luật Hợp đồng kinh tế hết hiệu lực, nhưng thực tế các quan hệ hợp đồng trong kinh doanh thương mại vẫn lấy Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế là căn cứ áp dụng chủ yếu. Đặc điểm nổi bật của Pháp luật Hợp đồng trong thời kỳ này là các nội dung cụ thể của chế độ pháp lý về hợp đồng được quy định rải rác trong nhiều văn bản pháp luật (nêu trên) và giữa chúng có nhiều điểm không thống nhất.

Theo quy luật kinh tế khách quan, khi cơ sở kinh tế thay đổi, tạo ra những thành tựu to lớn của các thành phần kinh tế cho thấy Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế được ban hành từ năm 1989 đã lộ rõ nhiều bất cập. Trong điều kiện đó, việc hoàn thiện, đổi mới các quy định của pháp luật về hợp đồng là vấn đề được đặt ra hết sức cấp thiết, có ý nghĩa quan trọng trong việc tạo cơ sở pháp lý thúc đẩy hơn nữa giao lưu kinh tế cũng như trong quá trình hội nhập kinh tế quốc tế. Do thực tiễn pháp luật hợp đồng không thống nhất, các quy định còn nằm rải rác trong nhiều văn bản pháp luật khác nhau, chồng chéo, loại trừ nhau, và tạo ra lỗ hổng pháp lý khiến cho người áp dụng và các cơ quan tài phán gặp nhiều khó khăn, lúng túng khi áp dụng văn bản pháp luật về hợp đồng. Vì thế ngày 14/6/2005, Bộ luật Dân sự đã được Quốc hội khoá XI thông qua, trong đó chế định về hợp đồng là nền tảng thống nhất và đồng bộ để điều chỉnh các quan hệ hợp đồng. Bên cạnh Bộ luật Dân sự 2005 còn có các văn bản pháp luật riêng để điều chỉnh các quan hệ hợp đồng trong các lĩnh vực cụ thể.

3.2. Hệ thống văn bản pháp luật hiện hành về hợp đồng trong kinh doanh – thương mại

Xuất phát từ phạm vi nghiên cứu của chương này chỉ là những hợp đồng có mục đích lợi nhuận, chủ thể là những tổ chức kinh tế, cá nhân kinh doanh có đăng ký kinh doanh, nên chúng ta chỉ làm rõ nguồn pháp luật hiện hành về hợp đồng trong kinh doanh – thương mại.

Nguồn luật chung điều chỉnh hợp đồng là Bộ luật Dân sự được Quốc hội khoá XI thông qua ngày 14 tháng 6 năm 2005, có hiệu lực kể từ ngày 01 tháng 01 năm 2006. Những quy định của Bộ luật Dân sự về hợp đồng dân sự có tính nguyên tắc, là nội dung cơ bản điều chỉnh các quan hệ hợp đồng nói chung. Cùng với sự ra đời của Bộ luật Dân sự 2005 là sự chấm dứt hiệu lực của Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế 1989.

Bên cạnh đó, còn có một hệ thống văn bản pháp luật khác, bao gồm: Luật Thương mại 2005 được dùng cho các quan hệ hợp đồng trong hoạt động thương mại, các văn bản pháp luật chuyên ngành được áp dụng cho những lĩnh vực kinh doanh đặc thù như: Luật Dầu khí 1993 sửa đổi, bổ sung năm 2000; Luật Kinh doanh bảo hiểm 2000; Pháp lệnh Bưu chính viễn thông 2002; Luật Điện lực 2004; Bộ luật Hàng hải Việt Nam 2005; Luật Đấu thầu 2005; Luật Kinh doanh bất động sản 2006; Luật Chứng khoán 2006... Đây là nguồn luật điều chỉnh các quan hệ hợp đồng trong các lĩnh vực cụ thể.

Ngoài ra, còn phải kể đến nguồn luật điều chỉnh các quan hệ hợp đồng có yếu tố quốc tế là các Điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên và tập quán thương mại quốc tế như: Hiệp định thương mại Việt Nam – Hoa Kỳ, Công ước Viên 1980 về mua bán hàng hoá quốc tế, các Incoterms⁽¹⁾ và nhiều Điều ước quốc tế khác mà Việt Nam là thành viên hoặc có thể dẫn chiếu đến.

4. Nguyên tắc áp dụng pháp luật

4.1. Áp dụng phối hợp Luật chung và Luật chuyên ngành

Nếu Luật chung và Luật chuyên ngành cùng quy định về một vấn đề thì ưu tiên áp dụng các quy định của Luật chuyên ngành. Những vấn đề mà Luật chuyên ngành không quy định thì áp dụng các quy định của Luật chung. Việc xác định áp dụng các quy định của Luật chung hay quy định của Luật chuyên ngành phải xem xét trong từng quan hệ hợp đồng cụ thể.

⁽¹⁾ Incoterms (viết tắt của từ International Commerce Terms – Các điều khoản thương mại quốc tế), bao gồm các quy tắc thương mại quốc tế được công nhận và sử dụng rộng rãi trên toàn thế giới.

4.2. Áp dụng quy định trong các văn bản của cùng nhóm Luật chung hoặc cùng nhóm Luật chuyên ngành

Việc áp dụng theo nguyên tắc ưu tiên áp dụng quy định trong văn bản có giá trị pháp lý cao hơn:

- + Hiến pháp;
- + Bộ luật;
- + Các đạo luật;
- + Pháp lệnh;
- + Nghị định của Chính phủ, các Quyết định của Thủ tướng Chính phủ, Thông tư của Bộ trưởng...

Nếu các văn bản đó có cùng giá trị pháp lý thì áp dụng quy định trong văn bản pháp luật được ban hành sau.

4.3. Áp dụng pháp luật theo thời gian

Các văn bản quy phạm pháp luật chỉ điều chỉnh những quan hệ xã hội phát sinh sau thời điểm văn bản đó đã có hiệu lực. Tức là, các hợp đồng ký kết trước ngày 1/1/2006 thì áp dụng Bộ luật Dân sự 1995 và Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế ngày 25/9/1989. Các hợp đồng ký kết từ ngày 1/1/2006 thì áp dụng Bộ luật Dân sự 2005. Nếu hợp đồng ký kết trước ngày 1/1/2006 nhưng có nội dung và hình thức không trái Bộ luật Dân sự 2005 thì được quyền áp dụng theo Bộ luật Dân sự 2005.

4.4. Áp dụng pháp luật theo không gian

Pháp luật Việt Nam được áp dụng đối với các hoạt động ký kết, thực hiện hợp đồng trên lãnh thổ Việt Nam. Nếu hợp đồng được ký kết ngoài lãnh thổ Việt Nam nhưng các bên có thỏa thuận lựa chọn luật Việt Nam để làm căn cứ ký kết thì hợp đồng đó cũng được áp dụng pháp luật Việt Nam.

Hợp đồng giữa các tổ chức, cá nhân Việt Nam với các tổ chức, cá nhân nước ngoài có thể thỏa thuận áp dụng luật nước ngoài.

II - HỢP ĐỒNG DÂN SỰ

Hợp đồng dân sự là hình thức chủ yếu của giao dịch dân sự. Vì vậy chế độ pháp lý của hợp đồng dân sự quy định trong Bộ luật Dân sự thể hiện trực tiếp trong các phần giao dịch dân sự, nghĩa vụ dân sự và hợp đồng dân sự. Chế độ pháp lý về hợp đồng dân sự được nghiên cứu theo các phần: giao kết hợp đồng; thực hiện, thay đổi, chấm dứt hợp đồng; trách nhiệm pháp lý do vi phạm hợp đồng và giải quyết những tranh chấp trong quá trình thực

hiện hợp đồng. Việc giải quyết những tranh chấp trong quá trình thực hiện hợp đồng được đề cập trong chương 4 của giáo trình này.

1. Giao kết hợp đồng dân sự

Giao kết hợp đồng dân sự là quá trình thương lượng giữa các bên theo những nguyên tắc và trình tự nhất định để đạt được sự thỏa thuận, qua đó xác lập các quyền và nghĩa vụ dân sự của các bên với nhau.

1.1. Nguyên tắc giao kết hợp đồng dân sự

Khi giao kết hợp đồng, các chủ thể phải tuân theo các nguyên tắc sau đây:

a) Tự do giao kết hợp đồng nhưng không trái pháp luật, đạo đức xã hội

Nguyên tắc tự do giao kết hợp đồng cho phép các cá nhân, tổ chức được tự do quyết định trong việc giao kết hợp đồng, từ việc ký kết hợp đồng với ai, đến việc ký kết hợp đồng như thế nào với nội dung, hình thức nào. Hợp đồng phải xuất phát từ ý muốn chủ quan và lợi ích của các chủ thể. Tuy nhiên, sự tự do thỏa thuận này muốn được pháp luật bảo vệ khi có sự vi phạm quyền và nghĩa vụ, dẫn đến tranh chấp thì phải nằm trong khuôn khổ của pháp luật, không trái pháp luật và đạo đức xã hội. Vì lợi ích của mình, các chủ thể phải hướng tới việc không làm ảnh hưởng đến lợi ích hợp pháp của người khác cũng như lợi ích của toàn xã hội.

b) Tự nguyện, bình đẳng, thiện chí, hợp tác trung thực và ngay thẳng

Theo nguyên tắc này, các bên tự nguyện cùng nhau xác lập quan hệ hợp đồng phải bảo đảm nội dung của các quan hệ đó thể hiện được sự tương ứng về quyền và nghĩa vụ dân sự, bảo đảm lợi ích cho các bên. Trong nền kinh tế thị trường, các cá nhân, tổ chức dù thuộc thành phần kinh tế nào, do cấp nào quản lý khi ký kết hợp đồng đều bình đẳng về quyền và nghĩa vụ. Khi hợp đồng dân sự đã được xác lập thì phải bảo đảm quyền và nghĩa vụ tương ứng giữa các chủ thể, có thực hiện đúng, đầy đủ nghĩa vụ thì mới được hưởng quyền, nếu vi phạm phải bị xử lý. Sự bình đẳng được đề cập ở đây là sự bình đẳng pháp lý, sự bình đẳng trước pháp luật chứ không phải là sự bình đẳng về mặt kinh tế giữa các chủ thể. Mặc dù dựa trên cơ sở tự nguyện cùng nhau giao kết hợp đồng nhưng nếu giữa các bên không có thiện chí, thiếu sự hợp tác chặt chẽ với nhau trong việc thực hiện nghĩa vụ thì việc xác lập hợp đồng này cũng không mang lại lợi ích tối đa cho các bên trong quan hệ hợp đồng. Thêm vào đó trong giao kết hợp đồng các bên phải thể hiện sự trung thực, ngay thẳng thì mới có thể trở thành đối tác lâu dài của nhau trong các quan hệ dân sự.

1.2. Chủ thể của hợp đồng dân sự

Chủ thể của hợp đồng dân sự là các chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự được quy định trong Bộ luật Dân sự 2005. Các bên tham gia vào các quan hệ hợp đồng dân sự bao gồm: cá nhân (công dân Việt Nam, người nước ngoài, người không quốc tịch), pháp nhân, hộ gia đình, tổ hợp tác. Muốn tham gia giao kết hợp đồng và trở thành chủ thể hợp pháp của hợp đồng dân sự thì các bên phải có đủ tư cách của chủ thể.

a) Cá nhân

Cá nhân từ 18 tuổi trở lên (người thành niên) có đủ năng lực pháp luật và năng lực hành vi dân sự là người có quyền độc lập trong giao kết hợp đồng. Người không có năng lực hành vi dân sự (người chưa đủ 6 tuổi), người mất năng lực hành vi dân sự không được tham gia giao kết hợp đồng dân sự. Giao dịch dân sự của những người này phải do người đại diện theo pháp luật xác lập, thực hiện. Người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự, người có năng lực hành vi dân sự không đầy đủ (người chưa thành niên từ đủ 6 tuổi đến chưa đủ 18 tuổi) khi xác lập, thực hiện giao dịch dân sự thì phải được người đại diện theo pháp luật đồng ý, trừ giao dịch nhằm phục vụ nhu cầu sinh hoạt hằng ngày phù hợp với lứa tuổi hoặc pháp luật có quy định khác. Nếu người từ đủ 15 tuổi đến chưa đủ 18 tuổi có tài sản riêng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ thì có thể tự mình xác lập, thực hiện giao dịch dân sự mà không cần có sự đồng ý của người đại diện theo pháp luật, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác.

b) Pháp nhân

Việc xây dựng một nền kinh tế hàng hóa nhiều thành phần, bình đẳng giữa các thành phần kinh tế và có sự cạnh tranh lành mạnh trong nền kinh tế đòi hỏi các tổ chức (đặc biệt là các tổ chức kinh tế) tham gia một cách tích cực vào các giao lưu dân sự thông qua việc giao kết hợp đồng và việc giao kết hợp đồng cũng là điều hết sức cần thiết cho quá trình kinh doanh của họ.

Chủ thể là pháp nhân thì phải được công nhận là có tư cách pháp nhân. Theo Điều 84 Bộ luật Dân sự, một tổ chức được công nhận là pháp nhân khi có đủ các điều kiện sau đây:

Thứ nhất, được thành lập hợp pháp;

Thứ hai, có cơ cấu tổ chức chặt chẽ;

Thứ ba, có tài sản độc lập với cá nhân, tổ chức khác và tự chịu trách nhiệm bằng tài sản đó;

Thứ tư, nhân danh mình tham gia các quan hệ pháp luật một cách độc lập.

Theo Điều 100 Bộ luật Dân sự, ở nước ta hiện nay có các loại pháp nhân sau đây:

- Cơ quan nhà nước, đơn vị vũ trang nhân dân;
- Tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội;
- Tổ chức kinh tế;
- Tổ chức chính trị xã hội - nghề nghiệp, tổ chức xã hội, tổ chức xã hội - nghề nghiệp;
- Quỹ xã hội, quỹ từ thiện;
- Tổ chức khác có đủ các điều kiện mà pháp luật quy định.

Pháp nhân tham gia vào các giao dịch thông qua người đại diện của mình. Có hai loại đại diện là: *đại diện theo pháp luật* và *đại diện theo ủy quyền*. Người đại diện theo pháp luật của pháp nhân được quy định trong quyết định thành lập hoặc trong Điều lệ của pháp nhân. Chế độ đại diện được quy định từ Điều 139 đến Điều 148 Bộ luật Dân sự.

c) Các chủ thể khác

Trong giới hạn nhất định, *hộ gia đình, tổ hợp tác* có thể trở thành chủ thể của hợp đồng dân sự.

Những hộ gia đình mà các thành viên có tài sản chung, cùng đóng góp công sức để hoạt động kinh tế chung trong sản xuất nông, lâm, ngư nghiệp hoặc một số lĩnh vực sản xuất, kinh doanh khác do pháp luật quy định là chủ thể trong các quan hệ dân sự đó (Điều 106 Bộ luật Dân sự).

Khi tham gia vào giao kết hợp đồng dân sự, hộ gia đình phải thông qua người đại diện của hộ gia đình. Chủ hộ hoặc người được ủy quyền có quyền nhân danh hộ gia đình trong giao kết hợp đồng dân sự vì lợi ích chung của cả hộ, nhằm xác lập và thực hiện các quyền và nghĩa vụ dân sự phát sinh từ việc ký kết hợp đồng. Việc thực hiện các nghĩa vụ dân sự bằng tài sản chung của hộ, nếu tài sản chung không đủ để thực hiện nghĩa vụ chung của hộ thì các thành viên phải chịu trách nhiệm liên đới bằng tài sản riêng của mình.

Tổ hợp tác được hình thành trên cơ sở hợp đồng hợp tác có chứng thực của Ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn của từ 3 cá nhân trở lên, cùng đóng góp tài sản, công sức để thực hiện những công việc nhất định, cùng hưởng lợi và cùng chịu trách nhiệm là chủ thể trong các quan hệ dân sự. (Điều 111 Bộ luật Dân sự). Theo đó, phạm vi tổ hợp tác là chủ thể trong giao kết hợp đồng dân sự cũng hạn chế trong giới hạn chỉ những quan hệ dân sự khi thực hiện những công việc nhất định có liên quan đến hoạt động kinh doanh chứ không phải mọi lĩnh vực của đời sống xã hội.

Pháp luật quy định tư cách của tổ viên tổ hợp tác là người từ đủ 18 tuổi trở lên và có đủ năng lực hành vi dân sự. Tổ hợp tác khi tham gia giao kết hợp đồng dân sự, thực hiện nghĩa vụ dân sự và chịu trách nhiệm dân sự bằng tài sản chung của tổ hợp tác bao gồm tài sản do các tổ viên đóng góp, cùng tạo lập và được tặng cho chung. Các giao dịch dân sự của tổ hợp tác phải thông qua người đại diện xác lập, thực hiện quyền và nghĩa vụ dân sự nhân danh tổ hợp tác. Tổ hợp tác chịu trách nhiệm bằng tài sản chung. Nếu tài sản chung không đủ để thực hiện nghĩa vụ chung thì tổ viên phải chịu trách nhiệm liên đới theo phần tương ứng với phần đã đóng góp bằng tài sản riêng mà họ góp vào tổ hợp tác.

1.3. Nội dung của hợp đồng dân sự

Nội dung của hợp đồng dân sự là những điều khoản mà các bên tham gia giao kết hợp đồng thoả thuận xác lập sau khi đã tự do bàn bạc, thương lượng. Nội dung của hợp đồng dân sự xác định rõ ràng quyền và nghĩa vụ của các bên, quyết định tính khả thi của hợp đồng cũng như hiệu lực pháp lý của hợp đồng. Các bên khi thoả thuận về nội dung của hợp đồng phải bảo đảm là những nội dung đó là hợp pháp với các điều khoản rõ ràng, cụ thể, có tính hiện thực cao.

Điều 402 Bộ luật Dân sự quy định: “Tuỳ theo từng loại hợp đồng, các bên có thể thoả thuận về những nội dung sau đây:

- Đối tượng của hợp đồng là tài sản phải giao, công việc phải làm hoặc không được làm;
- Số lượng, chất lượng;
- Giá, phương thức thanh toán;
- Thời hạn, địa điểm, phương thức thực hiện hợp đồng;
- Quyền, nghĩa vụ của các bên;
- Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng;
- Các nội dung khác;
- Phạt vi phạm hợp đồng”.

Nội dung của hợp đồng có thể chia thành ba loại điều khoản với những ý nghĩa khác nhau: điều khoản chủ yếu, điều khoản thường lệ, điều khoản tùy nghi.

a) Điều khoản chủ yếu

Các điều khoản chủ yếu nêu lên những quyền và nghĩa vụ chủ yếu của các bên, làm cơ sở cho việc thực hiện hợp đồng mà nếu thiếu nó thì quan hệ hợp đồng chưa được coi là đã được xác lập. Tuỳ theo tính chất của từng quan hệ hợp đồng hoặc theo quy định của pháp luật mà điều khoản nào sẽ

là điều khoản chủ yếu, bắt buộc các bên phải thoả thuận miệng với nhau hoặc ghi vào văn bản hợp đồng. Có những điều khoản luôn luôn là điều khoản chủ yếu vì không có nó không thể nói là đã hình thành hợp đồng. Ví dụ, trong hợp đồng mua bán tài sản thì điều khoản về đối tượng luôn là điều khoản chủ yếu. Điều khoản chủ yếu có thể là đối tượng, chất lượng, số lượng, giá cả, địa điểm... khi chọn các điều khoản này các bên thấy cần phải thoả thuận trong giao kết hợp đồng.

b) Điều khoản thường lệ

Là điều khoản đã được quy định trong các văn bản quy phạm pháp luật. Dù các điều khoản này không được ghi vào hợp đồng nhưng các bên mặc nhiên thừa nhận và phải thực hiện đúng như pháp luật đã quy định. Ví dụ, theo Điều 433 Bộ luật Dân sự về địa điểm giao tài sản trong hợp đồng mua bán tài sản, các bên có thể tự thoả thuận, nếu không có thoả thuận thì địa điểm giao tài sản được xác định như sau: Đối với tài sản là bất động sản là nơi có bất động sản. Còn tài sản không phải là bất động sản là nơi cư trú hoặc trụ sở của bên có quyền (bên mua). Như vậy, để giảm bớt những công việc không cần thiết trong giao kết hợp đồng cũng như nếu có tranh chấp xảy ra, mặc dù các bên không ghi vào văn bản hợp đồng, thì quy định của pháp luật sẽ là căn cứ để xác định mức độ thực hiện quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng, từ đó xác định rõ trách nhiệm khi vi phạm hợp đồng.

c) Điều khoản tùy nghi

Là những điều khoản được đưa vào hợp đồng theo sự thoả thuận của các bên, căn cứ vào khả năng, nhu cầu của các bên để xác định thêm một số điều khoản khác. Trong khuôn khổ của pháp luật, các bên có quyền lựa chọn và thoả thuận về những hành vi cụ thể. Điều đó nhằm làm cho nội dung của hợp đồng được rõ ràng, cụ thể, tạo điều kiện cho việc thực hiện hợp đồng nhanh chóng, tránh sự hiểu lầm trong quan hệ hợp đồng. Từ vai trò này của điều khoản tùy nghi mà các bên có quyền tự lựa chọn và tự nguyện thoả thuận với nhau sao cho việc thực hiện nghĩa vụ dân sự thuận lợi mà vẫn bảo đảm được quyền yêu cầu của bên kia.

1.4. Hình thức của hợp đồng dân sự

Trong quan hệ giao kết hợp đồng dân sự, các bên thoả thuận với nhau về quyền và nghĩa vụ dân sự phát sinh trong hợp đồng và cam kết thực hiện. Nhưng các thoả thuận phải được biểu hiện ra bên ngoài bằng một hình thức nhất định. Hình thức của hợp đồng là phương tiện để ghi nhận nội dung mà các chủ thể đã cam kết thoả thuận với nhau. Đối với hợp đồng dân sự, tùy thuộc vào tính chất của từng loại hợp đồng, vào nội dung, tùy thuộc vào

lòng tin lẫn nhau của các bên giao kết mà họ có thể lựa chọn hình thức nào trong việc giao kết hợp đồng cho phù hợp với từng trường hợp cụ thể.

Hình thức của hợp đồng dân sự tương đối đa dạng. Theo Khoản 1 Điều 401 Bộ luật Dân sự: *“hợp đồng dân sự có thể được giao kết bằng lời nói, bằng văn bản hoặc bằng hành vi cụ thể, khi pháp luật không quy định loại hợp đồng đó phải được giao kết bằng một hình thức nhất định”*. Như vậy, đối với những hợp đồng dân sự mà pháp luật đã quy định buộc phải giao kết bằng hình thức nhất định, thì các bên phải tuân theo hình thức đó. Ngoài ra, đối với những hợp đồng nhằm thoả mãn nhu cầu sinh hoạt, tiêu dùng các bên có thể lựa chọn một trong những hình thức sau đây để giao kết:

Hình thức giao kết bằng *hành vi cụ thể*: là sự thoả thuận bằng việc thực hiện một hành vi nào đó.

Hình thức *miệng (bằng lời nói)*: Hình thức này được áp dụng trong trường hợp hợp đồng thoả thuận thực hiện một công việc cụ thể hoặc giá trị của hợp đồng là không lớn, các bên tin tưởng lẫn nhau. Cho nên, các bên giao kết chỉ cần thoả thuận miệng với nhau về nội dung cơ bản của hợp đồng hoặc mặc nhiên thực hiện những hành vi nhất định đối với nhau.

Hình thức *bằng văn bản (viết)*: Các bên giao kết hợp đồng cam kết thoả thuận về quyền và nghĩa vụ hợp đồng bằng văn bản. Trong văn bản đó, các bên phải ghi rõ những nội dung cơ bản mà các bên đã cam kết với nhau, và người đại diện của các bên phải ký tên vào văn bản. Thông điệp dữ liệu thông qua các phương tiện điện tử cũng được coi là hình thức văn bản. Nếu xảy ra tranh chấp, hợp đồng được ký kết bằng hình thức văn bản là căn cứ pháp lý để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các bên có cơ sở chắc chắn hơn là hình thức bằng lời nói. Ví dụ, hợp đồng thuê khoán tài sản, giao kết hợp đồng bằng hình thức này hợp đồng được lập thành nhiều bản, mỗi bên giữ ít nhất một bản. Điều đó là căn cứ chứng minh rõ rệt nhất quyền dân sự của các bên giao kết hợp đồng.

“Trong trường hợp pháp luật có quy định hợp đồng phải được thể hiện bằng văn bản có công chứng hoặc chứng thực, phải đăng ký hoặc xin phép thì phải tuân theo các quy định đó” (Khoản 2 Điều 401 Bộ luật Dân sự). Trong trường hợp này, hình thức của hợp đồng là một trong những điều kiện có hiệu lực của hợp đồng. Đối với những quan hệ giao kết hợp đồng có giá trị lớn, phức tạp, dễ dẫn đến tranh chấp trong quan hệ giao kết hợp đồng hoặc là các hợp đồng mà đối tượng của nó là tài sản chịu sự quản lý, kiểm soát của Nhà nước thì các bên phải lập thành văn bản có chứng nhận của cơ quan công chứng nhà nước, hoặc của Uỷ ban nhân dân cấp có thẩm quyền nếu nơi đó không có cơ quan công chứng. Một số hợp đồng chuyển

giao công nghệ phải thực hiện đăng ký tại Cục Sở hữu trí tuệ theo quy định của pháp luật. Hợp đồng dân sự khi giao kết bằng hình thức này có giá trị chứng cứ cao nhất. Vì vậy, có những quan hệ hợp đồng mà pháp luật không yêu cầu phải giao kết hợp đồng bằng hình thức này nhưng để có căn cứ chắc chắn, các bên có thể chọn hình thức văn bản có công chứng hoặc chứng thực này để giao kết hợp đồng.

1.5. Trình tự giao kết hợp đồng dân sự

Quá trình giao kết hợp đồng phải được tiến hành theo một trình tự nhất định. Theo trình tự đó, các bên sẽ đưa ra cách thức, các bước để đi đến thoả thuận xác lập được quyền và nghĩa vụ dân sự trong nội dung của hợp đồng giữa các bên. Trình tự này có thể khái quát thành hai giai đoạn: đề nghị giao kết hợp đồng và chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng.

a) Đề nghị giao kết hợp đồng

Muốn xác lập được hợp đồng dân sự thì một bên phải thể hiện trước ý muốn của mình ra bên ngoài bằng một hành vi nhất định. Việc thực hiện một hành vi nhất định đó được coi là một đề nghị giao kết hợp đồng. Khoản 1 Điều 390 Bộ luật Dân sự quy định: “Đề nghị giao kết hợp đồng 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”. Qua đó các bên cùng ký kết hợp đồng nhận biết rõ ràng ý định giao kết hợp đồng và từ đó hai bên có thể đi đến việc giao kết hợp đồng với nhau. Nhưng để cho phía bên kia có thể hiểu được đối tượng và nội dung của hợp đồng, bên đề nghị giao kết phải đưa ra các điều khoản của hợp đồng một cách rõ ràng, cụ thể. Đưa ra đề nghị giao kết hợp đồng được tiến hành bằng nhiều phương thức khác nhau. Các bên có thể trực tiếp gặp nhau bàn bạc đi đến thoả thuận về nội dung của hợp đồng hoặc có thể trao đổi qua điện thoại, điện báo và cả thư điện tử. Trong thời gian ấn định đợi bên được đề nghị trả lời, giữa họ coi như đã có sự ràng buộc về vấn đề đã đưa ra và không được đưa ra đề nghị với người thứ ba nữa. Nếu trong thời hạn đợi trả lời, bên đề nghị lại giao kết hợp đồng với người thứ ba thì phải bồi thường thiệt hại cho bên được đề nghị nếu có thiệt hại phát sinh, đồng thời không được giao kết hợp đồng.

b) Chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng

Sự trả lời của bên được đề nghị chấp nhận toàn bộ nội dung của đề nghị do bên đề nghị giao kết hợp đồng đưa ra được hiểu là chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng. Tuỳ theo từng quan hệ hợp đồng và phương thức giao kết hợp đồng, bên được đề nghị có thể trả lời ngay việc có chấp nhận giao kết hợp đồng hay không hoặc có thể bên được đề nghị cần phải có một thời gian

nhất định để cân nhắc, tính toán việc giao kết hợp đồng. Sau thời gian mà bên đưa ra đề nghị ấn định, bên được đề nghị mới trả lời về việc chấp nhận giao kết hợp đồng thì coi như đó là lời 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 (được xác định qua dấu ngày gửi trên phong bì của bưu điện, qua ngày, tháng trên thư điện tử...) thì thông báo chấp nhận giao kết hợp đồng vẫn có hiệu lực pháp lý trừ trường hợp bên đề nghị trả lời ngay không đồng ý với chấp nhận đó của bên được đề nghị.

Khi bên được đề nghị chấp nhận toàn bộ nội dung các điều khoản được bên đề nghị đưa ra thì coi như là chấp nhận đề nghị. Nếu bên được đề nghị chỉ chấp nhận một phần trong nội dung đó thì coi như bên được đề nghị muốn thay đổi, bổ sung nội dung mà bên đề nghị đã đưa ra. Vì thế, bên được đề nghị trở thành bên đề nghị giao kết hợp đồng mới, bên đề nghị trước đó lại trở thành bên được đề nghị. Quá trình đưa ra đề nghị và chấp nhận đề nghị lại lặp lại đến khi nào các bên có thể thoả thuận toàn bộ nội dung các điều khoản trong hợp đồng thì sẽ tiến đến việc chính thức giao kết hợp đồng.

1.6. Những vấn đề khác trong giao kết hợp đồng dân sự

a) Giao kết hợp đồng theo mẫu

Các bên có thể thoả thuận giao kết hợp đồng theo mẫu, hợp đồng theo mẫu là hợp đồng được một bên đưa ra theo mẫu để bên kia trả lời trong một thời gian hợp lý.

b) Phụ lục hợp đồng

Kèm theo hợp đồng có thể có phụ lục hợp đồng để quy định một cách cụ thể, chi tiết một số điều khoản của hợp đồng mà các bên phải làm rõ khi thực hiện hợp đồng, giúp các bên không thể hiểu mập mờ, mâu thuẫn về các cam kết trong hợp đồng. Phụ lục của hợp đồng có nội dung không trái với nội dung hợp đồng thì có hiệu lực như hợp đồng. Trường hợp các bên chấp nhận phụ lục hợp đồng có điều khoản trái với điều khoản trong hợp đồng thì coi như điều khoản đó trong hợp đồng đã được sửa đổi.

c) Giải thích hợp đồng

Việc giải thích hợp đồng cũng phải dựa trên cơ sở những quy định của pháp luật nhằm bảo đảm hợp đồng là ý chí chung và thể hiện lợi ích của tất cả các bên. Nguyên tắc của việc giải thích hợp đồng được quy định riêng cho từng trường hợp: hợp đồng có điều khoản không rõ ràng; khi một điều khoản của hợp đồng có thể được hiểu theo nhiều nghĩa; hợp đồng có ngôn từ có thể hiểu theo nhiều nghĩa khác nhau; khi có điều khoản hoặc ngôn từ khó hiểu; hợp đồng thiếu một số điều khoản; ngôn từ sử dụng trong hợp

đồng mâu thuẫn với ý chí chung và khi bên mạnh thế đưa vào hợp đồng nội dung bất lợi cho bên yếu thế.

1.7. Địa điểm và thời điểm giao kết hợp đồng dân sự

a) Địa điểm giao kết hợp đồng dân sự

Địa điểm giao kết hợp đồng dân sự do các bên thoả thuận. Nếu các bên không có thoả thuận thì địa điểm giao kết hợp đồng dân sự là nơi cư trú của cá nhân hoặc trụ sở của pháp nhân đã đưa ra đề nghị giao kết hợp đồng (Điều 403 Bộ luật Dân sự).

b) Thời điểm giao kết hợp đồng dân sự

Thời điểm giao kết hợp đồng được xác định tùy theo phương thức giao kết và hình thức hợp đồng mà các bên đã lựa chọn.

Theo Điều 404 Bộ luật Dân sự, thời điểm giao kết hợp đồng dân sự được quy định như sau:

“1. Hợp đồng dân sự được giao kết vào thời điểm bên đề nghị nhận được trả lời chấp nhận giao kết.

2. Hợp đồng dân sự cũng xem như được giao kết khi hết thời hạn trả lời mà bên nhận được đề nghị vẫn im lặng, nếu có thoả thuận im lặng là sự trả lời chấp nhận giao kết.

3. Thời điểm giao kết hợp đồng bằng lời nói là thời điểm các bên đã thoả thuận về nội dung của hợp đồng.

4. Thời điểm giao kết hợp đồng bằng văn bản là thời điểm bên sau cùng ký vào văn bản”.

1.8. Hiệu lực của hợp đồng dân sự

a) Thời điểm có hiệu lực của hợp đồng dân sự

Các bên phải thực hiện các nghĩa vụ dân sự được xác định trong nội dung của hợp đồng đã có hiệu lực. Hiệu lực của hợp đồng được xác định theo từng thời điểm khác nhau tùy thuộc vào phương thức và hình thức giao kết. Thời điểm có hiệu lực của hợp đồng dân sự còn được xác định theo sự thoả thuận của các bên hoặc theo quy định của pháp luật.

Về mặt nguyên tắc, hợp đồng dân sự có hiệu lực từ thời điểm giao kết (Điều 405 Bộ luật Dân sự):

– Hợp đồng miệng có hiệu lực từ thời điểm các bên đã trực tiếp thoả thuận với nhau về những nội dung chủ yếu của hợp đồng.

