

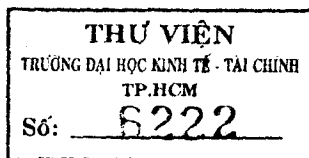
TRƯỜNG ĐẠI HỌC KINH TẾ TP HỒ CHÍ MINH  
KHOA LUẬT KINH TẾ

---

GIÁO TRÌNH

# LUẬT KINH TẾ

TS. LÊ VĂN HƯNG (Chủ biên)  
ThS. NGUYỄN TRIỀU HOA  
ThS. TRẦN HUỖNH THANH NGHỊ  
ThS. DƯƠNG MỸ AN



NHÀ XUẤT BẢN ĐẠI HỌC QUỐC GIA  
TP HỒ CHÍ MINH - 2007

GT. 01 - L(V)

---

DHQGTPHCM - 07

116-2005/CXB/52-63/DHQGTPHCM L.GT.155-07 (T)

# LỜI NÓI ĐẦU

Việc hội nhập vào nền kinh tế thế giới và khu vực mang lại cho nước ta nhiều lợi ích, song cũng tạo nên nhiều thách thức mới. Một trong những thách thức đó là việc phải hoàn thiện hệ thống pháp luật về kinh tế nhằm tạo thuận lợi cho môi trường đầu tư và kinh doanh. Trong những năm qua, Nhà nước đã ban hành nhiều văn bản pháp luật điều chỉnh hoạt động của các chủ thể kinh doanh trong nền kinh tế thị trường. Hệ thống các quy phạm pháp luật này đã dần dần hình thành nên khung pháp luật kinh tế với những thay đổi sâu sắc về nhiều phương diện.

Học phần **Luật Kinh Tế** là học phần bắt buộc cho sinh viên tất cả các hệ đào tạo tại trường Đại học Kinh tế thành phố Hồ Chí Minh. Khoa Luật Kinh tế đã xây dựng giáo trình **Luật Kinh tế** từ năm 2000 và đã đáp ứng tích cực yêu cầu giảng dạy và học tập trong trường. Tuy nhiên, trước những yêu cầu mới kể trên, việc xây dựng lại giáo trình **Luật Kinh tế** là hết sức cần thiết.

Giáo trình **Luật Kinh tế** được xuất bản lần này có 11 chương, trong đó gồm những nội dung cơ bản của pháp luật về đầu tư, về các loại hình doanh nghiệp, pháp luật về hợp đồng và vấn đề giải quyết tranh chấp trong kinh doanh.

Nhằm giúp sinh viên có thể tiếp cận các khái niệm và những quy định mới, tập thể tác giả đã có nhiều cố gắng phân tích, vận dụng các nội dung trong giáo trình dựa trên các văn bản luật mới được ban hành. Tuy nhiên, với việc đẩy nhanh quá trình thực hiện các cam kết về hội nhập, các quy định pháp luật đang có những thay đổi mạnh mẽ, giáo trình chắc còn một số hạn chế; tập thể tác giả rất mong nhận được sự góp ý để hoàn thiện trong lần tái bản sau.

Tập thể tác giả

# **TỔNG QUAN VỀ LUẬT KINH TẾ**

## **1. KHÁI NIỆM VỀ LUẬT KINH TẾ**

Nội hàm của khái niệm Luật kinh tế ở Việt Nam trước và sau thời kỳ đổi mới có những khác biệt cơ bản. Trong thời kỳ kinh tế kế hoạch hóa tập trung và bao cấp, các doanh nghiệp hầu hết là quốc doanh và tập thể, hoạt động theo một cơ chế mang tính hành chính – mệnh lệnh nhiều hơn là phản ánh bản chất quan hệ kinh tế. Nhà nước quản lý một cách toa(n diện và chặt chẽ hoạt động của các xí nghiệp quốc doanh bằng một hệ thống các chỉ tiêu pháp lệnh. Trong thời kỳ này, tuy chưa có một định nghĩa chính thức về luật kinh tế, song qua các văn bản điều chỉnh các lĩnh vực liên quan, *luật kinh tế có thể hiểu là tổng hợp các quy phạm pháp luật do nhà nước ban hành, quy định thể chế quản lý chặt chẽ và toàn diện của nhà nước đối với các đơn vị kinh tế quốc doanh: từ chế độ sở hữu tài sản đến tổ chức hoạt động sản xuất, các quan hệ hợp đồng; chế độ phân phối, nhằm bảo đảm tính kế hoạch hóa tập trung và bao cấp của nhà nước.*

Luật kinh tế thời kỳ này mang một số đặc trưng sau:

- Đây là hệ thống pháp luật được xây dựng trên nền tảng chế độ công hữu đối với những tư liệu sản xuất chủ yếu của xã hội. Do vậy, thành phần kinh tế chủ yếu được nhà nước thừa nhận và tạo điều kiện phát triển là quốc doanh và tập thể. Các thành phần kinh tế khác không được quan tâm, nếu không nói là chỉ tồn tại mang tính hình thức. Tính chất đơn điệu về hình thức sở hữu này, đặt trong bối cảnh quan hệ kinh



tế quốc tế bị thu hẹp, chủ yếu là với các nước xã hội chủ nghĩa, làm cho luật kinh tế thời kỳ này chủ yếu chỉ điều chỉnh quan hệ kinh tế giữa các xí nghiệp quốc doanh với nhau hoặc giữa quốc doanh với các đơn vị kinh tế tập thể.

- Các chủ thể không có quyền tự do kinh doanh, dù chỉ hiểu theo nghĩa hẹp nhất của danh từ này là tự do quyết định những vấn đề liên quan đến hoạt động chuyên môn của một doanh nghiệp như tổ chức sản xuất, kế hoạch thị trường, máy móc thiết bị,... Tất cả phải tuân theo hệ thống chỉ tiêu pháp lệnh của nhà nước. Tính chất bao cấp thủ tiêu mọi sáng kiến của doanh nghiệp, ngăn cách nhà sản xuất nắm bắt nhu cầu của thị trường và điều chỉnh cho phù hợp.

- Hệ thống các quy phạm luật kinh tế thời kỳ này xác lập sự can thiệp toàn diện của nhà nước vào tất cả các mặt hoạt động của tất cả các doanh nghiệp đảm bảo tính kế hoạch hóa tập trung. Do vậy, đặc trưng bao trùm của luật kinh tế thời kỳ này là tính chất mệnh lệnh quyền uy – vốn xa lạ với bản chất quan hệ kinh tế – trở thành phương pháp điều chỉnh chủ yếu.

Công cuộc đổi mới toàn diện đất nước ta được đánh dấu bằng việc chuyển từ nền kinh tế kế hoạch hóa tập trung, bao cấp sang xây dựng nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa; chuyển từ nền kinh tế chủ yếu với hai thành phần: quốc doanh và tập thể sang nền kinh tế nhiều thành phần. Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001) đã khẳng định: "... Nhà nước thực hiện nhất quán chính sách phát triển nền kinh tế thị trường theo định hướng xã hội chủ nghĩa. Cơ cấu kinh tế nhiều thành phần với các hình thức tổ chức sản xuất, kinh doanh đa dạng dựa trên chế độ sở hữu toàn dân, sở hữu tập thể, sở hữu tư nhân, trong đó sở hữu toàn dân và sở hữu tập thể là nền tảng" (Điều 15).

Khi xây dựng khung pháp luật kinh tế phù hợp với những chuẩn mực của kinh tế thị trường trong quá trình thực thi đổi mới, một vấn đề quan trọng, cấp thiết đặt ra là phải thay đổi tính chất của các quan

hệ kinh tế – pháp luật giữa nhà nước và các chủ thể kinh doanh. Sự thay đổi này thể hiện ở hai khía cạnh sau:

- *Thứ nhất*, sự thừa nhận nền kinh tế nhiều thành phần cho phép ra đời và tồn tại nhiều loại hình doanh nghiệp, đại diện cho nhiều hình thức sở hữu khác nhau. Do vậy, khung pháp luật lâu nay được dùng để điều chỉnh hoạt động của các xí nghiệp quốc doanh với đặc trưng hành chính – mệnh lệnh rõ ràng không phù hợp với các chủ thể kinh doanh khác như công ty, doanh nghiệp tư nhân, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài,... Đối với những doanh nghiệp này không thể điều chỉnh bằng hệ thống chỉ tiêu pháp lệnh hay bằng cơ chế kế hoạch hóa tập trung và bao cấp như đối với kinh tế quốc doanh.

- *Thứ hai*, ngay đối với khu vực kinh tế quốc doanh, nhà nước cũng không thể điều chỉnh hoạt động theo cung cách cũ, tức là can thiệp trực tiếp vào hoạt động của doanh nghiệp, nếu không muốn doanh nghiệp bị phá sản. Cần phải thay đổi theo định hướng: nhà nước là người đầu tư, là chủ sở hữu; còn doanh nghiệp là một pháp nhân, có quyền tự do trong việc tổ chức hoạt động sản xuất kinh doanh theo những nguyên tắc của thị trường, được đối xử bình đẳng như các doanh nghiệp thuộc thành phần kinh tế khác.

Giải quyết hai vấn đề trên tất yếu phải thay đổi nội hàm của khái niệm luật kinh tế, phù hợp với những nguyên tắc của kinh tế thị trường như thừa nhận và bảo hộ quyền sở hữu hợp pháp của các chủ thể kinh doanh; thừa nhận quyền tự do kinh doanh, tự do giao kết hợp đồng; nguyên tắc bình đẳng về quyền và nghĩa vụ giữa các chủ thể kinh doanh, không phân biệt thành phần kinh tế,... Luật kinh tế, như vậy, có thể hiểu một cách tổng quát là một ngành luật điều chỉnh hoạt động kinh doanh và nhà kinh doanh thuộc mọi thành phần kinh tế. Giới nghiên cứu khoa học pháp lý hiện nay có xu hướng quan niệm *Luật kinh tế là các quy phạm pháp luật do nhà nước ban hành hoặc thừa nhận, điều chỉnh các quan hệ phát sinh trong quá trình tổ chức, quản lý và hoạt động kinh doanh của các doanh nghiệp thuộc mọi thành*

*phần kinh tế. Ngoài ra, luật kinh tế còn quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của các cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế.*

## **2. ĐỐI TƯỢNG ĐIỀU CHỈNH VÀ PHƯƠNG PHÁP ĐIỀU CHỈNH CỦA LUẬT KINH TẾ**

### **2.1. Đối tượng điều chỉnh của luật kinh tế**

Đối tượng điều chỉnh của một ngành luật thường được hiểu là tổng thể những quan hệ xã hội mà ngành luật đó tác động, chi phối. Chẳng hạn, các quan hệ xã hội về - quản lý, sử dụng đất là đối tượng điều chỉnh của ngành luật đất đai; các quan hệ xã hội về tài sản và nhân thân thuộc về đối tượng điều chỉnh của ngành luật dân sự, v.v... Theo cách hiểu đó, đối tượng điều chỉnh của ngành luật kinh tế là các quan hệ xã hội phát sinh trong hoạt động kinh doanh và quản lý nhà nước về kinh tế. Do tính chất đa dạng, phức tạp của hoạt động kinh doanh, các quan hệ này thường không đơn lẻ mà liên kết hữu cơ, tương tác giữa nhiều quan hệ. Chẳng hạn, quan hệ mua bán hàng hóa bao gồm nhiều quan hệ phát sinh như: vận tải, bảo hiểm, sở hữu trí tuệ, giám định, thanh toán, v.v... Hơn nữa, khái niệm thương mại hiện nay không đơn thuần là mua bán hàng hóa theo nghĩa là mua bán những động sản hữu hình, mà thương mại hiện nay còn bao gồm cả những lĩnh vực như thương mại đầu tư, thương mại sở hữu trí tuệ, thương mại dịch vụ. Vì vậy không nên hiểu đối tượng điều chỉnh của luật kinh tế là những quan hệ kinh tế đơn lẻ mà phải hiểu là những nhóm quan hệ. Những nhóm quan hệ này bao gồm:

#### ***2.1.1. Nhóm quan hệ phát sinh trong quá trình hoạt động kinh doanh của các doanh nghiệp***

Đây là nhóm quan hệ chủ yếu, chi phối mục tiêu tồn tại của các doanh nghiệp. Nếu căn cứ theo định nghĩa pháp lý của khái niệm kinh doanh là việc thực hiện một, một số hoặc tất cả các công đoạn của quá trình đầu tư, từ sản xuất đến mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ trên

*thị trường nhằm mục đích sinh lợi*, thì nhóm quan hệ này rất phổ biến, trong đó các quan hệ như mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ... là những quan hệ phổ biến nhất. Nhóm quan hệ này có những đặc điểm sau đây:

- *Chủ thể* của nhóm quan hệ này là các doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế như: doanh nghiệp nhà nước, hợp tác xã, doanh nghiệp tư nhân, công ty, doanh nghiệp hoạt động theo luật đầu tư nước ngoài.

- *Nội dung* của nhóm quan hệ này là các quyền và nghĩa vụ tài sản phát sinh giữa các chủ thể độc lập và chủ yếu bị chi phối bởi mục tiêu lợi nhuận. Đây là quan hệ giữa những chủ thể bình đẳng, dựa trên những nguyên tắc của cạnh tranh.

- *Khách thể* của nhóm quan hệ này chủ yếu là quan hệ tài sản, hoặc những quan hệ dịch vụ có liên quan đến yếu tố tài sản.

- *Hình thức pháp lý* chủ yếu của nhóm quan hệ này là các hợp đồng kinh tế, thương mại.

### *2.1.2. Nhóm quan hệ phát sinh giữa cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế đối với các doanh nghiệp*

Đây là nhóm quan hệ phát sinh trong quá trình quản lý kinh tế. Chủ thể quan hệ này một bên là cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế, một bên là đơn vị kinh doanh. Trong nhóm quan hệ này có hai khía cạnh:

*Một là*, nội dung của quản lý nhà nước đối với doanh nghiệp. Theo Luật Doanh nghiệp hiện hành, nội dung này bao gồm các hoạt động sau:

- Ban hành, phổ biến và hướng dẫn thực hiện các văn bản pháp luật về doanh nghiệp và các văn bản có liên quan;

- Tổ chức đăng ký kinh doanh, hướng dẫn việc đăng ký kinh doanh bảo đảm thực hiện chiến lược, quy hoạch và kế hoạch định hướng phát triển kinh tế xã hội;

- Đào tạo, bồi dưỡng nghiệp vụ, nâng cao đạo đức kinh doanh cho người quản lý doanh nghiệp; phẩm chất chính trị, đạo đức, nghiệp vụ cho cán bộ quản lý nhà nước đối với doanh nghiệp;
- Thực hiện chính sách ưu đãi đối với doanh nghiệp theo định hướng, mục tiêu của chiến lược, quy hoạch phát triển;
- Kiểm tra, thanh tra xử lý vi phạm pháp luật của doanh nghiệp, của cá nhân, tổ chức khác theo quy định.

*Hai là, xác định chức năng, nhiệm vụ của các cơ quan quản lý nhà nước đối với hoạt động kinh doanh.* Các cơ quan này, tùy thuộc vào địa vị pháp lý, lĩnh vực quản lý nhà nước mà có những chức năng, nhiệm vụ khác nhau. Chẳng hạn, quan hệ giữa chính phủ với các bộ, ngành liên quan trong chức năng quản lý kinh tế; quan hệ giữa trung ương với địa phương; quan hệ mang tính hành chính – tư pháp của các cơ quan hữu quan như thanh tra, cơ quan quản lý cạnh tranh, tòa án trong việc thực hiện chức năng quản lý kinh tế.

### *2.1.3. Nhóm quan hệ phát sinh trong nội bộ doanh nghiệp*

Đây là nhóm quan hệ giữa các bộ phận cấu thành nên một doanh nghiệp như quan hệ giữa các phòng chức năng, các phân xưởng, đội sản xuất. Trong một doanh nghiệp như công ty chẳng hạn, đây là quan hệ giữa các bộ phận cấu thành nên bộ máy tổ chức quản lý như hội đồng thành viên, giám đốc, bộ máy giúp việc, ban kiểm soát. Các quan hệ này được điều chỉnh chủ yếu bởi nội quy và điều lệ của doanh nghiệp. Khi có tranh chấp trong nội bộ doanh nghiệp, vấn đề thường được giải quyết dựa trên những quy định tại điều lệ; nếu điều lệ không quy định hoặc điều lệ quy định không đúng pháp luật thì cơ quan có thẩm quyền dựa trên những quy định của pháp luật để giải quyết.

### **2.2. Phương pháp điều chỉnh của luật kinh tế**

Phương pháp điều chỉnh của một ngành luật là cách thức mà nhà nước sử dụng để tác động vào các quan hệ xã hội mà ngành luật

đó điều chỉnh. Phương pháp điều chỉnh của ngành luật kinh tế là cách thức mà nhà nước sử dụng để tác động và các quan hệ kinh tế. Đặc điểm của các quan hệ kinh tế trong nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa ở nước ta là, một mặt, nhà nước tôn trọng và bảo vệ quyền tự do kinh doanh của các doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế; mặt khác, yêu cầu quản lý mang tính định hướng nền kinh tế đòi hỏi nhà nước phải có sự can thiệp để hạn chế những sai lệch của thị trường, hướng nền kinh tế phát triển theo định hướng, mục tiêu đã được vạch ra. Vì vậy, phương pháp điều chỉnh của luật kinh tế chủ yếu gồm cả hai phương pháp là: quyền uy và bình đẳng.

*Phương pháp quyền uy* được sử dụng chủ yếu để điều chỉnh nhóm quan hệ giữa cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế với các chủ thể kinh doanh (doanh nghiệp). Nội dung của phương pháp này là việc nhà nước ban hành các quyết định, chỉ thị mang tính mệnh lệnh, bắt buộc các chủ thể kinh doanh phải chấp hành nhằm bảo đảm trật tự kinh tế. Chẳng hạn, các quyết định về đăng ký kinh doanh, về kinh doanh đúng ngành nghề đăng ký; về chế độ quản lý tài chính, nghĩa vụ thuế, v.v...

*Phương pháp bình đẳng* được sử dụng chủ yếu để điều chỉnh quan hệ giữa các chủ thể kinh doanh bình đẳng với nhau về quyền và nghĩa vụ trước pháp luật. Nội dung của phương pháp này là việc nhà nước ban hành các quy định nhằm hình thành nên hành lang pháp lý an toàn cho các doanh nghiệp như: các quy định về nghĩa vụ và hợp đồng, các biện pháp bảo đảm trong kinh doanh, v.v....

Việc lựa chọn áp dụng phương pháp nào hoàn toàn tùy thuộc vào các mối quan hệ khác nhau, cũng như tùy thuộc vào các chủ thể và nội dung của các quan hệ pháp luật.

### **3. CHỦ THỂ CỦA LUẬT KINH TẾ**

#### **3.1. Các dấu hiệu của chủ thể luật kinh tế**

Cũng giống như các ngành luật khác, ngành luật kinh tế có cơ cấu chủ thể bao gồm các cá nhân, tổ chức hội đủ những điều kiện sau:

- *Chủ thể của luật kinh tế phải được thành lập hợp pháp*

Tính hợp pháp ở đây được hiểu là việc hình thành chủ thể đó phải do cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định hoặc cho phép và phải tuân theo những thủ tục, trình tự được quy định chặt chẽ. Chẳng hạn, thủ tục hình thành một công ty, quyết định thành lập một cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế,... Tính chất hợp pháp rất quan trọng vì nó xác nhận tư cách của chủ thể trong các giao dịch hoặc thực hiện chức năng, nhiệm vụ được giao.

- *Phải có tài sản riêng*

Tài sản riêng là cơ sở vật chất không thể thiếu được của một chủ thể kinh tế khi tiến hành hoạt động kinh doanh. Đối với trường hợp chủ thể là một doanh nghiệp, tài sản riêng thể hiện ở mức vốn được doanh nghiệp đầu tư kinh doanh. Cần lưu ý là tính chất pháp lý về sở hữu đối với những tài sản này tùy thuộc vào loại hình doanh nghiệp. Nói cách khác, mức độ quyền của chủ thể đối với tài sản trong công ty trách nhiệm hữu hạn sẽ khác xa so với doanh nghiệp tư nhân, lại càng không thể đồng nhất với quyền quản lý tài sản công trong trường hợp chủ thể là các cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế.

Để xác định một chủ thể có tài sản riêng, dấu hiệu cơ bản thể hiện ở chỗ chủ thể đó có một lượng tài sản nhất định, tách bạch khỏi các cơ quan, tổ chức khác. Điều này thường được xem như một trong những điều kiện của pháp nhân – dấu hiệu quan trọng để xác định tư cách pháp lý của một chủ thể.

- *Phải có thẩm quyền kinh tế*

Thẩm quyền kinh tế là tổng thể các quyền và nghĩa vụ được nhà nước xác nhận cho một chủ thể luật kinh tế. Thẩm quyền kinh tế là cơ sở pháp lý quan trọng để các chủ thể luật kinh tế thực hiện các hành vi pháp lý nhằm tạo ra các quyền và nghĩa vụ cụ thể của mình. Thẩm quyền kinh tế thể hiện ở chức năng, nhiệm vụ, lĩnh vực hoạt động, phạm vi hoạt động của chủ thể, được pháp luật công nhận và cho phép. Trong lĩnh vực hoạt động của doanh nghiệp, thẩm quyền kinh tế thể hiện trong giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Có thể nói một cách hình ảnh rằng, giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh như là một giấy thông hành, cho phép doanh nghiệp tự do vận hành trong một hành lang pháp lý. Nó cũng nói lên những giới hạn quyền năng mà một doanh nghiệp phải tuân thủ.

## **3.2. Các loại chủ thể của luật kinh tế**

### **3.2.1. Doanh nghiệp**

Doanh nghiệp là chủ thể chủ yếu và thường xuyên của luật kinh tế. Theo định nghĩa tại Luật Doanh nghiệp (2005): *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.* ( đ.4 )

Trong nền kinh tế thị trường ở nước ta hiện nay, có các loại doanh nghiệp như: doanh nghiệp nhà nước, doanh nghiệp của các tổ chức chính trị – xã hội, hợp tác xã, doanh nghiệp tư nhân, công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài. Sự khác biệt giữa các loại doanh nghiệp vừa kể chủ yếu là ở chế độ sở hữu, phương thức hình thành và cơ cấu vốn; song nhìn chung các doanh nghiệp đều có các yếu tố cấu thành như sau:

- *Doanh nghiệp là một tổ chức kinh tế*, tức là một tổ chức được lập ra để tiến hành các hoạt động kinh doanh với mục tiêu chủ yếu là lợi nhuận.



- *Doanh nghiệp là tổ chức kinh tế có tên riêng*; tên doanh nghiệp không được trùng hoặc gây nhầm lẫn với tên doanh nghiệp khác đã đăng ký kinh doanh; không vi phạm truyền thống lịch sử, văn hóa, thuần phong mỹ tục của dân tộc; tên phải viết bằng tiếng Việt,...

- *Doanh nghiệp phải có trụ sở*; trụ sở chính của doanh nghiệp phải đặt trên lãnh thổ Việt Nam, phải xác định rõ địa chỉ, số điện thoại, fax, telex,... Ngoài ra doanh nghiệp có quyền mở chi nhánh, văn phòng đại diện, ...

- *Doanh nghiệp phải có tài sản, vốn*: vốn của doanh nghiệp có thể là tiền đồng Việt Nam, ngoại tệ chuyển đổi, vàng, nhà xưởng, máy móc, thiết bị, nguyên - nhiên vật liệu, giá trị quyền sử dụng đất, công nghệ, bản quyền sở hữu trí tuệ, bí quyết kỹ thuật hoặc các quyền về tài sản khác.

- *Doanh nghiệp phải tuân thủ các quy định của pháp luật về ngành nghề kinh doanh*: chẳng hạn không được kinh doanh những ngành nghề bị cấm như: vũ khí, đạn dược, quân trang, quân dụng, chất nổ, chất độc, chất phóng xạ, chất ma túy, các loại pháo, động vật, thực vật hoang dã, quý hiếm, hiện vật thuộc di tích lịch sử, văn hóa, bảo tàng, v.v.... Đối với những ngành nghề kinh doanh đòi hỏi có điều kiện như điều kiện về vốn pháp định, về môi trường, về an ninh trật tự, an toàn giao thông,... doanh nghiệp phải đảm bảo các điều kiện đó trước khi tiến hành hoạt động.

- *Doanh nghiệp phải tuân thủ các quy định về điều kiện đối với người thành lập và quản lý doanh nghiệp*: tức là phải loại trừ những người bị xem là mất năng lực hành vi, hạn chế năng lực hành vi, những người bị cấm quyền vì đang chấp hành hình phạt tù, hay đang bị truy cứu trách nhiệm hình sự, những người bất khả kiêm nhiệm như những công chức nhà nước, cán bộ lãnh đạo, quản lý nghiệp vụ trong doanh nghiệp nhà nước (trừ những người được cử làm đại diện quản lý phần vốn nhà nước tại doanh nghiệp khác).

### 3.2.2. Cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế

Các cơ quan quản lý nhà nước về kinh tế nhân danh nhà nước thực hiện việc quản lý các hoạt động sản xuất kinh doanh của doanh nghiệp. Theo chức năng, nhiệm vụ có thể phân chia các cơ quan loại này bao gồm :

- Những loại cơ quan quản lý nhà nước chung trong đó có quản lý kinh tế như: Chính phủ, các bộ chức năng như Bộ Thương mại, Bộ Tài chính, Bộ Kế hoạch - Đầu tư, các bộ kinh tế – kỹ thuật như Bộ Công nghiệp, Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn, Bộ Bưu chính Viễn thông, v.v..., ủy ban nhân dân các cấp, các sở, ban quản lý kinh tế ở địa phương.

- Những loại cơ quan hành chính – tư pháp thực hiện chức năng quản lý nhà nước về kinh tế trong những lĩnh vực được giao như các tòa án, cơ quan quản lý cạnh tranh, cơ quan quản lý thị trường, cơ quan thống kê,...

Ngoài hai loại chủ thể luật kinh tế phổ biến trên, có một số loại chủ thể không thường xuyên của luật kinh tế, là những chủ thể tuy không có chức năng nhưng cũng tham gia vào một số hoạt động kinh tế như: trường học, bệnh viện, hộ gia đình...

## 4. NGUỒN CỦA LUẬT KINH TẾ

Nguồn của luật kinh tế là những văn bản pháp luật do nhà nước ban hành điều chỉnh các quan hệ trong lĩnh vực kinh tế. Ngoài ra, trong bối cảnh hội nhập hiện nay, nguồn của luật kinh tế còn bao gồm các điều ước quốc tế và – trong một chừng mực – ở Việt Nam hiện nay còn bao gồm cả tập quán thương mại. Hệ thống nguồn luật kinh tế hiện nay bao gồm:

- *Hiến pháp 1992 và Nghị quyết 51 ngày 25/12/2001 của Quốc hội về việc sửa đổi, bổ sung Hiến pháp 1992*: là nguồn cơ bản của luật kinh tế. Hiến pháp là đạo luật có giá trị pháp lý cao nhất, là nguồn của tất cả các ngành luật, trong đó có luật kinh tế. Những quy định của

Hiến pháp là cơ sở, nguyên tắc chung cho việc xây dựng các quy phạm pháp luật kinh tế khác. Khi phân tích Hiến pháp 1992 với tư cách là nguồn luật kinh tế, người ta thường nhấn mạnh đến một số nội dung quan trọng mang tính nguyên tắc về chế độ kinh tế (chương II). Đó là nguyên tắc thừa nhận sự tồn tại của nhiều thành phần kinh tế như là một đặc trưng cơ bản của nền kinh tế xã hội chủ nghĩa Việt Nam; nguyên tắc công nhận và tôn trọng quy luật vận hành của cơ chế kinh thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa; nguyên tắc tôn trọng và bảo hộ quyền sở hữu tài sản hợp pháp của nhà kinh doanh,...

- *Các đạo luật điều chỉnh trực tiếp hoạt động kinh doanh như: Luật Doanh nghiệp nhà nước, Luật Doanh nghiệp, Luật Hợp tác xã, Luật Đầu tư, Luật Thương mại, Luật Phá sản,...*

- *Các đạo luật tuy thuộc những ngành luật khác nhưng có quan hệ điều chỉnh mật thiết tới hoạt động kinh doanh như: Luật Dân sự, Luật Sở hữu trí tuệ, Luật Đất đai, Luật Môi trường, Luật Hải quan, các luật thuế,...*

- *Các nghị quyết của Quốc hội về kinh tế.*

- *Các pháp lệnh của Ủy ban thường vụ Quốc hội như: Pháp lệnh Trọng tài Thương mại, Pháp lệnh Thuế thu nhập đối với người có thu nhập cao, Pháp lệnh chống bán phá giá hàng nhập khẩu vào Việt Nam, ...*

- *Các văn bản dưới luật về kinh tế như: 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...*

Bên cạnh hệ thống luật quốc gia là nguồn chủ yếu của luật kinh tế, trong bối cảnh hội nhập kinh tế hiện nay, các điều ước quốc tế về thương mại cũng trở thành một nguồn luật quan trọng. Khái niệm điều ước quốc tế dùng để chỉ những công ước, hiệp ước, hiệp định quốc tế đa phương và song phương. Trong những năm qua Việt Nam đã lần lượt tham gia vào các điều ước quốc tế thương mại đa phương như: Công ước Berne về bảo hộ quyền tác giả, Hiệp định TRIPS về khía

cạnh thương mại của sở hữu trí tuệ, Thỏa ước Madrid về nhãn hiệu hàng hóa, các hiệp định hình thành khu vực mậu dịch tự do Asean (AFTA); các hiệp định thương mại song phương như Hiệp định thương mại Việt Nam – Hoa kỳ, Hiệp định thương mại Việt Nam – EU, v.v.... Việt Nam hiện nay chưa gia nhập Công ước về mua bán hàng hóa quốc tế (CISG 1980) nhưng nhiều chế định trong Công ước đã được vận dụng trong Luật thương mại. Đặc biệt từ đầu năm 2007, Việt Nam là thành viên chính thức của WTO, rất nhiều qui định của tổ chức thương mại này trở thành bộ phận quan trọng chi phối quan hệ thương mại giữa Việt Nam và các nước.

Tập quán thương mại trong mua bán hàng hóa quốc tế từ lâu đã được áp dụng trong thực tiễn thương mại ở nước ta. Hiện nay, Luật Thương mại 2005 đã chính thức quy định về tập quán thương mại. Tập quán thương mại là thói quen được thừa nhận rộng rãi trong hoạt động thương mại trên một vùng, miền hoặc trên một lĩnh vực thương mại, có nội dung rõ ràng được các bên thừa nhận để xác định quyền và nghĩa vụ của các bên trong hoạt động thương mại. Tuy nhiên, cần lưu ý là tập quán thương mại không phải là một nguồn luật đương nhiên, chúng chỉ trở thành nguồn luật khi hai bên thỏa thuận thành một điều khoản trong hợp đồng hoặc khi các điều ước quốc tế mà hai bên dẫn chiếu trong hợp đồng quy định.

## **5. VAI TRÒ CỦA LUẬT KINH TẾ TRONG NỀN KINH TẾ THỊ TRƯỜNG**

### **5.1. Tính tất yếu của việc điều chỉnh bằng pháp luật các quan hệ kinh tế thị trường**

Nền kinh tế thị trường là một phương thức tổ chức vận hành kinh tế xã hội mà đặc trưng phổ biến là sự liên hệ mua bán giữa hai bên trong hoạt động sản xuất hàng hóa và trao đổi hàng hóa. Cơ chế kinh tế thị trường theo cách hiểu chung là một cơ chế mà trong đó các nhân tố cơ bản của đời sống kinh tế vận hành dưới sự chi phối của quy

luật thị trường, vận hành trong môi trường cạnh tranh vì mục tiêu lợi nhuận. Đặc điểm này chi phối sự hình thành và phát triển các quy phạm pháp luật kinh tế mà – dù muốn hay không – các quốc gia lựa chọn định hướng này phải tuân thủ. Kinh tế thị trường dù mang sắc thái khác nhau tùy vào điểm xuất phát, mục tiêu chiến lược của từng nước, nhưng nhìn chung đều có một số đặc trưng sau:

- Trong nền kinh tế cùng tồn tại nhiều loại hình sở hữu với nhiều thành phần kinh tế khác nhau.

- Nền kinh tế vận hành trong môi trường tự do cạnh tranh và động lực cơ bản chi phối là lợi nhuận.

- Nhà nước thực hiện việc điều chỉnh kinh tế thị trường chủ yếu bằng các chính sách kinh tế và ban hành hệ thống pháp luật kinh tế.

Bản thân nền kinh tế thị trường có nhiều ưu điểm không thể phủ nhận; song kinh tế thị trường cũng chứa đựng nhiều khuyết tật mà nếu thiếu một hệ thống quy phạm pháp luật đồng bộ và phù hợp thì hiện tượng lệch lạc gây tổn thất cho xã hội là điều khó tránh khỏi. Ngay ở những quốc gia có nền kinh tế và luật pháp phát triển lâu đời như ở phương Tây, nhiều khi cũng có những hiện tượng vi phạm, gây thiệt hại lớn cho nền kinh tế. Trong nền kinh tế thị trường, các quốc gia luôn luôn đối mặt với những thách thức, mâu thuẫn xã hội cần phải giải quyết. Đó là yêu cầu bảo đảm sự hài hoà giữa kinh tế và xã hội. Nói cách khác, làm thế nào vừa bảo đảm yêu cầu phát triển kinh tế vừa phải bảo đảm công bằng xã hội và giải quyết tốt vấn đề phát triển bền vững. Phát triển kinh tế thị trường tức là thừa nhận quyền hợp pháp của nhà kinh doanh trong việc sử dụng các phương pháp để mang lại lợi nhuận tối đa, mục đích lợi nhuận là mục đích cao nhất, là bản chất của nền kinh tế thị trường. Mặt khác, phải bảo đảm lợi ích cho toàn xã hội, bảo vệ người lao động, người tiêu dùng, không để xảy ra tình trạng làm ăn bất hợp pháp, phá hoại môi trường, coi thường sức

khỏe, tính mạng con người,... Pháp luật và chỉ có pháp luật mới đóng vai trò bảo đảm dung hòa được hai mặt đối lập đó.