– Hợp đồng bằng văn bản có hiệu lực tại thời điểm hai bên đã ký vào văn bản hợp đồng.

– Hợp đồng bằng văn bản có chứng nhận, chứng thực, đăng ký hoặc xin phép có hiệu lực tại thời điểm văn bản hợp đồng được chứng nhận, chứng thực, đăng ký hoặc cho phép.

Ngoài ra, nếu các bên đã tự thoả thuận để xác định hoặc trong trường hợp pháp luật đã có quy định cụ thể thì hợp đồng có hiệu lực ở các thời điểm đó. Ví dụ, hợp đồng tặng cho bất động sản có hiệu lực kể từ thời điểm đăng ký; nếu bất động sản không phải đăng ký quyền sở hữu thì hợp đồng tặng cho có hiệu lực kể từ thời điểm chuyển giao tài sản (Điều 467 Bộ luật Dân sự).

b) Sự vô hiệu của hợp đồng dân sự

Hợp đồng dân sự có thể bị coi là vô hiệu khi hợp đồng đó trái với những quy định của pháp luật và không có đủ những điều kiện để có hiệu lực của hợp đồng. Điều kiện vô hiệu đối với hợp đồng dân sự được quy định như đối với giao dịch dân sự vô hiệu.

Người ta phân biệt hai loại giao dịch vô hiệu toàn bộ và giao dịch vô hiệu từng phần. Giao dịch dân sự vô hiệu từng phần khi từng phần của giao dịch bị coi là vô hiệu nhưng nó không ảnh hưởng đến hiệu lực của các phần còn lại của hợp đồng. Giao dịch dân sự vô hiệu không làm phát sinh, thay đổi, chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự của các bên. Việc xử lý giao dịch dân sự vô hiệu bao gồm: các bên khôi phục lại tình trạng ban đầu, hoàn trả cho nhau những gì đã nhận, nếu không hoàn trả được bằng hiện vật thì phải hoàn trả bằng tiền, trừ trường hợp tài sản giao dịch, hoa lợi, lợi tức thu được bị tịch thu theo quy định của pháp luật. Bên có lỗi gây thiệt hại phải bồi thường. Pháp luật có những quy định riêng cho các trường hợp cụ thể như giao dịch dân sự vô hiệu do vi phạm điều cấm của pháp luật, trái đạo đức xã hội; vô hiệu do giả tạo; vô hiệu do người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự, người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự xác lập, thực hiện; vô hiệu do bị nhầm lẫn, bị lừa dối, đe dọa; vô hiệu do người xác lập không nhận thức và làm chủ được hành vi của mình; vô hiệu do không tuân thủ đầy đủ các quy định về hình thức.

Sự vô hiệu của hợp đồng chính làm chấm dứt hợp đồng phụ, trừ khi các bên có thoả thuận hợp đồng chính được thay thế bằng hợp đồng phụ. Nhưng sự vô hiệu của hợp đồng phụ không làm chấm dứt hợp đồng chính trừ khi các bên có thoả thuận hợp đồng phụ là một phần không thể tách rời của hợp đồng chính.

Việc tuyên bố một hợp đồng dân sự vô hiệu thuộc thẩm quyền của Tòa án. Thời hiệu yêu cầu Tòa án tuyên bố giao dịch dân sự vô hiệu do vi phạm điều cấm của pháp luật, trái đạo đức xã hội; vô hiệu do giả tạo không bị hạn chế. Đối với các trường hợp khác, thời hiệu này là 2 năm, kể từ ngày giao dịch dân sự được xác lập.

2. Chế độ thực hiện, thay đổi, chấm dứt hợp đồng dân sự

Tuỳ theo tính chất của từng loại hợp đồng mà các bên giao kết dưới một hình thức nhất định không trái pháp luật, đạo đức xã hội. Từ thời điểm đó hợp đồng có hiệu lực bắt buộc đối với các bên ký kết, nó xác lập các quyền và nghĩa vụ dân sự của các bên đối với nhau. Căn cứ vào nội dung của hợp đồng các bên thực hiện đúng nghĩa vụ của mình trong hợp đồng trên tinh thần bình đẳng, hợp tác tương trợ, tin cậy lẫn nhau về các mặt: đối tượng, số lượng, chất lượng, thời hạn, phương thức, địa điểm...

2.1. Nguyên tắc thực hiện hợp đồng dân sự

Theo Điều 412 Bộ luật Dân sự, các bên phải tuân thủ một số nguyên tắc trong quá trình thực hiện hợp đồng dân sự, đó là:

a) Thực hiện hợp đồng đúng cam kết

Điều đó có nghĩa là các bên phải thực hiện đúng hợp đồng, đúng đối tượng, đúng số lượng và chất lượng, đúng chủng loại, đúng thời hạn, đúng phương thức đã xác định trong hợp đồng hoặc do pháp luật quy định. Nếu không thực hiện đúng, vi phạm nghĩa vụ đã được ghi nhận trong nội dung của hợp đồng thì phải chịu trách nhiệm do vi phạm hợp đồng.

b) Thực hiện hợp đồng một cách trung thực, theo tinh thần hợp tác, có lợi nhất cho các bên, bảo đảm tin cậy lẫn nhau

Nguyên tắc này đòi hỏi ngay từ khi giao kết hợp đồng, đến khi thực hiện hợp đồng các bên phải kịp thời thông báo cho nhau về tình trạng, đặc tính của đối tượng, bao gồm cả khó khăn, vướng mắc trong quá trình thực hiện hợp đồng. Nếu một bên, vì lợi ích của mình mà che giấu khuyết tật của vật là đối tượng của hợp đồng, gây ra thiệt hại cho bên đối tác thì phải bồi thường thiệt hại. Trong quá trình thực hiện hợp đồng, các bên luôn thông tin cho nhau về tiến độ thực hiện hợp đồng. Đó chính là biểu hiện của sự hợp tác, tương trợ, giúp đỡ lẫn nhau, luôn quan tâm đến lợi ích của cả hai bên giao kết hợp đồng. Có như vậy mới tạo được lòng tin đối với nhau để trở thành đối tác lâu dài của nhau. Muốn vậy, khi thực hiện hợp đồng không được ỷ lại, vin vào các khó khăn khách quan mà không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ hợp đồng dân sự, hoặc chỉ tính đến lợi ích của mình mà thờ ơ, không chú ý đến lợi ích của bên cùng giao kết hợp đồng. Ngoài ra, nguyên tắc này còn đòi hỏi các bên phải tìm mọi biện pháp cần thiết để ngăn chặn, giảm bớt thiệt hại có thể xảy ra cho nhau trong quá trình thực hiện hợp đồng.

c) Thực hiện hợp đồng dân sự không được xâm phạm đến lợi ích của Nhà nước, lợi ích công cộng, quyền, lợi ích hợp pháp của người khác

Về mặt nguyên tắc, dù các bên ký kết, thực hiện hợp đồng vì lợi ích của mình nhưng cũng phải hướng tới lợi ích công cộng, lợi ích của toàn xã hội, lợi ích của Nhà nước. Có như vậy thì trật tự pháp luật nói chung mới được giữ vững, thực hiện được nghĩa vụ của công dân đối với Nhà nước. Qua đó quyền lợi, lợi ích hợp pháp của các bên được bảo vệ, không làm ảnh hưởng đến lợi ích hợp pháp của người khác.

2.2. Chế độ sửa đổi, chấm dứt hợp đồng

Việc thực hiện hợp đồng dân sự không phải tiến hành một cách quá cứng nhắc mà các bên có quyền thoả thuận với nhau về việc sửa đổi, chấm dứt, huỷ bỏ hợp đồng dân sự đã có hiệu lực.

a) Sửa đổi hợp đồng

Hợp đồng đã được giao kết và có hiệu lực pháp lý nhưng do điều kiện, hoàn cảnh cụ thể của mỗi bên mà các bên có thể thoả thuận sửa đổi hợp đồng, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác. Khi tiến hành sửa đổi hợp đồng dân sự phải giải quyết hậu quả của việc sửa đổi đó. Nó có thể là:

- Chi phí đã bỏ ra để thực hiện một phần công việc trước khi sửa đổi mà bên thực hiện không thu hồi lại được.
- Chi phí để chuẩn bị cho việc thực hiện nghĩa vụ của hợp đồng, mặc dù đã tận dụng, thanh lý nhưng chưa đủ bù đắp giá trị ban đầu của nó.
- Tiền bồi thường thiệt hại đã phải trả do sửa đổi hợp đồng dân sự.

Hình thức ghi nhận việc sửa đổi phải phù hợp với hình thức hợp đồng đã giao kết. Theo Khoản 2 Điều 423 Bộ luật Dân sự: “Trong trường hợp hợp đồng được lập thành văn bản, được công chứng, chứng thực, đăng ký hoặc cho phép thì việc sửa đổi hợp đồng cũng phải tuân theo hình thức đó”. Đối với các hợp đồng khác thì việc sửa đổi hợp đồng được ghi nhận bằng hình thức nào là do các bên tự nguyện thoả thuận với nhau.

b) Chấm dứt, huỷ bỏ hợp đồng

**** Chấm dứt hợp đồng dân sự: (Điều 424 Bộ luật Dân sự)***

Xuất phát từ lợi ích của mình mà các bên tham gia giao kết hợp đồng xác lập các quyền và nghĩa vụ trong hợp đồng. Hợp đồng đã có hiệu lực nhưng khi tiến hành thực hiện nghĩa vụ thì các bên mới nhận thức được rằng họ cần phải chấm dứt hợp đồng vì việc tiếp tục thực hiện hợp đồng không mang lại lợi ích hợp lý cho một bên hoặc cả hai bên như họ đã kỳ vọng khi giao kết hợp đồng. Chính vì thế, trong Điều 424 Bộ luật Dân sự đã nêu ra các trường hợp chấm dứt hợp đồng như sau:

-- Hợp đồng được chấm dứt khi hợp đồng đã hoàn thành: Toàn bộ nội dung của hợp đồng được các bên thực hiện, thông qua đó các bên tham gia hợp đồng đáp ứng được quyền dân sự của mình thì hợp đồng được coi là hoàn thành và không có lý do để hợp đồng tồn tại nữa;

– Hợp đồng được chấm dứt theo thoả thuận của các bên: Trong trường hợp bên có nghĩa vụ gặp khó khăn, không có khả năng để thực hiện hợp đồng hoặc nếu hợp đồng đó được thực hiện sẽ gây ra tổn thất về vật chất cho một hoặc cả hai bên, thì các bên có thể thoả thuận chấm dứt hợp đồng;

– Hợp đồng chấm dứt khi cá nhân giao kết hợp đồng chết, pháp nhân hoặc chủ thể khác chấm dứt, vì việc thực hiện hợp đồng phải do chính cá nhân, pháp nhân hoặc chủ thể đó thực hiện;

– Hợp đồng chấm dứt khi bị huỷ bỏ, bị đơn phương chấm dứt thực hiện;

– Hợp đồng chấm dứt khi hợp đồng không thể thực hiện được do đối tượng của hợp đồng không còn và các bên có thể thoả thuận thay thế bằng đối tượng khác hoặc bồi thường thiệt hại.

** Huỷ bỏ hợp đồng dân sự (Điều 425 Bộ luật Dân sự)*

Trong thực tế khi một bên vi phạm hợp đồng hoặc có lỗi thì bên kia có quyền huỷ bỏ hợp đồng và không phải bồi thường thiệt hại. Bên huỷ bỏ phải thông báo ngay cho bên kia biết việc huỷ bỏ, trong trường hợp này nếu không thông báo mà gây ra thiệt hại thì phải bồi thường. Khi hợp đồng bị huỷ bỏ thì hợp đồng sẽ không có hiệu lực từ thời điểm giao kết, các bên phải hoàn trả cho nhau tài sản đã nhận. Nếu họ không hoàn trả bằng hiện vật thì phải hoàn trả bằng tiền.

** Đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng dân sự: (Điều 426 Bộ luật Dân sự)*

Để việc thực hiện hợp đồng không cứng nhắc, một bên có thể đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng nếu có sự thoả thuận của các bên hoặc được pháp luật quy định. Khi bên đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng dân sự phải thông báo ngay cho bên kia biết việc chấm dứt thực hiện hợp đồng, nếu không thông báo kịp thời để xảy ra thiệt hại thì bên đơn phương chấm dứt hợp đồng phải bồi thường thiệt hại cho bên kia.

Tại thời điểm bên kia nhận được thông báo chấm dứt thực hiện hợp đồng, các bên không phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ của hợp đồng và bên đã thực hiện nghĩa vụ có quyền yêu cầu thanh toán một phần hoặc toàn bộ nghĩa vụ hợp đồng mà họ đã thực hiện. Đơn phương chấm dứt hợp đồng do lỗi của bên nào thì bên đó phải bồi thường thiệt hại.

2.3. Các biện pháp đảm bảo thực hiện hợp đồng

Việc thực hiện hợp đồng dân sự chính là việc thực hiện các nghĩa vụ dân sự được xác lập từ hợp đồng đã ký kết theo sự thoả thuận tự nguyện của các bên hoặc theo quy định của pháp luật. Để ràng buộc và tăng cường trách nhiệm trong việc thực hiện các nghĩa vụ của hợp đồng, các bên có thể thoả thuận áp dụng các biện pháp bảo đảm thực hiện các nghĩa vụ dân sự được pháp luật quy định. Các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự được Điều 318 Bộ luật Dân sự quy định, bao gồm các biện pháp sau: cầm cố tài sản, thế chấp tài sản, đặt cọc, ký cược, ký quỹ, bảo lãnh, tín chấp.

a) Cầm cố tài sản

Cầm cố tài sản là việc một bên giao tài sản thuộc sở hữu của mình cho bên kia để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ (Điều 326 Bộ luật Dân sự). Về hình thức, việc cầm cố phải được lập thành văn bản, có thể lập thành văn bản riêng hoặc ghi trong hợp đồng chính, trong đó ghi rõ đối tượng, giá trị tài sản, thời hạn cầm cố và phương thức xử lý tài sản cầm cố.

Tài sản cầm cố có thể bị khấu trừ phần nghĩa vụ chưa được thực hiện, được giao cho bên nhận cầm cố cầm trước một tài sản của bên cầm cố để bảo đảm cho quyền lợi của mình. Các bên trong quan hệ cầm cố có thể là cá nhân, pháp nhân hoặc chủ thể khác, nhưng phải thoả mãn các yêu cầu về năng lực chủ thể.

Khi người có nghĩa vụ giao tài sản thuộc sở hữu của mình cho người có quyền, từ thời điểm đó họ bị hạn chế một số quyền năng đối với tài sản của mình. Phải báo cho bên nhận cầm cố về quyền của người thứ ba đối với tài sản cầm cố, đồng thời thanh toán cho bên nhận cầm cố những chi phí hợp lý để bảo quản, giữ gìn tài sản cầm cố. Nhưng chỉ được bán tài sản cầm cố, thay thế tài sản cầm cố bằng một tài sản khác nếu được bên nhận đồng ý, hoặc có thể nhận lại tài sản khi nghĩa vụ được bảo đảm bằng cầm cố chấm dứt.

Trong thời gian văn bản cầm cố có hiệu lực, người nhận cầm cố tài sản có nghĩa vụ bảo đảm nguyên giá trị của tài sản cầm cố; không được chuyển dịch sở hữu vật cầm cố cho người khác cũng như không đem tài sản cầm cố để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ khác hoặc không được khai thác công dụng của tài sản cầm cố, hưởng hoa lợi, lợi tức từ tài sản cầm cố nếu bên cầm cố không đồng ý.

b) Thế chấp tài sản

Thế chấp tài sản là việc một bên (bên thế chấp) dùng tài sản thuộc sở hữu của mình để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự đối với bên kia (bên nhận thế chấp). Tài sản thế chấp do bên thế chấp giữ, không chuyển giao tài sản đó cho bên nhận thế chấp trừ trường hợp các bên có thoả thuận giao cho người thứ ba giữ tài sản thế chấp.

Tài sản thế chấp có thể là toàn bộ bất động sản, động sản có vật phụ thì vật phụ đó cũng thuộc tài sản thế chấp. Nếu chỉ thế chấp một phần bất động sản, động sản có vật phụ thì vật phụ thuộc tài sản thế chấp trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác.

Hình thức thế chấp tài sản phải được lập thành văn bản, có thể lập thành văn bản riêng hoặc ghi trong hợp đồng chính. Trong trường hợp pháp luật có quy định thì văn bản thế chấp phải được chứng nhận của Công chứng nhà nước hoặc chứng thực của Ủy ban nhân dân cấp có thẩm quyền hoặc việc thế chấp phải được đăng ký nếu tài sản thế chấp có đăng ký quyền sở hữu.

Trong thời hạn văn bản thế chấp có hiệu lực, bên thế chấp tài sản phải có nghĩa vụ bảo quản, giữ gìn tài sản thế chấp hoặc phải có nghĩa vụ giữ nguyên giá trị của tài sản thế chấp cũng như không được chuyển dịch quyền sở hữu hoặc tự động giao tài sản thế chấp cho người khác. Đồng thời phải thông báo cho bên nhận thế chấp về các quyền của người thứ ba đối với tài sản thế chấp nếu có. Nếu bên nhận thế chấp giữ giấy tờ về tài sản thế chấp thì khi chấm dứt thế chấp phải hoàn trả lại cho bên thế chấp giấy tờ về tài sản thế chấp.

c) Đặt cọc

Đặt cọc là việc một bên giao cho bên kia một khoản tiền hoặc kim khí quý, đá quý hoặc vật có giá trị khác (tài sản đặt cọc) trong một thời hạn để bảo đảm giao kết, thực hiện hợp đồng dân sự. Khi tiến hành đặt cọc phải được lập thành văn bản ghi rõ đối tượng, giá trị bằng tiền hoặc bằng tài sản đặt cọc, thời hạn đặt cọc.

Trong trường hợp hợp đồng dân sự được giao kết, thực hiện thì tài sản đặt cọc được trả lại cho bên đặt cọc hoặc được trừ để thực hiện nghĩa vụ trả tiền. Nếu bên đặt cọc không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ hợp đồng thì: hoặc tài sản đặt cọc thuộc về bên nhận đặt cọc hoặc tài sản đặt cọc bị khấu trừ một khoản tiền tương đương để thực hiện nghĩa vụ đó, trừ trường hợp có thoả thuận khác.

d) Ký cược

Ký cược là việc bên thuê tài sản là động sản giao cho bên cho thuê một khoản tiền hoặc kim khí quý, đá quý hoặc vật có giá trị khác (tài sản ký cược) trong thời hạn để bảo đảm việc trả lại tài sản thuê. Khi bên đi thuê đã trả lại tài sản thì họ được nhận lại tài sản ký cược, sau khi trừ tiền thuê. Nếu bên thuê không trả lại tài sản thuê, thì bên cho thuê có quyền đòi lại tài sản thuê, nếu tài sản thuê không còn thì tài sản ký cược thuộc về bên cho thuê.

e) Ký quỹ

Ký quỹ là việc bên có nghĩa vụ gửi một khoản tiền hoặc kim khí quý, đá quý hoặc giấy tờ có giá khác vào tài khoản phong toả tại một ngân hàng để bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ dân sự.

Khi bên có nghĩa vụ không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ thì bên có quyền được ngân hàng nơi ký quỹ thanh toán, bồi thường thiệt hại do bên có nghĩa vụ gây ra, sau khi đã trừ chi phí dịch vụ ngân hàng.

f) Bảo lãnh

Bảo lãnh là việc người thứ ba (bên bảo lãnh) cam kết với bên có quyền (bên nhận bảo lãnh) sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ (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 bên cũng có thể thoả thuận về việc bên bảo lãnh chỉ phải thực hiện nghĩa vụ khi bên được bảo lãnh không có khả năng thực hiện nghĩa vụ của mình.

Hình thức bảo lãnh bằng văn bản, có thể lập thành văn bản riêng, nếu trong trường hợp pháp luật quy định thì phải có chứng nhận của Công chứng nhà nước hoặc chứng thực của Uỷ ban nhân dân cấp có thẩm quyền hoặc là ghi vào hợp đồng chính.

Bên bảo lãnh có thể cam kết bảo lãnh một phần hoặc toàn bộ nghĩa vụ cho bên được bảo lãnh.

Nghĩa vụ bảo lãnh bao gồm cả tiền lãi, tiền nợ gốc, tiền phạt và tiền bồi thường thiệt hại trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác. Bên bảo lãnh phải đưa tài sản thuộc sở hữu của mình để thanh toán cho bên nhận bảo lãnh khi bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ. Đối với một nghĩa vụ có thể có nhiều người cùng bảo lãnh thì phải liên đới thực hiện nghĩa vụ đó, trừ trường hợp có thoả thuận hoặc pháp luật quy định bảo lãnh theo các phần độc lập hoặc bên có quyền có thể yêu cầu bất cứ ai trong số những người liên đới phải thực hiện toàn bộ nghĩa vụ.

g) Tín chấp

Bảo đảm bằng tín chấp chỉ áp dụng với các tổ chức chính trị – xã hội. Tổ chức chính trị – xã hội tại cơ sở có thể bảo đảm bằng tín chấp cho cá nhân, hộ gia đình nghèo vay một khoản tiền tại ngân hàng hoặc tổ chức tín dụng khác, nhằm mục đích để sản xuất, kinh doanh, làm dịch vụ theo quy định của Chính phủ. Như vậy, bằng uy tín của mình các tổ chức chính trị – xã hội tại địa phương, cơ sở vay tiền cho cá nhân, hộ gia đình. Cho nên, việc cho vay có bảo đảm bằng tín chấp phải được lập thành văn bản ghi rõ: số

tiền vay; mục đích vay; thời hạn vay; quyền, nghĩa vụ trách nhiệm của người vay; ngân hàng, tổ chức tín dụng nào cho vay và tổ chức bảo đảm vay.

3. Trách nhiệm pháp lý do vi phạm hợp đồng dân sự

3.1. Khái niệm, đặc điểm, các nguyên tắc trách nhiệm pháp lý do vi phạm hợp đồng dân sự

a) Khái niệm của trách nhiệm do vi phạm hợp đồng

Khi hợp đồng đã giao kết thì các nghĩa vụ dân sự được xác lập, các bên phải thực hiện đầy đủ các nghĩa vụ đó. Nếu một bên có hành vi vi phạm hợp đồng tức là vi phạm nghĩa vụ dân sự đã được xác lập từ hợp đồng thì phải chịu trách nhiệm do vi phạm hợp đồng. Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng là một loại của trách nhiệm dân sự. Hành vi vi phạm nghĩa vụ dân sự bao gồm: việc không thực hiện, thực hiện không đúng, không đầy đủ nghĩa vụ mà họ đã cam kết trong hợp đồng. Điều đó tất yếu dẫn đến kết quả là bên vi phạm phải gánh chịu những hậu quả bất lợi mà pháp luật quy định phù hợp, tương xứng với mỗi hành vi vi phạm đó.

Theo Khoản 1 Điều 302 Bộ luật Dân sự quy định: *“Bên có nghĩa vụ mà không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ thì phải chịu trách nhiệm dân sự đối với bên có quyền”*.

b) Đặc điểm của trách nhiệm do vi phạm hợp đồng

Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng dân sự là một loại trách nhiệm dân sự, là một trong những trách nhiệm pháp lý cho nên nó cũng có những điểm chung sau đây:

- Được áp dụng chỉ khi có hành vi vi phạm pháp luật, và chỉ đối với người có hành vi vi phạm đó.
- Là biểu hiện sự cưỡng chế của Nhà nước đối với hành vi vi phạm và do cơ quan nhà nước có thẩm quyền áp dụng.
- Bao giờ cũng là hậu quả bất lợi cho bên có hành vi vi phạm pháp luật.

Thêm vào đó, trách nhiệm dân sự do vi phạm nghĩa vụ hợp đồng còn có những đặc điểm riêng như sau:

- Trách nhiệm dân sự do vi phạm nghĩa vụ hợp đồng luôn liên quan trực tiếp đối với tài sản. Vì lợi ích của mình các bên tự nguyện quyết định tham gia vào các quan hệ hợp đồng dân sự, cho nên, việc vi phạm nghĩa vụ của một bên sẽ tác động trực tiếp đến lợi ích vật chất của bên kia. Xuất phát từ quan điểm đó mà bên vi phạm phải bù đắp những lợi ích vật chất cho bên bị vi phạm.

- Hành vi vi phạm ở đây là việc không thực hiện, thực hiện không đúng, không đầy đủ nghĩa vụ. Trách nhiệm dân sự được áp dụng với những người

có hành vi vi phạm nhưng cũng có thể áp dụng đối với người đại diện hoặc người giám hộ khi người có hành vi vi phạm là người chưa thành niên, người được giám hộ.

– Bên có hành vi vi phạm phải gánh chịu hậu quả bất lợi mang nội dung tài sản như: bắt buộc phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ hoặc phải bồi thường thiệt hại nhằm mục đích thoả mãn lợi ích chính đáng của bên kia hoặc khắc phục hậu quả cho bên bị vi phạm, ví dụ như nghĩa vụ phải giao vật, phải bồi thường thiệt hại.

c) Các nguyên tắc của trách nhiệm do vi phạm hợp đồng

Thứ nhất, bên có nghĩa vụ mà không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ thì phải chịu trách nhiệm dân sự đối với bên có quyền.

Thứ hai, trong trường hợp bên có nghĩa vụ không thể thực hiện được nghĩa vụ dân sự do sự kiện bất khả kháng thì không phải chịu trách nhiệm dân sự, trừ trường hợp có thoả thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác.

Thứ ba, bên có nghĩa vụ không phải chịu trách nhiệm dân sự nếu chứng minh được nghĩa vụ không thực hiện được là hoàn toàn do lỗi của bên có quyền.

3.2. Các hình thức trách nhiệm do vi phạm hợp đồng dân sự

a) Trách nhiệm thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng

** Trách nhiệm dân sự do không thực hiện nghĩa vụ giao vật (Điều 303 Bộ luật Dân sự)*

Trong quá trình thực hiện hợp đồng bên có nghĩa vụ không thực hiện nghĩa vụ giao vật đặc định thì bên có quyền được quyền yêu cầu họ phải giao đúng vật đó, nếu không phải thanh toán theo giá thị trường giá trị của vật. Nếu bên có nghĩa vụ không thực hiện nghĩa vụ mà gây thiệt hại cho bên có quyền thì phải bồi thường cả thiệt hại sau khi đã thanh toán giá trị của vật cho bên có quyền.

** Trách nhiệm dân sự do không thực hiện nghĩa vụ phải thực hiện hoặc không thực hiện một công việc (Điều 304 Bộ luật Dân sự).* Khi đó, bên có quyền có thể:

- Yêu cầu bên có nghĩa vụ tiếp tục thực hiện;
- Tự mình thực hiện;
- Giao cho người khác thực hiện công việc đó;

Tất cả các chi phí phát sinh họ có quyền yêu cầu bên có nghĩa vụ phải thanh toán, nếu phát sinh thiệt hại phải bồi thường thiệt hại. Nhưng đối với một công việc mà bên có nghĩa vụ không được thực hiện mà lại thực hiện nó thì phải chấm dứt thực hiện, khôi phục tình trạng ban đầu và bồi thường thiệt hại.

b) Trách nhiệm tiếp tục thực hiện nghĩa vụ hợp đồng

** Trách nhiệm dân sự do chậm thực hiện nghĩa vụ dân sự (Điều 305 Bộ luật Dân sự), có hai trường hợp:*

– Bên có nghĩa vụ chưa hoàn thành nghĩa vụ khi đã quá thời hạn thì vẫn phải thực hiện nghĩa vụ và bồi thường thiệt hại.

– Bên có nghĩa vụ thực hiện chậm đến mức việc thực hiện nghĩa vụ không còn cần thiết thì bên có quyền có thể từ chối tiếp nhận việc thực hiện đó và đòi bồi thường thiệt hại. Nếu là nghĩa vụ chậm trả tiền thì phải trả lãi đối với số tiền chậm trả bằng lãi suất cơ bản tại thời điểm thanh toán của Ngân hàng nhà nước, tương ứng với thời gian chậm trả.

** Trách nhiệm dân sự do chậm tiếp nhận việc thực hiện nghĩa vụ dân sự (Điều 306 Bộ luật Dân sự):*

Khi bên có nghĩa vụ thực hiện xong nghĩa vụ mà bên có quyền chậm tiếp nhận làm phát sinh thiệt hại thì họ phải bồi thường thiệt hại và chịu mọi rủi ro xảy ra từ thời điểm chậm tiếp nhận đó.

c) Trách nhiệm bồi thường thiệt hại

Trách nhiệm bồi thường thiệt hại (Điều 307 Bộ luật Dân sự) phát sinh trong quan hệ hợp đồng dân sự (trách nhiệm dân sự) trên cơ sở các điều kiện sau đây:

Một là, có hành vi vi phạm:

Hành vi vi phạm là hành vi của một bên đã xử sự không đúng với nội dung mà hai bên đã thoả thuận trong hợp đồng hoặc theo quy định của pháp luật. Những hành vi bị coi là vi phạm nghĩa vụ, vi phạm hợp đồng là những hành vi không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ trong hợp đồng.

Hai là, có thiệt hại thực tế xảy ra:

Thiệt hại ở đây phải là thiệt hại về tài sản, thiệt hại có thực nghĩa và có thể xác định, tính toán được. Trong thực tế, thiệt hại xảy ra do vi phạm nghĩa vụ dân sự (nghĩa vụ hợp đồng) bao gồm: những tài sản bị mất mát, hư hỏng hoàn toàn, những hư hỏng, hao hụt về giá trị của tài sản, những chi phí để ngăn chặn, hạn chế, khắc phục hậu quả do bên vi phạm nghĩa vụ hợp đồng gây ra, những tổn thất xảy ra do hành vi vi phạm hợp đồng phát sinh làm thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giảm sút có thể tính toán được, chứ không phải do suy diễn mà có.

Ba là, có mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm pháp luật và thiệt hại xảy ra. Điều đó đòi hỏi giữa hành vi vi phạm hợp đồng và hậu quả xảy ra phải có mối quan hệ tất yếu. Thiệt hại phát sinh là hậu quả tất nhiên

của hành vi vi phạm, nếu không có hành vi vi phạm thì không có thiệt hại xảy ra. Chỉ có người vi phạm gây thiệt hại mới phải áp dụng trách nhiệm bồi thường thiệt hại. Nếu không xác định được chính xác mối quan hệ này thì sẽ dẫn đến những sai lầm khi áp dụng trách nhiệm dân sự.

Bốn là, có lỗi của người vi phạm nghĩa vụ dân sự:

Lỗi là thái độ chủ quan và nhận thức lý trí của bên vi phạm nghĩa vụ đối với hành vi và hậu quả gây ra. Cần phải xác định được mức độ lỗi và hình thức lỗi của người vi phạm. Nguyên tắc bồi thường thiệt hại trong luật dân sự là có lỗi mới phải bồi thường. Theo đó, phải xác định là có lỗi hay không, sau đó mới xác định lỗi đó ở hình thức nào, lỗi cố ý hay lỗi vô ý. Việc xác định này trong một số trường hợp nhất định có ý nghĩa rất quan trọng khi xem xét có giảm hay không giảm mức bồi thường thiệt hại. Như vậy, trong quá trình thực hiện hợp đồng nếu một bên không thực hiện, thực hiện không đúng nghĩa vụ hợp đồng thì đương nhiên bị coi là có lỗi.

Người bị coi là có lỗi cố ý nếu họ nhận thức rõ hành vi của mình sẽ gây thiệt hại cho người khác mà vẫn thực hiện và mong muốn hoặc tuy không mong muốn nhưng để mặc cho thiệt hại xảy ra. Người bị coi là có lỗi vô ý, nếu họ không thấy trước hành vi của mình có khả năng gây thiệt hại, mặc dù phải biết hoặc có thể biết trước thiệt hại có thể xảy ra hoặc thấy trước hành vi của mình có khả năng gây thiệt hại nhưng họ cho rằng thiệt hại sẽ không xảy ra hoặc có thể ngăn chặn được thiệt hại đó.

III - HỢP ĐỒNG TRONG HOẠT ĐỘNG THƯƠNG MẠI

1. Đặc điểm, phân loại hợp đồng trong hoạt động thương mại

1.1. Khái quát về hợp đồng trong hoạt động thương mại

Trong Luật Thương mại được Quốc hội thông qua ngày 14/6/2005, không nêu rõ khái niệm "Hợp đồng thương mại", mà chỉ đề cập đến các loại hợp đồng cụ thể trong hoạt động thương mại, đó là hợp đồng mua bán hàng hoá được quy định ở Chương II và hợp đồng dịch vụ được quy định ở Chương III Luật Thương mại 2005.

Tuy nhiên, có thể coi Hợp đồng thương mại là hợp đồng trong hoạt động thương mại hay hợp đồng trong lĩnh vực kinh doanh – thương mại. Như vậy, Hợp đồng thương mại được hiểu là *thỏa thuận giữa các thương nhân (hoặc một bên là thương nhân) về việc thực hiện một hay nhiều hành vi thương mại nhằm mục đích lợi nhuận.*

1.2. Đặc điểm

Thứ nhất, các bên tham gia quan hệ hợp đồng là chủ thể của hợp đồng. Chủ thể của hợp đồng thương mại là các thương nhân hoặc một bên là thương nhân. Thương nhân là tổ chức kinh tế, cá nhân có đăng ký kinh doanh và tiến hành hoạt động thương mại thường xuyên, độc lập. Kể cả các tổ chức, cá nhân khác hoạt động có liên quan đến thương mại.

Các thương nhân nước ngoài được đặt văn phòng đại diện, chi nhánh tại Việt Nam là đơn vị phụ thuộc của thương nhân nước ngoài được thành lập và hoạt động thương mại tại Việt Nam theo quy định của pháp luật Việt Nam.

Thứ hai, hình thức của hợp đồng được quy định như quy định về hình thức hợp đồng dân sự trong Bộ luật Dân sự 2005. Trường hợp pháp luật quy định hình thức cụ thể của hợp đồng thì các bên phải tuân theo quy định đó, khi đó hình thức hợp đồng là một trong những điều kiện có hiệu lực của hợp đồng.

Thứ ba, mục đích của hợp đồng thương mại là mục đích sinh lợi do tiến hành hoạt động thương mại trên lãnh thổ Việt Nam hoặc ngoài lãnh thổ Việt Nam mà các bên thoả thuận chọn áp dụng luật này.

1.3. Phân loại

Hợp đồng trong hoạt động thương mại được chia làm hai loại chủ yếu là:

Hợp đồng mua bán hàng hoá: là sự thoả thuận của các bên trong hoạt động thương mại, căn cứ vào đó, bên bán có nghĩa vụ giao hàng chuyển quyền sở hữu hàng hoá cho bên mua và nhận thanh toán; bên mua có nghĩa vụ thanh toán cho bên bán, nhận hàng và quyền sở hữu hàng hoá theo thoả thuận.

Hợp đồng cung ứng dịch vụ: là sự thoả thuận của các bên trong hoạt động thương mại, bao gồm một bên (sau đây gọi là bên cung ứng dịch vụ) và một bên khác là bên sử dụng dịch vụ (sau đây gọi là khách hàng). Căn cứ vào đó, bên cung ứng dịch vụ có nghĩa vụ thực hiện dịch vụ cho khách hàng và nhận thanh toán. Bên khách hàng có nghĩa vụ thanh toán cho bên cung ứng dịch vụ theo thoả thuận và sử dụng dịch vụ theo sự thoả thuận của hai bên.

2. Hợp đồng mua bán hàng hoá

Trong hoạt động kinh doanh – thương mại, việc thực hiện quá trình đầu tư từ sản xuất đến tiêu thụ sản phẩm, cung ứng dịch vụ trên thị trường giữa những người sản xuất, người sản xuất với những người làm đại lý... luôn luôn diễn ra. Hầu hết những hoạt động đó là việc mua bán, trao đổi hàng hoá, dịch vụ. Thông qua việc mua bán hàng hoá, thực hiện dịch vụ, con người có thể thực hiện mục đích của mình trong hoạt động kinh doanh – thương mại. Trong nền kinh tế hàng hoá nhiều thành phần thì hợp đồng

mua bán là công cụ pháp lý tạo điều kiện cho các tổ chức kinh tế, các cá nhân có đăng ký kinh doanh thực hiện hoạt động thương mại và là công cụ bảo đảm lợi ích của các cá nhân, tổ chức trong quá trình tồn tại và phát triển.

2.1. Khái niệm, đặc điểm của hợp đồng mua bán hàng hoá

Hoạt động mua bán hàng hoá được thể hiện dưới hình thức pháp lý là hợp đồng mua bán hàng hoá.

Hợp đồng mua bán hàng hoá có những đặc điểm sau:

a) Đối tượng của hợp đồng là hàng hoá được phép mua bán theo quy định của nước bên mua và bên bán.

Theo quy định hiện hành trong Luật Thương mại 2005, thương nhân có thể mua bán, xuất khẩu, nhập khẩu tất cả các loại hàng hoá không phụ thuộc vào ngành, nghề ghi trong Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, trừ những hàng hoá thuộc danh mục hàng hoá cấm kinh doanh. Đối với hàng hoá thuộc Danh mục hàng hoá, dịch vụ thương mại hạn chế kinh doanh, Thương nhân chỉ được phép nhập khẩu những hàng hoá đó theo ngành nghề, ngành hàng ghi trong Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Đối với hàng hoá, dịch vụ thương mại kinh doanh có điều kiện, Thương nhân phải thực hiện đầy đủ các quy định hiện hành của pháp luật về kinh doanh các hàng hoá đó trước khi tiến hành xuất khẩu, nhập khẩu theo quy định tại Điều 25 Luật Thương mại 2005.

b) Chủ thể của hợp đồng là các bên tham gia vào quan hệ hợp đồng. Các bên tham gia quan hệ hợp đồng mua bán hàng hoá gồm: bên bán và bên mua.

*** Bên bán**

Bên bán là người có hàng hoá đem bán. Bên bán có thể là chủ sở hữu đối với tài sản hoặc là người đại diện theo quy định của pháp luật hoặc là người được uỷ quyền bán hàng hoá đó. Trong nội dung giao kết hợp đồng, bên bán có quyền yêu cầu bên mua phải thanh toán theo như các thoả thuận giữa hai bên. Đồng thời, bên bán phải có nghĩa vụ chuyển quyền sở hữu hàng hoá cho bên mua đúng thời hạn, đúng phương thức, đúng địa điểm như các bên đã thoả thuận trong nội dung của hợp đồng hoặc do pháp luật quy định. Nếu bên bán không thực hiện, thực hiện không đúng hoặc thực hiện không đầy đủ các cam kết này thì bên mua có quyền huỷ hợp đồng mua bán. Khi giao hàng hoá, bên bán có nghĩa vụ bảo đảm quyền sở hữu cho bên mua như việc giao hàng hoá phải giao kèm theo các giấy tờ chứng nhận quyền sở hữu của mình cho bên mua. Bên bán không chỉ phải đảm bảo giao hàng hoá đúng đối tượng, đúng thời hạn mà còn phải bảo đảm đúng chất lượng của hàng hoá đem bán. Nếu không đảm bảo đúng chất lượng mà hai bên đã cam

kết trong hợp đồng thì bên bán phải đổi hàng hoá khác cùng loại, phải sửa chữa hoặc giảm giá bán cho người mua. Nếu hàng hoá đó là vật đặc định đã nêu rõ trong hợp đồng thì bên bán có nghĩa vụ phải giao đúng hàng hoá đó, không được tự ý bớt lại một bộ phận của hàng hoá hoặc tự ý thay nó bằng hàng hoá khác. Trường hợp bên bán biết rõ hàng hoá bán ra có khuyết tật hoặc chất lượng không tốt phải thông báo trước hoặc cho bên mua xem trước và bên mua vẫn đồng ý mua. Như vậy, hàng hoá đem bán đó được coi là hai bên đã thoả thuận chấp nhận chất lượng. Khuyết tật của hàng hoá có thể được biểu hiện một cách rõ ràng hay ẩn giấu.

** Bên mua*

Bên mua là người nhận hàng hoá sau khi thực hiện nghĩa vụ trả tiền cho bên bán theo sự thoả thuận của các bên trong hợp đồng. Trong quan hệ hợp đồng mua bán hàng hoá bên mua có quyền yêu cầu bên bán giao đúng vật, đúng chất lượng, đúng số lượng, chủng loại.... Nếu bên bán vi phạm các cam kết trên thì bên mua có quyền không nhận hoặc huỷ hợp đồng đã giao kết. Bên mua còn có quyền yêu cầu bên bán phải bồi thường thiệt hại cho mình nếu họ đã vi phạm các cam kết, gây ra thiệt hại cho mình. Sau khi nhận hàng, trả hết tiền, bên mua có quyền sở hữu đối với hàng hoá đã mua. Trong thời hạn bảo hành của hàng hoá, nếu bên mua phát hiện ra khuyết tật của hàng hoá hoặc hàng hoá không đảm bảo chất lượng như đã thoả thuận giữa các bên thì bên mua có quyền yêu cầu bên bán phải sửa chữa, đồng thời giảm giá hoặc đổi hàng hoá khác. Nếu bên bán không đồng ý thì bên mua có quyền đòi lại tiền và trả lại hàng hoá cho bên bán. Mọi chi phí phát sinh do phải sửa chữa, vận chuyển bên bán phải gánh chịu.

Khi các bên không có chung một hệ thống pháp luật để đảm bảo quyền lợi cho các bên thì trong hợp đồng cần phải có thêm những điều khoản về chọn luật áp dụng hay cơ quan hoặc nơi giải quyết tranh chấp. Để tránh đến mức tối đa việc xảy ra tranh chấp giữa các bên, nội dung của hợp đồng cần phải rõ ràng, đầy đủ, tránh hiểu lầm. Chẳng hạn, đối với điều khoản về tên hàng thì kèm theo tên cần có mã số và mẫu hàng; đối với điều khoản về số lượng và trọng lượng hàng cần chọn những đơn vị đo lường thống nhất, nếu không có đơn vị đo lường thống nhất thì cần có điều khoản giải thích, tránh sự mập mờ; đối với điều khoản về thanh toán cần quy định rõ đồng tiền thanh toán và phương thức thanh toán...

c) Hình thức của hợp đồng mua bán hàng hoá: hợp đồng mua bán hàng hoá có thể bằng miệng hoặc bằng văn bản do các bên thoả thuận, do pháp luật quy định hoặc được xác lập bằng một hành vi cụ thể.

Hình thức hợp đồng mua bán hàng hoá là căn cứ pháp lý để xác định rõ

quyền và nghĩa vụ của bên bán và bên mua trong hợp đồng, qua đó xác định rõ trách nhiệm do vi phạm hợp đồng.

2.2. Thời điểm xác lập hợp đồng mua bán hàng hoá

Hợp đồng mua bán hàng hoá được coi là đã ký kết kể từ thời điểm các bên ký vào hợp đồng. Nếu các bên không cùng có mặt để ký vào hợp đồng thì thời điểm ký hợp đồng là thời điểm bên chào hàng nhận được thông báo chấp nhận toàn bộ các điều kiện của bên được chào hàng trong thời hạn hai bên thoả thuận phải trả lời cho nhau.

Sau khi hợp đồng mua bán hàng hoá được ký kết, thì chỉ bản hợp đồng này có giá trị bắt buộc đối với các bên ký kết, còn tất cả các văn bản giao dịch trước đó sẽ hết hiệu lực, trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác.

2.3. Quyền và nghĩa vụ của các bên

Các bên ký kết hợp đồng phải căn cứ vào hợp đồng để thực hiện quyền và nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng đó.

a) Quyền và nghĩa vụ của bên bán:

– Khi giao hàng phải giao chứng từ liên quan đến hàng hoá (Điều 34 Luật Thương mại 2005) cho bên mua vào thời hạn, tại địa điểm và bằng hình thức mà hai bên đã thoả thuận.

– Bên bán phải giao hàng đúng địa điểm đã thoả thuận (Điều 35 Luật Thương mại 2005). Trường hợp không có thoả thuận về địa điểm giao hàng thì nếu hàng là vật gắn liền với đất đai thì bên bán có nghĩa vụ giao hàng tại nơi có hàng hoá đó, tại kho chứa hàng, địa điểm xếp hàng hoặc nơi sản xuất, chế tạo hàng hoá, tại địa điểm kinh doanh của bên bán hoặc giao hàng tại nơi cư trú của bên bán nếu không có địa điểm kinh doanh. 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 gì khác (Điều 38 Luật Thương mại 2005).

– Nếu bên bán giao thiếu hàng, gây bất lợi hoặc làm phát sinh chi phí bất hợp lý cho bên mua thì bên mua có quyền yêu cầu bên bán khắc phục bất lợi hoặc phải chịu các chi phí phát sinh đó (Điều 41 Luật Thương mại 2005).

– Trường hợp bên bán giao thừa hàng thì bên mua có quyền từ chối không nhận hoặc chấp nhận số hàng thừa đó. Nếu chấp nhận thì bên mua phải thanh toán theo giá trong hợp đồng hoặc giá tại thời điểm hai bên thoả thuận.

– Một trong các nghĩa vụ khác của bên bán là bên bán phải kiểm tra hàng hoá trước khi giao hàng. Bên bán phải chịu trách nhiệm về những khiếm khuyết của hàng hoá. Cụ thể là (Điều 44.5 Luật Thương mại 2005):

+ Đối với những hàng hoá có khiếm khuyết rõ rệt như những khuyết tật ở bên ngoài của tài sản mà ai cũng nhận thấy được. Nếu khi mua, bên mua không phát hiện ra khuyết tật đó và sau một thời gian mới biết thì bên bán không phải chịu trách nhiệm về khuyết tật đó. Do đó, khi giao nhận, bên mua phải xem xét thận trọng, kỹ lưỡng hàng hoá trước khi giao tiền, nhận hàng. Nếu do không xem xét kỹ lưỡng mà để xảy ra thiệt hại thì tự gánh chịu thiệt hại, không được lấy lý do hàng hoá bị khuyết tật mà không thực hiện cam kết trong hợp đồng hoặc huỷ bỏ hợp đồng.

+ Đối với hàng hoá khuyết tật ẩn giấu, khó phát hiện ra, mà hàng hoá đó có giá trị lớn thì các bên tham gia hợp đồng phải nhờ chuyên gia, nhân viên giám định để phát hiện khuyết tật. Khi phát hiện ra hàng có khuyết tật ẩn giấu không đúng như chất lượng hàng hoá mà hai bên cam kết thì bên bán phải giảm giá bán để nó tương ứng với chất lượng thực tế của hàng hoá bán hoặc đổi hàng khác cho bên mua khi đã nhận tiền của họ. Nhưng bên bán có hành vi che giấu khuyết tật của hàng hoá để lừa dối bên mua thì hợp đồng sẽ bị coi là vô hiệu (Điều 132 Bộ luật Dân sự 2005).

– Bên bán còn có nghĩa vụ đảm bảo quyền sở hữu đối với hàng hoá. Theo đó, bên bán phải bảo đảm:

(1) - Quyền sở hữu của bên mua đối với hàng hoá đã bán không bị tranh chấp bởi bên thứ ba;

(2) – Hàng hoá đó phải hợp pháp;

(3) – Việc chuyển giao hàng hoá là hợp pháp.

– Bên bán phải có nghĩa vụ bảo đảm quyền sở hữu trí tuệ đối với hàng hoá bán (Điều 46 Luật Thương mại 2005).

... Trường hợp hàng hoá mua bán có bảo hành thì bên bán phải có trách nhiệm bảo hành hàng hoá đó theo nội dung, thời hạn đã thoả thuận kể cả các chi phí phát sinh từ việc bảo hành, trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác (Điều 49 Luật Thương mại 2005).

b) Quyền và nghĩa vụ của bên mua:

– Nhận hàng theo thoả thuận và thanh toán tiền mua hàng đúng thời hạn.

– Tuân thủ các phương thức thanh toán, thực hiện việc thanh toán theo đúng thủ tục, trình tự đã thoả thuận hoặc theo quy định của pháp luật.

– Thông báo ngay theo luật định cho bên bán về khiếu nại của bên thứ ba đối với hàng hoá được giao (Điều 47.2 Luật Thương mại 2005).

– Bên mua có quyền ngừng thanh toán tiền mua hàng trong trường hợp (Điều 51 Luật Thương mại 2005):

+ Bên mua có bằng chứng về việc bị bên bán lừa dối;

- + Bên mua có bằng chứng về việc hàng hoá đang là đối tượng bị tranh chấp;
- + Bên mua có bằng chứng về việc giao hàng không đúng thoả thuận trong hợp đồng.

3. Hợp đồng cung ứng dịch vụ

3.1. Khái niệm, đặc điểm

Nền kinh tế phát triển kéo theo sự phát triển của mạng lưới dịch vụ rộng khắp. Hợp đồng cung ứng dịch vụ là công cụ pháp lý để đảm bảo lợi ích cho các bên trong quá trình cung ứng dịch vụ. Hợp đồng dịch vụ là một loại hợp đồng có những đặc điểm riêng biệt được quy định trong Bộ luật Dân sự 2005 và Luật Thương mại 2005.

Có thể nêu ra một số khái niệm về hợp đồng dịch vụ như sau:

– "Hợp đồng dịch vụ là sự thoả thuận giữa các bên, theo đó bên cung ứng dịch vụ thực hiện công việc cho bên thuê dịch vụ, còn bên thuê dịch vụ phải trả tiền dịch vụ cho bên cung ứng dịch vụ" (Điều 518 Bộ luật Dân sự 2005).

– Hoặc tại Điều 3.9 Luật Thương mại 2005 có quy định: "Cung ứng dịch vụ là hoạt động thương mại, theo đó một bên có nghĩa vụ thực hiện dịch vụ cho một bên khác và nhận thanh toán, bên sử dụng dịch vụ có nghĩa vụ thanh toán cho bên cung ứng dịch vụ và sử dụng dịch vụ theo thoả thuận".

Trong Luật Thương mại 2005 chỉ ra hai nhóm dịch vụ thương mại là:

(1) – Các dịch vụ hỗ trợ trực tiếp cho hoạt động sản xuất kinh doanh, như: đại lý, quảng cáo, dịch vụ kỹ thuật...

(2) – Các dịch vụ kinh doanh không gắn liền với mua bán hàng hoá, như: dịch vụ tài chính, du lịch, giải trí, liên lạc, y tế, giáo dục, dịch vụ xây dựng,...

Đối tượng của hợp đồng dịch vụ là một công việc cụ thể có thể thực hiện được. Việc thực hiện hợp đồng dịch vụ được người làm dịch vụ tiến hành bằng chính công sức, trí tuệ của họ để thoả mãn cho người thuê dịch vụ. Trong quá trình đó, người làm dịch vụ có thể sử dụng thêm những người khác giúp việc cho mình để hoàn thành dịch vụ đó nhưng phải chịu trách nhiệm về những sự việc xảy ra do lỗi của người giúp việc.

Khi giao kết hợp đồng dịch vụ phải lưu ý đến đặc điểm của loại hợp đồng này là:

+ Đối tượng của hợp đồng dịch vụ đa dạng: là các công việc có thể thực hiện được, không bị pháp luật cấm và không trái với đạo đức xã hội.

+ Bên làm dịch vụ không tạo ra sản phẩm mới cho xã hội mà chỉ làm tăng giá trị hoặc kéo dài giá trị sử dụng của công việc hay sản phẩm nhằm mang lại lợi ích cho bên thuê dịch vụ.

Khi giao kết hợp đồng, các bên phải đưa ra các yêu cầu của mình về chất lượng, kỹ thuật... để các bên thoả thuận thống nhất. Các bên có thể thoả thuận các điều kiện làm dịch vụ cho phù hợp với thời gian, địa điểm mà bên thuê dịch vụ yêu cầu.

3.2. Phân loại hợp đồng cung ứng dịch vụ

** Căn cứ vào dạng cung ứng dịch vụ thương mại cụ thể được quy định trong Luật Thương mại 2005, có các loại hợp đồng cung ứng dịch vụ sau:*

- Hợp đồng dịch vụ khuyến mại;
- Hợp đồng dịch vụ quảng cáo thương mại;
- Hợp đồng dịch vụ trưng bày, giới thiệu hàng hoá, dịch vụ;
- Hợp đồng đại diện cho thương nhân;
- Hợp đồng uỷ thác;
- Hợp đồng đại lý;
- Hợp đồng gia công;
- Hợp đồng dịch vụ tổ chức đấu giá hàng hoá;
- Hợp đồng dịch vụ quá cảnh;
- Hợp đồng nhượng quyền thương mại.

** Căn cứ vào ngành nghề, lĩnh vực kinh doanh, có các loại hợp đồng sau:*

- Hợp đồng dịch vụ kinh doanh (như: dịch vụ pháp lý, dịch vụ kế toán, kiểm toán, kiến trúc...);
- Hợp đồng dịch vụ liên lạc (như: dịch vụ bưu chính viễn thông, dịch vụ nghe nhìn...);
- Hợp đồng dịch vụ xây dựng;
- Hợp đồng dịch vụ phân phối, đại lý;
- Hợp đồng dịch vụ tài chính;
- Hợp đồng dịch vụ môi trường;
- Hợp đồng dịch vụ giáo dục;
- Hợp đồng dịch vụ vận tải;
- Hợp đồng dịch vụ du lịch;
- Hợp đồng dịch vụ giải trí; ...

3.3. Quyền và nghĩa vụ của các bên

a) Quyền và nghĩa vụ của bên cung ứng dịch vụ

Bên cung ứng dịch vụ có thể là cá nhân, tổ chức dùng công sức của mình để thực hiện, hoàn thành một công việc do bên thuê dịch vụ yêu cầu. Bên cung ứng dịch vụ phải thực hiện hợp đồng dịch vụ theo đúng chất lượng, số

lượng, thời hạn, địa điểm và các thoả thuận khác. Hết thời hạn thực hiện hợp đồng phải bảo quản và giao lại kết quả công việc của mình cho bên thuê dịch vụ, bao gồm cả thông tin, tài liệu, phương tiện.... Trong trường hợp thông tin, tài liệu không đầy đủ, phương tiện không đảm bảo chất lượng để hoàn thành công việc thì bên cung ứng dịch vụ phải báo ngay cho bên thuê dịch vụ biết. Trong thời gian thực hiện công việc phải giữ bí mật thông tin. Trong trường hợp làm mất mát, hư hỏng tài liệu, phương tiện được giao hoặc tiết lộ bí mật, thông tin thì bên cung ứng dịch vụ phải bồi thường thiệt hại cho bên thuê dịch vụ (Điều 78 Luật Thương mại 2005).

Bên cung ứng dịch vụ có quyền yêu cầu bên thuê dịch vụ phải trả tiền dịch vụ theo sự thoả thuận và giao kết quả công việc mà họ đã hoàn thành cho bên thuê dịch vụ. Để hoàn thành công việc, bên cung ứng dịch vụ có quyền yêu cầu bên thuê dịch vụ cung cấp thông tin, tài liệu và phương tiện. Trong thời hạn thực hiện dịch vụ, bên cung ứng dịch vụ có thể thay đổi những điều kiện dịch vụ vì lợi ích của bên thuê dịch vụ, không nhất thiết phải chờ ý kiến của bên thuê dịch vụ. Nếu việc chờ ý kiến sẽ gây thiệt hại cho bên thuê dịch vụ, thì bên cung ứng dịch vụ phải báo ngay cho bên thuê dịch vụ biết (Điều 79, 80, 81 Luật Thương mại 2005).

b) Quyền và nghĩa vụ của bên tiếp nhận dịch vụ (khách hàng)

Bên tiếp nhận dịch vụ phải có nghĩa vụ trả đầy đủ thù lao (tiền) cho công việc mà người làm dịch vụ đã hoàn thành. Bên tiếp nhận dịch vụ phải cung cấp mọi thông tin cần thiết có liên quan đến công việc để người cung ứng dịch vụ biết được và trên cơ sở đó hoàn thành công việc, làm thoả mãn cao nhất khách hàng thuê dịch vụ. Đối với những công việc, dịch vụ yêu cầu phải có phương tiện để thực hiện, bên tiếp nhận dịch vụ phải cung cấp phương tiện đó để việc cung ứng dịch vụ đúng tiến độ, không gián đoạn, phù hợp với yêu cầu của bên tiếp nhận dịch vụ (Điều 85 Luật Thương mại 2005).

Bên tiếp nhận dịch vụ có quyền yêu cầu sửa chữa sai sót khi sai sót phát sinh do bên cung ứng dịch vụ. Nếu sai sót đó đòi hỏi phải chi phí thêm để thực hiện dịch vụ, bên tiếp nhận dịch vụ có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại. Cũng như bên thuê dịch vụ có quyền huỷ hợp đồng khi bên cung ứng dịch vụ đã hoàn thành công việc không như thoả thuận hoặc công việc đó không được hoàn thành đúng thời hạn đã thoả thuận vì nó không còn ý nghĩa gì đối với bên tiếp nhận dịch vụ. Nhưng nếu vì sự chậm trễ đó mà bên tiếp nhận dịch vụ phải tốn chi phí để thực hiện công việc thì bên cung ứng dịch vụ phải bồi thường. Trong trường hợp bên cung ứng dịch vụ vi phạm nghĩa vụ thì bên tiếp nhận dịch vụ có quyền huỷ hoặc đơn phương chấm dứt việc thực hiện hợp đồng dịch vụ (Điều 82, 83, 84 Luật Thương mại 2005).

4. Trách nhiệm pháp lý do vi phạm hợp đồng trong hoạt động thương mại

Trách nhiệm pháp lý do vi phạm hợp đồng trong hoạt động thương mại là hậu quả pháp lý bất lợi mà bên có hành vi vi phạm phải gánh chịu.

Các hình thức trách nhiệm pháp lý do vi phạm hợp đồng trong hoạt động thương mại (Điều 292 Luật Thương mại 2005), bao gồm:

- Buộc thực hiện đúng hợp đồng;
- Phạt vi phạm;
 - Bồi thường thiệt hại;
 - Tạm ngừng thực hiện hợp đồng;
 - Đình chỉ thực hiện hợp đồng;
- Huỷ bỏ hợp đồng.

Tuy nhiên, trong một số trường hợp, bên có hành vi vi phạm không phải gánh chịu hậu quả bất lợi. Đó là các trường hợp miễn trách nhiệm. Các trường hợp miễn trách nhiệm (Điều 294 Luật Thương mại 2005) bao gồm:

- 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 mình được miễn trách.

Nội dung của các hình thức trách nhiệm pháp lý do vi phạm hợp đồng trong hoạt động thương mại được quy định cụ thể như sau:

– Buộc thực hiện đúng hợp đồng (Điều 297 Luật Thương mại 2005): được áp dụng khi một bên không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ quy định trong hợp đồng. Biện pháp này được ưu tiên áp dụng trước khi áp dụng các biện pháp khác.

– Phạt vi phạm: hình thức trách nhiệm pháp lý này tương tự phạt vi phạm do vi phạm hợp đồng dân sự. Tức là, hình thức trách nhiệm pháp lý này được áp dụng khi có hành vi vi phạm hợp đồng, đồng thời có lỗi của bên vi phạm và các bên có thoả thuận trước về phạt vi phạm hợp đồng. Tuy nhiên, trong Luật Thương mại 2005 quy định mức phạt tối đa là không quá 8% giá trị nghĩa vụ bị vi phạm.

– Bồi thường thiệt hại: hình thức trách nhiệm pháp lý này cũng tương tự như bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng dân sự. Căn cứ áp dụng hình

thức trách nhiệm pháp lý này (Điều 303 Luật Thương mại 2005) là: có hành vi vi phạm hợp đồng; có thiệt hại thực tế xảy ra, có mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm và thiệt hại xảy ra; và bên vi phạm có lỗi. Trong trường hợp này, các bên không phải thoả thuận trước về việc áp dụng trách nhiệm bồi thường thiệt hại (Điều 307 Luật Thương mại 2005). Tại Điều 305 Luật Thương mại 2005 còn quy định: "Bên bị vi phạm có nghĩa vụ hạn chế tổn thất đối với khoản lợi trực tiếp đáng lẽ được hưởng do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra".

– Tạm ngừng thực hiện hợp đồng (Điều 308 Luật Thương mại 2005): là tạm thời không thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng. Các trường hợp cụ thể được áp dụng biện pháp này là: Có xảy ra hành vi vi phạm do các bên thoả thuận là điều kiện để tạm ngừng thực hiện hợp đồng; hoặc một bên vi phạm cơ bản nghĩa vụ của hợp đồng. Hậu quả pháp lý do áp dụng biện pháp này là hợp đồng vẫn còn hiệu lực, trong thời hạn tạm ngừng, bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại theo luật định.

– Đình chỉ thực hiện hợp đồng (Điều 310 Luật Thương mại 2005): là việc một bên chấm dứt thực hiện nghĩa vụ hợp đồng. Các trường hợp được áp dụng biện pháp này là: xảy ra các hành vi vi phạm do các bên thoả thuận là điều kiện để đình chỉ thực hiện hợp đồng; hoặc một bên vi phạm cơ bản nghĩa vụ của hợp đồng. Hậu quả pháp lý là hợp đồng chấm dứt từ thời điểm một bên nhận được thông báo đình chỉ, khi đó các bên không phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng nữa, 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 luật định.

– Huỷ hợp đồng (Điều 312 Luật Thương mại 2005): Điều kiện áp dụng biện pháp này là khi trong hợp đồng có điều khoản "điều kiện huỷ hợp đồng" hoặc khi một bên vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng. Huỷ hợp đồng bao gồm huỷ bỏ toàn bộ và huỷ bỏ một phần hợp đồng. Hậu quả của việc huỷ hợp đồng là hợp đồng bị huỷ bỏ không còn hiệu lực kể từ thời điểm giao kết, các bên không phải tiếp tục thực hiện các nghĩa vụ đã thoả thuận và có quyền đòi lại lợi ích cho việc đã thực hiện phần nghĩa vụ của mình. Bên bị vi phạm có quyền đòi bồi thường thiệt hại theo luật định.

CÂU HỎI ÔN TẬP

1. Trình bày khái niệm và các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng nói chung.
2. Nguyên tắc giao kết và phân loại hợp đồng dân sự theo Bộ luật Dân sự 2005.
3. Chủ thể và người đại diện của hợp đồng dân sự.
4. Nội dung chủ yếu của hợp đồng dân sự.
5. Phương thức giao kết và hình thức của hợp đồng dân sự.
6. Các trường hợp hợp đồng dân sự bị coi là vô hiệu.
7. Nguyên tắc thực hiện hợp đồng dân sự.
8. Các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng dân sự.
9. Những quy định chủ yếu của việc sửa đổi, chấm dứt, huỷ bỏ hợp đồng dân sự.
10. Những trường hợp trách nhiệm dân sự áp dụng trong hợp đồng dân sự.
11. Các căn cứ để xác định trách nhiệm bồi thường thiệt hại do hành vi vi phạm hợp đồng dân sự.
12. Khái niệm, đặc điểm (hình thức, đối tượng, quyền và nghĩa vụ của các bên...) của hợp đồng mua bán tài sản, hợp đồng vay tài sản, hợp đồng thuê tài sản, hợp đồng dịch vụ.
13. So sánh sự giống và khác nhau giữa hợp đồng mua bán hàng hoá và hợp đồng cung ứng dịch vụ.
14. Giả sử, bạn đang làm việc trong Công ty trách nhiệm hữu hạn Mặt Trời Việt. Công ty cử bạn đến gặp đại diện của Công ty cổ phần DC là một Công ty cổ phần nhà nước để ký hợp đồng nấu ăn trưa cho nhân viên của Công ty bạn. Đại diện Công ty cổ phần DC đề nghị đưa vào hợp đồng một điều khoản về giải quyết tranh chấp có thể xảy ra từ việc thực hiện hợp đồng này.
 - a) Bạn có đồng ý với đề nghị của đại diện Công ty cổ phần DC không ? Vì sao ?
 - b) Nếu có điều khoản này thì hai bên có thể có các phương án giải quyết tranh chấp nào được đưa ra bàn bạc và ghi vào hợp đồng ? Nếu là bạn thì bạn sẽ lựa chọn phương án nào để ghi vào hợp đồng ? Vì sao ?
15. Công ty A là một công ty trách nhiệm hữu hạn do 5 thành viên góp vốn kinh doanh các mặt hàng giày da có ký hợp đồng với B là..... Trong hợp đồng hai bên đã thoả thuận:
—
—
—
Hãy hoàn thành các dữ kiện vào mẫu trên để cho:
 - Hợp đồng giữa A và B là hợp đồng dân sự.
 - Hợp đồng giữa A và B là hợp đồng lao động.
 - Hợp đồng giữa A và B là hợp đồng mua bán ngoại thương.
 - Hợp đồng giữa A và B là hợp đồng liên doanh.Hãy trình bày căn cứ cho lập luận của mình.

Chương 4

PHÁP LUẬT VỀ GIẢI QUYẾT CÁC TRANH CHẤP KINH DOANH – THƯƠNG MẠI

Trong quá trình hoạt động trên thị trường, các chủ thể kinh doanh thuộc các hình thức sở hữu khác nhau thường xuyên thiết lập các quan hệ về lợi ích kinh tế trên con đường tìm kiếm lợi nhuận. Trong quá trình đó, vì lợi ích của mình, giữa các chủ thể kinh doanh thường xảy ra những mâu thuẫn, xung đột. Những mâu thuẫn, xung đột đó là những tranh chấp, những tranh chấp này thường trực tiếp phát sinh từ hoạt động kinh doanh sôi động trên thị trường hoặc là các tranh chấp phát sinh liên quan với hoạt động kinh doanh. Có thể phân loại các tranh chấp này thành: tranh chấp về kinh doanh – thương mại, tranh chấp về dân sự, tranh chấp về lao động, tranh chấp về thương mại quốc tế... Trong số các tranh chấp trên, thì tranh chấp về kinh doanh – thương mại là tranh chấp cơ bản, điển hình trong quá trình tiến hành hoạt động kinh doanh. Cho nên, việc giải quyết nhanh chóng, kịp thời, có hiệu quả các tranh chấp kinh doanh – thương mại sẽ góp phần bảo đảm lợi ích của các bên tranh chấp, ổn định các quan hệ kinh doanh trong nền kinh tế thị trường. Hơn nữa, việc giải quyết các tranh chấp đó một cách nhanh chóng, kịp thời, có hiệu quả cũng nhằm xác lập môi trường pháp lý lành mạnh, và đảm bảo yêu cầu của quản lý nhà nước về kinh tế.