## **5.2. Vai trò của luật kinh tế trong nền kinh tế thị trường Việt Nam**

Trong nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa Việt Nam, pháp luật có vai trò to lớn, tác động mạnh mẽ đến kinh tế, thể hiện ở những mặt sau:

- Pháp luật kinh tế tạo ra môi trường, điều kiện thuận lợi cho các quan hệ kinh tế tồn tại một cách tự do, bình đẳng.

- Pháp luật kinh tế khắc phục các tiêu cực của chính cơ chế thị trường, bảo đảm sự kết hợp hài hòa giữa tăng trưởng kinh tế với công bằng xã hội.

- Pháp luật kinh tế góp phần phát triển nền kinh tế theo cơ chế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa.

## **CHƯƠNG**

## **2**

# **PHÁP LUẬT VỀ ĐẦU TƯ Ở VIỆT NAM**

### **1. KHÁI QUÁT VỀ SỰ PHÁT TRIỂN CỦA PHÁP LUẬT ĐẦU TƯ Ở VIỆT NAM**

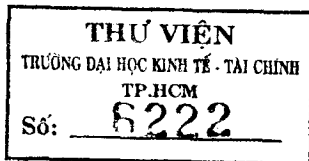
Đầu tư là một phần không thể thiếu của kinh tế thị trường nhằm mục đích huy động nguồn lực trong và ngoài nước để phát triển kinh tế – xã hội của đất nước. Đối với các quốc gia đang phát triển như Việt Nam thì thu hút đầu tư là vấn đề trọng tâm mà Đảng và nhà nước ta đặc biệt quan tâm ngay từ giai đoạn đầu của đổi mới kinh tế và hiện tại cũng vậy.

Về mặt lịch sử, đối với lĩnh vực đầu tư nước ngoài, ngay sau ngày đất nước thống nhất 30/04/1975, nhu cầu khôi phục và xây dựng lại nền kinh tế bị chiến tranh tàn phá nghiêm trọng đã được Đảng và nhà nước đề ra. Điều này thể hiện trong Văn kiện của Đại hội Đảng lần thứ IV (1976) và Nghị quyết Trung ương Đảng lần thứ 24 đã nhấn mạnh chủ trương của Đảng và Nhà nước ta là thiết lập và mở rộng quan hệ giữa Việt Nam với tất cả các nước khác trên thế giới trên cơ sở tôn trọng độc lập, chủ quyền, bình đẳng và cùng có lợi, tích cực tranh thủ điều kiện quốc tế thuận lợi để nhanh chóng xây dựng cơ sở vật chất – kỹ thuật của chủ nghĩa xã hội. Thực hiện chủ trương và định hướng đó, nhà nước Việt Nam đã ban hành hàng loạt các văn bản pháp lý quan trọng có liên quan đến lĩnh vực hợp tác đầu tư với nước ngoài, mà văn bản pháp lý đầu tiên là Nghị quyết 115/CP (18/07/1977) do Thủ tướng Chính phủ ban hành quy định Điều lệ về

đầu tư nước ngoài ở Việt Nam, trong đó chính thức kêu gọi các nhà đầu tư nước ngoài đầu tư vào Việt Nam dưới nhiều hình thức khác nhau, không phân biệt chế độ chính trị, kinh tế, xã hội.

Ngày 29/12/1987, Quốc hội Việt Nam đã chính thức thông qua Luật Đầu tư nước ngoài đầu tiên (sửa đổi, bổ sung hai lần vào năm 1990 và 1992). Suốt gần mười năm thực thi Luật Đầu tư nước ngoài (29/12/1987), cả nước đã thu hút được một số lượng lớn các dự án đầu tư nước ngoài và số vốn đăng ký đầu tư góp phần đưa nền kinh tế Việt Nam dần thoát khỏi khủng hoảng, để từ đó vươn lên mạnh mẽ. Tuy nhiên, chính trong quá trình thực thi, Luật Đầu tư nước ngoài (29/12/1987) cũng đã bộc lộ nhiều bất cập, vướng mắc không phù hợp với bối cảnh mới của đất nước. Do đó ngày 12/11/1996 Quốc hội đã thông qua Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam, thay thế cho Luật Đầu tư nước ngoài (29/12/1987). Luật này đã được Quốc hội sửa đổi, bổ sung vào ngày 09/06/2000 và có hiệu lực cho đến ngày 30/06/2006. Luật Đầu tư nước ngoài (1996, 2000) có tất cả 6 Chương, 68 điều.

Trong khi đó, đối với lĩnh vực đầu tư trong nước, ngày 20/05/1998 Quốc hội Việt Nam đã thông qua Luật Khuyến khích đầu tư trong nước để điều chỉnh hoạt động đầu tư của các thành phần kinh tế trong nước. Đến ngày 08/07/1999, Chính phủ Việt Nam cũng đã ban hành Nghị định 51/CP để quy định chi tiết thi hành Luật Khuyến khích đầu tư trong nước. Theo đó, khung pháp lý về đầu tư ở Việt Nam có sự khác biệt giữa đầu tư trong nước và đầu tư nước ngoài về các biện pháp ưu đãi đầu tư, đăng ký đầu tư,..... Chính điều này đã đi ngược lại với nguyên tắc bình đẳng, thể hiện sự phân biệt đối xử trong chính sách thu hút đầu tư là không cần thiết, gây ảnh hưởng bất lợi đến việc thu hút đầu tư cũng như không phù hợp với xu thế hội nhập kinh tế quốc tế mà nhà nước ta đang tiến hành. Vì vậy, nhu cầu cần thiết và cấp bách đặt ra là cần có một khung pháp lý thống nhất để điều chỉnh hoạt động đầu tư ở Việt Nam nhằm tạo ra môi trường đầu tư thực sự hấp dẫn, mà ở đó các nhà đầu tư có thể tồn tại và cạnh tranh bình





đẳng với nhau. Đây không những là mong mỏi của nhà đầu tư trong nước mà còn là của các nhà đầu tư nước ngoài.

Trên tinh thần đó, ngày 29/11/2005, tại Kỳ họp thứ 8 Quốc hội Khóa XI đã chính thức thông qua Luật Đầu tư, đến ngày 22/09/2006 Chính phủ Việt Nam đã ban hành Nghị định 108/CP để quy định chi tiết và thi hành một số điều của Luật Đầu tư. Những văn bản quy phạm pháp luật quan trọng này đã đánh dấu một bước ngoặt mới trong lịch sử phát triển của pháp luật về đầu tư ở nước ta. Luật Đầu tư (29/11/2005) ra đời thay thế cho các quy định tại Luật Khuyến khích đầu tư trong nước (20/05/1998) và Luật Đầu tư nước ngoài (1996, 2000). Kể từ ngày 01/07/2006 – ngày có hiệu lực của Luật Đầu tư, sự phân cách pháp lý giữa đầu tư trong nước và đầu tư nước ngoài chính thức bị bãi bỏ, môi trường đầu tư ở Việt Nam đã thực sự thống nhất theo đúng tên gọi của nó.

Về kết cấu và phạm vi điều chỉnh, Luật Đầu tư (2005) gồm có 89 điều, chia thành chín chương, điều chỉnh năm vấn đề cơ bản sau:

- ↪ Hoạt động đầu tư nhằm mục đích kinh doanh
- ↪ Quyền và nghĩa vụ của nhà đầu tư
- ↪ Bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp của nhà đầu tư
- ↪ Khuyến khích và ưu đãi đầu tư
- ↪ Quản lý nhà nước về đầu tư tại Việt Nam và đầu tư từ Việt Nam ra nước ngoài.

Như vậy, so với các quy định tại Luật Khuyến khích đầu tư (20/05/1998) thì Luật Đầu tư (29/11/2005) đã có những quy định mới về phạm vi điều chỉnh. Chẳng hạn, vấn đề đầu tư từ Việt Nam ra nước ngoài đã chính thức được luật hóa, mà điều này tại Luật Khuyến khích đầu tư (20/05/1995) không đề cập cụ thể.

Về đối tượng áp dụng, theo quy định tại Điều 2 của Luật Đầu tư (29/11/2005) thì nhà đầu tư trong nước và nhà đầu tư nước ngoài khi thực hiện hoạt động đầu tư trên lãnh thổ Việt Nam và đầu tư từ Việt Nam ra nước ngoài, cũng như các cá nhân, tổ chức có liên quan đến hoạt động đầu tư, đều phải chịu sự điều chỉnh của Luật Đầu tư (2005) trên tinh thần không phân biệt đó là đầu tư trong nước hay đầu tư nước ngoài.

## 2. MỘT SỐ QUY ĐỊNH CHUNG VỀ ĐẦU TƯ

Khái niệm đầu tư được hiểu là việc nhà đầu tư bỏ vốn bằng các loại tài sản hữu hình hoặc vô hình để hình thành tài sản tiến hành các hoạt động đầu tư theo quy định của Luật Đầu tư và các quy định khác của pháp luật có liên quan (Khoản 1 Điều 3 Luật Đầu tư).

Về phân loại đầu tư, có hai loại:

+ **Đầu tư trực tiếp**: là hình thức đầu tư do nhà đầu tư bỏ vốn đầu tư và tham gia quản lý hoạt động đầu tư. *Chẳng hạn, hành vi của cá nhân bỏ vốn thành lập doanh nghiệp tư nhân và tham gia trực tiếp quản lý, điều hành doanh nghiệp nhằm mục đích sinh lợi, đó là hoạt động đầu tư trực tiếp; hoặc hành vi của cá nhân, tổ chức nước ngoài bỏ vốn mua lại doanh nghiệp Việt Nam và trực tiếp tham gia quản lý điều hành doanh nghiệp mua lại này, đó cũng là hoạt động đầu tư trực tiếp.*

Đầu tư trực tiếp thường dẫn đến sự thành lập một pháp nhân như tổ chức kinh tế liên doanh, tổ chức kinh tế 100% vốn trong nước hoặc nước ngoài, chi nhánh của các công ty nước ngoài.

Đầu tư trực tiếp là phương thức đầu tư rất quan trọng trong giai đoạn hiện nay trên thế giới. Nguồn vốn và tài sản để thực hiện dự án đầu tư trực tiếp có thể đến từ các nhà đầu tư trong nước hoặc nhà đầu tư nước ngoài. Luật Đầu tư (29/11/2005) của Việt Nam cũng chủ yếu tập trung quy định cho phương thức đầu tư này.

Hoạt động đầu tư trực tiếp có ý nghĩa góp phần làm tăng tổng sản phẩm quốc nội, thúc đẩy quá trình chuyển giao công nghệ và

phương thức quản lý kinh doanh tiên tiến, đồng thời góp phần giải quyết vấn đề việc làm tại quốc gia tiếp nhận đầu tư.

+ **Đầu tư gián tiếp:** là hình thức đầu tư thông qua việc mua cổ phần, cổ phiếu, trái phiếu, các giấy tờ có giá khác, quỹ đầu tư chứng khoán và thông qua các định chế tài chính khác mà nhà đầu tư không trực tiếp tham gia quản lý hoạt động đầu tư. *Chẳng hạn, hành vi của cá nhân định cư ở nước ngoài mua cổ phiếu trong các công ty cổ phần tại Việt Nam thông qua thị trường chứng khoán mà họ không trực tiếp tham gia vào hội đồng quản trị và dự họp, biểu quyết các vấn đề liên quan đến hoạt động kinh doanh của công ty hoặc hành vi của cá nhân, tổ chức nước ngoài mua trái phiếu do Chính phủ Việt Nam phát hành để nhằm mục đích sinh lợi nhưng họ không trực tiếp chi phối đến việc sử dụng nguồn vốn đó – đây chính là hoạt động đầu tư gián tiếp.*

Nhìn chung, đầu tư gián tiếp là phương thức đầu tư thông qua ngân hàng và thị trường chứng khoán, nó không dẫn đến việc thành lập một pháp nhân riêng như đầu tư trực tiếp. Hình thức đầu tư này mang tính đầu cơ nên nhà đầu tư có thể thu lãi rất lớn thông qua sự biến động của thị trường tài chính, nhưng cũng chính vì thế mà họ cũng có thể phải chịu những rủi ro khó lường. Đối với quốc gia nhận đầu tư, đầu tư gián tiếp cũng góp phần giải quyết tình trạng khan hiếm vốn, nhưng khi các nhà đầu tư đồng loạt rút đi, chẳng hạn như họ bán lại chứng khoán, thì sẽ dẫn đến những biến động trên thị trường tài chính, ảnh hưởng đến nền kinh tế.

Nhà đầu tư ở đây được hiểu là các cá nhân, tổ chức thực hiện hoạt động đầu tư theo quy định của pháp luật Việt Nam, cụ thể bao gồm:

✓ Doanh nghiệp thuộc các thành phần kinh tế thành lập theo Luật Doanh nghiệp (29/11/2005) như doanh nghiệp tư nhân, công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty hợp danh

✓ Hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã được thành lập theo Luật Hợp tác xã (26/11/2003)

✓ Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được thành lập trước ngày 01/07/2006, bao gồm doanh nghiệp do nhà đầu tư nước ngoài thành lập để thực hiện hoạt động đầu tư tại Việt Nam và doanh nghiệp Việt Nam do nhà đầu tư nước ngoài mua cổ phần, sáp nhập, mua lại.

✓ Hộ kinh doanh, cá nhân

✓ Tổ chức, cá nhân nước ngoài; người Việt Nam định cư ở nước ngoài, người nước ngoài thường trú ở Việt Nam.

✓ Các tổ chức theo quy định của pháp luật Việt Nam. Chẳng hạn, các cơ quan nhà nước có thẩm quyền ở Việt Nam vẫn có thể ký kết các hợp đồng BOT, BTO, BT để tham gia vào các hoạt động đầu tư.

***Về các biện pháp bảo đảm đầu tư***, theo quy định tại các Điều 6, 7, 8 và 9 Luật Đầu tư (2005) thì nhà nước Việt Nam bảo đảm nguồn vốn đầu tư và tài sản hợp pháp của nhà đầu tư không bị quốc hữu hóa, không bị tịch thu bằng biện pháp hành chính. Trong trường hợp thật cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh và lợi ích quốc gia, Nhà nước trưng mua, trưng dụng tài sản của nhà đầu tư thì nhà đầu tư được thanh toán hoặc bồi thường theo giá thị trường tại thời điểm công bố việc trưng mua, trưng dụng mà không có sự phân biệt đối xử giữa các nhà đầu tư. Riêng đối với nhà đầu tư nước ngoài thì việc thanh toán hoặc bồi thường tài sản được thực hiện bằng đồng tiền tự do chuyển đổi và họ được quyền chuyển ra nước ngoài.

Bên cạnh đó, Luật Đầu tư (29/11/2005) còn ghi nhận việc bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ cho nhà đầu tư. Bởi vì cùng với sự ra đời của Luật Sở hữu trí tuệ (29/11/2005) cũng như để phù hợp với xu hướng hội nhập kinh tế quốc tế, đảm bảo quyền, lợi ích hợp pháp, chính đáng của nhà đầu tư đối với tài sản vô hình của mình, Điều 7 Luật Đầu tư (29/11/2005) đã khẳng định quan điểm của nhà nước Việt Nam bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ trong hoạt động đầu tư, bảo đảm lợi ích hợp pháp của nhà đầu tư trong việc chuyển giao công nghệ tại Việt Nam theo quy

định của pháp luật về sở hữu trí tuệ và các quy định khác của pháp luật có liên quan.

Đồng thời để nhằm phù hợp với các quy định trong các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên, nhà nước Việt Nam bảo đảm thực hiện đối với nhà đầu tư nước ngoài các quy định sau :

+ Thứ nhất, mở cửa thị trường đầu tư phù hợp với lộ trình đã cam kết

+ Thứ hai, không bắt buộc nhà đầu tư phải thực hiện các yêu cầu sau :

✓ Ưu tiên mua, sử dụng hàng hóa, dịch vụ trong nước hoặc phải mua hàng hóa, dịch vụ từ nhà sản xuất hoặc cung ứng dịch vụ nhất định trong nước.

✓ Xuất khẩu hàng hóa hoặc xuất khẩu dịch vụ đạt một tỷ lệ nhất định; hạn chế số lượng, giá trị, loại hàng hóa và dịch vụ xuất khẩu hoặc sản xuất, cung ứng trong nước.

✓ Nhập khẩu hàng hóa với số lượng và giá trị tương ứng với số lượng và giá trị hàng hóa xuất khẩu hoặc phải tự cân đối ngoại tệ từ nguồn xuất khẩu để đáp ứng nhu cầu nhập khẩu

✓ Đạt được tỷ lệ nội địa hóa nhất định trong hàng hóa sản xuất

✓ Đạt được một mức độ nhất định hoặc giá trị nhất định trong hoạt động nghiên cứu và phát triển ở trong nước.

✓ Cung cấp hàng hóa, dịch vụ tại một địa điểm cụ thể ở trong nước hoặc nước ngoài.

✓ Đặt trụ sở chính tại một địa điểm cụ thể.