Xuất phát từ đặc điểm, tính chất của các tranh chấp kinh doanh – thương mại, việc giải quyết các tranh chấp phát sinh được thực hiện theo nhiều phương thức khác nhau:

– *Thương lượng giữa các bên*: Thương lượng là phương thức giải quyết tranh chấp kinh doanh, theo đó các bên có tranh chấp cùng nhau bàn bạc, thương lượng để tự giải quyết tranh chấp phát sinh mà không cần có sự can thiệp của bất kỳ bên thứ ba nào. Đây là phương thức được khuyến khích áp dụng, bởi vì thực hiện nó rất đơn giản, không tốn kém và đảm bảo giữ vững được các quan hệ kinh doanh lâu dài giữa các bên có tranh chấp, giữ được bí mật kinh doanh. Tuy vậy, phương thức này sẽ thất bại nếu các bên không có thiện chí khi giải quyết tranh chấp.

– *Hòa giải giữa các bên* do một cơ quan, tổ chức hoặc cá nhân được các bên thỏa thuận chọn làm trung gian hòa giải. Hòa giải là phương thức giải quyết tranh chấp kinh doanh với sự hiện diện của người thứ ba với tư cách là trung gian, để giúp các bên thỏa thuận. Nhờ có uy tín của người trung gian mà các bên tranh chấp có thể dung hoà được lợi ích và thực hiện được hoà giải. Hòa giải có ưu điểm là giải quyết các tranh chấp một cách êm thấm, không tốn kém mà vẫn giữ được hoà khí và mối quan hệ kinh doanh giữa các bên, phương pháp này cũng nên được khuyến khích áp dụng. Hơn nữa, đối với việc giải quyết tranh chấp theo thủ tục Trọng tài hoặc Tòa án thì hoà giải là một thủ tục bắt buộc, Trọng tài hoặc Tòa án chỉ xét xử nếu đã tiến hành hoà giải mà không thành; trong đó, người đứng ra hoà giải trong trọng tài là trọng tài viên, trong toà án là thẩm phán, người hoà giải trong bước này là một trung gian có sự tín nhiệm, có trình độ chuyên môn kỹ thuật đối với các bên tranh chấp.

– Giải quyết tranh chấp kinh doanh – thương mại theo thủ tục Trọng tài;

– Giải quyết tranh chấp kinh doanh – thương mại tại Tòa án nhân dân.

Việc giải quyết tranh chấp bằng phương thức Trọng tài hay Tòa án đã được pháp luật quy định thành các chế độ pháp lý hoàn chỉnh trong Pháp lệnh Trọng tài thương mại do Ủy ban Thường vụ Quốc hội thông qua ngày 25/2/2003 và Bộ luật Tố tụng Dân sự do Quốc hội thông qua ngày 15/6/2004.

I - GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP KINH DOANH – THƯƠNG MẠI THEO THỦ TỤC TRỌNG TÀI

1. Tổ chức và đặc trưng của Trọng tài thương mại

1.1. Khái niệm trọng tài

Trên thế giới, việc giải quyết tranh chấp theo thủ tục trọng tài là phương thức giải quyết tranh chấp được các doanh nghiệp ưa chuộng, do thời gian tố tụng ngắn, chi phí giải quyết tranh chấp thấp, bảo đảm bí mật kinh

doanh của các bên tranh chấp, giữ được mối quan hệ hợp tác lâu dài giữa các bên với nhau.

"Trọng tài là phương thức giải quyết tranh chấp phát sinh trong hoạt động thương mại được các bên thỏa thuận và được tiến hành theo trình tự, thủ tục tổ tụng riêng quy định trong Pháp lệnh Trọng tài thương mại". Đây là khái niệm được đưa ra tại Khoản 1 Điều 2 Pháp lệnh Trọng tài thương mại 2003.

1.2. Tổ chức trọng tài thương mại

Trọng tài thương mại được tổ chức dưới hình thức: Trung tâm trọng tài (trọng tài thường trực) và trọng tài vụ việc (trọng tài ad – hoc).

a) Trung tâm trọng tài (trọng tài thường trực)

Trung tâm trọng tài là hình thức trọng tài có bộ máy tổ chức ổn định, có trụ sở, có điều lệ tổ chức và hoạt động, có danh sách trọng tài viên xác định, tuân theo quy tắc tổ tụng chặt chẽ, thống nhất.

Trung tâm trọng tài (trọng tài thường trực) được thành lập theo sáng kiến của các sáng lập viên (Khoản 2 Điều 14 Pháp lệnh Trọng tài thương mại). Các sáng lập viên đề nghị Hội luật gia Việt Nam giới thiệu, Bộ trưởng Bộ Tư pháp xem xét cấp giấy phép thành lập Trung tâm trọng tài trong vòng 45 ngày kể từ ngày nhận được hồ sơ hợp lệ. Sau 30 ngày được cấp giấy phép, Trung tâm trọng tài phải đăng ký hoạt động tại Sở Tư pháp cấp tỉnh, nơi Trung tâm trọng tài đặt trụ sở. Sau khi đăng ký hoạt động 30 ngày, Trung tâm phải đăng thông tin về việc thành lập Trung tâm trọng tài trên 3 số báo liên tiếp của Trung ương hoặc địa phương.

Trung tâm trọng tài là tổ chức phi Chính phủ, có tư cách pháp nhân, có con dấu và tài khoản riêng (Khoản 1 Điều 16 Pháp lệnh Trọng tài thương mại). Các Trung tâm trọng tài đều áp dụng nguyên tắc tự đảm bảo chi phí (tức là lấy thu bù chi). Các nguồn thu chủ yếu của Trung tâm trọng tài là:

- Tiền thù lao cho Trọng tài viên được quy định trong điều lệ;
- Các khoản phí và lệ phí theo quy định;
- Tiền thu được từ những dịch vụ hỗ trợ trọng tài như: dịch thuật, thông tin quảng cáo, phát hành ấn phẩm, cho thuê địa điểm...

Trung tâm trọng tài có ban điều hành gồm: Chủ tịch, một hoặc các Phó Chủ tịch, có thể có Tổng thư ký do Chủ tịch Trung tâm trọng tài quyết định và các Trọng tài viên.

Nhiệm vụ, quyền hạn của Trung tâm trọng tài được quy định tại Điều 17 Pháp lệnh Trọng tài thương mại và Điều lệ của Trung tâm trọng tài.

Trung tâm trọng tài chi trả lương cho bộ máy giúp việc, các Trọng tài viên hưởng thù lao theo vụ việc tranh chấp đã giải quyết.

b) Trọng tài vụ việc (trọng tài ad-hoc)

Trọng tài vụ việc là hình thức trọng tài được thành lập theo yêu cầu của các bên tranh chấp để giải quyết một tranh chấp cụ thể nào đó. Hình thức trọng tài này không có một tổ chức trọng tài viên cố định, sau khi giải quyết xong vụ tranh chấp, nó sẽ tự giải thể. Trọng tài vụ việc là hình thức trọng tài gọn nhẹ, linh hoạt, tiết kiệm chi phí quản lý.

Để giải quyết tranh chấp kinh doanh – thương mại, các bên tranh chấp có thể chọn Trọng tài viên hoặc được Chủ tịch trọng tài hoặc Tòa án chỉ định Trọng tài viên. Trọng tài viên phải là công dân Việt Nam có đủ các điều kiện do pháp luật quy định (các điều kiện này được quy định tại Điều 12, 13 Pháp lệnh Trọng tài thương mại) như sau:

- Có năng lực hành vi dân sự đầy đủ theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2005;
- Có phẩm chất đạo đức tốt, trung thực, vô tư, khách quan;
- Có bằng đại học và đã qua thực tế công tác theo ngành đã học từ 5 năm trở lên.

Người đang bị quản chế hành chính, đang bị truy cứu trách nhiệm hình sự, hoặc đã bị kết án mà chưa được xóa án tích, một số công chức nhà nước đang công tác tại Tòa án nhân dân, Viện kiểm sát nhân dân, cơ quan điều tra, cơ quan thi hành án như Thẩm phán, Kiểm sát viên, Điều tra viên, Chấp hành viên không được làm Trọng tài viên.

1.3. Đặc trưng của trọng tài

– Trọng tài thương mại là tổ chức phi Chính phủ, có tư cách pháp nhân, được thành lập tại một số địa phương theo quy định của Chính phủ. Theo nghị định số 25/2004/NĐ-CP ngày 15/1/2004, thì Trung tâm trọng tài được thành lập tại Thành phố Hà Nội, Thành phố Đà Nẵng, Thành phố Hồ Chí Minh. Căn cứ vào tình hình phát triển kinh tế – xã hội của các tỉnh, thành phố khác, Chính phủ quyết định thành lập Trung tâm trọng tài tại các địa phương đó.

Nói Trung tâm trọng tài là tổ chức phi Chính phủ không có nghĩa là phi Nhà nước. Trên nhiều lĩnh vực, Trọng tài được Nhà nước hỗ trợ và chịu sự quản lý của Nhà nước. Sự hỗ trợ quan trọng nhất là tạo ra khuôn khổ pháp lý cho việc hình thành và hoạt động của tổ chức Trọng tài cũng như bảo đảm về mặt nhà nước việc thực thi các quyết định của Trọng tài. Điều này được thể hiện cụ thể ở sự hỗ trợ, giám sát của Tòa án dưới những hình thức

nhất định. Trong những trường hợp cần thiết, toà án giúp các bên lựa chọn Trọng tài viên. Toà án ra quyết định áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời nhằm tạo điều kiện thuận lợi cho trọng tài trong việc giải quyết tranh chấp, bởi trọng tài không có các quyền này. Toà án còn giúp trọng tài ra quyết định cấm chuyển dịch tài sản, phong toả tài khoản tại ngân hàng, thu giữ tài liệu... Bên cạnh đó, Toà án giúp Trọng tài vụ việc trong việc lưu giữ hồ sơ tại toà án nơi trọng tài vụ việc ra quyết định bởi vì sau khi giải quyết xong tranh chấp Trọng tài vụ việc tự giải thể. Toà án thực hiện chức năng giám sát đối với hoạt động của trọng tài như: Toà án có quyền xem xét lại các quyết định của Hội đồng trọng tài về tính hợp pháp của thoả thuận trọng tài (Điều 30 Pháp lệnh Trọng tài thương mại).

Thoả thuận trọng tài là điều kiện cơ bản để đem tranh chấp ra giải quyết tại Trung tâm trọng tài. Tuy nhiên, trên thực tế nhiều thoả thuận trọng tài không theo đúng quy định của pháp luật và dẫn đến tranh chấp giữa các bên về hiệu lực của thoả thuận này. Trong trường hợp này, toà án có trách nhiệm can thiệp để giải quyết bất đồng này. Hơn thế nữa, toà án có quyền ra quyết định huỷ quyết định của Trọng tài theo yêu cầu của một bên theo Điều 54 Pháp lệnh Trọng tài thương mại (căn cứ huỷ quyết định của trọng tài), nhằm hạn chế sự tùy tiện của Trọng tài trong giải quyết tranh chấp nếu có. Quyết định của Trọng tài có giá trị chung thẩm, các bên phải thi hành. Tuy nhiên, theo Điều 57 Pháp lệnh Trọng tài thương mại, nếu một bên không tự nguyện chấp hành và cũng không yêu cầu huỷ quyết định của trọng tài thì bên kia có quyền yêu cầu cơ quan thi hành án cấp tỉnh nơi có trụ sở, nơi cư trú hoặc nơi có tài sản của bên kia thi hành quyết định này của Trọng tài.

2. Thẩm quyền giải quyết tranh chấp của Trọng tài

Những tranh chấp do các bên đưa ra yêu cầu trọng tài giải quyết phải là những tranh chấp phát sinh trong hoạt động thương mại và có sự thoả thuận của các bên về việc đưa tranh chấp ra giải quyết theo thủ tục trọng tài.

1) Tranh chấp phát sinh trong hoạt động thương mại là tranh chấp phát sinh khi thực hiện một hoặc nhiều hành vi thương mại của cá nhân, tổ chức kinh doanh. Bao gồm các hành vi sau: mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ, phân phối, đại diện, đại lý thương mại, ký gửi, thuê, cho thuê, thuê mua, xây dựng, tư vấn, kỹ thuật, lixăng, đầu tư, tài chính, ngân hàng, bảo hiểm, thăm dò, khai thác, vận chuyển hàng hoá/hành khách bằng đường hàng không, đường sắt, đường biển, đường bộ và các hành vi thương mại khác theo quy định của pháp luật (Khoản 3 Điều 2 Pháp lệnh Trọng tài thương mại).

2) Khi có sự thoả thuận của các bên về việc đưa tranh chấp ra giải quyết theo thủ tục trọng tài:

- Thoả thuận trọng tài phải có hình thức văn bản. Thoả thuận đó có thể là một điều khoản về giải quyết tranh chấp trong hợp đồng hoặc là một thoả thuận riêng biệt như: thư, điện báo, telex, fax, thư điện tử. Việc thoả thuận có thể trước hoặc sau khi xảy ra tranh chấp nhưng phải trước khi nộp hồ sơ lên trọng tài.

- Nội dung của thoả thuận trọng tài phải xác định rõ: đối tượng cụ thể của tranh chấp là gì; phải nêu tên trung tâm trọng tài hoặc nếu là hình thức trọng tài vụ việc thì phải chọn trọng tài.

- Điều khoản trọng tài tồn tại độc lập với hợp đồng. Mọi sự thay đổi, gia hạn, hủy bỏ hợp đồng hoặc trong trường hợp hợp đồng vô hiệu thì cũng không làm ảnh hưởng đến hiệu lực của điều khoản trọng tài.

Thoả thuận trọng tài thể hiện quyền tự định đoạt của các bên trong việc đưa vụ tranh chấp ra giải quyết tại một cơ quan tài phán mà hai bên đã xác định. Vì vậy, "trong trường hợp vụ tranh chấp đã có thoả thuận trọng tài, nếu một bên khởi kiện tại Tòa án thì tòa án phải từ chối thụ lý, trừ trường hợp thoả thuận trọng tài vô hiệu" (Điều 5 Pháp lệnh Trọng tài thương mại).

3) Thoả thuận trọng tài có thể bị coi là vô hiệu trong các trường hợp sau đây:

- Tranh chấp phát sinh không phải là tranh chấp về hoạt động thương mại được pháp luật quy định (khái niệm "hoạt động thương mại" được quy định tại Khoản 3 Điều 2 Pháp lệnh đã dẫn và Khoản 1 Điều 3 Luật Thương mại 2005).

- Người ký thoả thuận trọng tài không có thẩm quyền ký theo quy định của pháp luật. Người có thẩm quyền ký thoả thuận trọng tài là những chủ hộ có đăng ký kinh doanh hoặc là người đại diện theo pháp luật hay đại diện theo ủy quyền của tổ chức kinh doanh.

- Một bên ký thoả thuận trọng tài không có năng lực hành vi dân sự đầy đủ. Theo quy định của Bộ luật Dân sự 2005, người không có năng lực hành vi dân sự đầy đủ là người dưới 18 tuổi, người bị bệnh tâm thần hay một bệnh khác làm mất khả năng nhận thức và tự chủ đối với hành vi của mình, người nghiện ma túy hoặc nghiện các chất kích thích khác dẫn đến phá sản tài sản của gia đình bị tòa án ra quyết định tuyên bố là người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự đầy đủ.

- Thoả thuận trọng tài không quy định hoặc quy định không rõ đối tượng tranh chấp, hình thức trọng tài giải quyết tranh chấp...

- Thoả thuận trọng tài không theo đúng hình thức do pháp luật quy định.

– Bên ký kết thỏa thuận trọng tài bị lừa dối, bị đe dọa và có yêu cầu tuyên bố thỏa thuận trọng tài vô hiệu theo quy định của pháp luật.

3. Tổ tụng trọng tài

Khi có tranh chấp xảy ra mà các bên không thể tự giải quyết được, tranh chấp đó cần được đưa ra giải quyết theo thỏa thuận trước hoặc sau khi xảy ra tranh chấp theo đúng thủ tục luật định. Quá trình giải quyết tranh chấp kinh doanh thương mại tại cơ quan trọng tài được gọi là tổ tụng trọng tài.

3.1. Các nguyên tắc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài

Xuất phát từ nguyên tắc chung của việc giải quyết tranh chấp kinh doanh – thương mại bằng trọng tài là bảo đảm tối đa quyền tự định đoạt của các bên tranh chấp, pháp luật xác định những nguyên tắc cụ thể để chỉ đạo việc giải quyết bằng trọng tài tranh chấp kinh doanh – thương mại như sau:

Một là, tranh chấp chỉ được giải quyết bằng trọng tài, nếu trước hoặc sau khi xảy ra tranh chấp, các bên có thỏa thuận trọng tài bằng văn bản.

Đây là điều kiện tiên quyết của việc giải quyết các tranh chấp kinh doanh – thương mại bằng trọng tài, cũng là điểm khác nhau cơ bản giữa việc giải quyết tranh chấp tại trọng tài với việc giải quyết tranh chấp tại tòa án. Sự thỏa thuận trọng tài bằng văn bản phải được tiến hành trước khi gửi hồ sơ lên trọng tài.

Hai là, nguyên tắc bảo đảm quyền lựa chọn hình thức giải quyết tranh chấp.

Các bên tranh chấp có quyền thỏa thuận giao vụ tranh chấp của mình cho Hội đồng trọng tài do một Trung tâm trọng tài tổ chức hoặc một Hội đồng trọng tài do các bên tự thành lập theo quy định của pháp luật giải quyết; có quyền thỏa thuận việc giải quyết tranh chấp là do một Hội đồng trọng tài gồm ba Trọng tài viên hoặc do một Trọng tài viên duy nhất.

Ba là, nguyên tắc Trọng tài viên phải độc lập, khách quan, vô tư, phải căn cứ vào pháp luật và tôn trọng thỏa thuận của các bên khi giải quyết tranh chấp.

Trọng tài viên, dù được các bên chọn hoặc được chỉ định cũng phải giữ vai trò độc lập, khách quan, vô tư, phải căn cứ vào pháp luật và thực tế khách quan của tranh chấp để xem xét, đánh giá và ra quyết định trọng tài.

Bốn là, tuân thủ các nguyên tắc áp dụng pháp luật trong việc giải quyết tranh chấp.

Theo quy định của pháp luật (Điều 7 Pháp lệnh đã dẫn), đối với vụ tranh chấp giữa các bên Việt Nam với nhau thì pháp luật áp dụng để giải quyết

tranh chấp là pháp luật Việt Nam. Đối với các vụ tranh chấp có yếu tố nước ngoài thì pháp luật áp dụng là pháp luật do các bên lựa chọn với điều kiện việc áp dụng pháp luật nước ngoài (hoặc tập quán quốc tế) không được trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam. Trong trường hợp Điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam ký kết hoặc gia nhập có quy định khác với pháp luật Việt Nam thì áp dụng theo quy định của Điều ước quốc tế đó.

3.2. Khởi kiện

Quá trình này bắt đầu bằng việc nguyên đơn nộp đơn yêu cầu giải quyết tranh chấp tại Trung tâm trọng tài. Thời hiệu khởi kiện đối với vụ tranh chấp rất quan trọng vì tuân thủ thời hiệu này sẽ tránh cho các quyết định của Trọng tài không bị huỷ. Đối với vụ tranh chấp mà pháp luật không quy định thời hiệu thì thời hiệu khởi kiện là hai năm kể từ ngày xảy ra tranh chấp trừ trường hợp bất khả kháng.

Nội dung của đơn kiện bao gồm:

- Ngày, tháng, năm viết đơn; Tên và địa chỉ của các bên;
- Trình bày nội dung vụ tranh chấp;
- Các yêu cầu của nguyên đơn;
- Trị giá tài sản mà nguyên đơn yêu cầu;
- Trọng tài viên mà nguyên đơn chọn.

Kèm theo đơn kiện, nguyên đơn phải gửi theo những tài liệu như: thỏa thuận trọng tài, các chứng cứ, tài liệu khác (bản chính hoặc bản sao).

Đơn kiện được gửi đến Trung tâm trọng tài (nếu vụ tranh chấp được các bên thỏa thuận đưa ra giải quyết tại Hội đồng trọng tài ở Trung tâm trọng tài) hoặc gửi đến bị đơn (nếu vụ tranh chấp được các bên thỏa thuận đưa ra giải quyết tại Hội đồng Trọng tài do các bên thành lập). Nếu đơn kiện gửi đến Trung tâm Trọng tài thì trong thời hạn 5 ngày làm việc kể từ ngày nhận được đơn kiện, Trung tâm trọng tài phải gửi cho bị đơn bản sao đơn kiện và các tài liệu kèm theo của nguyên đơn.

Nguyên đơn có thể sửa đổi, bổ sung, rút đơn kiện trước khi Hội đồng trọng tài ra quyết định trọng tài. Phí trọng tài do nguyên đơn tạm ứng, sau đó bên thua kiện sẽ phải chịu, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác.

Trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày nhận được đơn kiện, bị đơn phải gửi cho Trung tâm trọng tài (hoặc cho bị đơn) bản *tự bảo vệ*. Ngoài những nội dung có tính chất thủ tục (như ngày, tháng năm, tên, địa chỉ...), bản tự bảo vệ của bị đơn phải có những lập luận, chứng cứ để phản bác những nội dung đơn kiện của nguyên đơn, chứng minh những sự việc đúng đắn, hợp pháp

của mình, có thể nêu ra những vấn đề mà mình cho rằng vụ kiện là không phù hợp với quy định của pháp luật...

Bị đơn cũng có quyền *kiện lại* nguyên đơn về những vấn đề có liên quan đến yêu cầu mà nguyên đơn đưa ra trong đơn kiện.

3.3. Thành lập Hội đồng Trọng tài để giải quyết tranh chấp

a) Thành lập Hội đồng Trọng tài tại Trung tâm trọng tài

Khi đã có hai trọng tài viên do hai bên lựa chọn, hai trọng tài viên này thống nhất chọn một trọng tài viên thứ ba để làm chủ tịch Hội đồng trọng tài (Khoản 3 Điều 25 Pháp lệnh Trọng tài thương mại). Nếu bị đơn không chọn được trọng tài viên hoặc không yêu cầu Trung tâm trọng tài chỉ định thì sau 30 ngày kể từ ngày nhận được đơn kiện và các tài liệu do Trung tâm gửi đến, Chủ tịch Trung tâm trọng tài chỉ định trọng tài viên trong danh sách trọng tài viên của mình để giải quyết tranh chấp. Nếu hai trọng tài viên của hai bên không chọn được Chủ tịch hội đồng trọng tài thì Chủ tịch Trung tâm trọng tài chỉ định một trọng tài viên là chủ tịch Hội đồng trọng tài để giải quyết tranh chấp này. Nếu các bên thoả thuận tranh chấp này do một trọng tài viên duy nhất giải quyết mà không thống nhất được trọng tài viên thì theo yêu cầu của một bên Chủ tịch Trung tâm trọng tài sẽ chỉ định trọng tài viên duy nhất làm nhiệm vụ như một Hội đồng trọng tài.

b) Hội đồng Trọng tài do các bên thành lập

Nguyên đơn gửi đơn kiện cho bị đơn, trong đó có nêu tên trọng tài viên của mình và yêu cầu bị đơn chỉ định trọng tài viên của mình. Nếu bị đơn không chỉ định thì nguyên đơn yêu cầu Toà án cấp tỉnh nơi bị đơn có trụ sở hoặc cư trú chỉ định trọng tài viên cho bị đơn. Chánh án Toà án cấp tỉnh này sẽ giao cho một Thẩm phán chỉ định trọng tài viên cho bị đơn. Hai trọng tài viên được chọn sẽ thống nhất chọn trọng tài viên thứ ba để làm chủ tịch Hội đồng trọng tài, nếu không thống nhất được thì các bên yêu cầu Toà án cấp tỉnh nơi bị đơn có trụ sở hoặc cư trú chỉ định.

Đối với trường hợp trọng tài vụ việc thì trọng tài viên duy nhất do các bên lựa chọn hoặc Toà án chỉ định không nhất thiết phải có tên trong danh sách trọng tài của các Trung tâm trọng tài.

Việc giải quyết tranh chấp theo thủ tục trọng tài phải đảm bảo nguyên tắc độc lập, khách quan, vô tư. Pháp luật quy định, Trọng tài viên được chọn hoặc được chỉ định phải từ chối giải quyết vụ tranh chấp, các bên có quyền yêu cầu thay đổi Trọng tài viên giải quyết vụ tranh chấp trong trường hợp Trọng tài viên là người thân thích của một bên hoặc là người đại diện của bên đó, hoặc Trọng tài viên có lợi ích trong vụ tranh chấp; hoặc có

căn cứ xác đáng cho thấy Trọng tài viên không vô tư, khách quan trong khi làm nhiệm vụ. Việc thay đổi Trọng tài viên được quy định trong Điều 27 Pháp lệnh Trọng tài thương mại.

3.4. Chuẩn bị giải quyết tranh chấp

Chuẩn bị giải quyết tranh chấp là một giai đoạn do pháp luật quy định theo đó, Hội đồng trọng tài thực hiện những công việc phục vụ cho việc mở phiên họp giải quyết tranh chấp.

a) Xem xét thỏa thuận trọng tài

Trong trường hợp có đơn khiếu nại của một bên cho rằng Hội đồng trọng tài không có thẩm quyền giải quyết vụ tranh chấp, hoặc vụ tranh chấp không có thỏa thuận trọng tài, hoặc thỏa thuận trọng tài vô hiệu thì Hội đồng trọng tài phải xem xét, phân tích và ra quyết định về khiếu nại đó với sự có mặt của các bên, trừ trường hợp các bên có yêu cầu khác.

Nếu các bên không đồng ý với quyết định của Hội đồng trọng tài thì có quyền yêu cầu Tòa án cấp tỉnh nơi Hội đồng trọng tài đã ra quyết định xem xét lại quyết định đó. Trong một thời hạn được quy định, Tòa án phải xem xét và ra quyết định. Quyết định của Tòa án là chung thẩm.

b) Nghiên cứu hồ sơ, xác minh sự việc, thu thập chứng cứ

Để xác định rõ nội dung, bản chất của vụ tranh chấp, Hội đồng trọng tài phải tiến hành nghiên cứu hồ sơ, xác minh sự việc thông qua việc các bên trình bày, tự đưa ra các căn cứ để chứng minh, và tìm hiểu qua người thứ ba với sự hiện diện của các bên hoặc sau khi thông báo cho cả hai bên.

Để chứng minh sự việc của mình, các bên có nghĩa vụ cung cấp đầy đủ chứng cứ cho Hội đồng trọng tài. Nhưng Hội đồng trọng tài vẫn có quyền tự mình thu thập chứng cứ, xác minh sự việc, mời giám định theo yêu cầu của một hoặc các bên.

c) Yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời

Trong quá trình chuẩn bị giải quyết vụ tranh chấp, nếu thấy quyền hoặc lợi ích hợp pháp của mình bị xâm hại, các bên có quyền yêu cầu Hội đồng trọng tài làm đơn đến Tòa án cấp tỉnh nơi Hội đồng trọng tài thụ lý vụ tranh chấp để 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 tranh chấp;
- Kê biên và niêm phong tài sản ở nơi gửi giữ;
- Phong tỏa tài khoản tại ngân hàng.

Thủ tục áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời được quy định tại các Điều 34, 35, 36, Pháp lệnh Trọng tài thương mại.

d) Hòa giải vụ tranh chấp

Cũng như trong tố tụng dân sự, tố tụng trọng tài rất coi trọng biện pháp hòa giải. Trước khi tiến hành giải quyết tranh chấp, các bên có thể gặp nhau để thương lượng. Nếu thương lượng đạt kết quả thì theo yêu cầu của các bên, Hội đồng trọng tài sẽ đình chỉ tố tụng.

Các bên có thể yêu cầu Hội đồng trọng tài tiến hành hòa giải. Nếu hòa giải thành thì Hội đồng trọng tài ra quyết định công nhận hòa giải thành. Quyết định công nhận hòa giải thành có giá trị chung thẩm và được thi hành như thi hành quyết định trọng tài.

3.5. Phiên họp giải quyết tranh chấp

Việc giải quyết vụ tranh chấp kinh doanh - thương mại tại trọng tài được thực hiện bằng việc mở phiên họp giải quyết tranh chấp.

Địa điểm mở phiên họp do các bên thỏa thuận, nếu không thỏa thuận được thì do Hội đồng trọng tài ấn định thuận lợi cho các bên (Điều 23 Pháp lệnh Trọng tài thương mại). Đối với các vụ tranh chấp có yếu tố nước ngoài thì địa điểm giải quyết tranh chấp có thể ở Việt Nam hoặc ở nước ngoài do các bên thỏa thuận.

Thời gian mở phiên họp giải quyết tranh chấp do Chủ tịch Hội đồng trọng tài quyết định, nếu các bên không có thỏa thuận khác.

Các bên tranh chấp được triệu tập *tham dự phiên họp giải quyết tranh chấp*. Nếu nguyên đơn không tham dự phiên họp mà không có lý do chính đáng hoặc bỏ phiên họp mà không được Hội đồng trọng tài đồng ý thì được coi như rút đơn kiện. Trong trường hợp này, nếu bị đơn có yêu cầu hoặc có đơn kiện lại thì Hội đồng trọng tài vẫn tiếp tục giải quyết vụ tranh chấp. Nếu bị đơn vắng mặt không có lý do chính đáng hoặc bỏ phiên họp mà không được Hội đồng trọng tài đồng ý thì phiên họp giải quyết tranh chấp vẫn được tiến hành căn cứ vào tài liệu và chứng cứ hiện có. Trong trường hợp các bên yêu cầu, Hội đồng trọng tài có thể căn cứ vào hồ sơ để giải quyết vụ tranh chấp mà không cần sự có mặt của các bên tranh chấp.

Các bên tranh chấp có thể *trực tiếp hoặc ủy quyền cho người đại diện tham dự phiên họp*. Người đại diện có thể là luật sư, luật gia hoặc một

người khác. Các bên có thể mời nhân chứng để làm rõ nội dung của sự việc tranh chấp; mời luật sư để hỗ trợ cho mình về mặt pháp lý bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình.

Phiên họp giải quyết tranh chấp *không tổ chức công khai* để bảo vệ bí mật kinh doanh cho các bên. Nếu các bên đồng ý, Hội đồng trọng tài có thể cho phép những người khác tham dự phiên họp.

Tiếng Việt là *ngôn ngữ* dùng trong phiên họp giải quyết tranh chấp. Đối với vụ tranh chấp có yếu tố nước ngoài thì các bên có thể thỏa thuận về sử dụng ngôn ngữ trong tố tụng; nếu các bên không có thỏa thuận khác thì ngôn ngữ sử dụng là tiếng Việt.

Các bên có thể yêu cầu *hoãn phiên họp giải quyết tranh chấp* trong trường hợp có lý do chính đáng. Hội đồng trọng tài phải hoãn phiên họp nếu xét thấy chưa đủ cơ sở để đưa vụ tranh chấp ra giải quyết.

3.6. Trọng tài ra quyết định và các trường hợp hủy quyết định trọng tài

a) Trọng tài ra quyết định

Quyết định trọng tài do Hội đồng trọng tài lập theo nguyên tắc đa số. Trường hợp vụ tranh chấp do Trọng tài viên duy nhất giải quyết thì Trọng tài viên đó là người đưa ra quyết định trọng tài.

Do vậy, quyết định trọng tài phải có *những nội dung chủ yếu* sau đây:

- Ngày, tháng, năm và địa điểm ra quyết định trọng tài. Trường hợp việc giải quyết vụ tranh chấp do Trung tâm trọng tài tổ chức thì quyết định trọng tài phải có tên của Trung tâm trọng tài;
- Tên, địa chỉ của nguyên đơn và bị đơn;
- Họ, tên các Trọng tài viên hoặc Trọng tài viên duy nhất;
- Tóm tắt đơn kiện và các vấn đề tranh chấp;
- Cơ sở để ra quyết định trọng tài;
- Quyết định về vụ tranh chấp; quyết định về phí trọng tài và các chi phí khác;
- Thời hạn thi hành quyết định trọng tài;
- Chữ ký của các Trọng tài viên hoặc Trọng tài viên duy nhất.

Các bên có quyền yêu cầu Hội đồng trọng tài không đưa các vấn đề tranh chấp, cơ sở để ra quyết định trọng tài vào quyết định trọng tài nếu thấy việc đó là cần thiết và có lợi cho mình.

Quyết định trọng tài có thể được *công bố* ngay tại phiên họp cuối cùng hoặc sau đó nhưng chậm nhất cũng không quá 60 ngày kể từ ngày kết thúc

phiên họp cuối cùng. Quyết định trọng tài có hiệu lực kể từ ngày công bố và có giá trị chung thẩm, trừ trường hợp Tòa án hủy quyết định trọng tài theo quy định của pháp luật.

b) Các trường hợp hủy quyết định trọng tài

Về nguyên tắc, quyết định trọng tài có hiệu lực chung thẩm, các bên phải chấp hành và không có quyền kháng cáo lên bất cứ cơ quan, tổ chức nào. Nhưng trên thực tế, có thể có trường hợp Hội đồng trọng tài ra quyết định trọng tài trong điều kiện có những vi phạm các quy định về thủ tục tổ tụng trọng tài, như: vụ tranh chấp không thuộc thẩm quyền giải quyết của trọng tài, thành phần Hội đồng trọng tài không đúng quy định của pháp luật... Chính vì thế, pháp luật quy định quyền của các bên tranh chấp yêu cầu hủy quyết định trọng tài và thủ tục của Tòa án trong việc giải quyết các yêu cầu đó.

– Trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được quyết định trọng tài, nếu có bên nào không đồng ý với quyết định trọng tài thì có quyền gửi đơn đến tòa án cấp tỉnh nơi Hội đồng trọng tài ra quyết định trọng tài, để yêu cầu hủy quyết định trọng tài;

– Đơn yêu cầu hủy quyết định trọng tài phải nêu rõ: Ngày, tháng, năm viết đơn; Tên, địa chỉ của bên yêu cầu; Lý do yêu cầu hủy quyết định trọng tài. Kèm theo đơn phải có các loại giấy tờ như: bản chính hoặc bản sao thỏa thuận trọng tài đã được chứng thực hợp lệ, bản chính hoặc bản sao quyết định trọng tài đã được chứng thực hợp lệ. Các loại giấy tờ kèm theo nếu bằng tiếng nước ngoài thì phải được dịch ra tiếng Việt và bản dịch phải có chứng thực hợp lệ.

– Thủ tục của tòa án xét đơn yêu cầu hủy quyết định trọng tài được quy định tại Điều 53 Pháp lệnh Trọng tài thương mại.

Toà án có quyền ra quyết định hủy quyết định trọng tài hoặc không hủy quyết định trọng tài.

Căn cứ để tòa án quyết định hủy quyết định trọng tài là Hội đồng trọng tài đã ra quyết định trọng tài thuộc một trong các trường hợp sau đây: Không có thỏa thuận trọng tài; Thỏa thuận trọng tài vô hiệu; Thành phần Hội đồng trọng tài, thủ tục tổ tụng trọng tài không đúng với quy định của pháp luật; Vụ tranh chấp không thuộc thẩm quyền giải quyết của Hội đồng trọng tài; Bên yêu cầu chứng minh được trong quá trình giải quyết vụ tranh chấp có Trọng tài viên vi phạm nghĩa vụ của Trọng tài viên theo quy định của pháp luật; Quyết định trọng tài trái với lợi ích công cộng của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam.

Trong trường hợp Hội đồng xét xử hủy quyết định trọng tài, các bên có

quyền đưa vụ tranh chấp ra yêu cầu Tòa án giải quyết như giải quyết một vụ án kinh doanh – thương mại, nếu không có thỏa thuận khác.

Quyết định của Tòa án về hủy hoặc không hủy quyết định trọng tài có thể bị kháng cáo, kháng nghị theo quy định của pháp luật. Thủ tục kháng cáo, kháng nghị, thủ tục xét kháng cáo, kháng nghị được quy định trong Điều 55 và Điều 56 Pháp lệnh Trọng tài thương mại.

3.7. Thi hành quyết định trọng tài

Thi hành quyết định trọng tài là giai đoạn cuối cùng của tố tụng trọng tài. Theo pháp luật hiện hành, quyết định trọng tài có giá trị chung thẩm, có hiệu lực thi hành kể từ ngày công bố. Trường hợp một bên tranh chấp có yêu cầu Tòa án hủy quyết định trọng tài thì quyết định trọng tài có hiệu lực kể từ ngày quyết định của Tòa án không hủy quyết định trọng tài.

Sau thời hạn 30 ngày kể từ ngày hết hạn thi hành quyết định trọng tài nếu bên phải thi hành không tự nguyện thi hành thì bên được thi hành quyết định trọng tài có quyền làm đơn yêu cầu cơ quan thi hành án cấp tỉnh nơi có trụ sở, nơi cư trú hoặc nơi có tài sản của bên phải thi hành, thi hành quyết định trọng tài.

Trình tự, thủ tục và thời hạn thi hành quyết định trọng tài được thực hiện theo pháp luật về thi hành án dân sự (Pháp lệnh Thi hành án dân sự do Ủy ban Thường vụ Quốc hội thông qua ngày 11/4/2004)⁽²⁾.

II - GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP KINH DOANH - THƯƠNG MẠI TẠI TOÀ ÁN NHÂN DÂN

1. Những vấn đề chung

1.1. Khái niệm vụ việc kinh doanh, thương mại thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án nhân dân

Theo quy định của Bộ luật Tố tụng Dân sự do Quốc hội thông qua ngày 15/6/2004, vụ việc kinh doanh, thương mại thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án nhân dân bao gồm: các tranh chấp kinh doanh, thương mại và các việc kinh doanh, thương mại.

a) Tranh chấp kinh doanh – thương mại (vụ án kinh doanh, thương mại)

Trong nền kinh tế thị trường, các tranh chấp phát sinh rất đa dạng bao gồm các tranh chấp về dân sự, lao động, hành chính, kinh tế. Mỗi một loại

⁽²⁾ Vấn đề thi hành quyết định trọng tài (được coi như thi hành án dân sự) sẽ được trình bày trong phần II của chương này.

tranh chấp có những đặc thù riêng về chủ thể, tính chất... vì vậy, việc giải quyết các tranh chấp đó tại Tòa án cũng được quy định khác nhau. Trước khi Bộ luật Tố tụng Dân sự 2004 có hiệu lực⁽³⁾, các loại tranh chấp kể trên được giải quyết dựa trên các cơ sở pháp lý khác nhau. Tranh chấp dân sự được giải quyết theo Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án dân sự 1989, tranh chấp kinh tế được giải quyết theo Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án kinh tế 1993, tranh chấp lao động được giải quyết theo Pháp lệnh thủ tục giải quyết các tranh chấp lao động 1996; tranh chấp hành chính được giải quyết theo Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án hành chính 1996.

Xét về bản chất các tranh chấp dân sự, lao động, kinh tế đều có đặc điểm chung là xuất phát từ các quan hệ dân sự, lao động, kinh tế là các quan hệ được xác lập một cách tự nguyện, dựa trên ý chí và nguyện vọng của các bên. Đặc điểm này quy định cách thức giải quyết tranh chấp trên về cơ bản là giống nhau⁽⁴⁾. Vì vậy, Bộ luật Tố tụng Dân sự 2004 được ban hành để quy định thống nhất thủ tục giải quyết các vụ án dân sự nói chung (theo nghĩa rộng), bao gồm các vụ án dân sự (theo nghĩa hẹp), vụ án hôn nhân gia đình, vụ án lao động, vụ án kinh doanh, thương mại. Những tranh chấp được coi là tranh chấp kinh doanh, thương mại được quy định trên tinh thần phù hợp với tinh thần đổi mới của pháp luật nội dung.

Tranh chấp kinh doanh – thương mại là những tranh chấp được một bên yêu cầu Tòa án giải quyết. Bao gồm:

– 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.

Theo hướng dẫn của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao tại Nghị quyết số 01/2005/NQ-HĐTP ngày 31/3/2005 thì cá nhân, tổ chức có đăng ký kinh doanh là cá nhân, tổ chức đã được các cơ quan có thẩm quyền đăng ký kinh doanh cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh theo quy định của pháp luật.

⁽³⁾ Bộ luật Tố tụng Dân sự 2004 có hiệu lực từ 1/1/2005.

⁽⁴⁾ Các công trình nghiên cứu cụ thể và chi tiết cho thấy có đến 80% các quy định trong các thủ tục nêu trên là giống nhau. Chỉ có 20% quy định của các loại thủ tục trên là khác nhau. Xem Trần Ngọc Dũng, Hệ thống pháp luật kinh tế của Việt Nam trong nền kinh tế thị trường – Thực trạng và phương hướng hoàn thiện, *Tạp chí Luật học* số 4/2002.

Mục đích lợi nhuận của cá nhân, tổ chức trong hoạt động kinh doanh, thương mại là mong muốn của cá nhân, tổ chức đó thu được lợi nhuận mà không phân biệt có thu được hay không thu được lợi nhuận từ hoạt động kinh doanh, thương mại đó.

Xét về bản chất, đây là các tranh chấp chủ yếu liên quan đến quyền và nghĩa vụ của các bên, phát sinh từ quan hệ hợp đồng giữa các cá nhân, tổ chức có đăng ký kinh doanh với nhau trong hoạt động kinh doanh, thương mại như tranh chấp về quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng mua bán hàng hoá, hợp đồng cung ứng dịch vụ hay hợp đồng xây dựng cơ bản...

– 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. Đối với tranh chấp này thì không nhất thiết đòi hỏi cá nhân, tổ chức phải có đăng ký kinh doanh mà chỉ đòi hỏi cá nhân, tổ chức đều có mục đích lợi nhuận từ hoạt động kinh doanh, thương mại.

– 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.

b) Việc kinh doanh, thương mại (yêu cầu về kinh doanh, thương mại)

Là việc cá nhân, cơ quan, tổ chức không có tranh chấp nhưng có yêu cầu Tòa án công nhận một sự kiện pháp lý là căn cứ phát sinh quyền, nghĩa vụ về kinh doanh, thương mại của mình hoặc của cá nhân, cơ quan, tổ chức khác; yêu cầu Tòa án công nhận cho mình quyền về kinh doanh, thương mại. Bao gồm:

– 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.

– 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.

– Yêu cầu công nhận và cho thi hành tại Việt Nam quyết định kinh doanh, thương mại của Trọng tài nước ngoài.

– Các yêu cầu khác về kinh doanh, thương mại mà pháp luật có quy định.

1.2. Các nguyên tắc giải quyết vụ việc kinh doanh, thương mại

Vụ việc kinh doanh, thương mại nằm trong vụ việc dân sự nói chung và việc giải quyết vụ việc dân sự tuân theo 22 nguyên tắc được quy định tại

Chương II từ Điều 3 đến Điều 24. Trong 22 nguyên tắc kể trên, có những nguyên tắc là nguyên tắc chung cho tất cả các loại tố tụng dân sự như nguyên tắc bảo đảm pháp chế xã hội chủ nghĩa trong tố tụng dân sự (Điều 3), nguyên tắc Thẩm phán và Hội thẩm nhân dân xét xử độc lập và chỉ tuân theo pháp luật (Điều 12) và các nguyên tắc đặc thù trong tố tụng dân sự. Dưới đây là một số nguyên tắc đặc trưng trong tố tụng dân sự:

a) Nguyên tắc quyền quyết định và tự định đoạt của đương sự (Điều 5)

Các quan hệ dân sự nói chung, quan hệ về kinh doanh thương mại nói riêng là những quan hệ được xác lập một cách tự nguyện, xuất phát từ ý chí, nguyện vọng của các bên mà không có sự cưỡng ép, đe dọa nào trong quá trình xác lập, thực hiện. Vì vậy, khi phát sinh tranh chấp, bên vi phạm có quyền yêu cầu Nhà nước hoặc tổ chức, cá nhân khác (ví dụ, trong tài thương mại) bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình; nhưng ngược lại, họ có quyền từ bỏ quyền lợi đã bị xâm hại.

Đương sự có quyền quyết định việc khởi kiện, yêu cầu Tòa án có thẩm quyền giải quyết vụ việc dân sự. Tòa án chỉ thụ lý giải quyết vụ việc dân sự khi có đơn khởi kiện, đơn yêu cầu của đương sự và chỉ giải quyết trong phạm vi đơn khởi kiện, đơn yêu cầu đó.

Nguyên tắc quyền quyết định và tự định đoạt của đương sự được thể hiện trong suốt các giai đoạn của quá trình tố tụng: họ có thể khởi kiện hoặc không khởi kiện; trong quá trình giải quyết vụ việc, các đương sự có quyền chấm dứt, thay đổi các yêu cầu của mình; hoặc thậm chí ngay cả khi bản án đã có hiệu lực pháp luật họ có quyền quyết định cho thi hành hoặc không cho thi hành bản án.

b) Nguyên tắc cung cấp chứng cứ và chứng minh trong tố tụng dân sự (Điều 6)

Xuất phát từ nguyên tắc quyền quyết định và tự định đoạt của đương sự, đương sự có quyền yêu cầu Tòa án bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình thì cũng phải có nghĩa vụ đưa ra các chứng cứ để chứng minh cho các yêu cầu của mình là có căn cứ và hợp pháp. Vì vậy, nghĩa vụ cung cấp chứng cứ để chứng minh thuộc về các đương sự. Ngoài ra, các cá nhân, cơ quan, tổ chức khởi kiện, yêu cầu để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người khác có quyền và nghĩa vụ cung cấp chứng cứ, chứng minh như đương sự.

Tuy nhiên, trong điều kiện nước ta hiện nay có nhiều việc mà tự bản thân các đương sự khó có thể thu thập được chứng cứ, nhất là các chứng cứ liên quan đến việc quản lý hồ sơ, giấy tờ của các cơ quan, tổ chức như địa

chính, ngân hàng... Ngoài ra, trong một số vụ án, nếu bên nguyên đơn có lợi thì họ nhiệt tình tìm kiếm, sẵn sàng cung cấp chứng cứ và bên bị đơn thì ngược lại, nếu họ bị bất lợi thì họ không cung cấp được chứng cứ cho Tòa án. Vì vậy, để đảm bảo việc giải quyết vụ án được nhanh chóng, khách quan và đúng pháp luật, Bộ luật Tố tụng Dân sự 2004 (Khoản 6 Điều 2) quy định Tòa án tiến hành xác minh, thu thập chứng cứ trong những trường hợp và theo đúng hình thức, thủ tục luật định. Quy định này một mặt có ý nghĩa tích cực nêu trên nhưng cũng làm cho các cơ quan, tổ chức, cá nhân ở nước ta ỷ lại vào Tòa án trong việc thu thập chứng cứ, không có thói quen lưu giữ các tài liệu, giấy tờ hoặc thậm chí nhiều trường hợp cơ quan, tổ chức, cá nhân trong vai trò là bị đơn đã thờ ơ, không tham dự phiên tòa để cung cấp chứng cứ cho Tòa án nên đã dẫn đến việc thua kiện ở nước ngoài⁽⁵⁾.

c) Nguyên tắc hoà giải (Điều 10)

Bản chất của quan hệ kinh doanh, thương mại nói riêng, quan hệ dân sự nói chung là được thiết lập trên cơ sở tự nguyện và quyền tự định đoạt của đương sự. Việc giải quyết tranh chấp phát sinh từ quan hệ này sẽ đạt hiệu quả cao nếu các bên đạt được thoả thuận thông qua để giải quyết tranh chấp. Vì vậy, hoà giải là một biện pháp quan trọng và là nguyên tắc bắt buộc trong việc giải quyết tranh chấp của Tòa án. Vì vậy, Điều 10 Bộ luật Tố tụng Dân sự 2004 quy định: “Tòa án có trách nhiệm tiến hành hoà giải và tạo điều kiện thuận lợi để các đương sự thoả thuận với nhau về việc giải quyết vụ việc dân sự theo quy định của Bộ luật này”.

d) Nguyên tắc kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong tố tụng dân sự (Điều 21)

Thẩm quyền chung của Viện kiểm sát nhân dân theo Hiến pháp 1992 được sửa đổi, bổ sung theo Nghị quyết số 51/2001/QH khoá X ngày 25/12/2001 và Luật tổ chức Viện kiểm sát nhân dân 2002 là thực hành quyền công tố và kiểm sát hoạt động tư pháp, góp phần bảo đảm cho pháp luật được chấp hành nghiêm chỉnh và thống nhất⁽⁶⁾. Theo quy định của Bộ luật tố tụng dân sự 2004, Viện kiểm sát nhân dân kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong tố tụng dân sự, thực hiện các quyền yêu cầu, kiến nghị, kháng nghị theo quy định của pháp luật nhằm bảo đảm việc giải quyết vụ việc dân sự kịp thời, đúng pháp luật. Tuy nhiên, sự tham gia của Viện kiểm sát hạn chế hơn so với các quy định trong các Pháp

⁽⁵⁾ Hai vụ kiện mà Liên đoàn Bóng đá Việt Nam (VFF) và Vietnam Airlines là bị đơn tại các cơ quan tài phán nước ngoài đã thể hiện rất rõ điều này.

⁽⁶⁾ Điều 137 Hiến pháp 1992 và Điều 1 Luật tổ chức Viện kiểm sát nhân dân 2002.

lệnh trước đây. Viện kiểm sát nhân dân không tham gia tất cả các phiên toà mà chỉ tham gia phiên toà đối với những vụ án do Toà án thu thập chứng cứ mà đương sự có khiếu nại, các vụ việc dân sự thuộc thẩm quyền giải quyết của Toà án, các vụ việc dân sự mà Viện kiểm sát kháng nghị bản án, quyết định của Toà án. Đồng thời, Viện kiểm sát không có quyền khởi tố đối với một số vụ án dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động theo quy định của pháp luật.

2. Cơ quan tiến hành tố tụng và người tham gia tố tụng

Trong việc giải quyết các vụ việc kinh doanh, thương mại bao giờ cũng tồn tại hai nhóm chủ thể: cơ quan tiến hành tố tụng (là cơ quan đại diện cho quyền lực nhà nước) và người tham gia tố tụng. Cơ quan tiến hành tố tụng các vụ việc kinh doanh, thương mại là Toà án nhân dân. Viện kiểm sát nhân dân cũng tham gia tiến hành tố tụng nhưng rất hạn chế, chỉ giới hạn trong việc kiểm sát hoạt động tố tụng.

2.1. Toà án nhân dân – Cơ quan tiến hành tố tụng các vụ việc kinh doanh, thương mại

Hệ thống Toà án ở Việt Nam được tổ chức và hoạt động theo Hiến pháp 1992 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều theo Nghị quyết số 51/2001/QH khoá X và Luật tổ chức Toà án nhân dân ngày 2/4/2002. Toà án nhân dân có chức năng xét xử các vụ án, bao gồm những vụ án hình sự, dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh tế, hành chính và giải quyết các việc khác theo quy định của pháp luật như tuyên bố một người là đã chết, giải quyết việc phá sản doanh nghiệp...

Về cơ cấu, hệ thống toà án ở nước ta được tổ chức theo cấp hành chính bao gồm: toà án nhân dân tối cao, toà án nhân dân cấp tỉnh, toà án nhân dân cấp huyện và các toà án quân sự.

**** Toà án nhân dân tối cao***

Toà án nhân dân tối cao là cơ quan xét xử cao nhất của nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam. Thẩm quyền chung và cơ cấu của Toà án nhân dân tối cao được quy định từ Điều 18 đến Điều 26 Luật tổ chức Toà án nhân dân 2002.

Thẩm quyền xét xử của Toà án nhân dân tối cao (Điều 20):

– Giám đốc thẩm, tái thẩm những vụ án mà bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật bị kháng cáo, kháng nghị.

– Phúc thẩm những vụ án mà bản án, quyết định sơ thẩm chưa có hiệu lực pháp luật của Toà án cấp tỉnh bị kháng cáo, kháng nghị.

Về cơ cấu Tòa án nhân dân tối cao gồm có:

-- Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao là cơ quan xét xử cao nhất theo thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm và hướng dẫn các Tòa án áp dụng thống nhất pháp luật. Thành phần của Hội đồng Thẩm phán gồm: Chánh án, các Phó Chánh án Tòa án nhân dân tối cao và một số Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao. Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao ban hành văn bản quy phạm pháp luật là Nghị quyết để hướng dẫn tòa án cấp dưới và tổng kết công tác xét xử.

– Tòa án Quân sự Trung ương có thẩm quyền xét xử phúc thẩm những vụ án hình sự mà bản án, quyết định chưa có hiệu lực pháp luật của Tòa án quân sự cấp quân khu khi có kháng cáo hoặc kháng nghị; giám đốc thẩm, tái thẩm những vụ án hình sự mà bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Tòa án quân sự cấp quân khu khi có kháng nghị.

– Tòa Hình sự, Tòa Dân sự, Tòa Kinh tế, Tòa Lao động, Tòa Hành chính Tòa án nhân dân tối cao có thẩm quyền: Giám đốc thẩm, tái thẩm những vụ án mà bản án, quyết định đã có hiệu pháp luật bị kháng nghị theo quy định của pháp luật tố tụng.

– Tòa phúc thẩm Tòa án nhân dân tối cao có thẩm quyền: Xét xử theo thủ tục phúc thẩm những vụ án mà bản án, quyết định sơ thẩm chưa có hiệu lực pháp luật của Tòa án nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương bị kháng cáo, kháng nghị theo quy định của pháp luật tố tụng và giải quyết các việc khác.

**** Tòa án nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương***

Về thẩm quyền: Tòa án nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương (gọi chung là Tòa án cấp tỉnh) có thẩm quyền xét xử sơ thẩm những vụ án theo quy định của pháp luật tố tụng; phúc thẩm những vụ án mà bản án, quyết định sơ thẩm chưa có hiệu lực pháp luật của Tòa án cấp huyện bị kháng cáo, kháng nghị theo quy định của pháp luật tố tụng; giám đốc thẩm, tái thẩm những vụ án mà bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật của Tòa án cấp huyện bị kháng nghị theo quy định của pháp luật tố tụng; và giải quyết những việc khác theo quy định của pháp luật.

Về cơ cấu: Tòa án nhân dân cấp tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương gồm: Ủy ban thẩm phán; Tòa Hình sự, Tòa Dân sự, Tòa Kinh tế, Tòa Lao động, Tòa Hành chính; Bộ máy giúp việc.

**** Tòa án nhân dân huyện, quận, thị xã, thành phố trực thuộc tỉnh***

– Tòa án nhân dân huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh (gọi chung là Tòa án cấp huyện) có thẩm quyền: Xét xử sơ thẩm các vụ án theo

quy định của pháp luật tố tụng, giải quyết các việc khác theo quy định của pháp luật.

– Về cơ cấu gồm: Chánh án, một hoặc hai Phó Chánh án, Thẩm phán, Hội thẩm nhân dân, Thư ký Tòa án và bộ máy giúp việc.

*** Các Tòa án quân sự**

Các Tòa án quân sự bao gồm: Tòa án Quân sự Trung ương (nằm trong cơ cấu của Tòa án nhân dân tối cao); Tòa án quân sự quân khu và tương đương; Tòa án quân sự khu vực và tương đương.

Như vậy, kể từ năm 1994 các tranh chấp kinh doanh, thương mại (còn được gọi là tranh chấp kinh tế) được giải quyết tại các Tòa án, bao gồm: Tòa án nhân dân cấp huyện (không phân thành các tòa chuyên trách); Tòa Kinh tế Tòa án nhân dân cấp tỉnh; Tòa Kinh tế Tòa án nhân dân tối cao; các Tòa Phúc thẩm và Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao. Tuy nhiên trên thực tế, hệ thống tòa án vẫn chưa là chỗ dựa vững chắc cho doanh nghiệp. Tình trạng các doanh nghiệp không muốn đưa tranh chấp ra giải quyết tại Tòa án còn phổ biến. Thay vào đó là việc sử dụng các biện pháp khác thậm chí là thuê vệ sĩ để giải quyết⁽⁷⁾. Nguyên nhân dẫn đến tình trạng trên xuất phát từ cả những bất cập của luật nội dung và luật hình thức. Luật nội dung không phân biệt rạch ròi giữa hợp đồng dân sự và hợp đồng kinh tế (cơ sở để xác định thẩm quyền giải quyết tranh chấp) làm cho phán quyết của Tòa án trở lên khó lường trước, nhiều vụ án bị kéo dài do chuyển vụ án từ tòa dân sự sang tòa kinh tế và ngược lại. Luật hình thức (cụ thể là Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án kinh tế) quy định thời hiệu của các vụ án kinh tế quá ngắn, trong khi thủ tục kéo dài làm cho việc giải quyết tranh chấp tại Tòa án trở lên kém hấp dẫn hơn đối với doanh nghiệp.

Với hệ thống các Tòa án như trên, Bộ luật Tố tụng Dân sự 2004 xác định thẩm quyền của Tòa án như sau:

a) Thẩm quyền xét xử sơ thẩm theo các cấp Tòa án

Do hệ thống Tòa án nước ta được tổ chức theo cấp hành chính vì vậy việc xác định Tòa án cấp nào có quyền giải quyết lần đầu tranh chấp là rất quan trọng. Bộ luật Tố tụng dân sự 2004 quy định thẩm quyền xét xử sơ thẩm cho Tòa án nhân dân cấp huyện và Tòa án nhân dân cấp tỉnh cụ thể như sau:

⁽⁷⁾ Xí nghiệp Toyota Đông Sài Gòn (TESC) thuê vệ sĩ của Công ty Thăng Long vào ngày 23/7/2002 để giải quyết tranh chấp với Công ty trách nhiệm hữu hạn Đông Sài Gòn (DOSAGO). (Nguồn: VnExpress, ngày 27/9/2002).

– Toà án nhân dân cấp huyện có thẩm quyền giải quyết theo thủ tục sơ thẩm những tranh chấp về kinh doanh, thương mại giữa các cá nhân, tổ chức có đăng ký kinh doanh với nhau 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 thuỷ nội địa. Trừ những tranh chấp có đương sự hoặc tài sản ở nước ngoài (Điều 33).

– Toà án nhân dân cấp tỉnh giải quyết theo thủ tục sơ thẩm tất cả các tranh chấp về kinh doanh, thương mại thuộc thẩm quyền giải quyết của Toà án, trừ các tranh chấp thuộc thẩm quyền của cấp huyện. Toà án cấp tỉnh có thể lấy lên để giải quyết theo thủ tục sơ thẩm những tranh chấp về kinh doanh, thương mại thuộc thẩm quyền của Toà án cấp huyện (Điều 34).

b) Thẩm quyền xét xử sơ thẩm theo lãnh thổ

Việc xác định Toà án thuộc địa phương nào có thẩm quyền xét xử có ý nghĩa rất quan trọng đối với các đương sự vì nó quyết định đến chi phí tranh tụng và do đó quyết định đến động cơ khởi kiện. Chẳng hạn, nếu một doanh nghiệp ở Hà Nội tranh chấp với một doanh nghiệp ở Thành phố Hồ Chí Minh, sẽ phải cân nhắc có khởi kiện hay không nếu Toà án có thẩm quyền giải quyết ở Thành phố Hồ Chí Minh và số tiền được bồi thường thiệt hại (nếu thắng kiện) nhỏ hơn 50 triệu đồng và chi phí đi lại, ăn ở, thuê luật sư có thể lớn hơn nhiều số tiền thu được nếu thắng kiện. Bộ luật Tố tụng Dân sự 2004 quy định thẩm quyền của Toà án theo lãnh thổ như sau (Điều 35):

– Toà 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 (nếu bị đơn là cá nhân) hoặc nơi bị đơn có trụ sở (nếu bị đơn là cơ quan, tổ chức).

– Các bên có tranh chấp cũng có quyền tự thoả thuận với nhau bằng văn bản yêu cầu Toà án tại nơi cư trú, làm việc của nguyên đơn (nếu nguyên đơn là cá nhân) hoặc nơi nguyên đơn có trụ sở (nếu nguyên đơn là cơ quan, tổ chức).

– Trong trường hợp vụ án liên quan đến bất động sản thì Toà án nơi có bất động sản sẽ giải quyết.

c) Thẩm quyền xét xử sơ thẩm theo sự lựa chọn của nguyên đơn

Trong thực tế, một số tranh chấp phát sinh có thể có nhiều hơn một bị đơn và những bị đơn này ở nhiều địa phương khác nhau hay tranh chấp liên quan đến bất động sản mà các bất động sản này ở nhiều nơi khác nhau, do đó tranh chấp này thuộc thẩm quyền giải quyết của nhiều toà án. Trong những trường hợp này, nguyên đơn được pháp luật cho phép lựa chọn Toà án để khởi kiện và được quy định cụ thể như sau (Điều 36):

-- Nếu không biết nơi cư trú, làm việc, trụ sở của 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 thể yêu cầu toà án nơi tổ chức có trụ sở hoặc nơi tổ chức có chi nhánh giải quyết.

-- Nếu bị đơn không có nơi cư trú, làm việc, trụ sở ở Việt Nam thì nguyên đơn có thể yêu cầu Toà án nơi mình cư trú, làm việc 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 có thể yêu cầu Toà án nơi một trong các bị đơn có 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.

2.2. Người tham gia tố tụng

Hoạt động tố tụng nói chung và hoạt động tố tụng dân sự nói riêng được thực hiện bởi hai loại chủ thể khác nhau, đó là cơ quan tiến hành tố tụng và người tham gia tố tụng. Người tiến hành tố tụng, như phân tích ở trên bao gồm Toà án nhân dân và Viện kiểm sát nhân dân. Bộ luật Tố tụng Dân sự 2004 cũng chia người tham gia tố tụng thành hai nhóm: đương sự và những người tham gia tố tụng khác.

a) Đương sự trong vụ án kinh doanh, thương mại

Đương sự trong vụ án dân sự là cá nhân, cơ quan, tổ chức bao gồm nguyên đơn, bị đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan. Đương sự là chủ thể không thể thiếu được trong hoạt động tố tụng, có quyền lợi, nghĩa vụ gắn liền với việc giải quyết vụ án. Mặt khác, đương sự cũng chính là chủ thể của quan hệ pháp luật, nội dung được Toà án giải quyết trong vụ việc kinh doanh, thương mại.

Nguyên đơn là người khởi kiện, người được cá nhân, cơ quan, tổ chức khác khởi kiện để yêu cầu Toà án giải quyết vụ án dân sự khi cho rằng quyền và lợi ích hợp pháp của người đó bị xâm phạm. Ngoài ra, cơ quan, tổ chức khởi kiện để yêu cầu Toà án bảo vệ lợi ích công cộng, lợi ích của Nhà nước thuộc lĩnh vực mình phụ trách cũng là nguyên đơn.

Bị đơn là người bị nguyên đơn khởi kiện hoặc cá nhân, cơ quan, tổ chức khác khởi kiện để yêu cầu Tòa án giải quyết khi cho rằng quyền và lợi ích hợp pháp của nguyên đơn bị người đó xâm phạm.

Người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan là người tuy không khởi kiện, không bị kiện, nhưng việc giải quyết vụ án dân sự có liên quan đến quyền lợi, nghĩa vụ của họ nên họ được tự mình đề nghị hoặc các đương sự khác đề nghị và được Tòa án chấp nhận đưa họ vào tham gia tố tụng với tư cách là người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan.

b) Người tham gia tố tụng khác

Người tham gia tố tụng khác là những người tham gia vào hoạt động tố tụng nhưng khác với đương sự, không phải vụ án nào cũng cần có sự có mặt của họ. Ví dụ, trong một vụ án mà tất cả người tham gia tố tụng đều là người Việt Nam và biết tiếng Việt thì không cần phải có người phiên dịch. Người tham gia tố tụng khác bao gồm:

Người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự là người được đương sự nhờ và được Tòa án chấp nhận để tham gia tố tụng bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự. Người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự là luật sư hoặc cá nhân khác.

Người làm chứng là người biết các tình tiết có liên quan đến nội dung vụ án được Tòa án triệu tập. Người mất năng lực hành vi dân sự không thể là người làm chứng.

Người giám định là người có kiến thức, kinh nghiệm cần thiết theo quy định của pháp luật về lĩnh vực có đối tượng cần giám định được các bên đương sự thỏa thuận lựa chọn hoặc được Tòa án trưng cầu để giám định đối tượng đó theo yêu cầu của một hoặc các bên đương sự.

Người phiên dịch là người có khả năng dịch từ một ngôn ngữ khác ra tiếng Việt và ngược lại trong trường hợp có người tham gia tố tụng không sử dụng được tiếng Việt. Người phiên dịch được các bên đương sự thỏa thuận lựa chọn và được Tòa án chấp nhận hoặc được Tòa án yêu cầu để phiên dịch.

Người đại diện là người thay mặt đương sự trong tố tụng bao gồm người đại diện theo pháp luật và người đại diện theo uỷ quyền. Theo quy định của pháp luật nội dung, người đại diện theo pháp luật của đương sự bao gồm: cha, mẹ của con chưa thành niên; người giám hộ của người được giám hộ; người đứng đầu cơ quan, tổ chức; chủ hộ gia đình. Trường hợp cá nhân, cơ quan, tổ chức khởi kiện để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người khác thì cũng là đại diện theo pháp luật trong tố tụng dân sự của người được bảo vệ. Người đại diện theo uỷ quyền là người đại diện tham gia tố tụng để bảo

vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho đương sự theo sự uỷ quyền của đương sự. Trong trường hợp người đại diện theo pháp luật của cơ quan, tổ chức, chủ hộ gia đình không trực tiếp tham gia tố tụng mà uỷ quyền cho luật sư hoặc người khác tham gia tố tụng thì người được uỷ quyền cũng là người đại diện theo uỷ quyền.

3. Thủ tục giải quyết vụ án kinh doanh, thương mại

3.1. Thủ tục giải quyết vụ án tại Toà án cấp sơ thẩm

a) Khởi kiện và thụ lý vụ án

Khởi kiện được hiểu là việc cá nhân, pháp nhân làm đơn yêu cầu Toà án giải quyết các tranh chấp kinh doanh, thương mại để bảo vệ quyền và lợi ích của mình đang bị tranh chấp hay vi phạm.

Xuất phát từ nguyên tắc quyền quyết định và tự định đoạt của đương sự, vụ án kinh doanh, thương mại chỉ phát sinh khi một trong các bên đương sự đưa tranh chấp kinh doanh, thương mại ra giải quyết tại Toà án. Vì vậy, khởi kiện là bước đầu tiên mở đầu cho các giai đoạn giải quyết vụ án kinh doanh, thương mại tại Toà án.

Thời hiệu khởi kiện là 2 năm kể từ ngày quyền là lợi ích hợp pháp bị xâm phạm⁽⁸⁾. Đối với vụ tranh chấp mà trong văn bản quy phạm pháp luật có quy định về thời hiệu khởi kiện, thời hiệu yêu cầu, thì áp dụng quy định của văn bản quy phạm pháp luật đó⁽⁹⁾. Ví dụ, đối với tranh chấp về hợp đồng kinh doanh bảo hiểm thì theo quy định tại Điều 30 của Luật Kinh doanh bảo hiểm, thời hiệu khởi kiện về hợp đồng bảo hiểm là 3 năm, kể từ thời điểm phát sinh tranh chấp.

Nguyên đơn muốn khởi kiện phải làm đơn kiện gửi đến Toà án nhân dân có thẩm quyền giải quyết. Nguyên đơn phải gửi kèm theo đơn kiện các tài liệu, chứng cứ để chứng minh cho yêu cầu của mình. Đơn kiện có thể nộp trực tiếp tại Toà án hoặc gửi qua đường bưu điện.

Đơn kiện phải có các nội dung cơ bản như: ngày, tháng, năm làm đơn khởi kiện; Toà án nhân dân nhận đơn khởi kiện; tên, địa chỉ của người khởi kiện; tên, địa chỉ của người có quyền và lợi ích được bảo vệ (nếu có); tên, địa chỉ của bị đơn; tên, địa chỉ của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan (nếu có); những vấn đề cụ thể yêu cầu Toà án giải quyết đối với bị đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan; họ tên, địa chỉ của người làm chứng (nếu có); tài liệu, chứng cứ để chứng minh cho yêu cầu khởi kiện là có căn cứ và hợp

⁽⁸⁾ Pháp lệnh thủ tục giải quyết các vụ án kinh tế quy định thời hiệu khởi kiện là 6 tháng.

⁽⁹⁾ Tiết a. Điểm 2.1. Khoản 2. Mục IV Nghị quyết 01/2005/NQ-HĐTP.

pháp; các thông tin khác mà người khởi kiện xét thấy cần thiết cho việc giải quyết vụ án;

Thụ lý vụ án là một thủ tục pháp lý khẳng định sự chấp nhận của Toà án đối với việc giải quyết vụ án. Toà án sẽ tiến hành thụ lý nếu vụ việc đó thuộc thẩm quyền giải quyết của Toà án và không thuộc trường hợp trả lại đơn kiện. Trường hợp này, Toà án sẽ thông báo để nguyên đơn nộp tiền tạm ứng án phí. Trong thời hạn *15 ngày* kể từ ngày được thông báo người khởi kiện phải nộp tiền tạm ứng án phí. Toà án chính thức thụ lý vụ án khi nguyên đơn xuất trình hoá đơn nộp tiền tạm ứng án phí.

Các trường hợp bị trả lại đơn bao gồm: thời hiệu khởi kiện đã hết; người khởi kiện không có quyền khởi kiện hoặc không có đủ năng lực hành vi tố tụng dân sự; sự việc đã được giải quyết bằng một bản án hay quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Toà án hay các cơ quan có thẩm quyền khác; hết thời hạn nộp tiền tạm ứng án phí mà người khởi kiện không nộp (trừ trường hợp có lý do chính đáng: chưa đủ điều kiện khởi kiện; hoặc vụ án không thuộc thẩm quyền giải quyết của Toà án).

b) Chuẩn bị xét xử

Sau khi Toà án thụ lý vụ án, Toà án phải tiến hành các hoạt động nhằm giải quyết vụ án một cách nhanh chóng, kịp thời, đây là giai đoạn chuẩn bị xét xử sơ thẩm. Thời hạn chuẩn bị xét xử vụ án kinh tế được pháp luật quy định là *2 tháng* kể từ ngày Toà án thụ lý vụ án, nếu vụ án có tính chất phức tạp hoặc do trở ngại khách quan thì Chánh án Toà án có thể gia hạn thêm nhưng không quá *2 tháng*.

Trong giai đoạn chuẩn bị xét xử, Toà án phải tiến hành các hoạt động sau:

Thứ nhất, thông báo bằng văn bản cho bị đơn, cá nhân, cơ quan, tổ chức có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan, Viện kiểm sát nhân dân cùng cấp về việc Toà án thụ lý vụ án. Đương sự có nghĩa vụ cung cấp những tài liệu, chứng cứ cho Toà án, Toà án chỉ thu thập chứng cứ trong những trường hợp đương sự không thể tự mình thu thập được chứng cứ và có yêu cầu.

Thứ hai, Toà án phải tiến hành hoà giải để các đương sự thoả thuận với nhau về việc giải quyết vụ án, trừ những vụ án không được hoà giải hoặc không tiến hành hoà giải được.

Về nguyên tắc, các bên có quyền tự tiến hành hoà giải trong suốt quá trình tố tụng. Tuy vậy, việc Toà án mở phiên hoà giải là cơ hội thuận lợi nhất cho các đương sự có thể đạt được sự thoả thuận. Nếu các bên hoà giải thành thì Toà án sẽ lập biên bản hoà giải thành và Thẩm phán sẽ ra quyết định công nhận sự thoả thuận của các đương sự. Nếu hoà giải không thành

thì Toà án sẽ lập biên bản hoà giải không thành và ra quyết định đưa vụ án ra xét xử.

Ngoài ra, Toà án thu thập chứng cứ trong trường hợp đương sự không thể tự mình thu thập được chứng cứ và có yêu cầu. Thẩm phán phụ trách giải quyết vụ án kinh doanh, thương mại có thể tiến hành một hoặc một số biện pháp sau đây để thu thập chứng cứ:

(1) Lấy lời khai của đương sự, người làm chứng;

(2) Trưng cầu giám định;

(3) Quyết định định giá tài sản;

(4) Xem xét, thẩm định tại chỗ;

(5) Ủy thác thu thập chứng cứ;

(6) Yêu cầu cá nhân, cơ quan, tổ chức cung cấp tài liệu đọc được, nghe được, nhìn được hoặc hiện vật khác liên quan đến việc giải quyết vụ việc dân sự.

Trong giai đoạn chuẩn bị xét xử, tùy từng trường hợp, Toà án ra một trong các quyết định sau:

– *Công nhận sự thoả thuận của các đương sự:*

Hết thời hạn 7 ngày, kể từ ngày lập biên bản hoà giải thành mà không có đương sự nào thay đổi ý kiến về sự thoả thuận đó thì Thẩm phán chủ trì phiên hoà giải hoặc một Thẩm phán được Chánh án Toà án phân công ra quyết định công nhận sự thoả thuận của các đương sự. Quyết định này có hiệu lực pháp luật ngay sau khi ban hành và không được kháng cáo, kháng nghị theo thủ tục phúc thẩm.

– *Tạm đình chỉ giải quyết vụ án:*

Các trường hợp tạm đình chỉ gồm: (Điều 189)

+ Đương sự là cá nhân đã chết, cơ quan, tổ chức đã sáp nhập, chia, tách, giải thể mà chưa có cá nhân, cơ quan, tổ chức kế thừa quyền và nghĩa vụ tố tụng của cá nhân, cơ quan, tổ chức đó;

+ Một bên đương sự là cá nhân mất năng lực hành vi dân sự mà chưa xác định được người đại diện theo pháp luật;

+ Chấm dứt đại diện hợp pháp của đương sự mà chưa có người thay thế;

+ Cần phải đợi kết quả giải quyết vụ án khác có liên quan hoặc sự việc được pháp luật quy định là phải do cơ quan, tổ chức khác giải quyết trước mới được giải quyết vụ án;

+ Các trường hợp khác theo quy định của pháp luật.

– *Đình chỉ giải quyết vụ án:*

Các trường hợp đình chỉ giải quyết vụ án gồm: (Điều 192)

+ Nguyên đơn hoặc bị đơn là cá nhân đã chết mà quyền, nghĩa vụ của họ không được thừa kế;

+ Cơ quan, tổ chức đã bị giải thể hoặc bị tuyên bố phá sản mà không có cá nhân, cơ quan, tổ chức nào kế thừa quyền, nghĩa vụ tố tụng của cơ quan, tổ chức đó;

+ Người khởi kiện rút đơn khởi kiện và được Tòa án chấp nhận hoặc người khởi kiện không có quyền khởi kiện;

+ Cơ quan, tổ chức rút văn bản khởi kiện trong trường hợp không có nguyên đơn hoặc nguyên đơn yêu cầu không tiếp tục giải quyết vụ án;

+ Các đương sự đã tự thỏa thuận và không yêu cầu Tòa án tiếp tục giải quyết vụ án;

+ Nguyên đơn đã được triệu tập đến lần thứ hai mà vẫn vắng mặt;

+ Đã có quyết định của Tòa án mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã là một bên đương sự trong vụ án mà việc giải quyết vụ án có liên quan đến nghĩa vụ, tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã đó;

+ Các trường hợp khác mà pháp luật có quy định.

– *Đưa vụ án ra xét xử:*

Toà án phải ra quyết định đưa vụ án ra xét xử sơ thẩm nếu vụ án hoà giải không thành hoặc không thể tiến hành hoà giải được, vụ án không bị tạm đình chỉ, hoặc đình chỉ.

c) Phiên toà sơ thẩm

Sau khi có quyết định đưa vụ án ra xét xử Tòa án phải mở phiên toà sơ thẩm trong thời hạn *1 tháng* kể từ ngày ra quyết định đưa vụ án ra xét xử, nếu có lý do chính đáng thì thời hạn này là *2 tháng*.

Hội đồng xét xử sơ thẩm bao gồm một Thẩm phán và hai Hội thẩm nhân dân, trường hợp đặc biệt thì Hội đồng xét xử sơ thẩm có thể gồm hai Thẩm phán và ba Hội thẩm nhân dân.

Phiên toà sơ thẩm được tiến hành với sự có mặt của: nguyên đơn, bị đơn, người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan hoặc đại diện của những người này; Kiểm sát viên; người làm chứng, người phiên dịch, người giám định (nếu cần).

Phiên toà sơ thẩm có thể bị hoãn khi phải thay đổi Thẩm phán, Hội thẩm nhân dân, Thư ký phiên toà, Kiểm sát viên, người giám định, người phiên dịch mà không có người thay thế; hoặc do sự vắng mặt của đương sự, những người tham gia tố tụng khác hoặc các trường hợp theo quy định của Bộ luật Tố tụng dân sự 2004. Thời hạn hoãn phiên toà là *không quá 30 ngày*, kể từ ngày ra quyết định hoãn phiên toà.

Trình tự của phiên toà sơ thẩm bao gồm các bước: thủ tục bắt đầu phiên toà, xét hỏi tại phiên toà, tranh luận tại phiên toà, nghị án và tuyên án.

Thứ nhất, thủ tục bắt đầu phiên toà. Đây là thủ tục mở đầu cho phiên toà xét xử sơ thẩm, bao gồm: Chủ toạ phiên toà phải đọc quyết định đưa vụ án ra xét xử, thư ký phiên toà báo cáo sự có mặt, vắng mặt của những người được triệu tập đến phiên toà, Chủ toạ phải kiểm tra sự có mặt và căn cước của người được triệu tập, phổ biến quyền và nghĩa vụ của đương sự, giới thiệu họ, tên những người tiến hành tố tụng, người giám định, người phiên dịch...

Thứ hai, thủ tục hỏi tại phiên toà. Theo thủ tục này hội đồng xét xử sẽ nghe lời trình bày của các đương sự, sẽ hỏi các đương sự, người đại diện của đương sự, người làm chứng, người giám định về từng vấn đề của vụ án. Thứ tự hỏi được quy định: Chủ toạ hỏi trước, rồi đến Hội thẩm nhân dân, sau đó đến người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự, đương sự và người tham gia tố tụng khác; trường hợp có Kiểm sát viên tham gia phiên toà thì Kiểm sát viên hỏi sau đương sự.

Thứ ba, tranh luận tại phiên toà. Sau khi kết thúc phần hỏi tại phiên toà sẽ chuyển sang phần tranh luận tại phiên toà, trong phần này các bên đương sự, người bảo vệ quyền lợi cho đương sự căn cứ vào các tài liệu chứng cứ và những quy định của pháp luật đưa ra ý kiến của mình, đối đáp lại ý kiến của đương sự khác. Chủ toạ phiên toà không được hạn chế thời gian tranh luận, phải tạo điều kiện cho họ trình bày hết ý kiến của mình.

Thứ tư, nghị án và tuyên án. Sau khi kết thúc phần tranh luận Hội đồng xét xử vào phòng nghị án để nghị án. Chỉ có thành viên Hội đồng xét xử mới được quyền nghị án.

Khi nghị án chỉ được căn cứ vào tài liệu, chứng cứ đã được kiểm tra, xem xét tại phiên toà để làm cơ sở giải quyết các vấn đề của vụ án. Các quyết định của Hội đồng xét xử phải được các thành viên thảo luận và quyết định theo đa số. Việc nghị án phải ghi thành biên bản ghi lại những ý kiến đã thảo luận, người có ý kiến thiểu số có quyền ghi lại ý kiến của mình, biên bản nghị án phải có chữ ký của tất cả các thành viên.

Sau khi nghị án Hội đồng xét xử trở lại phiên toà để tuyên án. Chủ toạ hoặc một thành viên khác của Hội đồng xét xử đọc bản án và có thể giải thích thêm về việc thi hành bản án và quyền kháng cáo.

Sau khi tuyên án trong thời hạn 10 ngày Toà án phải giao hoặc gửi bản án cho các đương sự và Viện kiểm sát cùng cấp. Bản án, quyết định của Toà án cấp sơ thẩm có thể bị kháng cáo, kháng nghị để xét xử lại theo thủ tục phúc thẩm.

3.2. Thủ tục giải quyết vụ án kinh doanh, thương mại tại Tòa án cấp phúc thẩm

a) Khái niệm, ý nghĩa

Xét xử phúc thẩm là việc Tòa án cấp trên trực tiếp xét xử lại vụ án mà bản án, quyết định của Tòa án cấp sơ thẩm chưa có hiệu lực pháp luật bị kháng cáo, kháng nghị.

Nguyên tắc xét xử của Tòa án nước ta là thực hiện chế độ hai cấp xét xử, do đó bản án, quyết định của Tòa án cấp sơ thẩm có thể bị kháng cáo, kháng nghị để xét xử lại theo thủ tục phúc thẩm. Tòa án cấp phúc thẩm phải thụ lý đơn giải quyết theo thủ tục phúc thẩm nếu có kháng cáo, kháng nghị hợp lệ không kể trường hợp kháng cáo, kháng nghị có đủ căn cứ hay không.

Thủ tục phúc thẩm nhằm mục đích sửa chữa những sai lầm của Tòa án cấp sơ thẩm trong bản án, quyết định chưa có hiệu lực pháp luật và cũng để Tòa án cấp trên kiểm tra chất lượng xét xử của Tòa án cấp dưới, qua đó rút kinh nghiệm, chỉ đạo hoạt động xét xử cho đúng pháp luật.

b) Kháng cáo, kháng nghị

Người có quyền kháng cáo, kháng nghị phúc thẩm: đương sự, người đại diện của đương sự, cơ quan, tổ chức khởi kiện có quyền làm đơn kháng cáo đối với bản án, quyết định tạm đình chỉ, đình chỉ giải quyết vụ án của Tòa án cấp sơ thẩm. Viện trưởng Viện kiểm sát cùng cấp hoặc cấp trên trực tiếp có quyền kháng nghị bản án, quyết định tạm đình chỉ, đình chỉ việc giải quyết vụ án.

Thời hạn kháng cáo, kháng nghị: Thời hạn thực hiện quyền kháng cáo được xác định như sau: *15 ngày* kể từ ngày Tòa tuyên án hoặc bản án được giao cho họ hoặc được niêm yết (nếu đương sự vắng mặt tại phiên tòa). *7 ngày* kể từ ngày nhận được quyết định tạm đình chỉ hoặc đình chỉ việc giải quyết vụ án. Thời hạn thực hiện quyền kháng nghị được xác định như sau: *15 ngày* đối với Viện trưởng viện kiểm sát nhân dân cùng cấp, *30 ngày* đối với Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân cấp trên trực tiếp kể từ ngày Tòa tuyên án. Nếu Kiểm sát viên không tham gia phiên tòa thì thời hạn được tính từ khi Viện kiểm sát nhận được bản án; *7 ngày* đối với Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân cùng cấp, *10 ngày* đối với Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân cấp trên trực tiếp kể từ ngày nhận được quyết định tạm đình chỉ hoặc quyết định đình chỉ việc giải quyết vụ án.

Hình thức kháng cáo, kháng nghị: Người kháng cáo phải làm đơn kháng cáo; Viện trưởng viện kiểm sát nhân dân kháng nghị phải bằng văn bản (quyết định kháng nghị). Nội dung kháng cáo, kháng nghị phải nêu rõ nội

dung phần quyết định của bản án, quyết định bị kháng cáo, kháng nghị; lý do kháng cáo, kháng nghị; yêu cầu của người kháng cáo, kháng nghị.

Kháng cáo, kháng nghị được gửi đến Tòa án nhân dân cấp sơ thẩm đã xét xử vụ án đó. Trong thời hạn *15 ngày*, Tòa án cấp sơ thẩm phải gửi kháng cáo, kháng nghị kèm theo toàn bộ hồ sơ vụ án cho tòa án cấp phúc thẩm.

Hậu quả của việc kháng cáo, kháng nghị là: phần bản án, quyết định bị kháng cáo, kháng nghị thì chưa có hiệu lực pháp luật; phần bản án, quyết định còn lại không bị kháng cáo, kháng nghị thì có hiệu lực pháp luật kể từ ngày hết thời hạn kháng cáo, kháng nghị.

c) Chuẩn bị xét xử phúc thẩm

Thủ lý vụ án để xét xử phúc thẩm: Ngay sau khi nhận được hồ sơ vụ án, kháng cáo, kháng nghị và tài liệu, chứng cứ kèm theo, Tòa án cấp phúc thẩm phải vào sổ thụ lý.

Thời hạn chuẩn bị xét xử phúc thẩm là 2 tháng. Đối với vụ án có tính chất phức tạp hoặc do trở ngại khách quan thì Chánh án Tòa án cấp phúc thẩm có thể quyết định kéo dài thời hạn chuẩn bị xét xử, nhưng không được quá 1 tháng.

Các quyết định của Tòa án cấp phúc thẩm trong giai đoạn chuẩn bị xét xử: Tùy từng trường hợp, Tòa án cấp phúc thẩm phải ra một trong các quyết định sau đây: Tạm đình chỉ xét xử phúc thẩm; đình chỉ xét xử phúc thẩm; hoặc đưa vụ án ra xét xử.

Trong thời hạn *1 tháng*, kể từ ngày có quyết định đưa vụ án ra xét xử, Tòa án phải mở phiên tòa phúc thẩm, nếu vụ án có nhiều tình tiết phức tạp thì thời hạn có thể được kéo dài đến *2 tháng*.

d) Thủ tục xét xử phúc thẩm

Phạm vi xét xử phúc thẩm: Tòa án cấp phúc thẩm chỉ xem xét lại phần của bản án, quyết định sơ thẩm có kháng cáo, kháng nghị hoặc có liên quan đến việc xem xét nội dung kháng cáo, kháng nghị.

Hội đồng xét xử phúc thẩm bao gồm 3 Thẩm phán.

Thủ tục tại phiên tòa phúc thẩm được tiến hành tương tự như phiên tòa sơ thẩm.

Thẩm quyền của Hội đồng xét xử phúc thẩm: Kết thúc phiên tòa phúc thẩm, Hội đồng xét xử phúc thẩm có quyền ra một trong các quyết định sau:

(1) Giữ nguyên bản án, quyết định sơ thẩm;

(2) Sửa đổi một phần hoặc toàn bộ quyết định của bản án, quyết định sơ thẩm;

(3) Huỷ bản án, quyết định sơ thẩm và chuyển hồ sơ vụ án cho Toà án cấp sơ thẩm xét xử trong trường hợp có vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng hoặc việc xác minh, thu thập chứng cứ của Toà án cấp sơ thẩm không đầy đủ mà Toà án cấp phúc thẩm không thể bổ sung được;

(4) Huỷ bản án sơ thẩm và đình chỉ giải quyết vụ án theo các quy định của pháp luật.

Bản án, quyết định phúc thẩm có hiệu lực thi hành ngay sau khi tuyên án, hoặc ngày ra quyết định.

3.3. Thủ tục xem xét lại đối với bản án đã có hiệu lực pháp luật

Về nguyên tắc, Toà án thực hiện nguyên tắc hai cấp xét xử bao gồm: *xét xử sơ thẩm* và *xét xử phúc thẩm*. Những bản án, quyết định của Toà án cấp sơ thẩm không có kháng cáo, kháng nghị hoặc bản án, quyết định của Toà án cấp phúc thẩm sẽ có hiệu lực và các cá nhân, tổ chức có liên quan phải nghiêm chỉnh chấp hành. Tuy nhiên, trong một số trường hợp đặc biệt mà bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật có những sai sót hoặc có những tình tiết mới có thể làm thay đổi nội dung vụ án. Vì vậy, pháp luật tố tụng quy định thủ tục đặc biệt để xét lại bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật, đó là thủ tục giám đốc thẩm hoặc tái thẩm.

a) Giám đốc thẩm

Giám đốc thẩm là xét lại bản án, quyết định của Toà án đã có hiệu lực pháp luật nhưng bị kháng nghị vì phát hiện có vi phạm pháp luật nghiêm trọng trong việc giải quyết vụ án (Điều 282).

Thẩm quyền kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm (Điều 285) như sau:

– Chánh án Toà án nhân dân tối cao, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao có quyền kháng nghị đối với bản án, quyết định của Toà án nhân dân các cấp, trừ quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng Thẩm phán Toà án nhân dân tối cao;

– Chánh án Toà án nhân dân cấp tỉnh, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân cấp tỉnh có quyền kháng nghị đối với bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Toà án nhân dân cấp huyện.

Các căn cứ để kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm (Điều 283):

– Kết luận trong bản án, quyết định không phù hợp với những tình tiết khách quan của vụ án;

– Có vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng trong quá trình giải quyết vụ án;

– Có sai lầm nghiêm trọng trong việc áp dụng pháp luật.

Phạm vi giám đốc thẩm: Hội đồng giám đốc thẩm chỉ xem xét lại phần bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật bị kháng nghị hoặc có liên quan đến nội dung kháng nghị (Điều 296).

Thời hạn để thực hiện quyền kháng nghị: *3 năm* kể từ ngày bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật (Điều 288). Việc kháng nghị này sẽ dẫn đến hậu quả là bản án, quyết định đã có hiệu lực bị tạm ngừng việc thi hành để giải quyết theo thủ tục giám đốc thẩm.

Thẩm quyền giám đốc thẩm:

- Ủy ban Thẩm phán Tòa án nhân dân cấp tỉnh có thẩm quyền giám đốc thẩm đối với bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của tòa án nhân dân cấp huyện bị kháng nghị;

- Tòa Kinh tế Tòa án nhân dân tối cao có thẩm quyền giám đốc thẩm đối với bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của tòa án nhân dân cấp tỉnh bị kháng nghị;

- Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao có thẩm quyền giám đốc thẩm đối với bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Tòa Kinh tế Tòa án nhân dân tối cao bị kháng nghị.

Thời hạn mở phiên tòa giám đốc thẩm: Trong thời hạn *4 tháng* kể từ ngày nhận được đơn kháng nghị kèm theo hồ sơ vụ án, Tòa án có thẩm quyền phải mở phiên tòa để giám đốc thẩm vụ án. Phiên tòa này phải có sự tham gia của Viện kiểm sát nhân dân cùng cấp và chỉ xét xử trên hồ sơ của vụ án.

Thẩm quyền của Hội đồng giám đốc thẩm (Điều 297):

- Không chấp nhận kháng nghị và giữ nguyên bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật;

- Giữ nguyên bản án, quyết định đúng pháp luật của Tòa án cấp dưới đã bị huỷ hoặc bị sửa;

- Huỷ bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật để xét xử sơ thẩm lại hoặc xét xử phúc thẩm lại;

- Huỷ bản án, quyết định của Tòa án đã xét xử vụ án và đình chỉ giải quyết vụ án.

Quyết định giám đốc thẩm có hiệu lực kể từ ngày Hội đồng giám đốc thẩm ra quyết định.

b) Thủ tục tái thẩm

Tái thẩm: là xét lại bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật nhưng bị kháng nghị vì có những tình tiết mới được phát hiện có thể làm thay đổi cơ

bản nội dung của bản án, quyết định mà Toà án, các đương sự không thể biết được khi Toà án ra bản án, quyết định đó.

** Căn cứ để kháng nghị theo thủ tục tái thẩm (Điều 305):*

– Mới phát hiện được tình tiết quan trọng của vụ án mà đương sự đã không thể biết được trong quá trình giải quyết vụ án;

– Có cơ sở chứng minh kết luận của người giám định, lời dịch của người phiên dịch không đúng sự thật hoặc giả mạo chứng cứ;

– Thẩm phán, Hội thẩm nhân dân, Kiểm sát viên cố tình làm sai lệch hồ sơ vụ án hoặc cố ý kết luận trái pháp luật;

– Bản án, quyết định của Toà án hoặc quyết định của cơ quan nhà nước mà Toà án dựa vào đó để giải quyết vụ án đã bị huỷ bỏ.

** Thẩm quyền kháng nghị theo thủ tục tái thẩm (Điều 307)*

– Chánh án Toà án nhân dân tối cao, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao có quyền kháng nghị đối với bản án, quyết định của Toà án nhân dân các cấp, trừ quyết định của Hội đồng Thẩm phán Toà án nhân dân tối cao;

– Chánh án Toà án nhân dân cấp tỉnh, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân cấp tỉnh có quyền kháng nghị đối với bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Toà án nhân dân cấp huyện.

** Thời hạn kháng nghị*

Thời hạn của kháng nghị theo thủ tục tái thẩm là 1 năm kể từ ngày người có thẩm quyền kháng nghị biết được căn cứ kháng nghị theo thủ tục tái thẩm.

** Thẩm quyền của Hội đồng tái thẩm (Điều 309):*

– Không chấp nhận kháng nghị và giữ nguyên bản án, quyết định đã có hiệu lực;

– Huỷ bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật để xét xử sơ thẩm lại;

– Huỷ bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật và đình chỉ giải quyết vụ án.

Quyết định tái thẩm có hiệu lực pháp luật kể từ ngày Hội đồng tái thẩm ra quyết định.

3.4. Thủ tục giải quyết việc kinh doanh, thương mại

Như phân tích ở trên, những việc kinh doanh, thương mại thuộc thẩm quyền giải quyết của Toà án bao gồm:

– 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.

– 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.

– Yêu cầu công nhận và cho thi hành tại Việt Nam quyết định kinh doanh, thương mại của Trọng tài nước ngoài.

– Các yêu cầu khác về kinh doanh, thương mại mà pháp luật có quy định.

Việc giải quyết việc kinh doanh, thương mại được tiến hành theo các thủ tục sau:

a) Làm đơn yêu cầu Tòa án giải quyết theo quy định của pháp luật

Người yêu cầu Tòa án giải quyết việc kinh doanh, thương mại phải gửi đơn đến Tòa án có thẩm quyền. Đơn phải có đầy đủ các nội dung theo quy định tại Điều 312 Bộ luật Tố tụng Dân sự 2004.

b) Mở phiên toà công khai để giải quyết

Toà án phải mở phiên họp công khai để giải quyết việc kinh doanh, thương mại. Sau khi ra quyết định mở phiên họp giải quyết việc kinh doanh, thương mại, Tòa án phải gửi ngay quyết định này và hồ sơ việc kinh doanh, thương mại cho Viện kiểm sát cùng cấp để nghiên cứu. Viện kiểm sát phải nghiên cứu trong thời hạn 7 ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ; hết thời hạn này, Viện kiểm sát phải trả hồ sơ cho Tòa án để mở phiên họp giải quyết việc kinh doanh, thương mại.

c) Những người tham gia phiên họp

Kiểm sát viên Viện kiểm sát cùng cấp phải tham dự phiên họp; trường hợp Kiểm sát viên vắng mặt thì phải hoãn phiên họp.

Người có đơn yêu cầu hoặc người đại diện hợp pháp của họ phải tham gia phiên họp theo giấy triệu tập của Tòa án.

Người có liên quan hoặc người đại diện hợp pháp của họ được Tòa án triệu tập tham gia phiên họp.

Trong trường hợp cần thiết, Tòa án có thể triệu tập người làm chứng, người giám định, người phiên dịch tham gia phiên họp; nếu có người vắng mặt thì Tòa án quyết định hoãn phiên họp hoặc vẫn tiến hành phiên họp.

d) Thủ tục tiến hành phiên họp giải quyết

Phiên họp giải quyết việc dân sự được tiến hành theo trình tự sau đây:

– Thư ký Tòa án báo cáo về sự có mặt, vắng mặt của những người tham gia phiên họp;

– Thẩm phán khai mạc phiên họp, kiểm tra về sự có mặt, vắng mặt của những người được triệu tập tham gia phiên họp và căn cước của họ;

– Người yêu cầu hoặc người đại diện hợp pháp của họ trình bày về những vấn đề cụ thể yêu cầu Toà án giải quyết, lý do, mục đích và căn cứ của việc yêu cầu Toà án giải quyết việc dân sự đó;

– Người có liên quan hoặc người đại diện hợp pháp của họ trình bày ý kiến của mình về những vấn đề có liên quan đến quyền, nghĩa vụ của họ trong việc giải quyết việc dân sự;

– Người làm chứng trình bày ý kiến; người giám định trình bày kết luận giám định, giải thích những vấn đề còn chưa rõ hoặc có mâu thuẫn;

– Xem xét tài liệu, chứng cứ;

– Kiểm sát viên phát biểu ý kiến của Viện kiểm sát về việc giải quyết việc dân sự;

– Thẩm phán xem xét, quyết định chấp nhận hoặc không chấp nhận yêu cầu giải quyết việc dân sự.

Kết thúc phiên họp, Toà án phải ra quyết định giải quyết các nội dung theo quy định tại Điều 315 Bộ luật Tố tụng Dân sự 2004.

e) Kháng cáo, kháng nghị quyết định giải quyết việc kinh doanh, thương mại

Người yêu cầu và cá nhân, cơ quan, tổ chức có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến quyết định giải quyết việc dân sự có quyền kháng cáo; Viện kiểm sát cùng cấp, Viện kiểm sát cấp trên trực tiếp có quyền kháng nghị quyết định giải quyết việc kinh doanh, thương mại để yêu cầu Toà án cấp trên trực tiếp giải quyết lại theo thủ tục phúc thẩm theo quy định của pháp luật.

f) Thủ tục phúc thẩm giải quyết việc kinh doanh, thương mại

Khi phúc thẩm đối với quyết định của Toà án cấp sơ thẩm bị kháng cáo, kháng nghị, Hội đồng phúc thẩm không phải mở phiên toà, không phải triệu tập các đương sự, trừ trường hợp cần phải nghe ý kiến của họ trước khi ra quyết định.

Kiểm sát viên Viện kiểm sát cùng cấp tham gia phiên họp phúc thẩm quyết định của Toà án cấp sơ thẩm bị kháng cáo, kháng nghị.

Một thành viên của Hội đồng phúc thẩm xem xét quyết định bị kháng cáo, kháng nghị trình bày tóm tắt nội dung quyết định sơ thẩm bị kháng cáo, kháng nghị, nội dung của kháng cáo, kháng nghị và tài liệu, chứng cứ kèm theo, nếu có.

Kiểm sát viên phát biểu ý kiến của Viện kiểm sát về việc giải quyết kháng cáo, kháng nghị trước khi Hội đồng phúc thẩm ra quyết định.

Khi xem xét quyết định của Tòa án cấp sơ thẩm bị kháng cáo, kháng nghị, Hội đồng phúc thẩm có quyền:

- Giữ nguyên quyết định của Tòa án cấp sơ thẩm;
- Sửa quyết định của Tòa án cấp sơ thẩm;
- Huỷ quyết định của Tòa án cấp sơ thẩm và chuyển hồ sơ vụ án cho Tòa án cấp sơ thẩm để tiếp tục giải quyết vụ án.

Quyết định phúc thẩm có hiệu lực pháp luật kể từ ngày ra quyết định.

4. Thi hành bản án, quyết định của Tòa án

4.1. Những vấn đề chung

a) Những bản án, quyết định của Tòa án được thi hành

Một bản án, quyết định được tuyên chỉ có hiệu lực trên thực tế khi nó được thi hành một cách đầy đủ, nhanh chóng. Tuy nhiên, trong thời gian qua rất nhiều bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật không được thi hành đã làm giảm kết quả hiện thực của bản án, quyết định của Tòa án. Vì vậy, việc tổ chức thực hiện triệt để phán quyết của Tòa án có ý nghĩa làm tăng thêm vai trò của Tòa án với tư cách là cơ quan bảo vệ pháp luật, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức, đạt được mục đích của hoạt động xét xử.

Bản án, quyết định được đưa ra thi hành, bao gồm:

- Bản án, quyết định hoặc phần bản án, quyết định của Tòa án cấp sơ thẩm không bị kháng cáo, kháng nghị theo thủ tục phúc thẩm;
- Bản án, quyết định của Tòa án cấp phúc thẩm;
- Quyết định giám đốc thẩm hoặc tái thẩm của Tòa án;
- Bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài, quyết định của Trọng tài nước ngoài đã có quyết định có hiệu lực pháp luật của Tòa án Việt Nam công nhận và cho thi hành tại Việt Nam.

Ngoài ra, quyết định của Trọng tài thương mại Việt Nam có hiệu lực thi hành cũng được thi hành theo quy định của Pháp lệnh thi hành án dân sự 2004.

b) Quyền yêu cầu thi hành án

Trường hợp các bên đương sự không tự nguyện thi hành thì người được thi hành án, người phải thi hành án căn cứ vào bản án, quyết định của Tòa án có quyền yêu cầu cơ quan thi hành án có thẩm quyền ra quyết định thi hành án.