***Về cơ chế giải quyết tranh chấp phát sinh trong hoạt động đầu tư***

+ Nếu trường hợp tranh chấp liên quan đến hoạt động đầu tư tại Việt Nam thì được giải quyết thông qua thương lượng, hòa giải, trọng tài hoặc tòa án theo quy định của pháp luật

+ Nếu tranh chấp giữa các nhà đầu tư trong nước với nhau hoặc với cơ quan quản lý nhà nước Việt Nam liên quan đến hoạt động đầu tư trên lãnh thổ Việt Nam thì được giải quyết thông qua Trọng tài hoặc Tòa án Việt Nam

+ Nếu tranh chấp mà một bên là nhà đầu tư nước ngoài hoặc doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài hoặc tranh chấp giữa các nhà đầu tư nước ngoài với nhau thì được giải quyết thông qua một trong những cơ quan, tổ chức sau :

- Tòa án Việt Nam
- Trọng tài Việt Nam
- Trọng tài nước ngoài
- Trọng tài quốc tế
- Trọng tài do các bên tranh chấp thỏa thuận thành lập

+ Nếu tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài với cơ quan quản lý nhà nước Việt Nam liên quan đến hoạt động đầu tư trên lãnh thổ Việt Nam được giải quyết thông qua Trọng tài hoặc Tòa án Việt Nam, trừ trường hợp có thỏa thuận khác trong hợp đồng được ký giữa đại diện cơ quan nhà nước có thẩm quyền với nhà đầu tư nước ngoài hoặc trong điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên

### **3. HÌNH THỨC ĐẦU TƯ TRỰC TIẾP**

Đầu tư trực tiếp bao gồm các hình thức cụ thể sau:

+ *Thành lập tổ chức kinh tế 100% vốn của nhà đầu tư*

Nhà đầu tư trong nước, nhà đầu tư nước ngoài đầu tư theo hình thức 100% vốn để thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần, công ty hợp danh, doanh nghiệp tư nhân theo quy định của Luật Doanh nghiệp và pháp luật có liên quan.

Doanh nghiệp 100% vốn đầu tư nước ngoài đã thành lập tại Việt Nam được hợp tác với nhau và với nhà đầu tư nước ngoài để đầu tư thành lập doanh nghiệp 100% vốn đầu tư nước ngoài mới.

Doanh nghiệp 100% vốn đầu tư nước ngoài có tư cách pháp nhân theo pháp luật Việt Nam, được thành lập và hoạt động kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đầu tư.

*+ Thành lập tổ chức kinh tế liên doanh giữa nhà đầu tư trong nước và nhà đầu tư nước ngoài*

Nhà đầu tư nước ngoài liên doanh với nhà đầu tư trong nước để đầu tư thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn có từ hai thành viên trở lên, công ty cổ phần, công ty hợp danh theo quy định của Luật Doanh nghiệp và pháp luật có liên quan.

Doanh nghiệp thực hiện theo hình thức liên doanh có tư cách pháp nhân theo pháp luật Việt Nam, được thành lập và hoạt động kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đầu tư.

*+ Đầu tư theo hình thức hợp đồng hợp tác kinh doanh (BCC), hợp đồng xây dựng – kinh doanh – chuyển giao (BOT), hợp đồng xây dựng – chuyển giao – kinh doanh (BTO) và hợp đồng xây dựng – chuyển giao (BT):*

Hợp đồng BCC là hợp đồng do một hoặc nhiều nhà đầu tư nước ngoài ký kết với một hoặc nhiều nhà đầu tư trong nước (các bên hợp doanh) để tiến hành đầu tư, kinh doanh; trong đó quy định về quyền lợi, trách nhiệm và phân chia kết quả kinh doanh cho mỗi bên hợp doanh mà không thành lập pháp nhân.

Hợp đồng BCC trong lĩnh vực tìm kiếm, thăm dò và khai thác dầu khí và một số tài nguyên khác theo hình thức hợp đồng phân chia sản phẩm thực hiện theo quy định pháp luật có liên quan và Luật Đầu tư.

Hợp đồng BCC được ký giữa các nhà đầu tư trong nước để tiến hành đầu tư, kinh doanh thực hiện theo quy định của pháp luật về hợp đồng và pháp luật có liên quan.

Đối tượng, nội dung hợp tác, thời hạn kinh doanh, quyền lợi, nghĩa vụ, trách nhiệm của mỗi bên, quan hệ hợp tác giữa các bên và tổ chức quản lý do các bên thỏa thuận và ghi trong hợp đồng.

Trong quá trình hoạt động kinh doanh, nếu xét thấy cần thiết, các bên hợp doanh có thể thỏa thuận thành lập Ban điều phối để thực hiện hợp đồng BCC. Ban điều phối không phải là cơ quan lãnh đạo của các bên hợp doanh và không có quyền quyết định hoạt động kinh doanh. Mọi hoạt động đều phải có sự nhất trí giữa hai bên và phù hợp với hợp đồng BCC.

Đối với bên hợp doanh nước ngoài thì trong quá trình thực hiện hợp đồng họ có thể thành lập Văn phòng điều hành tại Việt Nam để làm đại diện cho mình trong việc thực hiện hợp đồng. Văn phòng điều hành của bên hợp doanh nước ngoài có con dấu, được mở tài khoản riêng, được phép tuyển dụng lao động, được ký hợp đồng và thực hiện các hoạt động kinh doanh trong phạm vi các quyền và nghĩa vụ quy định trong giấy chứng nhận đầu tư và trong hợp đồng BCC.

Hợp đồng BCC phải có những nội dung chủ yếu sau :

- ✓ Tên, địa chỉ, người đại diện có thẩm quyền của các bên tham gia hợp đồng BCC; địa chỉ giao dịch hoặc địa chỉ nơi thực hiện dự án
- ✓ Mục tiêu và phạm vi kinh doanh
- ✓ Đóng góp của các bên hợp doanh, việc phân chia kết quả kinh doanh, tiến độ thực hiện hợp đồng
- ✓ Tiến độ thực hiện dự án
- ✓ Thời hạn hợp đồng
- ✓ Quyền, nghĩa vụ của các bên hợp doanh
- ✓ Các nguyên tắc tài chính
- ✓ Thể thức sửa đổi, chấm dứt hợp đồng, điều kiện chuyển nhượng



✓ Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng, phương thức giải quyết tranh chấp.

Ngoài các nội dung trên, các bên hợp doanh có thể thỏa thuận những nội dung khác trong hợp đồng BCC.

Hợp đồng BCC phải do đại diện có thẩm quyền của các bên hợp doanh ký vào từng trang và ký đầy đủ vào cuối hợp đồng. Hợp đồng BCC giữa bên Việt Nam và bên nước ngoài có hiệu lực kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đầu tư.

**Hợp đồng xây dựng – kinh doanh – chuyển giao (BOT):** là hình thức đầu tư được ký giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền và nhà đầu tư để xây dựng, kinh doanh công trình kết cấu hạ tầng trong một thời hạn nhất định; hết thời hạn, nhà đầu tư chuyển giao không bồi hoàn công trình đó cho Nhà nước Việt Nam.

**Hợp đồng xây dựng – chuyển giao – kinh doanh (BTO):** là hình thức đầu tư được ký giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền và nhà đầu tư để xây dựng công trình kết cấu hạ tầng; sau khi xây dựng xong, nhà đầu tư chuyển giao công trình đó cho Nhà nước Việt Nam; Chính phủ Việt Nam dành cho nhà đầu tư quyền kinh doanh công trình đó trong một thời hạn nhất định để thu hồi vốn đầu tư và lợi nhuận.

**Hợp đồng xây dựng – chuyển giao (BT):** là hình thức đầu tư được ký giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền và nhà đầu tư để xây dựng công trình kết cấu hạ tầng; sau khi xây dựng xong, nhà đầu tư chuyển giao công trình đó cho Nhà nước Việt Nam; Chính phủ Việt Nam tạo điều kiện cho nhà đầu tư thực hiện dự án khác để thu hồi vốn đầu tư và lợi nhuận hoặc thanh toán cho nhà đầu tư theo thỏa thuận trong hợp đồng BT.

Các hợp đồng BOT, BTO, BT có những đặc điểm chung sau:

✓ Chỉ được áp dụng trong lĩnh vực xây dựng công trình kết cấu hạ tầng như xây dựng hạ tầng cho hệ thống giao thông, cấp thoát

nước,...Thông qua hợp đồng BOT, BTO, BT, Chính phủ trao cho nhà đầu tư quyền kinh doanh công trình để có thể bù đắp lại chi phí phát triển dự án và hoàn vốn cho các nhà đầu tư. Chẳng hạn, quyền thu phí cầu đường, điện nước hoặc được thực hiện một dự án đầu tư khác.

✓ Chỉ được ký kết giữa một bên là cơ quan nhà nước có thẩm quyền của Việt Nam với bên còn lại là các nhà đầu tư (khác với hợp đồng BCC được ký kết giữa các nhà đầu tư với nhau).

✓ Các nhà đầu tư khi đầu tư dưới hình thức này thường sử dụng vốn góp của họ và phần lớn vốn vay từ các ngân hàng thương mại để đầu tư cho dự án. Vì vậy, sự tham gia của ngân hàng thương mại là hết sức quan trọng. Nếu nhà đầu tư và Chính phủ không sẵn sàng đưa ra các cơ chế thuận tiện để tiến hành dự án BOT, BTO, BT nhằm bảo vệ quyền lợi và giải quyết các vấn đề mà bên cho vay quan tâm thì dự án sẽ khó thành công.

✓ Hợp đồng BOT, BTO luôn có ấn định về thời gian mà sau đó quyền kinh doanh độc quyền của nhà đầu tư sẽ kết thúc và nhà đầu tư sẽ chuyển giao không bồi hoàn công trình hoặc hệ thống công trình cho Chính phủ Việt Nam.

Để thực hiện dự án BOT, BTO, BT nhà đầu tư có thể thành lập doanh nghiệp BOT, BTO, BT. Doanh nghiệp BOT, BTO, BT là doanh nghiệp hoạt động theo Luật Doanh nghiệp để thực hiện hợp đồng BOT, BTO, BT. Doanh nghiệp BOT, BTO, BT chịu trách nhiệm thực hiện các quy định tại giấy phép đầu tư, các cam kết của nhà đầu tư theo hợp đồng BOT, BTO, BT. Quyền và nghĩa vụ của doanh nghiệp BOT, BTO, BT, mối quan hệ giữa doanh nghiệp BOT, BTO, BT và nhà đầu tư trong việc thực hiện dự án cho các bên thỏa thuận trong hợp đồng BOT, BTO, BT

#### *+ Đầu tư phát triển kinh doanh*

Nhà đầu tư được đầu tư phát triển kinh doanh thông qua các hình thức sau:

✓ Mở rộng quy mô, nâng cao năng suất, năng lực kinh doanh.

✓ Đổi mới công nghệ, nâng cao chất lượng sản phẩm, giảm ô nhiễm môi trường.

+ *Đầu tư theo hình thức góp vốn, mua cổ phần, sáp nhập, mua lại doanh nghiệp*

Nhà đầu tư có quyền góp vốn, mua cổ phần, sáp nhập, mua lại doanh nghiệp để tham gia quản lý hoạt động đầu tư theo quy định của Luật Doanh nghiệp và pháp luật có liên quan.

Doanh nghiệp nhận sáp nhập, mua lại kế thừa các quyền, nghĩa vụ của doanh nghiệp bị sáp nhập, mua lại, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác.

Nhà đầu tư nước ngoài khi góp vốn mua cổ phần phải thực hiện đúng các quy định của các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên về tỷ lệ góp vốn, hình thức đầu tư và lộ trình mở cửa thị trường. Nhà đầu tư khi sáp nhập, mua lại công ty, chi nhánh tại Việt Nam phải tuân thủ các quy định của Luật Doanh nghiệp (29/11/2005) về điều kiện tập trung kinh tế và pháp luật về cạnh tranh.

+ *Các hình thức đầu tư trực tiếp khác*

## **4. THỦ TỤC ĐẦU TƯ, TRIỂN KHAI THỰC HIỆN DỰ ÁN ĐẦU TƯ VÀ TẠM NGỪNG, CHẤM DỨT DỰ ÁN ĐẦU TƯ**

### **4.1. Thẩm quyền chấp thuận và cấp giấy Chứng nhận đầu tư**

*Các dự án do Thủ tướng Chính phủ chấp thuận chủ trương đầu tư, bao gồm:*

+ Các dự án không phân biệt nguồn vốn, quy mô đầu tư trong các lĩnh vực sau (trường hợp 1):

✓ Xây dựng và kinh doanh cảng hàng không, vận tải hàng không.

✓ Xây dựng và kinh doanh cảng biển quốc gia.

✓ Thăm dò, khai thác, chế biến dầu khí; thăm dò, khai thác khoáng sản.

✓ Phát thanh, truyền hình.

✓ Kinh doanh casino.

✓ Sản xuất thuốc lá điếu.

✓ Thành lập cơ sở đào tạo đại học.

✓ Thành lập khu công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao và khu kinh tế.

+ Dự án không thuộc các trường hợp trên, không phân biệt nguồn vốn và có quy mô vốn đầu tư từ 1500 tỷ đồng trở lên trong những lĩnh vực sau (trường hợp 2):

✓ Kinh doanh điện, chế biến khoáng sản, luyện kim.

✓ Xây dựng kết cấu hạ tầng đường sắt, đường bộ, đường thủy nội địa.

✓ Sản xuất, kinh doanh rượu, bia.

+ Dự án có vốn đầu tư nước ngoài trong các lĩnh vực sau (trường hợp 3):

✓ Kinh doanh vận tải biển.

✓ Thiết lập mạng và cung cấp dịch vụ bưu chính, chuyển phát, viễn thông và internet; thiết lập mạng truyền dẫn phát sóng.

✓ In ấn, phát hành báo chí, xuất bản.

✓ Thành lập cơ sở nghiên cứu khoa học độc lập.

Đối với các dự án đầu tư quy định trong ba trường hợp vừa nêu trên nằm trong quy hoạch đã được Thủ tướng Chính phủ phê duyệt hoặc ủy quyền phê duyệt và đáp ứng các điều kiện pháp luật quy định và điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên thì cơ quan cấp giấy

chứng nhận đầu tư thực hiện thủ tục cấp giấy chứng nhận đầu tư mà không phải trình Thủ tướng Chính phủ quyết định chủ trương đầu tư.

+ Trường hợp dự án đầu tư trong ba trường hợp đầu tiên trên không nằm trong quy hoạch đã được Thủ tướng Chính phủ phê duyệt hoặc ủy quyền phê duyệt hoặc dự án không đáp ứng các điều kiện mở cửa thị trường quy định tại điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên, thì cơ quan cấp giấy chứng nhận đầu tư chủ trì, lấy ý kiến bộ quản lý ngành, Bộ Kế hoạch & Đầu tư và các cơ quan liên quan để trình Thủ tướng Chính phủ quyết định việc điều chỉnh bổ sung quy hoạch hoặc quyết định mở cửa thị trường đầu tư.

+ Dự án đầu tư trong ba trường hợp đầu tiên nêu trên thuộc lĩnh vực chưa có quy hoạch, thì cơ quan cấp Giấy chứng nhận đầu tư lấy ý kiến Bộ quản lý ngành, Bộ Kế hoạch & Đầu tư và các cơ quan khác có liên quan, trình Thủ tướng Chính phủ quyết định chủ trương đầu tư.

*Dự án do UBND cấp tỉnh cấp Giấy chứng nhận đầu tư, bao gồm :*

+ Dự án ngoài khu công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao, khu kinh tế, bao gồm cả các dự án đầu tư đã được Thủ tướng Chính phủ chấp thuận chủ trương đầu tư theo quy định tại Nghị định 108/CP (22/09/2006)

+ Dự án đầu tư phát triển kết cấu hạ tầng khu công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao đối với những địa phương chưa thành lập Ban Quản lý khu công nghiệp, khu chế xuất và khu công nghệ cao.

*Dự án do Ban Quản lý khu công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao, khu kinh tế cấp Giấy chứng nhận đầu tư*

Ban quản lý khu công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao, khu kinh tế thực hiện việc đăng ký đầu tư, cấp Giấy chứng nhận đầu tư đối với dự án đầu tư vào khu công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao, khu kinh tế, bao gồm cả các dự án đầu tư đã được Thủ tướng

Chính phủ chấp thuận chủ trương đầu tư theo quy định tại Nghị định 108/CP (22/09/2006)

#### **4.2. Thủ tục đầu tư**

Theo quy định tại Luật Đầu tư (29/11/2005) thì thủ tục đầu tư gồm có hai loại là đăng ký đầu tư và thẩm tra dự án đầu tư.

Cơ quan tiếp nhận hồ sơ dự án đầu tư bao gồm:

✓ Sở Kế hoạch & Đầu tư tiếp nhận hồ sơ dự án đầu tư thuộc thẩm quyền của UBND cấp tỉnh thực hiện trên địa bàn.

✓ Ban quản lý khu chế xuất, khu công nghiệp, khu công nghệ cao, khu kinh tế tiếp nhận hồ sơ án đầu tư thuộc thẩm quyền cấp Giấy chứng nhận đầu tư của Ban quản lý khu công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao, khu kinh tế.

##### **+ Đăng ký dự án đầu tư**

##### *Đối với dự án đầu tư trong nước*

Nếu dự án có quy mô vốn đầu tư dưới 15 tỷ đồng Việt Nam và không thuộc danh mục lĩnh vực đầu tư có điều kiện thì nhà đầu tư không phải làm thủ tục đăng ký đầu tư.

Đối với dự án đầu tư trong nước có quy mô vốn đầu tư từ 15 tỷ đồng Việt Nam đến dưới 300 tỷ đồng Việt Nam thuộc các trường hợp sau đây thì thực hiện đăng ký đầu tư :

+ Không thuộc danh mục lĩnh vực đầu tư có điều kiện.

+ Không phải là dự án đầu tư không phân biệt nguồn vốn, quy mô đầu tư thuộc thẩm quyền chấp thuận chủ trương đầu tư của Thủ tướng Chính phủ.

Nhà đầu tư phải đăng ký đầu tư trước khi thực hiện dự án.

Tuy nhiên, trường hợp nhà đầu tư có yêu cầu cấp Giấy chứng nhận đầu tư thì cơ quan nhà nước quản lý đầu tư cấp tỉnh cấp Giấy chứng nhận đầu tư.

Đối với dự án đầu tư nước ngoài có quy mô vốn đầu tư dưới 300 tỷ đồng và không thuộc danh mục lĩnh vực đầu tư có điều kiện, thì nhà đầu tư phải 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.

Hồ sơ đăng ký đầu tư bao gồm:

- Bản đăng ký đầu tư (theo mẫu)
- Hợp đồng hợp tác kinh doanh đối với hình thức đầu tư theo Hợp đồng hợp tác kinh doanh
- Báo cáo năng lực tài chính của nhà đầu tư (do nhà đầu tư lập và chịu trách nhiệm)

Đối với trường hợp dự án đầu tư gắn với việc thành lập tổ chức kinh tế, thì ngoài các loại giấy tờ trên nhà đầu tư còn phải nộp kèm theo:

- Hồ sơ đăng ký kinh doanh tương ứng với mỗi loại hình doanh nghiệp theo quy định của pháp luật về doanh nghiệp và pháp luật có liên quan
- Hợp đồng liên doanh đối với hình thức đầu tư thành lập tổ chức kinh tế liên doanh giữa nhà đầu tư trong nước và nhà đầu tư nước ngoài

Nội dung đăng ký đầu tư đối với các dự án đầu tư trong nước và nước ngoài nêu trên bao gồm:

- ✓ Tư cách pháp lý của nhà đầu tư
- ✓ Mục tiêu, quy mô và địa điểm thực hiện dự án đầu tư
- ✓ Vốn đầu tư, tiến độ thực hiện dự án
- ✓ Nhu cầu sử dụng đất và cam kết về bảo vệ môi trường

✓ Kiến nghị ưu đãi đầu tư (nếu có)

Trong thời hạn 15 ngày làm việc kể từ ngày nhận được hồ sơ đăng ký đầu tư và hồ sơ đăng ký kinh doanh hợp lệ, cơ quan cấp Giấy chứng nhận đầu tư kiểm tra tính hợp lệ của hồ sơ đăng ký đầu tư, hồ sơ đăng ký kinh doanh (đối với trường hợp thành lập tổ chức kinh tế gắn với dự án đầu tư) và cấp Giấy chứng nhận đầu tư mà không được yêu cầu bổ sung thêm giấy tờ nào khác.

Giấy chứng nhận đầu tư đồng thời là Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh.

Thời hạn đăng ký đầu tư là 15 ngày kể từ ngày nhận đủ hồ sơ đăng ký đầu tư hợp lệ.

**+ Thẩm tra dự án đầu tư**

Thẩm tra dự án đầu tư được áp dụng đối với dự án đầu tư trong nước, 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.

Thời hạn thẩm tra đầu tư không quá 30 ngày kể từ ngày nhận đủ hồ sơ hợp lệ; trường hợp cần thiết, thời hạn trên có thể kéo dài nhưng không quá 45 ngày.

Đối với dự án quan trọng quốc gia thì Quốc hội quyết định chủ trương đầu tư và quy định tiêu chuẩn dự án, Chính phủ quy định trình tự, thủ tục thẩm tra và cấp Giấy chứng nhận đầu tư.

*Thủ tục thẩm tra đối với dự án có quy mô vốn đầu tư từ 300 tỷ đồng trở lên và không thuộc danh mục lĩnh vực đầu tư có điều kiện, hồ sơ thẩm tra gồm có :*

- Văn bản đề nghị cấp Giấy chứng nhận đầu tư
- Văn bản xác nhận tư cách pháp lý của nhà đầu tư



- Báo cáo năng lực tài chính của nhà đầu tư
- Giải trình kinh tế – kỹ thuật với các nội dung về mục tiêu, địa điểm đầu tư, nhu cầu sử dụng đất, quy mô đầu tư, vốn đầu tư, tiến độ thực hiện dự án, giải pháp công nghệ, giải pháp về môi trường
- Đối với nhà đầu tư nước ngoài, hồ sơ còn bao gồm hợp đồng liên doanh hoặc hợp đồng BCC, điều lệ doanh nghiệp (nếu có).

**Nội dung thẩm tra bao gồm:**

- Sự phù hợp với quy hoạch kết cấu hạ tầng – kỹ thuật, quy hoạch sử dụng đất, quy hoạch xây dựng, quy hoạch sử dụng khoáng sản và các nguồn tài nguyên khác
- Nhu cầu sử dụng đất
- Tiến độ thực hiện dự án
- Giải pháp môi trường

Đối với dự án có quy mô vốn đầu tư từ 300 tỷ đồng trở lên và thuộc danh mục lĩnh vực đầu tư có điều kiện thì ngoài hồ sơ thẩm tra và nội dung thẩm tra giống như trên thì hồ sơ thẩm tra còn phải có thêm giải trình điều kiện mà dự án đầu tư phải đáp ứng và nội dung thẩm tra cũng bao gồm các điều kiện mà dự án đầu tư phải đáp ứng.

*Thủ tục thẩm tra đối với dự án có quy mô vốn đầu tư dưới 300 tỷ đồng và thuộc danh mục lĩnh vực đầu tư có điều kiện được thực hiện như sau:*

- Hồ sơ dự án bao gồm giải trình điều kiện mà dự án đầu tư phải đáp ứng
- Nội dung đăng ký đầu tư giống với dự án trong nước hoặc nước ngoài thuộc diện đăng ký đầu tư

Nội dung thẩm tra bao gồm các điều kiện mà dự án đầu tư phải đáp ứng.

Nhà đầu tư nước ngoài lần đầu đầu tư vào Việt Nam phải có dự án đầu tư và làm thủ tục đăng ký đầu tư hoặc thẩm tra đầu tư tại cơ quan nhà nước quản lý đầu tư để được cấp Giấy chứng nhận đầu tư – đồng thời cũng là Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Đối với tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài đã thành lập tại Việt Nam nếu có dự án đầu tư mới thì được làm thủ tục thực hiện dự án đầu tư đó mà không nhất thiết phải thành lập tổ chức kinh tế mới.

Thời hạn hoạt động của dự án đầu tư nước ngoài được ghi trong giấy chứng nhận đầu tư phù hợp với yêu cầu hoạt động của dự án nhưng không quá 50 năm. Trường hợp cần thiết, Chính phủ Việt Nam có thể quyết định thời hạn dài hơn đối với dự án nhưng không quá 70 năm.

### **4.3. Triển khai, thực hiện dự án đầu tư**

+ Đối với dự án đầu tư có yêu cầu sử dụng đất, thì nhà đầu tư liên hệ với cơ quan quản lý đất đai có thẩm quyền nơi thực hiện dự án để thực hiện thủ tục giao đất, cho thuê đất.

Trình tự, thủ tục giao đất, cho thuê đất theo quy định tại Luật Đất đai (26/11/2003) được quy định như sau :

Tổ chức, người Việt Nam định cư ở nước ngoài, tổ chức, cá nhân nước ngoài xin giao đất, thuê đất nộp hai bộ hồ sơ tại cơ quan quản lý đất đai cấp tỉnh (sở tài nguyên và môi trường). Riêng trường hợp hộ gia đình, cá nhân xin giao đất, thuê đất thì phải nộp hai bộ hồ sơ tại cơ quan quản lý đất đai cấp huyện (phòng tài nguyên và môi trường).

Hồ sơ xin giao đất, cho thuê đất gồm có:

- Đơn xin giao đất, thuê đất

- Dự án đầu tư của tổ chức theo quy định của pháp luật về đầu tư

- Đối với người Việt Nam định cư ở nước ngoài, tổ chức, cá nhân nước ngoài thì phải có dự án đầu tư và bản sao Giấy phép đầu tư theo quy định của pháp luật về đầu tư có chứng nhận của công chứng nhà nước.

Đối với việc giao đất, cho thuê đất đã được giải phóng mặt bằng thì trong thời hạn không quá 10 ngày làm việc, kể từ ngày nhận đủ hồ sơ hợp lệ, cơ quan tiếp nhận hồ sơ có trách nhiệm trích lục bản đồ địa chính hoặc trích đo địa chính khu đất xin giao, xin thuê; xác định mức thu tiền sử dụng đất, tiền thuê đất; thực hiện các thủ tục về giao đất, cho thuê đất, cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất theo quy định và trao quyết định giao đất hoặc cho thuê đất cho người được giao đất, thuê đất.

Trong thời hạn không quá 10 ngày làm việc, kể từ ngày người được giao đất, thuê đất thực hiện xong nghĩa vụ tài chính theo quy định của pháp luật, cơ quan quản lý đất đai ký hợp đồng thuê đất đối với trường hợp thuê đất, tổ chức bàn giao đất trên thực địa và trao giấy chứng nhận quyền sử dụng đất cho người được giao đất, thuê đất.

Đối với đất chưa được giải phóng mặt bằng, thì trong thời hạn không quá 30 ngày làm việc, kể từ ngày nhận đủ hồ sơ hợp lệ, cơ quan tiếp nhận hồ sơ có trách nhiệm hoàn thành việc giới thiệu địa điểm; trích lục bản đồ địa chính hoặc trích đo địa chính khu đất xin giao, xin thuê; xác định mức thu tiền sử dụng đất, tiền thuê đất; thực hiện các thủ tục về giao đất, cho thuê đất, cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất theo quy định và trao quyết định giao đất hoặc cho thuê đất cho người được giao đất, thuê đất.

Căn cứ vào quyết định giao đất, cho thuê đất của cơ quan nhà nước có thẩm quyền, UBND cấp huyện tổ chức thực hiện việc bồi thường, giải phóng mặt bằng.

Trong thời hạn không quá 10 ngày làm việc, kể từ ngày thực hiện xong việc giải phóng mặt bằng và người được giao đất, thuê đất thực hiện xong nghĩa vụ tài chính theo quy định của pháp luật, cơ quan quản lý đất đai ký hợp đồng thuê đất đối với trường hợp thuê đất; tổ chức bàn giao đất trên thực địa và trao Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất cho người được giao đất, thuê đất.

Đối với trường hợp nhà đầu tư thuê lại đất của người sử dụng đất được Nhà nước giao đất, cho thuê đất thì nhà đầu tư có trách nhiệm tự tổ chức thực hiện việc bồi thường, giải phóng mặt bằng.

Trường hợp nhà đầu tư đã có thỏa thuận với người sử dụng đất về việc bồi thường, giải phóng mặt bằng mà người sử dụng đất không thực hiện các nghĩa vụ như đã thỏa thuận thì UBND cấp huyện nơi có dự án đầu tư có trách nhiệm tổ chức thực hiện việc giải phóng mặt bằng trước khi bàn giao mặt bằng cho nhà đầu tư theo quy định của pháp luật.

Theo quy định tại Khoản 3 Điều 56 Luật Đầu tư (29/11/2005) thì đối với dự án đầu tư phù hợp với quy hoạch sử dụng đất đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt thì nhà đầu tư được nhận chuyển nhượng, thuê quyền sử dụng đất, nhận góp vốn bằng quyền sử dụng đất của tổ chức kinh tế, hộ gia đình, cá nhân theo quy định của pháp luật về đất đai mà không phải thực hiện thủ tục thu hồi.

Tuy nhiên, để khắc phục tình trạng các dự án đầu tư được giao đất nhưng không thực hiện kéo dài gây lãng phí không đáng có, Khoản 2 Điều 55 Luật Đầu tư cũng quy định : trường hợp nhà đầu tư đã được bàn giao đất mà không tiến hành triển khai dự án trong thời hạn quy định hoặc sử dụng đất sai mục đích thì sẽ bị thu hồi đất theo quy định của Luật Đất đai và bị thu hồi giấy chứng nhận đầu tư.

Cụ thể theo quy định tại Khoản 12 Luật Đất đai (26/11/2003) nếu đất đã được nhà nước giao, cho thuê để thực hiện dự án đầu tư mà không sử dụng trong thời hạn 12 tháng liền hoặc tiến độ sử dụng đất chậm hơn 24 tháng so với tiến độ ghi trong dự án đầu tư, kể từ khi nhận bàn giao đất trên thực địa mà không được cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định giao đất, cho thuê đất đó cho phép thì nhà đầu tư sẽ bị thu hồi đất.

+ Về vấn đề thuê tổ chức quản lý : Nhà đầu tư được thuê tổ chức quản lý để quản lý đầu tư và quản lý hoạt động kinh doanh của dự án đầu tư đối với các lĩnh vực cần có kỹ năng quản lý chuyên sâu, trình

độ cao. Tuy nhiên, nhà đầu tư phải chịu trách nhiệm về toàn bộ hoạt động của tổ chức quản lý trước pháp luật Việt Nam đối với những vấn đề liên quan đến hoạt động quản lý ghi trong hợp đồng.

Tổ chức quản lý phải chịu trách nhiệm trước nhà đầu tư về quản lý đầu tư và hoạt động kinh doanh của dự án đầu tư, phải tuân thủ pháp luật Việt Nam trong quá trình thực hiện các quyền và nghĩa vụ của mình theo quy định trong hợp đồng; chịu trách nhiệm trước pháp luật Việt Nam về những hoạt động của mình nằm ngoài phạm vi hợp đồng.

#### **4.4. Tạm ngừng, giãn tiến độ thực hiện dự án đầu tư và chấm dứt hoạt động của dự án đầu tư**

Nhà đầu tư được quyền tạm ngừng thực hiện dự án đầu tư nhưng phải thông báo với cơ quan nhà nước quản lý đầu tư để được xác nhận làm cơ sở cho việc xem xét miễn, giảm tiền thuê đất trong thời hạn tạm ngừng dự án.

Nhà đầu tư khi tạm ngừng hoặc giãn tiến độ thực hiện dự án đầu tư mà làm thay đổi tiến độ thực hiện dự án đầu tư đã cam kết thì phải thông báo bằng văn bản với cơ quan nhà nước quản lý đầu tư về lý do và thời hạn tạm ngừng, giãn tiến độ thực hiện dự án chậm nhất 15 ngày làm việc trước ngày tạm ngừng dự án đầu tư.

Trường hợp cơ quan cấp Giấy chứng nhận đầu tư không chấp nhận việc tạm ngừng hoặc giãn tiến độ thực hiện dự án thì phải có văn bản trả lời cho nhà đầu tư trong thời hạn 15 ngày làm việc kể từ ngày nhận được thông báo của nhà đầu tư.

Trường hợp hoạt động trở lại, nhà đầu tư thông báo bằng văn bản cho cơ quan nhà nước quản lý đầu tư.

Dự án đầu tư sẽ chấm dứt hoạt động nếu thuộc một trong các trường hợp sau:

- Hết thời hạn hoạt động ghi trong giấy chứng nhận đầu tư

▪ Theo các điều kiện chấm dứt hoạt động được quy định trong hợp đồng, điều lệ doanh nghiệp hoặc thỏa thuận, cam kết của các nhà đầu tư về tiến độ thực hiện dự án.

▪ Nhà đầu tư quyết định chấm dứt hoạt động của dự án

▪ Chấm dứt hoạt động theo quyết định của cơ quan nhà nước quản lý đầu tư hoặc theo bản án, quyết định của tòa án, trọng tài do vi phạm pháp luật.

Cơ quan cấp giấy chứng nhận đầu tư có quyền quyết định chấm dứt hoạt động của dự án đầu tư trong trường hợp sau :

✓ Dự án được cấp giấy chứng nhận đầu tư sau 12 tháng mà nhà đầu tư không triển khai hoặc dự án chậm tiến độ quá 12 tháng so với tiến độ quy định tại giấy chứng nhận đầu tư, trừ trường hợp được gia hạn hoặc giãn tiến độ thực hiện dự án.

✓ Vi phạm nghiêm trọng các quy định pháp luật mà theo đó pháp luật quy định phải chấm dứt hoạt động.

Trường hợp theo bản án, quyết định của tòa án, trọng tài về việc chấm dứt hoạt động dự án do vi phạm nghiêm trọng pháp luật, cơ quan cấp giấy chứng nhận đầu tư căn cứ vào quyết định, bản án của tòa án, trọng tài để quyết định chấm dứt hoạt động.

## **5. ĐẦU TƯ RA NƯỚC NGOÀI**

Đầu tư ra nước ngoài là việc nhà đầu tư đưa vốn bằng tiền và các tài sản hợp pháp khác từ Việt Nam ra nước ngoài để tiến hành hoạt động đầu tư.