Người yêu cầu thi hành bản án, quyết định của Toà án phải có đơn yêu cầu thi hành án hoặc trực tiếp đến cơ quan thi hành án nêu rõ nội dung yêu cầu và các thông tin liên quan đến việc thi hành án kèm theo bản án hoặc quyết định có yêu cầu được thi hành.

c) Trách nhiệm của cá nhân, cơ quan, tổ chức trong việc thi hành bản án, quyết định của Toà án

Cá nhân, cơ quan, tổ chức trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn của mình có trách nhiệm thực hiện đầy đủ yêu cầu của Chấp hành viên trong việc thi hành bản án, quyết định của Toà án.

4.2. Thủ tục thi hành án

a) Cấp bản án, quyết định của Toà án

Khi bản án, quyết định của Toà án thuộc trường hợp được thi hành thì Toà án đã tuyên bản án, quyết định đó phải cấp cho người được thi hành án và người phải thi hành án bản án hoặc quyết định đó có ghi “để thi hành”.

Toà án phải giải thích cho người được thi hành, người phải thi hành bản án, quyết định về quyền yêu cầu, thời hạn yêu cầu thi hành án và nghĩa vụ thi hành án theo quy định của pháp luật về thi hành án dân sự.

b) Thời hiệu thi hành án

Thời hiệu thi hành bản án là 3 năm, kể từ ngày bản án, quyết định của Toà án có hiệu lực pháp luật. Trong trường hợp người yêu cầu thi hành án chứng minh được do trở ngại khách quan hoặc do sự kiện bất khả kháng mà không thể yêu cầu thi hành án đúng thời hạn thì thời gian có trở ngại khách quan hoặc sự kiện bất khả kháng đó không tính vào thời hiệu yêu cầu thi hành án.

c) Cơ quan thi hành án và chức danh của người thi hành án

*** Các Cơ quan thi hành án dân sự gồm có:**

- Cơ quan thi hành án dân sự tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương (Cơ quan thi hành án cấp tỉnh);
- Cơ quan thi hành án dân sự huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh (Cơ quan thi hành án cấp huyện);
- Cơ quan thi hành án quân khu và tương đương (Cơ quan thi hành án cấp quân khu).

*** Chức danh của người thi hành án bao gồm:**

- *Chấp hành viên* là người được Nhà nước giao trách nhiệm thi hành các bản án, quyết định dân sự của Toà án.

– Thủ trưởng Cơ quan thi hành án được bổ nhiệm trong số các Chấp hành viên. Việc bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức Thủ trưởng Cơ quan thi hành án cấp tỉnh, cấp huyện do Bộ trưởng Bộ Tư pháp quyết định. Tiêu chuẩn, việc bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức Thủ trưởng Cơ quan thi hành án cấp quân khu do Bộ trưởng Bộ Quốc phòng quy định.

d) Những quy định cụ thể về thủ tục thi hành án kinh doanh, thương mại

**** Phí thi hành án:***

Người được thi hành án có đơn yêu cầu thi hành án phải nộp phí thi hành án đối với khoản thi hành án có giá ngạch tính trên giá trị tài sản mà người đó thực nhận. Mức phí thi hành án, việc thu, nộp, quản lý, sử dụng và xét miễn, giảm phí thi hành án do Chính phủ quy định.

**** Thẩm quyền ra quyết định thi hành án:***

– Thủ trưởng Cơ quan thi hành án cấp tỉnh ra quyết định thi hành các bản án, quyết định sau đây:

+ Bản án, quyết định sơ thẩm của Tòa án nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương;

+ Bản án, quyết định thuộc thẩm quyền ra quyết định thi hành án của Thủ trưởng Cơ quan thi hành án cấp huyện nhưng do tính chất phức tạp, liên quan đến nhiều huyện mà xét thấy cần thiết lấy lên để thi hành;

+ Bản án, quyết định của Tòa án nhân dân tối cao gửi cho Cơ quan thi hành án cấp tỉnh;

+ Bản án, quyết định do Cơ quan thi hành án nơi khác uỷ thác;

+ Bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài, quyết định của Trọng tài nước ngoài đã được Tòa án Việt Nam công nhận và cho thi hành tại Việt Nam;

+ Quyết định của Trọng tài thương mại Việt Nam.

– Thủ trưởng Cơ quan thi hành án cấp quân khu ra quyết định thi hành các bản án, quyết định sau đây:

+ Quyết định về tài sản trong bản án hình sự của Tòa án quân sự quân khu và tương đương;

+ Quyết định về tài sản trong bản án hình sự của Tòa án quân sự khu vực trên địa bàn của Tòa án quân khu và tương đương;

+ Quyết định về tài sản trong bản án hình sự của Tòa án Quân sự Trung ương chuyển giao cho Cơ quan thi hành án cấp quân khu;

+ Bản án, quyết định của Tòa án nhân dân tối cao gửi cho Cơ quan thi hành án cấp quân khu;

+ Bản án, quyết định do Cơ quan thi hành án nơi khác uỷ thác.

– *Thủ trưởng Cơ quan thi hành án cấp huyện* ra quyết định thi hành các bản án, quyết định sau đây:

+ Bản án, quyết định sơ thẩm của Tòa án nhân dân huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh;

+ Bản án, quyết định phúc thẩm của Tòa án nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương;

+ Bản án, quyết định của Tòa án nhân dân tối cao gửi cho Cơ quan thi hành án cấp huyện;

+ Bản án, quyết định do Cơ quan thi hành án nơi khác uỷ thác.

** Cường chế thi hành án:*

Khi bản án, quyết định của Tòa án được đưa ra thi hành thì các đương sự phải có nghĩa vụ thi hành, nếu không tự nguyện thi hành thì Chấp hành viên có quyền áp dụng các biện pháp cưỡng chế sau:

– Khấu trừ tài khoản, trừ vào tiền, thu hồi giấy tờ có giá của người phải thi hành án;

– Trừ vào thu nhập của người phải thi hành án;

– Phong toả tài khoản, tài sản của người phải thi hành án tại ngân hàng, tổ chức tín dụng, kho bạc nhà nước;

– Kê biên, xử lý tài sản của người phải thi hành án, kể cả tài sản của người phải thi hành án đang do người thứ ba giữ;

– Buộc giao nhà, chuyển quyền sử dụng đất hoặc giao vật, tài sản khác;

– Cấm hoặc buộc người phải thi hành án không làm hoặc làm công việc nhất định.

** Kết thúc việc thi hành án:*

Thủ trưởng Cơ quan thi hành án ra quyết định kết thúc việc thi hành án khi người phải thi hành án, người được thi hành án, người có quyền, nghĩa vụ liên quan đã thực hiện xong quyền, nghĩa vụ của mình theo bản án, quyết định của Tòa án.

CÂU HỎI ÔN TẬP

1. Đặc điểm của phương thức giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại theo thủ tục trọng tài.
2. Những quy định của pháp luật Việt Nam về Trung tâm trọng tài và Trọng tài viên.
3. Những quy định của pháp luật Việt Nam về thoả thuận trọng tài.
4. Những quy định pháp luật về thành lập Hội đồng trọng tài (Trọng tài viên duy nhất).
5. Những quy định của pháp luật về khởi kiện trọng tài. So sánh với những quy định của pháp luật về khởi kiện ở Tòa án.
6. Nội dung, ý nghĩa của vấn đề hoà giải vụ tranh chấp và vấn đề áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời trong tố tụng trọng tài.
7. Nội dung, ý nghĩa của quy định huỷ quyết định trọng tài.
8. Những nội dung chủ yếu của vấn đề thi hành quyết định trọng tài theo pháp luật thi hành án dân sự.
9. Khái niệm vụ án kinh doanh, thương mại và việc kinh doanh, thương mại. Phân biệt vụ án kinh doanh, thương mại và việc kinh doanh, thương mại.
10. Phân tích thẩm quyền của tòa án giải quyết các tranh chấp kinh doanh, thương mại.
11. Phân tích các giai đoạn chủ yếu của giải quyết các tranh chấp kinh doanh, thương mại tại Tòa án.
12. Tại sao Tòa án phải tiến hành hoà giải khi giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại
13. So sánh tranh chấp kinh doanh, thương mại thuộc thẩm quyền giải quyết của Trọng tài thương mại với tranh chấp kinh doanh, thương mại thuộc thẩm quyền của Tòa án.
14. So sánh thủ tục giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại tại Trọng tài thương mại với thủ tục giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại tại Tòa án.
15. Tháng 10 năm 2001, ông Nguyễn Quang Trung, Giám đốc Công ty Trách nhiệm hữu hạn Tân Đạt có trụ sở tại Hà Nội, ký hợp đồng mua 1000 tấn gạo của Công ty Cổ phần Tân Phú có trụ sở ở An Giang do ông Trần Phi Long là Chủ tịch Hội đồng Quản trị làm đại diện. Theo hợp đồng, Công ty Cổ phần Tân Phú có trách nhiệm vận chuyển số gạo trên từ An Giang đến cảng Hải Phòng. Đầu tháng 11 năm 2001, Công ty Cổ phần Tân Phú ký hợp đồng

vận chuyển với Công ty Cổ phần vận tải Biển Đông chuyên chở số gạo trên đến cảng Hải Phòng. Tuy nhiên, khi tiếp nhận số gạo trên tại cảng Hải Phòng, Công ty Trách nhiệm hữu hạn Tân Đạt phát hiện toàn bộ số gạo bị ẩm mốc, không đảm bảo chất lượng như hai bên đã ký kết trong hợp đồng mua bán và quyết định khởi kiện.

a) Trong trường hợp này, Công ty Trách nhiệm hữu hạn Tân Đạt phải khởi kiện ra trước Toà án nào ? Tại sao ?

b) Hãy xác định các đương sự trong vụ án trên. Ai là người đại diện cho các bên đương sự tại Toà án ?

c) Toà án nhân dân sẽ phải làm gì nếu:

– Trong hợp đồng mua bán giữa Công ty Trách nhiệm hữu hạn Tân Đạt và Công ty Cổ phần Tân Phú có thoả thuận đưa mọi tranh chấp phát sinh từ quan hệ hợp đồng này được giải quyết tại Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam.

– Công ty Trách nhiệm hữu hạn Tân Đạt được triệu tập tham dự phiên toà sơ thẩm đến lần thứ hai nhưng vẫn vắng mặt mà không có lý do chính đáng.

Chương 5

ĐỊA VỊ PHÁP LÝ CỦA CÁC CƠ QUAN QUẢN LÝ NHÀ NƯỚC VỀ KINH TẾ

Luật kinh tế là tổng thể quy phạm pháp luật điều chỉnh các quan hệ quản lý nhà nước về kinh tế, các quan hệ trong hoạt động kinh tế và kinh doanh của xã hội. Các quan hệ xã hội đó được tiến hành thông qua hai loại chủ thể: các cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế và các doanh nghiệp, các tổ chức kinh tế khác.

Chương này nghiên cứu địa vị pháp lý của các cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế và hoạt động ban hành pháp luật về quản lý kinh tế của các cơ quan đó.

I - TỔNG QUAN VỀ BỘ MÁY NHÀ NƯỚC CỘNG HOÀ XÃ HỘI CHỦ NGHĨA VIỆT NAM

1. Khái niệm, đặc điểm và các nguyên tắc tổ chức bộ máy Nhà nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam

Bộ máy Nhà nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam là hệ thống cơ quan từ Trung ương đến địa phương và cơ sở, tổ chức và hoạt động theo nguyên tắc chung thống nhất, tạo thành một cơ chế đồng bộ để thực hiện các chức năng, nhiệm vụ của Nhà nước.

Bộ máy Nhà nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam có những đặc điểm cơ bản sau đây:

Một là, việc tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước dựa trên những nguyên tắc chung thống nhất mà nguyên tắc cơ bản bao trùm là “Tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân mà nền tảng là liên minh giữa giai

cấp công nhân với giai cấp nông dân và đội ngũ trí thức” (Điều 2 Hiến pháp năm 1992, đã được sửa đổi, bổ sung năm 2001)⁽¹⁰⁾.

Hai là, các cơ quan trong bộ máy nhà nước đều mang tính quyền lực nhà nước để tiến hành các hoạt động theo chức năng, nhiệm vụ của mình.

Ba là, cán bộ, công chức trong bộ máy nhà nước là những người hết lòng, hết sức phục vụ nhân dân, là công bộc của nhân dân, chịu sự kiểm tra, giám sát của nhân dân.

Bộ máy Nhà nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam được tổ chức theo những nguyên tắc cơ bản sau đây:

Một là, nguyên tắc quyền lực là thống nhất, có sự phân công, phối hợp giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp. Ba lĩnh vực quyền lực đó là một khối thống nhất được nhân dân trao cho Quốc hội -- là cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất, là cơ quan đại biểu cao nhất của nhân dân, do nhân dân trực tiếp bầu ra. Nhà nước ta tổ chức bộ máy theo nguyên tắc tập quyền nhưng có sự phân công rõ ràng, có sự phối hợp mật thiết giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện quyền lực nhà nước. Hoạt động của các cơ quan hành pháp và cơ quan tư pháp đều phải báo cáo công tác trước Quốc hội và chịu sự giám sát của Quốc hội.

Hai là, nguyên tắc bảo đảm sự lãnh đạo của Đảng Cộng sản Việt Nam đối với việc tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước. Đây là nguyên tắc cơ bản trong tổ chức và hoạt động của Nhà nước ta. Nó được khẳng định trong Điều 4 của Hiến pháp năm 1992, sự lãnh đạo của Đảng đối với Nhà nước thể hiện ở chỗ Đảng đề ra đường lối, chính sách quan trọng, phương hướng đúng đắn có ảnh hưởng sâu sắc đến việc tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước. Nhà nước thể chế hoá đường lối chính sách của Đảng, đưa đường lối, chính sách của Đảng vào hiện thực cuộc sống thông qua việc ban hành các văn bản quy phạm pháp luật. Việc các công dân, tổ chức thực hiện nghiêm chỉnh pháp luật của Nhà nước chính là việc chấp hành đường lối, chính sách của Đảng. Đảng thực hiện sự lãnh đạo đối với Nhà nước nhưng mọi đảng viên và tổ chức của Đảng phải hoạt động trong khuôn khổ của Hiến pháp và pháp luật của Nhà nước và phải tuân theo pháp luật.

Ba là, nguyên tắc bảo đảm sự tham gia của nhân dân vào hoạt động quản lý của Nhà nước. Thu hút đông đảo nhân dân tham gia vào hoạt động quản lý nhà nước là nguyên tắc quan trọng trong tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước. Nhân dân có thể tham gia vào quản lý nhà nước bằng các hình thức hết sức đa dạng như: bản thân họ có thể được bầu vào hay làm

⁽¹⁰⁾ Từ lần trích dẫn sau sẽ gọi tắt là Hiến pháp năm 1992.

việc trong các cơ quan của bộ máy nhà nước, họ cũng có thể bầu ra người đại diện cho mình vào các cơ quan nhà nước; thực hiện việc giám sát hoạt động của các cán bộ, công chức nhà nước, góp ý kiến vào các dự thảo luật... Nhân dân còn tham gia quản lý nhà nước thông qua các tổ chức chính trị, chính trị – xã hội, xã hội của mình như: Mặt trận Tổ quốc và các tổ chức thành viên của Mặt trận Tổ quốc...

Nguyên tắc này nhằm phát huy cao độ trí tuệ của đông đảo nhân dân tham gia quản lý nhà nước, đồng thời nó cũng là công cụ có hiệu quả để ngăn chặn tệ quan liêu, cửa quyền, tham nhũng của cá nhân, tổ chức trong bộ máy nhà nước.

Bốn là, nguyên tắc tập trung dân chủ. Nguyên tắc này là yếu tố quyết định tổ chức và hiệu lực hoạt động của bộ máy nhà nước thông qua việc kết hợp một cách hợp lý hai yếu tố tập trung và dân chủ. Điều đó biểu hiện ở chỗ kết hợp sự chỉ đạo, điều hành tập trung thống nhất của Trung ương với sự chủ động, tự chủ, sáng tạo của địa phương; Các cơ quan nhà nước ở Trung ương quyết định những vấn đề cơ bản, quan trọng của cả nước, cơ quan nhà nước ở địa phương tự quyết định các vấn đề phát triển của địa phương; Các cơ quan nhà nước địa phương dựa vào sự chỉ đạo, điều hành của cơ quan nhà nước cấp trên để đưa ra các quyết định của mình nhưng phải phù hợp với hoàn cảnh cụ thể ở địa phương mình một cách chủ động, sáng tạo. Đồng thời các cơ quan này còn chịu sự kiểm tra, giám sát của cơ quan nhà nước cấp trên.

Năm là, nguyên tắc pháp chế xã hội chủ nghĩa. Việc thực hiện nguyên tắc này đảm bảo cho hiệu lực của quản lý nhà nước, đảm bảo công bằng xã hội. Thực hiện nguyên tắc này đòi hỏi hệ thống pháp luật của nhà nước ban hành phải được chấp hành nghiêm chỉnh, triệt để của mọi cán bộ, công chức nhà nước và của công dân. Thực hiện nguyên tắc này còn đòi hỏi phải giám sát, kiểm tra, xử lý nghiêm minh đối với mọi hành vi trái pháp luật của bất kỳ chủ thể nào. Mọi hành vi vì lợi ích của mình mà xâm phạm lợi ích của nhà nước, lợi ích của xã hội, lợi ích hợp pháp của tập thể, của công dân khác đều bị xử lý theo pháp luật, căn cứ vào pháp luật của Nhà nước.

Các nguyên tắc trên được quy định trong Hiến pháp nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam năm 1992.

2. Các cơ quan nhà nước trong bộ máy nhà nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam

Các cơ quan nhà nước là các bộ phận hợp thành của bộ máy nhà nước. Mỗi cơ quan nhà nước có một vị trí pháp lý được xác định trong bộ máy nhà

nước, có một phạm vi thẩm quyền được quy định trong Hiến pháp và pháp luật, có cơ cấu tổ chức và hoạt động riêng.

Theo Hiến pháp năm 1992, bộ máy nhà nước ta bao gồm các cơ quan nhà nước sau đây: Quốc hội, Chủ tịch nước, Chính phủ, Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân, Tòa án nhân dân và Viện Kiểm sát nhân dân.

2.1. Quốc hội

Trong bộ máy nhà nước ta, Quốc hội có vị trí đặc biệt quan trọng.

"Quốc hội là cơ quan đại biểu cao nhất của nhân dân, cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam" (Điều 83 Hiến pháp năm 1992).

Là cơ quan đại biểu cao nhất của nhân dân, Quốc hội do cử tri cả nước bầu theo nguyên tắc trực tiếp, phổ thông và bỏ phiếu kín; là biểu hiện tập trung khối đại đoàn kết toàn dân, bao gồm các đại biểu đại diện cho mọi tầng lớp nhân dân và cho các vùng lãnh thổ trong cả nước. Quốc hội thay mặt nhân dân quyết định những vấn đề quan trọng nhất của đất nước như: quyết định kế hoạch phát triển kinh tế – xã hội của đất nước, quyết định chính sách tài chính, tiền tệ quốc gia... Là cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất, Quốc hội thống nhất tập trung toàn bộ quyền lực nhà nước bao gồm quyền lập pháp, quyền hành pháp và quyền tư pháp, có sự phân công và phối hợp giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền đó. Các cơ quan nhà nước khác thực hiện các quyền năng cụ thể được Quốc hội phân công và chịu trách nhiệm trước Quốc hội.

Thẩm quyền của Quốc hội được quy định trong Hiến pháp năm 1992 và Luật tổ chức Quốc hội năm 2001 bao gồm ba nhóm: quyền lập hiến và lập pháp; quyền giám sát tối cao đối với hoạt động của bộ máy nhà nước trong việc tuân theo Hiến pháp, Luật và Nghị quyết của Quốc hội; quyền quyết định những công việc quan trọng nhất của Nhà nước.

Cơ cấu tổ chức của Quốc hội bao gồm: Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Chủ tịch Quốc hội, Hội đồng Dân tộc và các Ủy ban của Quốc hội, Đại biểu Quốc hội và Đoàn đại biểu Quốc hội, kỳ họp Quốc hội.

2.2. Chủ tịch nước

"Chủ tịch nước là người đứng đầu Nhà nước, thay mặt nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam về đối nội và đối ngoại" (Điều 101 Hiến pháp năm 1992). Thẩm quyền của Chủ tịch nước được quy định trong Hiến pháp (Điều 103 Hiến pháp năm 1992).

Chủ tịch nước là Chủ tịch Hội đồng Quốc phòng và An ninh, Hội đồng

Quốc phòng và An ninh có nhiệm vụ huy động mọi lực lượng và khả năng của Nhà nước để bảo vệ Tổ quốc khi xét thấy cần thiết. Chủ tịch nước có quyền tham dự các phiên họp của Chính phủ.

2.3. Chính phủ

"Chính phủ là cơ quan chấp hành của Quốc hội, cơ quan hành chính nhà nước cao nhất của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam" (Điều 109 Hiến pháp năm 1992).

Là cơ quan chấp hành của Quốc hội, Chính phủ do Quốc hội thành lập, chịu trách nhiệm trước Quốc hội và báo cáo công tác với Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Chủ tịch nước; Là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất, Chính phủ thống nhất quản lý việc thực hiện các nhiệm vụ chính trị, kinh tế, văn hóa, xã hội, quốc phòng, an ninh và đối ngoại của Nhà nước. Thẩm quyền của Chính phủ được quy định trong Hiến pháp năm 1992 (Điều 112) và được quy định chi tiết trong Luật tổ chức Chính phủ (Luật số 32/2001/QH khoá X ngày 25/12/2001).

Chính phủ gồm có: Thủ tướng, các Phó Thủ tướng, các Bộ trưởng và Thủ trưởng các cơ quan ngang Bộ. Ngoài Thủ tướng, các thành viên khác của Chính phủ không nhất thiết là Đại biểu Quốc hội.

Cơ cấu tổ chức của Chính phủ gồm có các Bộ và các cơ quan ngang Bộ. Bộ, cơ quan ngang Bộ do Quốc hội quyết định thành lập hoặc bãi bỏ theo đề nghị của Thủ tướng Chính phủ.

Bộ, cơ quan ngang Bộ là cơ quan của Chính phủ, thực hiện chức năng quản lý nhà nước đối với ngành, hoặc lĩnh vực công tác trong phạm vi cả nước; quản lý nhà nước đối với các dịch vụ công thuộc ngành, lĩnh vực; thực hiện đại diện chủ sở hữu phần vốn của Nhà nước tại doanh nghiệp có vốn nhà nước theo quy định của pháp luật. Có thể phân biệt hai loại Bộ: Bộ quản lý ngành và Bộ quản lý theo lĩnh vực.

Bộ quản lý theo lĩnh vực là các Bộ thực hiện việc quản lý nhà nước theo từng lĩnh vực rộng của xã hội như tài chính, lao động, ngoại giao, nội vụ... liên quan đến hoạt động của các Bộ, các cấp quản lý nhà nước.

Bộ quản lý ngành là các Bộ thực hiện việc quản lý nhà nước đối với các ngành kinh tế – kỹ thuật, văn hoá, xã hội như nông nghiệp, công nghiệp, giao thông vận tải, giáo dục, văn hoá...

2.4. Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân

"Hội đồng nhân dân là cơ quan quyền lực nhà nước ở địa phương, đại diện cho ý chí, nguyện vọng và quyền làm chủ của nhân dân, do nhân dân

địa phương bầu ra, chịu trách nhiệm trước nhân dân địa phương và cơ quan nhà nước cấp trên" (Điều 119 Hiến pháp năm 1992).

Thẩm quyền của Hội đồng nhân dân được quy định trong Luật tổ chức Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân (Luật số 11/2003/QH khoá XI ngày 26/11/2003).

Hội đồng nhân dân được tổ chức ở các đơn vị hành chính sau đây:

- Tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương (gọi chung là cấp tỉnh);
- Huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh (gọi chung là cấp huyện);
- Xã, phường, thị trấn (gọi chung là cấp xã).

Về cơ cấu tổ chức hoạt động, Hội đồng nhân dân các cấp có Thường trực Hội đồng nhân dân. Hội đồng nhân dân cấp tỉnh, cấp huyện có các Ban của Hội đồng nhân dân. Thường trực Hội đồng nhân dân do Hội đồng nhân dân cùng cấp bầu ra, Hội đồng nhân dân cấp huyện thành lập hai ban: Ban kinh tế – xã hội, Ban pháp chế.

Hội đồng nhân dân chịu sự giám sát và hướng dẫn hoạt động của Ủy ban Thường vụ Quốc hội, chịu sự hướng dẫn và kiểm tra của Chính phủ trong việc thực hiện các văn bản của cơ quan nhà nước cấp trên theo quy định của Ủy ban Thường vụ Quốc hội.

Nhiệm kỳ của mỗi khoá Hội đồng nhân dân là 5 năm.

"Ủy ban nhân dân do Hội đồng nhân dân bầu ra là cơ quan chấp hành của Hội đồng nhân dân, cơ quan hành chính nhà nước ở địa phương, chịu trách nhiệm chấp hành Hiến pháp, Luật, các văn bản của các cơ quan nhà nước cấp trên và Nghị quyết của Hội đồng nhân dân" (Điều 123 Hiến pháp năm 1992).

Là cơ quan chấp hành của cơ quan quyền lực nhà nước ở địa phương, Ủy ban nhân dân chịu trách nhiệm trước Hội đồng nhân dân cùng cấp và cơ quan nhà nước cấp trên, đối với mọi hoạt động của mình nhằm bảo đảm chủ trương, biện pháp phát triển kinh tế – xã hội, củng cố quốc phòng, an ninh và thực hiện các chính sách khác trên địa bàn. Là cơ quan hành chính nhà nước ở địa phương, Ủy ban nhân dân cấp dưới chịu sự chỉ đạo của Ủy ban nhân dân cấp trên; Ủy ban nhân dân cấp tỉnh chịu sự chỉ đạo của Chính phủ.

Thẩm quyền của Ủy ban nhân dân được quy định trong Luật tổ chức Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân (đã dẫn).

Ủy ban nhân dân được tổ chức ở các đơn vị hành chính cấp tỉnh, cấp huyện, cấp xã. Về cơ cấu tổ chức và quy chế hoạt động, Ủy ban nhân dân do Hội đồng nhân dân cùng cấp bầu ra gồm: Chủ tịch, Phó Chủ tịch và

Ủy viên. Chủ tịch Ủy ban nhân dân là đại biểu của Hội đồng nhân dân. Các thành viên khác của Ủy ban nhân dân không nhất thiết phải là Đại biểu của Hội đồng nhân dân. Kết quả bầu các thành viên của Ủy ban nhân dân phải được người đứng đầu cơ quan hành chính nhà nước cấp trên trực tiếp phê chuẩn; kết quả bầu thành viên của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh phải được Thủ tướng Chính phủ phê chuẩn.

Nhiệm kỳ của Ủy ban nhân dân theo nhiệm kỳ của Hội đồng nhân dân cùng cấp.

2.5. Tòa án nhân dân và Viện Kiểm sát nhân dân

"Tòa án nhân dân và Viện Kiểm sát nhân dân nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, trong phạm vi chức năng của mình, có nhiệm vụ bảo vệ pháp chế xã hội chủ nghĩa; bảo vệ chế độ xã hội chủ nghĩa và quyền làm chủ của nhân dân; bảo vệ tài sản của nhà nước, của tập thể; bảo vệ tính mạng, tài sản, tự do, danh dự và nhân phẩm của công dân" (Điều 126 Hiến pháp năm 1992).

Tòa án nhân dân là cơ quan xét xử của Nhà nước ta có nhiệm vụ xét xử các vụ án hình sự, dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh tế, hành chính và giải quyết các việc khác theo quy định của pháp luật.

Hệ thống tổ chức Tòa án nhân dân bao gồm:

- Tòa án nhân dân tối cao;
- Các Tòa án nhân dân cấp tỉnh;
- Các Tòa án nhân dân cấp huyện;
- Các Tòa án quân sự;
- Các Tòa án khác do luật định.

Thẩm quyền, cơ cấu tổ chức và hoạt động của Tòa án nhân dân các cấp được quy định trong Luật tổ chức Tòa án nhân dân (Luật số 33/2001/QH khoá XI ngày 2/4/2002).

Viện Kiểm sát nhân dân là cơ quan nhà nước có chức năng thực hành quyền công tố và kiểm sát các hoạt động tư pháp trong phạm vi trách nhiệm do luật định nhằm góp phần bảo đảm cho pháp luật được chấp hành nghiêm chỉnh và thống nhất.

Hệ thống tổ chức Viện Kiểm sát nhân dân gồm có:

- Viện Kiểm sát nhân dân tối cao;
- Các Viện Kiểm sát nhân dân cấp tỉnh;
- Các Viện Kiểm sát nhân dân cấp huyện;
- Các Viện Kiểm sát quân sự.

Thẩm quyền, cơ cấu tổ chức và hoạt động của Viện Kiểm sát nhân dân các cấp được quy định trong Luật tổ chức Viện Kiểm sát nhân dân (Luật số 34/2002/QH khoá XI ngày 2/4/2002).

II - KHÁI NIỆM, ĐẶC ĐIỂM CỦA CƠ QUAN QUẢN LÝ NHÀ NƯỚC VỀ KINH TẾ

1. Khái niệm về cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế

Trong nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, hoạt động kinh tế và kinh doanh diễn ra hết sức đa dạng và phức tạp về mọi phương diện: quan hệ kinh tế, chủ thể, lợi ích, phương thức kinh doanh... Thực tiễn đó đòi hỏi phải có một bộ máy mang tính quyền lực để điều tiết một cách hiệu quả, nhằm tạo lập một trật tự chung cho hoạt động kinh tế và kinh doanh, xử lý đúng đắn mối quan hệ giữa tăng trưởng kinh tế và các vấn đề xã hội, ngăn ngừa và giải quyết những mâu thuẫn, tranh chấp phát sinh. Bộ máy đó chính là hệ thống các cơ quan nhà nước – cơ quan quyền lực, cơ quan hành chính, cơ quan xét xử và cơ quan kiểm sát. Mỗi cơ quan nhà nước đều có vai trò quan trọng trong quản lý kinh tế; mỗi cơ quan tác động vào các hoạt động kinh tế theo những phương thức riêng, phù hợp với vị trí, chức năng, thẩm quyền của nó trong bộ máy nhà nước.

Khi nói đến cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế là nói đến các cơ quan nhà nước trực tiếp điều hành các hoạt động kinh tế, tức là nói đến các cơ quan thuộc hệ thống cơ quan hành chính nhà nước, bao gồm:

- Chính phủ;
- Các Bộ, cơ quan ngang Bộ, cơ quan thuộc Chính phủ;
- Ủy ban nhân dân các cấp;
- Các cơ quan chuyên môn thuộc Ủy ban nhân dân.

Cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế có thể được phân loại theo những tiêu chí khác nhau.

Căn cứ vào phạm vi quản lý, có các cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế ở Trung ương và cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế ở địa phương. Cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế ở Trung ương bao gồm: Chính phủ, các Bộ, cơ quan ngang Bộ, cơ quan thuộc Chính phủ; cơ quan quản lý nhà nước ở địa phương bao gồm: Ủy ban nhân dân các cấp và các cơ quan chuyên môn của Ủy ban nhân dân. Quyết định của cơ quan quản lý nhà nước ở Trung ương có hiệu lực trong phạm vi cả nước, trong khi quyết định của cơ quan quản lý nhà nước ở địa phương chỉ có hiệu lực trong phạm vi địa phương đó với điều

kiện không được trái với quyết định của cơ quan nhà nước cấp trên và cơ quan Trung ương.

Căn cứ vào chế độ lãnh đạo, có cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế thực hiện chế độ lãnh đạo tập thể (bao gồm: Chính phủ, Ủy ban nhân dân các cấp) và cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế thực hiện chế độ lãnh đạo một thủ trưởng (bao gồm: các Bộ, cơ quan ngang Bộ, cơ quan thuộc Chính phủ, các cơ quan chuyên môn của Ủy ban nhân dân các cấp). Mọi quyết định của cơ quan thực hiện chế độ lãnh đạo tập thể đều là sản phẩm của cả tập thể đó (tập thể Chính phủ, tập thể Ủy ban nhân dân) trong khi các quyết định của cơ quan thực hiện chế độ lãnh đạo một thủ trưởng lại do chính người thủ trưởng đó điều hành (Bộ trưởng, thủ trưởng cơ quan ngang Bộ, thủ trưởng cơ quan thuộc Chính phủ, thủ trưởng các cơ quan chuyên môn của Ủy ban nhân dân).

Căn cứ vào phạm vi thẩm quyền quản lý, có cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền chung và cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền riêng (còn gọi lại là thẩm quyền chuyên môn) về kinh tế. Cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền chung là những cơ quan có thẩm quyền quản lý điều hành tất cả các lĩnh vực hoạt động của xã hội, trong đó có lĩnh vực kinh tế. Thuộc loại cơ quan này có Chính phủ và Ủy ban nhân dân các cấp. Cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền riêng là những cơ quan quản lý điều hành một hoặc một số ngành kinh tế – kỹ thuật như Bộ Công Thương, Bộ Xây dựng, Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn... (gọi là Bộ quản lý ngành) hoặc Bộ Tài chính, Bộ Lao động – Thương binh và Xã hội, Bộ Kế hoạch và Đầu tư... (gọi là Bộ quản lý lĩnh vực).

2. Đặc điểm của cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế

Là một cơ quan nhà nước, cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế cũng có những tính chất, đặc điểm chung như các cơ quan nhà nước khác. Mặt khác, cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế còn mang những đặc điểm riêng do chính đặc điểm của hoạt động quản lý nhà nước về kinh tế quy định.