Để được đầu tư ra nước ngoài theo hình thức đầu tư trực tiếp, nhà đầu tư phải có các điều kiện sau đây:

✓ Có dự án đầu tư ra nước ngoài

✓ Thực hiện đầy đủ các nghĩa vụ tài chính đối với Nhà nước Việt Nam

✓ Được cơ quan nhà nước quản lý đầu tư cấp giấy chứng nhận đầu tư

Việc đầu tư ra nước ngoài theo hình thức đầu tư gián tiếp phải tuân thủ các quy định pháp luật về ngân hàng, chứng khoán và các quy định khác của pháp luật có liên quan.

Nhà nước Việt Nam tạo điều kiện thuận lợi cho hoạt động đầu tư ra nước ngoài và bảo vệ lợi ích hợp pháp của nhà đầu tư Việt Nam ở nước ngoài theo điều ước quốc tế mà nước ta là thành viên, đồng thời nhà nước Việt Nam tạo điều kiện thuận lợi cho nhà đầu tư được tiếp cận các nguồn vốn tín dụng trên cơ sở bình đẳng, không phân biệt đối xử giữa các thành phần kinh tế, bảo lãnh vay vốn đối với các dự án đầu tư ra nước ngoài trong các lĩnh vực đặc biệt khuyến khích đầu tư.

Các lĩnh vực mà nhà nước Việt Nam khuyến khích đầu tư ra nước ngoài:

- Xuất khẩu nhiều lao động
- Phát huy có hiệu quả các ngành nghề truyền thống của Việt Nam
- Mở rộng thị trường, khai thác nguồn tài nguyên thiên nhiên tại nước đầu tư.
- Tăng khả năng xuất khẩu, thu ngoại tệ

Bên cạnh đó, nhà nước Việt Nam cũng không cho phép đầu tư ra nước ngoài đối với những dự án gây phương hại đến bí mật, an ninh quốc gia, quốc phòng, lịch sử, văn hóa, thuần phong mỹ tục của Việt Nam.

### *Về thủ tục đầu tư ra nước ngoài*

Đối với dự án đầu tư ra nước ngoài có quy mô vốn đầu tư dưới 15 tỷ đồng thì phải đăng ký đầu tư. Trong trường hợp này nhà đầu tư phải đăng ký theo mẫu tại cơ quan nhà nước quản lý đầu tư để được cấp giấy chứng nhận đầu tư.

Còn đối với dự án có quy mô vốn đầu tư từ 15 tỷ đồng trở lên thì phải thẩm tra đầu tư. Trong trường hợp này nhà đầu tư phải nộp hồ sơ theo mẫu tại cơ quan nhà nước quản lý đầu tư để được cấp giấy chứng nhận đầu tư.

Nhà đầu tư khi đầu tư ra nước ngoài có những quyền và nghĩa vụ cơ bản sau:

### ***Quyền của nhà đầu tư***

- Chuyển vốn đầu tư bằng tiền và các tài sản hợp pháp khác ra nước ngoài để thực hiện đầu tư theo quy định của pháp luật về quản lý ngoại hối sau khi dự án đầu tư được cơ quan có thẩm quyền của nước, vùng lãnh thổ đầu tư chấp thuận.

- Được hưởng các ưu đãi về đầu tư theo quy định của pháp luật.

- Tuyển dụng lao động Việt Nam sang làm việc tại cơ sở sản xuất, kinh doanh do nhà đầu tư thành lập ở nước ngoài.

### ***Nghĩa vụ của nhà đầu tư***

- Tuân thủ pháp luật của nước tiếp nhận đầu tư.

- Chuyển lợi nhuận và các khoản thu nhập từ việc đầu tư ra nước ngoài về nước theo quy định của pháp luật.

- Thực hiện chế độ báo cáo định kỳ về tài chính và hoạt động đầu tư ở nước ngoài.

- Thực hiện đầy đủ các nghĩa vụ tài chính đối với nhà nước Việt Nam.

- Khi kết thúc đầu tư ở nước ngoài, chuyển toàn bộ vốn, tài sản hợp pháp về nước theo quy định của pháp luật. Trường hợp nếu nhà đầu tư chưa chuyển về nước vốn, tài sản, lợi nhuận và các khoản thu nhập từ việc đầu tư ở nước ngoài thì phải được sự đồng ý của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.



## 6. QUYỀN VÀ NGHĨA VỤ CỦA NHÀ ĐẦU TƯ

Nhà đầu tư có các quyền cơ bản sau:

+ *Quyền tự chủ đầu tư, kinh doanh :*

✓ Nhà đầu tư được lựa chọn lĩnh vực đầu tư, hình thức đầu tư, phương thức huy động vốn, địa bàn, quy mô đầu tư, đối tác đầu tư và thời hạn hoạt động của dự án.

✓ Nhà đầu tư được quyền đăng ký kinh doanh một hoặc nhiều ngành nghề, thành lập doanh nghiệp theo quy định pháp luật, tự quyết định về hoạt động đầu tư, kinh doanh đã đăng ký.

+ *Quyền tiếp cận và sử dụng nguồn vốn tín dụng, đất đai và tài nguyên*

Nhà đầu tư có quyền bình đẳng trong việc tiếp cận và sử dụng các nguồn vốn tín dụng, sử dụng đất đai và tài nguyên theo quy định pháp luật.

Trường hợp dự án đầu tư có gắn liền với nhu cầu sử dụng đất, thì thời hạn sử dụng đất của dự án đầu tư không quá 50 năm. Đối với dự án có vốn đầu tư lớn nhưng thu hồi vốn chậm, dự án đầu tư vào địa bàn có điều kiện kinh tế – xã hội khó khăn, địa bàn kinh tế – xã hội đặc biệt khó khăn mà cần thời hạn dài hơn thì thời hạn giao đất, thuê đất là không quá 70 năm. Khi hết thời hạn sử dụng đất, nếu nhà đầu tư chấp hành đúng pháp luật về đất đai và có nhu cầu tiếp tục sử dụng đất thì sẽ được cơ quan nhà nước có thẩm quyền xem xét gia hạn sử dụng đất phù hợp với quy hoạch sử dụng đất đã được phê duyệt.

Nhà đầu tư đầu tư trong lĩnh vực ưu đãi đầu tư, địa bàn ưu đãi đầu tư được miễn, giảm tiền thuê đất, tiền sử dụng đất, thuế sử dụng đất theo quy định của pháp luật về đất đai.

+ *Quyền sử dụng lao động, tiền lương; hoạt động của tổ chức công đoàn*

Nhà đầu tư có quyền thuê lao động trong nước, thuê lao động nước ngoài làm công việc quản lý, lao động kỹ thuật, chuyên gia theo

nhu cầu sản xuất, kinh doanh. Trường hợp điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên có quy định khác thì áp dụng theo các quy định của điều ước quốc tế đó.

Tiền lương và mức lương tối thiểu của người lao động thực hiện theo quy định của pháp luật về lao động.

Hoạt động của tổ chức công đoàn trong doanh nghiệp thực hiện theo quy định pháp luật.

+ *Quyền xuất khẩu, nhập khẩu, quảng cáo, tiếp thị, gia công và gia công lại liên quan đến hoạt động đầu tư*

Nhà đầu tư được trực tiếp xuất khẩu, ủy thác xuất khẩu; trực tiếp nhập khẩu, ủy thác nhập khẩu thiết bị, máy móc, vật tư nguyên liệu và hàng hóa cho hoạt động đầu tư; quảng cáo, tiếp thị, gia công và gia công lại hàng hóa liên quan đến hoạt động đầu tư theo quy định của Luật Đầu tư và quy định của pháp luật về thương mại.

Nhà đầu tư có quyền đầu tư trong các lĩnh vực nhập khẩu, phân phối và dịch vụ thương mại khác phù hợp với quy định của Luật Đầu tư, Luật Thương mại và Điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên.

+ *Quyền mua, bán hàng hóa giữa doanh nghiệp chế xuất với thị trường nội địa*

Trong quá trình hoạt động kinh doanh, doanh nghiệp chế xuất được mua hàng hóa từ thị trường nội địa để sản xuất, gia công, tái chế, lắp ráp hàng xuất khẩu hoặc để xuất khẩu, trừ hàng hóa thuộc diện cấm xuất khẩu.

Doanh nghiệp chế xuất được bán vào thị trường nội địa hàng hóa sau :

- Sản phẩm do doanh nghiệp chế xuất sản xuất và không thuộc diện cấm nhập khẩu

- Sản phẩm do doanh nghiệp chế xuất sản xuất mà thị trường nội địa có nhu cầu

• Phế liệu, phế phẩm thu được trong quá trình sản xuất không thuộc diện cấm nhập khẩu hoặc thuộc diện được phép nhập khẩu theo quy định của pháp luật

*+ Quyền mở tài khoản và mua ngoại tệ*

Nhà đầu tư được mở tài khoản bằng đồng Việt Nam và ngoại tệ tại tổ chức tín dụng được phép theo quy định của pháp luật về quản lý ngoại hối. Trong trường hợp được Ngân hàng Nhà nước Việt Nam chấp thuận, nhà đầu tư được phép mở tài khoản tại ngân hàng ở nước ngoài.

Nhà đầu tư được mua ngoại tệ tại tổ chức tín dụng có quyền kinh doanh ngoại tệ để đáp ứng cho giao dịch vãng lai, giao dịch vốn và các giao dịch khác theo quy định của pháp luật về quản lý ngoại hối.

Chính phủ hỗ trợ cân đối ngoại tệ trong trường hợp các tổ chức tín dụng được phép không đáp ứng đủ nhu cầu ngoại tệ của nhà đầu tư đối với một số dự án đầu tư quan trọng trong các lĩnh vực sau : năng lượng – xử lý chất thải – xây dựng kết cấu hạ tầng giao thông.

*+ Quyền tiếp cận quỹ đất, thế chấp quyền sử dụng đất, tài sản gắn liền với đất*

UBND cấp tỉnh công bố công khai quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất đã được cấp có thẩm quyền phê duyệt để nhà đầu tư tiếp cận quỹ đất cho phát triển đầu tư.

Nhà đầu tư được thế chấp quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất tại tổ chức tín dụng được phép hoạt động tại Việt Nam để vay vốn thực hiện dự án theo quy định của pháp luật về đất đai và pháp luật có liên quan.

*+ Quyền chuyển nhượng, điều chỉnh vốn hoặc dự án đầu tư*

**Chuyển nhượng vốn:** Tổ chức kinh tế có quyền chuyển nhượng vốn của mình trong doanh nghiệp và thực hiện thủ tục đăng ký thành

viên, đăng ký cổ đông trong sổ đăng ký thành viên, sổ đăng ký cổ đông theo quy định của Luật Doanh nghiệp và pháp luật có liên quan.

Đối với doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, khi chuyển nhượng vốn doanh nghiệp phải thông báo cho cơ quan cấp giấy chứng nhận đầu tư về việc chuyển nhượng vốn để điều chỉnh giấy chứng nhận đầu tư.

**Chuyển nhượng dự án đầu tư:** Nhà đầu tư có quyền chuyển nhượng dự án đầu tư do mình thực hiện cho nhà đầu tư khác.

Việc chuyển nhượng vốn và chuyển nhượng dự án đầu tư phải tuân thủ các điều kiện sau:

- Bảo đảm các yêu cầu theo quy định của Luật Doanh nghiệp, Nghị định 108/CP (22/09/2006) và pháp luật có liên quan

- Bảo đảm tỷ lệ và các điều kiện phù hợp với quy định trong điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên

- Việc chuyển nhượng vốn là giá trị quyền sử dụng đất phải phù hợp với quy định pháp luật về đất đai và pháp luật có liên quan

Trường hợp chuyển nhượng vốn có phát sinh lợi nhuận thì bên chuyển nhượng phải nộp thuế thu nhập theo quy định của pháp luật về thuế.

+ *Quyền của nhà đầu tư khi đầu tư vào khu công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao, khu kinh tế; đầu tư kinh doanh kết cấu hạ tầng*

Ngoài các quyền theo quy định trên, nhà đầu tư khi đầu tư vào sản xuất, kinh doanh trong khu công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao và khu kinh tế còn có các quyền sau :

- Thuê hoặc mua nhà xưởng, văn phòng, kho bãi xây sẵn trong khu công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao và khu kinh tế để phục vụ sản xuất, kinh doanh hàng hóa và dịch vụ.

▪ Sử dụng có trả tiền đối với các công trình kết cấu hạ tầng kỹ thuật, các công trình dịch vụ công cộng bao gồm : hệ thống đường giao thông, cấp điện, cấp nước, thoát nước, thông tin liên lạc, xử lý nước thải, xử lý chất thải và các dịch vụ công cộng khác trong khu công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao và khu kinh tế.

▪ Được chuyển nhượng và nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất, thuê đất, thuê lại đất đã xây dựng kết cấu hạ tầng kỹ thuật trong khu công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao, khu kinh tế để xây dựng nhà xưởng, văn phòng và các công trình kiến trúc khác phục vụ sản xuất kinh doanh hàng hóa, dịch vụ theo quy định của pháp luật về đất đai và pháp luật về kinh doanh bất động sản.

Nhà đầu tư kinh doanh kết cấu hạ tầng khu công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao và khu kinh tế có quyền :

✓ Định giá cho thuê đất, giá cho thuê lại đất đã xây dựng kết cấu hạ tầng kỹ thuật; định mức phí sử dụng các công trình kết cấu hạ tầng kỹ thuật, các công trình dịch vụ và tiện ích trong khu công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao và khu kinh tế; định giá cho thuê hoặc bán nhà xưởng, văn phòng, kho bãi và tiền dịch vụ.

✓ Thu phí sử dụng các công trình kết cấu hạ tầng, các dịch vụ công cộng trong khu công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao và khu kinh tế.

✓ Được chuyển nhượng quyền sử dụng đất, cho thuê đất, cho thuê lại đất đã xây dựng kết cấu hạ tầng kỹ thuật trong khu công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao và khu kinh tế cho nhà đầu tư khác theo quy định của pháp luật về đất đai và pháp luật về kinh doanh bất động sản

+ *Quyền của nhà đầu tư về bảo đảm đầu tư trong trường hợp thay đổi pháp luật, chính sách*

Trường hợp nếu chính sách, pháp luật mới được ban hành mà quy định các quyền lợi và ưu đãi dành cho nhà đầu tư cao hơn so với quyền lợi, ưu đãi mà nhà đầu tư được hưởng trước đó thì nhà đầu tư sẽ được hưởng các quyền lợi, ưu đãi theo quy định mới kể từ ngày pháp luật, chính sách mới đó có hiệu lực. Nhưng nếu chính sách, pháp luật mới ban hành làm ảnh hưởng bất lợi đến lợi ích hợp pháp mà nhà đầu tư đã được hưởng trước khi quy định của pháp luật, chính sách mới đó hiệu lực thì nhà đầu tư được bảo đảm hưởng các ưu đãi như quy định tại giấy chứng nhận đầu tư hoặc được giải quyết bằng một hoặc một số biện pháp sau:

- Tiếp tục hưởng các các quyền và ưu đãi
- Được khấu trừ phần thiệt hại vào thu nhập chịu thuế
- Được điều chỉnh mục tiêu của dự án
- Được xem xét bồi thường trong một số trường hợp cần thiết

+ *Các quyền khác của nhà đầu tư, bao gồm:*

▪ Hưởng các ưu đãi đầu tư theo quy định của pháp luật về đầu tư và pháp luật có liên quan.

▪ Tiếp cận, sử dụng các dịch vụ công theo nguyên tắc không phân biệt đối xử giữa các nhà đầu tư.

▪ Được lựa chọn hình thức đầu tư, quy mô đầu tư, tỷ lệ vốn đầu tư, quyết định hoạt động đầu tư, kinh doanh của mình. Trường hợp Điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên có quy định khác thì thực hiện theo quy định của điều ước quốc tế đó.

▪ Tiếp cận các văn bản pháp luật và chính sách liên quan đến đầu tư, các dữ liệu của nền kinh tế quốc dân và của từng khu vực kinh tế, các thông tin kinh tế – xã hội khác liên quan đến hoạt động đầu tư.

▪ Tham gia ý kiến về pháp luật, chính sách về đầu tư ngay trong quá trình soạn thảo theo quy định của pháp luật.

▪ Khiếu nại, tố cáo hoặc khởi kiện tổ chức, cá nhân có hành vi vi phạm pháp luật về đầu tư theo quy định pháp luật

▪ Thực hiện các quyền khác theo quy định của pháp luật

*Nghĩa vụ và trách nhiệm của nhà đầu tư :*

Nhà đầu tư có các nghĩa vụ sau :

✓ Tuân thủ quy định của pháp luật về đầu tư; thực hiện hoạt động đầu tư theo đúng nội dung đăng ký đầu tư, nội dung quy định tại giấy chứng nhận đầu tư.

✓ Thực hiện đầy đủ nghĩa vụ tài chính theo quy định của pháp luật.

✓ Thực hiện quy định của pháp luật về kế toán, kiểm toán và thống kê.

✓ Thực hiện nghĩa vụ theo quy định của pháp luật về bảo hiểm, lao động; tôn trọng danh dự, nhân phẩm và bảo đảm quyền lợi hợp pháp của người lao động.

✓ Tôn trọng, tạo điều kiện thuận lợi để người lao động thành lập, tham gia tổ chức chính trị, tổ chức chính trị – xã hội.

✓ Thực hiện quy định của pháp luật về bảo vệ môi trường.

✓ Thực hiện các nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật

Nhà đầu tư có các trách nhiệm sau:

• Chịu trách nhiệm về tính chính xác của nội dung đăng ký đầu tư, hồ sơ dự án đầu tư và tính hợp pháp của các văn bản thuộc hồ sơ dự án đầu tư.

• Báo cáo về hoạt động đầu tư theo quy định tại Nghị định 108/CP (22/09/2006) và pháp luật có liên quan và chịu trách nhiệm về tính chính xác của nội dung báo cáo.

• Cung cấp các tài liệu, thông tin liên quan đến nội dung kiểm tra, thanh tra và giám sát hoạt động đầu tư cho các cơ quan nhà nước có thẩm quyền theo quy định của pháp luật

## **7. LĨNH VỰC, ĐỊA BÀN ĐẦU TƯ, ƯU ĐÃI VÀ HỖ TRỢ ĐẦU TƯ**

### **7.1. Lĩnh vực, địa bàn cấm đầu tư, đầu tư có điều kiện và ưu đãi đầu tư**

Phù hợp với nguyên tắc cơ bản của kinh tế thị trường “*Công dân phải được phép làm tất cả những gì mà pháp luật không cấm*”, trước ngày 01 tháng 07 năm 2006, theo quy định tại Nghị định 03/CP (3/2/2000) và Nghị định 125/CP (19/05/2004) của Chính phủ thì ở Việt Nam có tất cả 12 ngành nghề nhà nước cấm kinh doanh tiêu biểu như kinh doanh vũ khí, đạn dược, dịch vụ mại dâm, mua bán phụ nữ, trẻ em; sản xuất pháo; đánh bạc, gá bạc; kinh doanh dịch vụ môi giới hôn nhân có yếu tố nước ngoài,... Điều đó có nghĩa là ngoại trừ các ngành nghề cấm trên, nhà đầu tư có quyền đầu tư, kinh doanh trong tất cả các ngành nghề còn lại. Nhưng trong quá trình áp dụng hai Nghị định trên đã nảy sinh nhiều vấn đề cần được xem xét lại một cách nghiêm túc cho phù hợp với tình hình mới của đất nước và thế giới. Chẳng hạn, ngành nghề đánh bạc có cho phép tồn tại hoạt động cá cược bóng đá hay không? Hoặc một số vấn đề mới mẻ như sinh sản vô tính trên người (nhân bản con người) vẫn còn nhiều quan điểm khác nhau trên thế giới, đòi hỏi Nhà nước ta phải có quy định dứt khoát, rõ ràng về những vấn đề trên.

Xuất phát từ thực trạng đó, Điều 30 Luật Đầu tư (29/11/2005) và các quy định tại Nghị định 108/CP ngày 22/09/2006 của Chính phủ đã chính thức công bố các lĩnh vực cấm đầu tư đối với các dự án đầu tư sau:

+ Các dự án gây phương hại đến quốc phòng, an ninh quốc gia và lợi ích công cộng, cụ thể bao gồm:

- ✓ Sản xuất, chế biến các chất ma túy.



✓ Đầu tư kinh doanh dịch vụ điều tra bí mật xâm phạm lợi ích của nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân

✓ Đầu tư trong lĩnh vực thám tử tư

+ *Các dự án gây phương hại đến di tích lịch sử, văn hóa, đạo đức, thuần phong mỹ tục Việt Nam, cụ thể bao gồm:*

✓ Các dự án xây dựng trong khuôn viên của các di tích lịch sử, văn hóa quốc gia; các dự án làm ảnh hưởng xấu đến kiến trúc, cảnh quan của các di tích lịch sử, văn hóa quốc gia

✓ Sản xuất các sản phẩm văn hóa đồi trụy, mê tín dị đoan

✓ Sản xuất đồ chơi nguy hiểm, đồ chơi có hại tới giáo dục nhân cách và sức khỏe của trẻ em hoặc tới an ninh trật tự và an toàn xã hội

✓ Kinh doanh mại dâm; buôn bán phụ nữ, trẻ em

✓ Thử nghiệm sinh sản vô tính trên người

+ *Các dự án gây tổn hại đến sức khỏe nhân dân, làm hủy hoại tài nguyên, phá hủy môi trường, cụ thể bao gồm :*

✓ Sản xuất hóa chất bảng 1 (theo Công ước quốc tế)

✓ Sản xuất thuốc thú y, thuốc bảo vệ thực vật bị cấm hoặc không được phép sử dụng tại Việt Nam

✓ Sản xuất các loại thuốc chữa bệnh cho người, các loại vắc xin, sinh phẩm y tế, mỹ phẩm, hoá chất và chế phẩm diệt côn trùng, diệt khuẩn chưa được phép sử dụng tại Việt Nam

+ *Các dự án xử lý phế thải độc hại đưa từ bên ngoài vào Việt Nam; sản xuất các loại hóa chất độc hại hoặc sử dụng tác nhân độc hại bị cấm theo điều ước quốc tế.*

Như vậy, ngoài bốn lĩnh vực bị cấm đầu tư trên, nhà đầu tư được quyền đầu tư vào các lĩnh vực khác của nền kinh tế. Tuy nhiên, đối với những lĩnh vực mà nhà nước Việt Nam cho phép đầu tư nhưng có đặt

điều kiện đầu tư thì nhà đầu tư phải đáp ứng các điều kiện đó thì mới được đầu tư.

Lĩnh vực đầu tư có điều kiện được hiểu là lĩnh vực mà nhà đầu tư chỉ được thực hiện đầu tư với các điều kiện cụ thể do pháp luật quy định, chẳng hạn như các điều kiện về an ninh trật tự, điều kiện về vốn, điều kiện về trình độ chuyên môn,.....

Căn cứ theo quy định tại Điều 29 Luật Đầu tư (29/11/2005) thì hiện nay ở Việt Nam có các lĩnh vực đầu tư có điều kiện sau đây :

↳ Lĩnh vực tác động đến quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội.

↳ Lĩnh vực tài chính, ngân hàng.

Chẳng hạn, theo quy định tại Nghị định 141/CP (22/11/2006) của Chính phủ về mức vốn pháp định của các ngân hàng thương mại cổ phần ở Việt Nam, đến năm 2008 vốn pháp định của các ngân hàng thương mại cổ phần phải đạt từ 1.000 tỷ đồng trở lên, đến năm 2010 phải đạt từ 3.000 tỷ đồng trở lên thì mới được phép tồn tại và hoạt động.

↳ Lĩnh vực tác động đến sức khỏe cộng đồng

↳ Văn hóa, thông tin, báo chí, xuất bản.

↳ Dịch vụ giải trí

↳ Kinh doanh bất động sản

↳ Khảo sát, tìm kiếm, thăm dò, khai thác tài nguyên thiên nhiên; môi trường sinh thái

↳ Phát triển sự nghiệp giáo dục và đào tạo

↳ Một số lĩnh vực khác theo quy định pháp luật.

Riêng đối với nhà đầu tư nước ngoài, theo quy định tại Nghị định 108/CP (22/09/2006) thì lĩnh vực đầu tư có điều kiện dành cho họ bao gồm:

▪ Phát thanh, truyền hình

- Sản xuất, xuất bản và phân phối các sản phẩm văn hóa
- Khai thác, chế biến khoáng sản
- Thiết lập hạ tầng mạng viễn thông, truyền dẫn phát sóng, cung cấp dịch vụ viễn thông và internet
- Xây dựng mạng bưu chính công cộng; cung cấp dịch vụ bưu chính, dịch vụ chuyển phát
- Xây dựng và vận hành cảng sông, cảng biển, cảng hàng không, sân bay
- Vận tải hàng hóa và hành khách bằng đường sắt, đường hàng không, đường bộ, đường biển, đường thủy nội địa
- Đánh bắt hải sản
- Sản xuất thuốc lá
- Kinh doanh bất động sản
- Kinh doanh trong lĩnh vực xuất khẩu, nhập khẩu, phân phối
- Giáo dục, đào tạo
- Bệnh viện, phòng khám
- Các lĩnh vực đầu tư khác trong các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên cam kết hạn chế mở cửa thị trường cho nhà đầu tư nước ngoài. Chẳng hạn, theo tinh thần tại Hiệp định thương mại song phương Việt Nam – Hàn Kỳ (BTA) được ký giữa Chính phủ Việt Nam với Chính phủ Hoa Kỳ vào năm 2001 thì nhà đầu tư Hàn Kỳ khi đầu tư vào lĩnh vực khai thác dịch vụ quảng cáo chỉ được phép thành lập hiện diện thương mại thông qua công ty liên doanh hoặc hợp đồng BCC với đối tác Việt Nam. Việc góp vốn đầu tư của phía Hoa Kỳ được giới hạn với tỷ lệ là 49% vốn góp trong vòng năm năm theo quy định của Hiệp định. Tỷ lệ vốn góp sẽ được tăng lên 51% sau sáu năm thực hiện Hiệp định và từ năm thứ bảy sẽ không có hạn chế về tỷ lệ vốn góp. Hoặc

đối với lĩnh vực dịch vụ điện thoại cố định, ngay từ khi Hiệp định BTA có hiệu lực các nhà cung cấp dịch vụ của phía Hoa Kỳ chỉ có thể thành lập hiện diện thương mại thông qua hợp đồng BCC với đối tác Việt Nam. Sáu năm sau khi Hiệp định có hiệu lực, các liên doanh với đối tác Việt Nam có thể thành lập và phần vốn góp của phía Hoa Kỳ không quá 49% vốn pháp định.

Doanh nghiệp có vốn đầu tư đã đầu tư trong các lĩnh vực không thuộc lĩnh vực đầu tư có điều kiện, nhưng trong quá trình hoạt động, lĩnh vực đã đầu tư được bổ sung vào danh mục lĩnh vực đầu tư có điều kiện thì nhà đầu tư vẫn được tiếp tục hoạt động trong lĩnh vực đó.

Nhà đầu tư nước ngoài được áp dụng điều kiện như nhà đầu tư trong nước trong trường hợp các nhà đầu tư Việt Nam sở hữu từ 51% vốn điều lệ của doanh nghiệp trở lên.

Căn cứ vào yêu cầu phát triển kinh tế – xã hội trong từng thời kỳ và phù hợp với các cam kết trong điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên, Chính phủ Việt Nam quy định danh mục lĩnh vực đầu tư có điều kiện, các điều kiện liên quan đến việc thành lập tổ chức kinh tế, hình thức đầu tư, mở cửa thị trường trong một số lĩnh vực đối với đầu tư nước ngoài.

Nhà đầu tư khi đầu tư vào các lĩnh vực và địa bàn sau thì được ưu đãi đầu tư:

- Sản xuất vật liệu mới, năng lượng mới, sản xuất sản phẩm công nghệ cao, công nghệ sinh học, công nghệ thông tin, cơ khí chế tạo.
- Nuôi trồng, chế biến nông, lâm, thủy sản; làm muối; sản xuất giống nhân tạo, giống cây trồng và giống vật nuôi mới.
- Sử dụng công nghệ cao, kỹ thuật hiện đại; bảo vệ môi trường sinh thái; nghiên cứu, phát triển và ươm tạo công nghệ cao.
- Sử dụng nhiều lao động : dự án sử dụng thường xuyên từ 500 lao động đến 5.000 lao động.

- Xây dựng và phát triển kết cấu hạ tầng, các dự án quan trọng, có quy mô lớn

- Phát triển sự nghiệp giáo dục, đào tạo, y tế, thể dục, thể thao và văn hóa dân tộc.

- Phát triển ngành, nghề truyền thống.

- Địa bàn có điều kiện kinh tế – xã hội khó khăn, địa bàn có điều kiện kinh tế – xã hội đặc biệt khó khăn.

- Khu công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao, khu kinh tế.

Khu công nghiệp là khu chuyên sản xuất hàng công nghiệp và thực hiện các dịch vụ cho sản xuất công nghiệp, có ranh giới địa lý xác định, được thành lập theo quy định của Chính phủ.

Khu chế xuất được hiểu là khu công nghiệp chuyên sản xuất hàng xuất khẩu, thực hiện dịch vụ cho sản xuất hàng xuất khẩu và hoạt động xuất khẩu, có ranh giới địa lý xác định, được thành lập theo quy định của Chính phủ.

Khu công nghệ cao là khu chuyên nghiên cứu phát triển, ứng dụng công nghệ cao, ươm tạo doanh nghiệp công nghệ cao, đào tạo nhân lực công nghệ cao, sản xuất và kinh doanh sản phẩm công nghệ cao, có ranh giới địa lý xác định, được thành lập theo quy định của Chính phủ.

Khu kinh tế là khu vực có không gian kinh tế riêng biệt với môi trường đầu tư và kinh doanh đặc biệt thuận lợi cho các nhà đầu tư, có ranh giới địa lý xác định, được thành lập theo quy định của Chính phủ.

- Những lĩnh vực sản xuất, dịch vụ khác cần khuyến khích.

## **7.2. Ưu đãi đầu tư**

Nhà đầu tư khi đầu tư vào các lĩnh vực và địa bàn ưu đãi đầu tư thì được hưởng các ưu đãi theo quy định của Luật Đầu tư (29/11/2005) và các

quy định khác của pháp luật có liên quan. Ngoài ra, dự án đầu tư mới và dự án đầu tư mở rộng quy mô, nâng cao năng suất, năng lực kinh doanh, đổi mới công nghệ, nâng cao chất lượng sản phẩm, giảm ô nhiễm môi trường cũng là đối tượng được hưởng những ưu đãi đầu tư từ phía Nhà nước Việt Nam. Những biện pháp ưu đãi đó cụ thể bao gồm:

+ *Ưu đãi về thuế*: Nhà đầu tư khi đầu tư vào lĩnh vực và địa bàn ưu đãi thì được hưởng thuế suất ưu đãi, thời hạn hưởng thuế suất ưu đãi, thời gian miễn, giảm thuế theo quy định của pháp luật về thuế. Chẳng hạn, theo quy định tại Điều 18 Luật Thuế thu nhập doanh nghiệp (17/06/2003) thì trường hợp nếu nhà đầu tư đầu tư vào lĩnh vực xây dựng dây chuyền sản xuất mới, mở rộng quy mô, đổi mới công nghệ, cải thiện môi trường sinh thái, nâng cao năng lực sản xuất thì được miễn thuế thu nhập doanh nghiệp cho phần thu nhập tăng thêm do đầu tư mang lại tối đa là 04 năm và giảm 50% số thuế phải nộp tối đa là 07 năm tiếp theo. Trường hợp nếu nhà đầu tư góp vốn bằng sáng chế, bí quyết kỹ thuật, quy trình công nghệ, dịch vụ kỹ thuật thì được miễn thuế thu nhập doanh nghiệp. Hoặc nếu nhà đầu tư nước ngoài chuyển nhượng phần vốn góp của mình cho doanh nghiệp Việt Nam thì phần thu nhập có được từ hoạt động đó sẽ được giảm thuế thu nhập doanh nghiệp (Khoản 2 Điều 19 Luật Thuế thu nhập doanh nghiệp).

Nhà đầu tư được hưởng ưu đãi về thuế cho phần thu nhập được chia từ hoạt động góp vốn, mua cổ phần vào tổ chức kinh tế theo quy định của pháp luật về thuế sau khi tổ chức kinh tế đó đã nộp đủ thuế thu nhập doanh nghiệp.

Nhà đầu tư được miễn thuế nhập khẩu đối với thiết bị, vật tư, phương tiện vận tải và hàng hóa khác để thực hiện dự án đầu tư tại Việt Nam theo quy định của Luật Thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu. Chẳng hạn, theo quy định tại Điều 16 Luật Thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu (14/06/2005) thì trường hợp nếu nhà đầu tư nhập khẩu hàng hóa để gia công cho nước ngoài rồi xuất khẩu hoặc hàng hóa xuất khẩu cho nước ngoài để gia công cho Việt Nam rồi tái nhập khẩu theo hợp

đồng gia công hoặc trường hợp hàng hóa nhập khẩu để sử dụng trực tiếp vào hoạt động nghiên cứu khoa học và phát triển công nghệ bao gồm máy móc, thiết bị, phụ tùng, vật tư, phương tiện vận tải trong nước chưa sản xuất được, công nghệ trong nước chưa tạo ra được,...thì được miễn thuế xuất khẩu, nhập khẩu.

+ *Chuyển lỗ*: Nhà đầu tư sau khi đã quyết toán với cơ quan thuế mà bị lỗ thì được chuyển lỗ sang năm sau. Số lỗ này được trừ vào thu nhập chịu thuế thu nhập doanh nghiệp theo quy định của Luật Thuế thu nhập doanh nghiệp. Tuy nhiên, thời gian chuyển lỗ không được quá 05 năm.

+ *Ưu đãi về sử dụng đất*: Thời hạn sử dụng đất của các dự án đầu tư không quá 50 năm. Đối với dự án có vốn đầu tư lớn nhưng thu hồi vốn chậm, dự án đầu tư vào địa bàn có điều kiện kinh tế – xã hội khó khăn, địa bàn có điều kiện kinh tế – xã hội đặc biệt khó khăn mà cần thời hạn dài hơn thì thời hạn giao đất, thuê đất không quá 70 năm.