2.1. Cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế mang tính quyền lực nhà nước

Tính quyền lực là thuộc tính cơ bản của quản lý nhà nước. Khi thực hiện các hoạt động quản lý, cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế có quyền nhân danh nhà nước đơn phương ra các quyết định quản lý mang tính bắt buộc thi hành đối với các cá nhân, tổ chức liên quan. Các cơ quan này có quyền áp dụng các biện pháp cưỡng chế đối với cá nhân, tổ chức không thực hiện các quyết định quản lý.

2.2. Cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế là loại cơ quan chấp hành – điều hành

Là những cơ quan thuộc hệ thống hành chính nhà nước, cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế khi tiến hành các hoạt động quản lý phải trên cơ sở chấp hành quyết định của cơ quan quyền lực nhà nước. Ở Trung ương, các quyết định quản lý kinh tế của Chính phủ phải dựa trên cơ sở và nhằm để chấp hành Hiến pháp, Luật, Nghị quyết của Quốc hội; Pháp lệnh, Nghị quyết của Ủy ban Thường vụ Quốc hội; Lệnh, Quyết định của Chủ tịch nước. Ở địa phương, quyết định của Ủy ban nhân dân phải dựa trên cơ sở và nhằm để chấp hành Nghị quyết của Hội đồng nhân dân cùng cấp và các văn bản của cơ quan nhà nước cấp trên.

Mặt khác, quan hệ giữa cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế với các đối tượng chịu sự quản lý của nó là mối quan hệ điều hành, nhưng là sự điều hành mang tính chất vĩ mô thông qua chính sách, pháp luật; nói cách khác, đây là sự điều hành của quản lý nhà nước chứ không phải sự điều hành trong quản lý kinh doanh của doanh nghiệp.

III - NỘI DUNG VÀ PHƯƠNG PHÁP QUẢN LÝ NHÀ NƯỚC VỀ KINH TẾ

1. Những nội dung cơ bản của quản lý nhà nước về kinh tế

Một vấn đề quan trọng trong việc xác lập cơ chế quản lý kinh tế trong điều kiện xây dựng nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa là xác định rõ chức năng quản lý nhà nước về kinh tế của cơ quan quản lý nhà nước và chức năng quản lý kinh doanh của doanh nghiệp, tổ chức kinh tế. Trên cơ sở đó, các cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế tập trung thực hiện đúng đắn chức năng quản lý vĩ mô của mình, bảo đảm cho hoạt động kinh doanh không chệch khỏi hành lang pháp lý mà nhà nước đã quy định, không can thiệp vào hoạt động quản lý kinh doanh của doanh nghiệp.

Từ đó, quản lý nhà nước về kinh tế bao gồm những nội dung cơ bản sau đây:

- Nghiên cứu xây dựng chiến lược phát triển kinh tế và khoa học công nghệ; xây dựng quy hoạch phát triển kinh tế theo ngành và vùng lãnh thổ; xây dựng các kế hoạch phát triển kinh tế dài hạn, trung hạn và ngắn hạn.

- Xây dựng và ban hành thành pháp luật các chính sách, chế độ, quản lý nhằm cụ thể hóa và để thực hiện Hiến pháp, Luật của Quốc hội, các văn bản quy phạm pháp luật của Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Chủ tịch nước. Xây dựng và ban hành thành pháp luật các định mức kinh tế kỹ thuật chủ yếu.

– Cung cấp thông tin cho các hoạt động kinh doanh, bao gồm các thông tin trong nước và ngoài nước về thị trường, giá cả; tiến hành dự báo sự tiến triển của thị trường, giá cả.

– Tạo môi trường thuận lợi cho hoạt động kinh doanh bao gồm: môi trường chính trị, kinh tế, pháp lý trong nước và ngoài nước; cải thiện các quan hệ quốc tế về chính trị, kinh tế, pháp lý, tạo cơ hội thuận lợi cho các doanh nghiệp phát triển, mở rộng quan hệ thương mại, đầu tư với bạn hàng nước ngoài; hướng dẫn, khuyến khích, điều tiết và phối hợp hoạt động kinh doanh trong nước; giải quyết, xử lý những vấn đề ngoài khả năng tự giải quyết của các doanh nghiệp, tổ chức kinh tế.

– Thực hiện quy hoạch, kế hoạch đào tạo, bồi dưỡng cán bộ quản lý kinh tế và các cán bộ quản lý kinh doanh; xây dựng và ban hành các tiêu chuẩn, chức danh cán bộ quản lý gắn liền với việc hoàn thiện quy chế công chức và công vụ.

– Thực hiện việc kiểm tra, thanh tra các hoạt động kinh doanh trong đó kiểm tra là chức năng thường xuyên, vốn có của quản lý, còn thanh tra là hoạt động đặc biệt của quản lý nhà nước về kinh tế do hệ thống cơ quan thanh tra của Chính phủ thực hiện.

2. Các phương pháp quản lý nhà nước về kinh tế

Để thực hiện có hiệu quả các nội dung quản lý nhà nước về kinh tế, cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế phải áp dụng kết hợp các phương pháp quản lý như: phương pháp kế hoạch hóa, phương pháp pháp chế, phương pháp kinh tế.

Phương pháp kế hoạch hóa là phương pháp quản lý theo đó, nhà nước thực hiện vai trò định hướng đối với sự phát triển của nền kinh tế quốc dân; nhà nước xác định phương hướng, nhiệm vụ mục tiêu phát triển kinh tế trong từng giai đoạn nhất định; xác định các biện pháp, đường lối cơ bản để đạt mục tiêu đó trên cơ sở phân tích một cách khoa học tình hình trong nước và các quan hệ quốc tế.

Việc chuyển đổi cơ chế quản lý kinh tế từ kế hoạch hóa tập trung, quan liêu, bao cấp sang nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa không có nghĩa là thủ tiêu phương pháp kế hoạch hóa mà là sự đổi mới phương pháp này theo hướng xây dựng một phương pháp kế hoạch hóa có căn cứ khoa học, phù hợp với yêu cầu quản lý kinh tế trong điều kiện mới.

Áp dụng *phương pháp pháp chế* trong quản lý nhà nước về kinh tế là một đặc trưng của quản lý nhà nước. Phương pháp pháp chế đòi hỏi trước hết các chính sách, biện pháp, công cụ quản lý kinh tế phải được thể chế hóa

thành pháp luật. Các văn bản quy phạm pháp luật về quản lý kinh tế phải được xây dựng trên cơ sở và để chấp hành các văn bản của Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội và Chủ tịch nước đã ban hành. Mặt khác, phương pháp này còn đòi hỏi phải có những biện pháp hữu hiệu để tổ chức thực hiện pháp luật, xử lý kịp thời và nghiêm minh mọi vi phạm pháp luật trong quản lý và kinh doanh.

Phương pháp kinh tế là phương pháp đặc thù của quản lý nhà nước về kinh tế. Nếu phương pháp pháp chế sử dụng biện pháp bắt buộc các đối tượng bị quản lý thực hiện theo đúng quy định của pháp luật thì phương pháp kinh tế lại đưa ra các biện pháp tác động vào hoạt động kinh doanh bằng các lợi ích kinh tế để qua đó các cá nhân, tổ chức thực hiện đúng đắn các mục tiêu kinh tế – xã hội mà nhà nước đã quy định.

IV - THẨM QUYỀN CỦA CƠ QUAN QUẢN LÝ NHÀ NƯỚC VỀ KINH TẾ

Thẩm quyền của cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế là tổng thể các quyền hạn, nhiệm vụ do pháp luật quy định cho các cơ quan này trong hoạt động quản lý kinh tế. Tất cả các cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế đều được quy định một phạm vi thẩm quyền nhất định trong quản lý kinh tế.

1. Thẩm quyền của Chính phủ

Như trên đã nói, Chính phủ là cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền chung, tức là thẩm quyền quản lý đối với tất cả các lĩnh vực của xã hội. Thẩm quyền chung của Chính phủ được quy định trong Điều 8 Luật tổ chức Chính phủ (Luật số 32/2001/QH khoá X ngày 25/12/2001).

Trong lĩnh vực kinh tế, thẩm quyền của Chính phủ bao gồm (Điều 9 Luật tổ chức Chính phủ đã dẫn):

a) Thống nhất quản lý nền kinh tế quốc dân, phát triển nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, củng cố và phát triển kinh tế nhà nước, chú trọng các ngành và lĩnh vực then chốt để bảo đảm vai trò chỉ đạo, cùng với kinh tế tập thể tạo thành nền tảng vững chắc của nền kinh tế quốc dân.

Quyết định chính sách cụ thể để phát huy tiềm năng của các thành phần kinh tế, thúc đẩy sự hình thành, phát triển và từng bước hoàn thiện các loại thị trường theo định hướng xã hội chủ nghĩa.

b) Quyết định chính sách cụ thể để thực hiện công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước, chú trọng công nghiệp hóa, hiện đại hóa nông nghiệp và nông thôn.

c) Xây dựng dự án chiến lược, quy hoạch, kế hoạch phát triển kinh tế – xã hội dài hạn, 5 năm, hằng năm trình Quốc hội, chỉ đạo thực hiện chiến lược, quy hoạch, kế hoạch đó.

d) Trình Quốc hội dự án ngân sách nhà nước, dự kiến phân bổ ngân sách Trung ương và mức bổ sung từ ngân sách Trung ương cho ngân sách địa phương, tổng quyết toán ngân sách nhà nước hằng năm; tổ chức và điều hành thực hiện ngân sách nhà nước được Quốc hội quyết định.

e) Quyết định chính sách cụ thể, các biện pháp về tài chính, tiền tệ, tiền lương, giá cả.

f) Thống nhất quản lý và sử dụng có hiệu quả tài sản thuộc sở hữu toàn dân, tài nguyên quốc gia; thi hành chính sách tiết kiệm; thực hiện chức năng chủ sở hữu phần vốn của Nhà nước tại doanh nghiệp có vốn nhà nước theo quy định của pháp luật.

g) Thi hành chính sách bảo vệ, cải tạo, tái sinh và sử dụng hợp lý các nguồn tài nguyên thiên nhiên.

h) Thống nhất quản lý hoạt động kinh tế đối ngoại, chủ động hội nhập kinh tế quốc tế trên cơ sở phát huy nội lực của đất nước, phát triển các hình thức quan hệ kinh tế với các quốc gia, tổ chức quốc tế trên nguyên tắc tôn trọng độc lập, chủ quyền và cùng có lợi, hỗ trợ và thúc đẩy sản xuất trong nước.

Quyết định chính sách cụ thể khuyến khích doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế tham gia hoạt động kinh tế đối ngoại; khuyến khích đầu tư nước ngoài và tạo điều kiện thuận lợi để người Việt Nam định cư ở nước ngoài đầu tư về nước.

j) Tổ chức và lãnh đạo công tác kiểm kê, thống kê của Nhà nước.

2. Thẩm quyền của Bộ, cơ quan ngang Bộ

Bộ và cơ quan ngang Bộ là cơ quan của Chính phủ thực hiện chức năng quản lý nhà nước đối với ngành hoặc lĩnh vực công tác trong phạm vi cả nước. Do Bộ và cơ quan ngang Bộ là cơ quan thực hiện chế độ lãnh đạo một thủ trưởng cho nên khi nói thẩm quyền của Bộ và cơ quan ngang Bộ cũng tức là nói thẩm quyền của Bộ trưởng và Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ.

Theo Điều 23 Luật tổ chức Chính phủ (đã dẫn) thẩm quyền của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ trong lĩnh vực quản lý nhà nước về kinh tế bao gồm:

a) Trình Chính phủ chiến lược, quy hoạch phát triển, kế hoạch dài hạn, 5 năm và hằng năm, các công trình quan trọng của ngành, lĩnh vực; tổ chức và chỉ đạo thực hiện khi được phê duyệt.

b) Quyết định các tiêu chuẩn, quy trình, quy phạm và các định mức kinh tế - kỹ thuật của ngành, lĩnh vực thuộc thẩm quyền.

c) Quản lý nhà nước các tổ chức sự nghiệp, doanh nghiệp nhà nước thuộc ngành, lĩnh vực, bảo đảm quyền tự chủ trong hoạt động sản xuất, kinh

doanh của các cơ sở theo quy định của pháp luật; bảo đảm sử dụng có hiệu quả tài sản thuộc sở hữu toàn dân do ngành, lĩnh vực mình phụ trách; thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn cụ thể thuộc quyền đại diện chủ sở hữu phần vốn của Nhà nước tại doanh nghiệp có vốn nhà nước theo quy định của pháp luật.

d) Quản lý nhà nước đối với các tổ chức kinh tế, sự nghiệp và hoạt động của các hội, tổ chức phi Chính phủ thuộc ngành, lĩnh vực.

e) Quản lý và tổ chức thực hiện ngân sách được phân bổ.

Thủ trưởng cơ quan thuộc Chính phủ có một số thẩm quyền quản lý nhà nước về kinh tế do Thủ tướng Chính phủ giao.

3. Thẩm quyền của Ủy ban nhân dân các cấp

Tương tự như vị trí pháp lý của Chính phủ, Ủy ban nhân dân là cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền chung nhưng là cơ quan quản lý có thẩm quyền chung trên những phạm vi địa phương nhất định.

Trong lĩnh vực quản lý nhà nước về kinh tế, thẩm quyền của Ủy ban nhân dân được pháp luật quy định cụ thể cho Ủy ban nhân dân mỗi cấp.

a) Thẩm quyền của quản lý nhà nước về kinh tế của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh (Điều 82 Luật tổ chức Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân năm 2003)

– Xây dựng quy hoạch tổng thể phát triển kinh tế – xã hội, phát triển ngành, phát triển đô thị và nông thôn trong phạm vi quản lý; xây dựng kế hoạch dài hạn và hằng năm về phát triển kinh tế – xã hội của tỉnh trình Hội đồng nhân dân thông qua để trình Chính phủ phê duyệt;

– Tham gia với các Bộ, ngành Trung ương trong việc phân vùng kinh tế; xây dựng các chương trình, dự án của Bộ, ngành Trung ương trên địa bàn tỉnh; tổ chức và kiểm tra việc thực hiện các nhiệm vụ thuộc chương trình, dự án được giao;

– Lập dự toán thu ngân sách nhà nước trên địa bàn; lập dự toán thu, chi ngân sách địa phương; lập phương án phân bổ dự toán ngân sách của cấp mình trình Hội đồng nhân dân quyết định; lập dự toán điều chỉnh ngân sách địa phương trình Hội đồng nhân dân xem xét theo quy định của pháp luật;

– Chỉ đạo, kiểm tra cơ quan thuế và cơ quan được Nhà nước giao nhiệm vụ thu ngân sách tại địa phương theo quy định của pháp luật;

– Xây dựng đề án thu phí, lệ phí, các khoản đóng góp của nhân dân và mức huy động vốn trình Hội đồng nhân dân quyết định;

– Xây dựng đề án phân cấp chi đầu tư xây dựng các công trình kết cấu hạ tầng kinh tế – xã hội của địa phương theo quy định của pháp luật để trình Hội đồng nhân dân quyết định; tổ chức chỉ đạo thực hiện đề án đó.

– Lập quỹ dự trữ tài chính theo quy định của pháp luật trình Hội đồng nhân dân và báo cáo với cơ quan tài chính cấp trên;

– Thực hiện quyền đại diện chủ sở hữu phần vốn góp của Nhà nước tại doanh nghiệp và quyền đại diện chủ sở hữu về đất đai tại địa phương theo quy định của pháp luật.

b) Thẩm quyền quản lý nhà nước về kinh tế của Ủy ban nhân dân cấp huyện (Điều 97 Luật tổ chức Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân năm 2003)

– Xây dựng kế hoạch phát triển kinh tế – xã hội hằng năm trình Hội đồng nhân dân thông qua đã trình Ủy ban nhân dân cấp tỉnh phê duyệt; tổ chức và kiểm tra việc thực hiện kế hoạch đó;

– Lập dự toán thu ngân sách nhà nước trên địa bàn; dự toán thu chi ngân sách địa phương, phương án phân bổ dự toán ngân sách cấp mình; quyết toán ngân sách địa phương; lập dự toán điều chỉnh ngân sách địa phương, trường hợp cần thiết trình Hội đồng nhân dân quyết định và báo cáo Ủy ban nhân dân, cơ quan tài chính cấp trên trực tiếp;

– Tổ chức thực hiện ngân sách địa phương; hướng dẫn, kiểm tra Ủy ban nhân dân xã, thị trấn về việc thực hiện ngân sách địa phương theo quy định của pháp luật;

– Phê chuẩn kế hoạch kinh tế – xã hội của xã, thị trấn.

c) Thẩm quyền quản lý nhà nước về kinh tế của Ủy ban nhân dân cấp xã (Điều 111 Luật tổ chức Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân năm 2003)

– Xây dựng kế hoạch phát triển kinh tế – xã hội hằng năm trình Hội đồng nhân dân thông qua để trình Ủy ban nhân dân huyện phê duyệt; tổ chức thực hiện kế hoạch đó;

– Lập dự toán thu ngân sách nhà nước trên địa bàn; dự toán thu, chi ngân sách địa phương và phương án phân bổ dự toán ngân sách cấp mình; dự toán điều chỉnh ngân sách địa phương trong trường hợp cần thiết và lập quyết toán ngân sách địa phương trình Hội đồng nhân dân quyết định và báo cáo Ủy ban nhân dân, cơ quan tài chính cấp trên trực tiếp;

– Tổ chức thực hiện ngân sách địa phương, phối hợp với các cơ quan, nhà nước cấp trên trong việc quản lý ngân sách nhà nước trên địa bàn xã, thị trấn và báo cáo về ngân sách nhà nước theo quy định của pháp luật;

– Quản lý và sử dụng hợp lý, có hiệu quả quỹ đất được để lại phục vụ các nhu cầu công ích ở địa phương; xây dựng và quản lý các công trình công cộng, đường giao thông, trụ sở, trường học, trạm y tế, công trình điện, nước theo quy định của pháp luật;

– Huy động sự đóng góp của các tổ chức, cá nhân để đầu tư xây dựng các công trình kết cấu hạ tầng của xã, thị trấn trên nguyên tắc dân chủ, tự nguyện. Việc quản lý các khoản đóng góp này phải công khai, có kiểm tra, kiểm soát và bảo đảm sử dụng đúng mục đích, đúng chế độ theo quy định của pháp luật.

Các cơ quan chuyên môn thuộc Ủy ban nhân dân là cơ quan tham mưu, giúp Ủy ban nhân dân cùng cấp thực hiện chức năng quản lý nhà nước trong đó có chức năng quản lý nhà nước về kinh tế ở địa phương và thực hiện một số thẩm quyền theo sự ủy quyền của Ủy ban nhân dân và theo quy định của pháp luật, góp phần bảo đảm sự thống nhất quản lý của ngành hoặc lĩnh vực công tác từ Trung ương đến cơ sở.

V - VĂN BẢN QUẢN LÝ NHÀ NƯỚC VỀ KINH TẾ (VĂN BẢN QUẢN LÝ KINH TẾ)

Để tiến hành các hoạt động quản lý nhà nước về kinh tế, các chủ thể quản lý kinh tế phải ban hành các hình thức văn bản pháp luật, thể hiện quyền lực của Nhà nước, bắt buộc mọi cá nhân, tổ chức phải thực hiện trong hoạt động kinh tế và kinh doanh.

Văn bản quản lý kinh tế là những văn bản do cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành, trong đó có các quy định điều chỉnh các quan hệ quản lý nhà nước về kinh tế. Văn bản quản lý kinh tế bao gồm: văn bản quy phạm pháp luật và văn bản áp dụng quy phạm (văn bản cá biệt).

1. Văn bản quy phạm pháp luật về quản lý kinh tế

Văn bản quy phạm pháp luật về quản lý kinh tế là hình thức văn bản thể hiện các quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền (hoặc cá nhân, tổ chức được nhà nước giao quyền) ban hành theo một trình tự, thủ tục chặt chẽ dưới những hình thức nhất định được quy định trong luật, trong đó có các quy tắc xử sự có tính bắt buộc chung, được áp dụng nhiều lần trong thực tiễn quản lý kinh tế.

Như vậy, khi nói đến văn bản quy phạm pháp luật về quản lý kinh tế, cần lưu ý các yếu tố sau đây:

Thứ nhất, phải do các cơ quan nhà nước có thẩm quyền được luật quy định, ban hành.

Thứ hai, hình thức văn bản, thủ tục ban hành văn bản được quy định trong luật (hiện nay là Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật do Quốc hội thông qua ngày 12/11/1996 được sửa đổi, bổ sung theo Luật ngày 16/12/2004).

Thứ ba, nội dung của văn bản phải là quy phạm pháp luật, tức là quy tắc xử sự có tính bắt buộc chung, được áp dụng nhiều lần trong việc điều chỉnh quan hệ xã hội mà không làm chấm dứt hiệu lực của nó.

Thứ tư, mục đích của văn bản là điều chỉnh các quan hệ quản lý nhà nước về kinh tế.

Theo pháp luật hiện hành (Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật đã dẫn), văn bản quy phạm pháp luật bao gồm:

a) Văn bản của Quốc hội: Hiến pháp, luật, nghị quyết. Văn bản của Ủy ban thường vụ Quốc hội: pháp lệnh, nghị quyết.

b) Văn bản do các cơ quan nhà nước có thẩm quyền ở Trung ương ban hành để thi hành văn bản quy phạm pháp luật của Quốc hội và Ủy ban thường vụ Quốc hội, bao gồm:

- Lệnh, quyết định của Chủ tịch nước;
- Nghị quyết, nghị định của Chính phủ; Quyết định, chỉ thị của Thủ tướng Chính phủ;
- Quyết định, chỉ thị, thông tư của Bộ trưởng, thủ trưởng cơ quan ngang Bộ;
- Nghị quyết của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao; Quyết định, chỉ thị, thông tư của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao;
- Nghị quyết, thông tư liên tịch giữa các cơ quan nhà nước có thẩm quyền, giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền với tổ chức chính trị – xã hội;

c) Văn bản của Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân: Nghị quyết của Hội đồng nhân dân; Quyết định, chỉ thị của Ủy ban nhân dân.

2. Văn bản cá biệt (văn bản áp dụng quy phạm)

Văn bản cá biệt về quản lý kinh tế là hình thức văn bản thể hiện quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền (hoặc cá nhân, tổ chức được nhà nước giao quyền) căn cứ vào văn bản quy phạm pháp luật để giải quyết những vấn đề cụ thể liên quan đến những chủ thể cụ thể với thời hạn nhất định trong quản lý kinh tế. Ví dụ: Quyết định của Ủy ban nhân dân tỉnh A về thành lập một doanh nghiệp nhà nước...

Văn bản cá biệt về quản lý kinh tế thường thể hiện dưới hình thức quyết định, chỉ thị do các cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế ban hành, như các quyết định, chỉ thị của Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng, thủ trưởng cơ quan ngang Bộ, thủ trưởng cơ quan thuộc Chính phủ, Ủy ban nhân dân, cơ quan chuyên môn thuộc Ủy ban nhân dân.

CÂU HỎI ÔN TẬP

1. Trình bày địa vị pháp lý (vị trí pháp lý, thẩm quyền, cơ cấu tổ chức) của các cơ quan trong bộ máy nhà nước ở nước ta.

2. Đặc điểm, phân loại cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế.

3. Bạn có nhận xét gì về nội dung quản lý nhà nước về kinh tế ?

4. Trình bày tổng quát thẩm quyền về kinh tế của các cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế sau đây: Chính phủ; Bộ, cơ quan ngang Bộ; Ủy ban nhân dân các cấp.

5. Trình bày đặc điểm của văn bản quản lý nhà nước về kinh tế. So sánh văn bản quy phạm pháp luật với văn bản cá biệt.

6. Có một Luật về thuế xuất nhập khẩu. Luật này được quy định chi tiết để thực hiện. Quy định chi tiết lại phải được hướng dẫn để thực hiện thống nhất trong phạm vi cả nước.

Theo bạn, những văn bản trên phải do cơ quan nào ban hành và được thể hiện trong hình thức văn bản pháp luật nào ?

7. Chuẩn bị cho giai đoạn phát triển mới, Việt Nam phải có một kế hoạch phát triển kinh tế – xã hội hằng năm, 5 năm và dài hạn của cả nước. Những kế hoạch đó do cơ quan nào xây dựng và cơ quan nào quyết định, dưới hình thức văn bản nào ?

Kế hoạch phát triển từng ngành, từng địa phương do cơ quan nào xây dựng và cơ quan nào quyết định, dưới hình thức văn bản nào ?

8. Trong hoạt động quản lý nhà nước về kinh tế các cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế tiến hành kiểm tra, thanh tra. Hãy phân biệt hoạt động kiểm tra và thanh tra, các hoạt động này do cơ quan nào tiến hành và giá trị pháp lý của nó.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

- 1) Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 2003.
- 2) Luật Hợp tác xã năm 2003.
- 3) Luật Cạnh tranh năm 2004.
- 4) Luật Phá sản năm 2004.
- 5) Luật Đầu tư năm 2005.
- 6) Luật Doanh nghiệp năm 2005.
- 7) Bộ luật Dân sự năm 2005.
- 8) Nghị quyết số 05-NQ/TW ngày 24/9/2001 của Hội nghị Ban chấp hành Trung ương Đảng Khóa IX về tiếp tục sắp xếp, đổi mới, phát triển và nâng cao hiệu quả doanh nghiệp nhà nước.
- 9) Nghị định số 37/2003/NĐ-CP ngày 10/4/2003 của Chính phủ Quy định xử phạt vi phạm hành chính về đăng ký kinh doanh.
- 10) Nghị định số 180/2004/NĐ-CP ngày 28/10/2004 của Chính phủ về thành lập mới, tổ chức lại và giải thể công ty nhà nước.
- 11) Nghị định số 153/2004/NĐ-CP ngày 9/8/2004 của Chính phủ về tổ chức, quản lý Tổng công ty nhà nước và chuyển đổi tổng công ty nhà nước, công ty nhà nước độc lập theo mô hình công ty mẹ – công ty con.
- 12) Nghị định số 187/2004/NĐ-CP ngày 16/11/2004 của Chính phủ về việc chuyển công ty nhà nước thành công ty cổ phần.
- 13) Nghị định số 199/2004/NĐ-CP ngày 3/12/2004 của Chính phủ ban hành quy chế quản lý tài chính của công ty nhà nước và quản lý vốn Nhà nước đầu tư vào doanh nghiệp khác.
- 14) Nghị định số 177/2004/NĐ-CP ngày 12/10/2004 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Hợp tác xã.
- 15) Nghị quyết số 03/2005/NQ-HĐTP ngày 28/4/2005 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn thi hành một số quy định của Luật Phá sản.
- 16) Nghị định số 88/2006/NĐ-CP ngày 29/8/2006 của Chính phủ về đăng ký kinh doanh.

17) Nghị định số 101/2006/NĐ-CP ngày 21/9/2006 của Chính phủ quy định việc đăng ký lại, chuyển đổi và đăng ký đổi Giấy chứng nhận đầu tư của các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài theo quy định của Luật Doanh nghiệp và Luật Đầu tư.

18) Nghị định số 108/2006/NĐ-CP ngày 22/9/ 2006 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Đầu tư.

19) Thông tư số 03/2006/TT-BKH ngày 19/10/2006 của Bộ Kế hoạch và Đầu tư hướng dẫn một số nội dung về hồ sơ, trình tự, thủ tục đăng ký kinh doanh theo quy định tại Nghị định số 88/2006/NĐ-CP ngày 29/8/2006 của Chính phủ về đăng ký kinh doanh.

20) Nghị định 108/2006/NĐ-CP ngày 22/9/2006 Quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Đầu tư.

21) Nghị định 139/2007/NĐ-CP ngày 5/9/2007 của Chính phủ hướng dẫn chi tiết một số điều của Luật Doanh nghiệp.

22) Nghị định số 39/2007/NĐ-CP ngày 16/3/2007 về cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên không phải đăng ký kinh doanh.

MỤC LỤC

	Trang
Lời nói đầu	3
Bài mở đầu.....	5

Chương 1: QUY CHẾ PHÁP LÝ CHUNG VỀ THÀNH LẬP, TỔ CHỨC QUẢN LÝ VÀ HOẠT ĐỘNG CỦA DOANH NGHIỆP

I - Khái niệm, đặc điểm và phân loại doanh nghiệp	7
II - Điều kiện và thủ tục cơ bản để thành lập doanh nghiệp.....	13
III - Đăng ký những thay đổi của doanh nghiệp	24
IV - Pháp luật về giải thể và phá sản doanh nghiệp	29
V - Những quyền và nghĩa vụ cơ bản của doanh nghiệp trong kinh doanh	36
Câu hỏi ôn tập	44

Chương 2: CHẾ ĐỘ PHÁP LÝ VỀ CÁC CHỦ THỂ KINH DOANH

I - Doanh nghiệp tư nhân	45
II - Công ty.....	48
III - Doanh nghiệp nhà nước	74
IV - Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài	86
V - Hợp tác xã.....	90
VI - Hộ kinh doanh.....	99
VII - Tổ hợp tác.....	102
VIII - Cá nhân hoạt động thương mại.....	104
Câu hỏi ôn tập	105

Chương 3: PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG TRONG KINH DOANH – THƯƠNG MẠI

I - Khái quát về pháp luật hợp đồng ở Việt Nam.....	107
II - Hợp đồng dân sự.....	116
III - Hợp đồng trong hoạt động thương mại	136
Câu hỏi ôn tập	147

**Chương 4: PHÁP LUẬT VỀ GIẢI QUYẾT CÁC TRANH CHẤP
KINH DOANH – THƯƠNG MẠI**

I - Giải quyết tranh chấp kinh doanh – thương mại theo thủ tục trọng tài	149
II - Giải quyết tranh chấp kinh doanh – thương mại tại toà án nhân dân.....	161
Câu hỏi ôn tập	188

**Chương 5: ĐỊA VỊ PHÁP LÝ CỦA CÁC CƠ QUAN
QUẢN LÝ NHÀ NƯỚC VỀ KINH TẾ**

I - Tổng quan về bộ máy nhà nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam	190
II - Khái niệm, đặc điểm của cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế.....	197
III - Nội dung và phương pháp quản lý nhà nước về kinh tế.....	199
IV - Thẩm quyền của cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế.....	201
V - Văn bản quản lý nhà nước về kinh tế (văn bản quản lý kinh tế)	205
Câu hỏi ôn tập	207
Tài liệu tham khảo.....	208
Mục lục	210

Chịu trách nhiệm xuất bản:

Chủ tịch HĐQT kiêm Tổng Giám đốc NGÔ TRẦN ÁI
Phó Tổng Giám đốc kiêm Tổng biên tập NGUYỄN QUÝ THAO

Tổ chức bản thảo và chịu trách nhiệm nội dung:

Chủ tịch HĐQT kiêm Giám đốc CTCP Sách ĐH-DN
TRẦN NHẬT TÂN

Biên tập nội dung và sửa bản in:

ĐẶNG MAI THANH

Trình bày bìa:

BÍCH LA

Chế bản:

THANH VÂN

LUẬT KINH TẾ

Mã số : 6E007M7 – DAI

In 2.000 cuốn (QĐ 83), khổ 16 x 24. In tại Công ty CP In SGK tại TP. Hà Nội.

Địa chỉ : Tổ 60, thị trấn Đông Anh, Hà Nội.

Số ĐKKH xuất bản : 17 – 2007/CXB/58 – 2217/GD.

In xong và nộp lưu chiểu tháng 10 năm 2007.



CÔNG TY CỔ PHẦN SÁCH ĐẠI HỌC - DẠY NGHỀ
HEVOBCO
25 HÀN THUYỀN - HÀ NỘI
Website : www.hevobco.com.vn



VƯƠNG MIỆN KIM CƯƠNG
CHẤT LƯỢNG QUỐC TẾ

TÌM ĐỌC GIÁO TRÌNH DÙNG CHO CÁC TRƯỜNG TRUNG CẤP CHUYÊN NGHIỆP KHỐI KINH TẾ CỦA NHÀ XUẤT BẢN GIÁO DỤC

- | | |
|-----------------------------------|---|
| 1. Kinh tế học vi mô | PGS.TS. Phạm Văn Minh |
| 2. Bài tập kinh tế vi mô chọn lọc | PGS.TS. Phạm Văn Minh |
| 3. Luật kinh tế | TS. Nguyễn Thị Thanh Thuỷ |
| 4. Phân tích hoạt động kinh tế | TS. Nguyễn Ngọc Quang |
| 5. Lý thuyết tài chính tiền tệ | TS. Đặng Ngọc Đức |
| 6. Lý thuyết hạch toán kế toán | ThS. Phạm Thành Long
ThS. Trần Văn Thuận |
| 7. Marketing căn bản | ThS. Phạm Thị Huyền
TS. Vũ Huy Thông |
| 8. Kiểm toán | ThS. Phan Trung Kiên
TS. Trần Quý Liên |

Bạn đọc có thể mua sách tại các Công ty Sách - Thiết bị trường học ở các địa phương hoặc các cửa hàng sách của Nhà xuất bản Giáo dục :

- Tại TP. Hà Nội : 25 Hàn Thuyên; 187 Giảng Võ; 232 Tây Sơn; 23 Tràng Tiền;
- Tại TP. Đà Nẵng : 15 Nguyễn Chí Thanh; 62 Nguyễn Chí Thanh.
- Tại TP. Hồ Chí Minh : 240 Trần Bình Trọng, Quận 5;
451B - 453, Hai Bà Trưng, Quận 3.
- Tại TP. Cần Thơ : 5/5, đường 30/4.

Website : www.nxbgd.com.vn



Giá: 23.500đ