Khi hết thời hạn sử dụng đất, nếu nhà đầu tư chấp hành đúng pháp luật về đất đai và có nhu cầu tiếp tục sử dụng đất thì sẽ được cơ quan nhà nước có thẩm quyền xem xét gia hạn sử dụng đất phù hợp với quy hoạch sử dụng đất đã được duyệt.

Nhà đầu tư khi đầu tư trong các lĩnh vực ưu đãi đầu tư, địa bàn ưu đãi đầu tư thì được miễn, giảm tiền thuê đất, tiền sử dụng đất, thuế sử dụng đất theo quy định của pháp luật về đất đai và pháp luật về thuế. Ngoài ra, khi đầu tư vào trong các khu chế xuất, khu công nghiệp, khu công nghệ cao, khu kinh tế còn được hưởng những ưu đãi nhất định khác theo quy định của Chính phủ Việt Nam.

+ *Ưu đãi trong việc khấu hao tài sản cố định*: Nhà đầu tư có dự án đầu tư trong lĩnh vực, địa bàn ưu đãi đầu tư và dự án kinh doanh có hiệu quả thì được áp dụng khấu hao nhanh đối với tài sản cố định. Mức khấu hao tối đa là hai lần mức khấu hao theo chế độ khấu hao tài sản cố định.

**Về thủ tục thực hiện ưu đãi đầu tư**

+ Đối với dự án đầu tư trong nước thuộc diện không phải đăng ký đầu tư và dự án thuộc diện đăng ký đầu tư theo quy định của Luật Đầu tư (2005) thì nhà đầu tư căn cứ vào các ưu đãi và điều kiện ưu đãi đầu tư theo quy định của pháp luật để tự xác định ưu đãi và làm thủ tục hưởng ưu đãi đầu tư tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Trường hợp nhà đầu tư có yêu cầu xác nhận ưu đãi đầu tư thì làm thủ tục đăng ký đầu tư để cơ quan nhà nước quản lý đầu tư ghi ưu đãi đầu tư vào giấy chứng nhận đầu tư.

+ Đối với dự án đầu tư trong nước thuộc diện thẩm tra đầu tư theo quy định của Luật Đầu tư mà đáp ứng điều kiện được hưởng ưu đãi thì cơ quan nhà nước quản lý đầu tư ghi ưu đãi đầu tư vào giấy chứng nhận đầu tư.

+ Đối với dự án đầu tư nước ngoài mà đáp ứng điều kiện được hưởng ưu đãi thì cơ quan nhà nước quản lý đầu tư ghi ưu đãi đầu tư vào giấy chứng nhận đầu tư.

+ Trường hợp cần khuyến khích phát triển một ngành đặc biệt quan trọng hoặc một vùng, một khu vực kinh tế đặc biệt, Chính phủ sẽ trình Quốc hội xem xét, quyết định về các ưu đãi đầu tư khác với các ưu đãi đầu tư được quy định trong Luật Đầu tư (29/11/2005)

### **7.3. Hỗ trợ đầu tư**

Để nhằm đẩy mạnh việc thu hút đầu tư và tạo thuận lợi cho nhà đầu tư khi đầu tư trên lãnh thổ Việt Nam, nhà nước Việt Nam có các biện pháp hỗ trợ sau đối với nhà đầu tư:

*Hỗ trợ về chuyển giao công nghệ* : Nhà nước Việt Nam tạo điều kiện thuận lợi và bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp của các bên khi chuyển giao công nghệ, bao gồm cả việc góp vốn bằng công nghệ để thực hiện các dự án đầu tư tại Việt Nam theo quy định của pháp luật về chuyển giao công nghệ.

Nhà nước Việt Nam khuyến khích việc chuyển giao vào Việt Nam công nghệ tiên tiến, công nghệ nguồn và các công nghệ để tạo ra



sản phẩm mới, nâng cao năng lực sản xuất, năng lực cạnh tranh, chất lượng sản phẩm, tiết kiệm và sử dụng có hiệu quả nguyên liệu, nhiên liệu, năng lượng, tài nguyên thiên nhiên.

*Hỗ trợ về đào tạo:* Nhà nước khuyến khích nhà đầu tư lập quỹ hỗ trợ đào tạo nguồn nhân lực từ nguồn vốn góp và tài trợ của các tổ chức và cá nhân trong nước và nước ngoài. Chi phí đào tạo của các doanh nghiệp được tính vào chi phí hợp lý làm căn cứ xác định thu nhập chịu thuế thu nhập doanh nghiệp.

Nhà nước hỗ trợ từ nguồn ngân sách cho việc đào tạo lao động trong các doanh nghiệp thông qua các chương trình trợ giúp đào tạo.

*Hỗ trợ và khuyến khích phát triển dịch vụ đầu tư :* nhà nước khuyến khích và hỗ trợ các tổ chức, cá nhân tiến hành các dịch vụ hỗ trợ đầu tư sau đây:

- Tư vấn đầu tư, tư vấn quản lý
- Tư vấn về sở hữu trí tuệ, chuyển giao công nghệ
- Dạy nghề, đào tạo kỹ thuật, kỹ năng quản lý
- Cung cấp thông tin về thị trường, thông tin khoa học – kỹ thuật, công nghệ và thông tin kinh tế, xã hội khác mà nhà đầu tư yêu cầu.
- Tiếp thị, xúc tiến thương mại và đầu tư.
- Thành lập, tham gia các tổ chức xã hội, tổ chức xã hội–nghề nghiệp.
- Thành lập các trung tâm thiết kế, thử nghiệm để hỗ trợ phát triển các doanh nghiệp vừa và nhỏ.

*Hỗ trợ về xuất nhập cảnh:* Nhà đầu tư thực hiện hoạt động đầu tư, chuyên gia và lao động kỹ thuật là người nước ngoài làm việc thường xuyên trong dự án đầu tư tại Việt Nam và các thành viên gia đình họ được cấp thị thực xuất cảnh, nhập cảnh nhiều lần, mỗi lần cấp tối đa 05 năm

## **CHƯƠNG**

### **3**

# **PHÁP LUẬT VỀ CÔNG TY**

## **1. NHẬN THỨC CHUNG VỀ CÔNG TY VÀ PHÁP LUẬT VỀ CÔNG TY**

### **1.1 Khái niệm công ty**

Công ty được hiểu là sự liên kết của hai hay nhiều cá nhân hoặc pháp nhân bằng một sự kiện pháp lý, nhằm tiến hành để đạt được một mục tiêu chung nào đó.

Theo cách hiểu trên thì công ty có những dấu hiệu cơ bản như:

- Có sự liên kết của nhiều người
- Sự liên kết được thực hiện thông qua một sự kiện pháp lý (chẳng hạn như điều lệ, quy chế, hợp đồng...)
- Sự liên kết nhằm mục đích chung

Như vậy sẽ có rất nhiều loại công ty với các mục đích khác nhau, trong đó có nhiều công ty được hình thành nhằm mục đích hoạt động kinh doanh.

Loại hình công ty kinh doanh xuất hiện trên thương trường vào thế kỷ thứ 13 ở một số quốc gia Châu Âu. Việc xuất hiện mô hình kinh doanh này nhằm đáp ứng nhu cầu tập trung vốn lớn tạo ra khả năng cạnh tranh mạnh mẽ trên thương trường, hạn chế rủi ro có thể gặp phải trong quá trình kinh doanh khi hoạt động thương mại của các nước trên thế giới ngày càng phát triển mạnh, vượt khỏi ranh giới của quốc gia.

Công ty dịch từ chữ *compagnie* của Pháp hay từ chữ *company* của Anh, đều có nghĩa là người bạn đồng hành, người hợp tác với mình để

tiến hành các hoạt động kinh doanh. Công ty phải có ít nhất hai người trở lên liên kết với nhau để kinh doanh. Như vậy, công ty kinh doanh, hiểu theo nghĩa chung nhất, là tổ chức kinh doanh do hai hay nhiều người cùng góp vốn thành lập nhằm mục đích kinh doanh.

Với khái niệm này thì công ty kinh doanh có những dấu hiệu cơ bản như:

- Công ty kinh doanh là sự liên kết của nhiều người (cá nhân hoặc tổ chức), sự liên kết này luôn thể hiện với hình thức bên ngoài là một tổ chức.
- Mỗi thành viên khi tham gia sẽ góp vào công ty một số tài sản của mình. Vai trò của vốn góp trong các loại công ty khác nhau là rất khác nhau, nhưng góp vốn bao giờ cũng là một điều kiện quan trọng để hình thành công ty.
- Mục đích của việc góp vốn thành lập công ty là để cùng nhau kinh doanh.

## **1.2. Các loại công ty trên thế giới**

Công ty kinh doanh có nhiều loại khác nhau. Căn cứ vào tính chất liên kết, chế độ trách nhiệm của các thành viên, ý chí của nhà làm luật...ta có thể chia thành những loại công ty cơ bản như: công ty đối nhân (trọng nhân) và công ty đối vốn (trọng vốn).

Công ty đối nhân là loại công ty kinh doanh mà việc thành lập dựa trên sự liên kết chặt chẽ, quen biết và tin tưởng lẫn nhau giữa các thành viên, việc góp vốn chỉ là thứ yếu. Công ty đối nhân không được công nhận là pháp nhân, không có sự tách bạch về tài sản của công ty và tài sản của các thành viên khi phải chịu trách nhiệm tài sản khi kinh doanh. Các thành viên trong công ty đối nhân liên đới chịu trách nhiệm vô hạn về các khoản nợ của công ty hoặc ít nhất có một thành viên chịu trách nhiệm vô hạn về các khoản nợ của công ty. Công ty đối nhân thường tồn tại dưới hai dạng cơ bản là công ty hợp danh và công ty hợp vốn đơn giản.

Công ty đối vốn là công ty kinh doanh trong đó các thành viên liên kết về vốn để kinh doanh mà không quan tâm nhiều đến sự quen biết lẫn

nhau. Đặc điểm rất quan trọng của công ty đối vốn là có sự tách bạch giữa tài sản của công ty và tài sản riêng của thành viên công ty. Công ty đối vốn luôn được công nhận là pháp nhân. Các thành viên của công ty đối vốn chỉ liên đới chịu trách nhiệm về các nghĩa vụ tài sản của công ty trong phạm vi số vốn của họ góp vào công ty. Phần vốn góp của các thành viên có thể được chuyển nhượng tương đối dễ dàng. Công ty đối vốn cũng có hai loại là công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần.

### **1.3 Sự hình thành và phát triển của pháp luật về công ty ở Việt Nam**

So với thế giới, mặc dù hoạt động thương mại cũng đã có từ rất lâu nhưng nhìn chung pháp luật về công ty của Việt Nam xuất hiện khá muộn và phát triển chậm chạp. Một vài ý kiến cho rằng luật lệ về công ty ở Việt Nam có thể được quy định lần đầu trong “Dân luật thi hành tại các tòa án Nam-Bắc Kỳ” năm 1931. Đạo luật này có quy định về “hội buôn” và chia hội buôn (công ty) thành hai loại: hội người và hội vốn. Trong hội người chia thành hội hợp danh (công ty hợp danh), hội hợp tư (công ty hợp vốn đơn giản), Trong hội hợp vốn chia thành hội vô danh (công ty cổ phần) và hội hợp cổ (công ty hợp vốn đơn giản cổ phần). Trong đạo luật này không đề cập đến công ty trách nhiệm hữu hạn. Năm 1944, chính quyền Bảo Đại xây dựng Bộ luật thương mại trung phần. Năm 1972, Chính quyền Việt Nam cộng hòa ban hành Bộ luật thương mại Việt Nam cộng hòa.

Nước ta trong thời Pháp thuộc xuất hiện nhiều công ty dưới hình thức hội. Pháp luật công ty trong giai đoạn này gắn liền với luật dân sự và luật thương mại và chịu ảnh hưởng khá sâu sắc từ pháp luật của Cộng hòa Pháp. Sau năm 1954, sự chia cắt của đất nước đã dẫn đến việc tồn tại song song hai hệ thống pháp luật khá khác nhau ở hai miền đất nước. Miền Bắc, và sau này một thời gian dài là cả nước (khi đã thống nhất đất nước), xây dựng nền kinh tế kế hoạch hóa tập trung với thành phần kinh tế chủ yếu là kinh tế quốc doanh và tập thể nên không tồn tại hình thức công ty và tất nhiên, cũng không có pháp luật về công ty.

Vào những năm cuối thập kỷ 80 của thế kỷ 20 làn gió đổi mới đã nhanh chóng thay đổi bộ mặt của nền kinh tế Việt Nam. Đường lối xây dựng nền kinh tế hàng hoá nhiều thành phần theo cơ chế thị trường có sự quản lý của nhà nước đã mở đường cho các công ty ra đời. Ngày 21/12/1990 Luật công ty được Quốc hội Việt Nam thông qua đánh dấu một bước ngoặt lớn trong công tác xây dựng hệ thống pháp luật kinh tế nói chung và pháp luật về doanh nghiệp nói riêng. Mặc dù còn khá sơ sài và quá nhiều thiếu sót nhưng, về cơ bản, Luật công ty năm 1990 đã hoàn thành được sứ mạng khai phá trong bước đầu xây dựng các văn bản pháp luật thừa nhận cơ chế kinh tế thị trường của nhà làm luật Việt Nam. Ngày 12/06/1999 Luật doanh nghiệp được thông qua nhằm thay thế cho Luật công ty và Luật doanh nghiệp tư nhân lúc bấy giờ đã trở nên quá lạc hậu so với sự phát triển của nền kinh tế. Những quy định pháp luật về công ty trong Luật doanh nghiệp 1999 là kết quả quý báu của kinh nghiệm được đúc kết từ chính thực tiễn nền kinh tế Việt nam sau gần mười năm thực hiện Luật công ty. Hiện nay Luật doanh nghiệp 1999 đã được thay thế bởi Luật doanh nghiệp 2005 trên tinh thần tiếp tục hoàn thiện và thống nhất pháp luật doanh nghiệp của Việt Nam nhằm tạo điều kiện thuận lợi cho nền kinh tế nước ta phát triển và hội nhập với thế giới.

## **2. MỘT SỐ VẤN ĐỀ CHUNG VỀ CÔNG TY THEO PHÁP LUẬT VIỆT NAM**

### **2.1 Khái niệm chung**

Những hình thức công ty được quy định trong Luật doanh nghiệp của nước ta cũng thể hiện tính chất đặc trưng của công ty theo cách hiểu truyền thống. Công ty, hiểu theo nghĩa chung nhất, là tổ chức kinh doanh do hai hay nhiều người cùng góp vốn thành lập nhằm mục đích kinh doanh theo nguyên tắc lời cùng chia, lỗ cùng chịu.

### **2.2 Điều lệ công ty**

Điều lệ công ty là bản cam kết của tất cả thành viên về việc thành lập, tổ chức quản lý và hoạt động của công ty. Điều lệ đầu tiên của công ty trách nhiệm hữu hạn phải được tất cả các sáng lập viên chấp thuận, của công ty cổ phần phải được tất cả các cổ đông sáng lập chấp thuận hay của công ty hợp danh phải được tất cả các thành viên hợp danh chấp thuận.

Điều lệ không được trái với Luật doanh nghiệp, các văn bản pháp luật khác có liên quan và phải có các nội dung chủ yếu theo luật định, các nội dung khác của công ty do các thành viên thỏa thuận nhưng không được trái với quy định của pháp luật.

### **2.3 Quyền và nghĩa vụ của công ty**

Quyền và nghĩa vụ của công ty là một bộ phận quan trọng trong địa vị pháp lý của công ty. Luật doanh nghiệp đã quy định tương đối chi tiết về quyền và nghĩa vụ pháp lý của các loại công ty

*Công ty có các quyền như:*

1. Tự chủ trong kinh doanh; chủ động lựa chọn ngành, nghề, địa bàn, hình thức kinh doanh, đầu tư; chủ động mở rộng quy mô và ngành, nghề kinh doanh; được nhà nước khuyến khích, ưu đãi và tạo điều kiện thuận lợi tham gia sản xuất, cung ứng sản phẩm, dịch vụ công ích.
2. Lựa chọn hình thức, phương thức huy động, phân bổ và sử dụng vốn.
3. Chủ động tìm kiếm thị trường, khách hàng và ký kết hợp đồng.
4. Kinh doanh xuất khẩu, nhập khẩu.
5. Tuyển dụng, thuê và sử dụng lao động theo yêu cầu kinh doanh.
6. Chủ động ứng dụng khoa học công nghệ hiện đại để nâng cao hiệu quả kinh doanh và khả năng cạnh tranh.
7. Tự chủ quyết định các công việc kinh doanh và quan hệ nội bộ.
8. Chiếm hữu, sử dụng, định đoạt tài sản của doanh nghiệp.
9. Từ chối mọi yêu cầu cung cấp các nguồn lực không được pháp luật quy định.
10. Khiếu nại, tố cáo theo quy định của pháp luật về khiếu nại, tố cáo.
11. Trực tiếp hoặc thông qua người đại diện theo ủy quyền tham gia tố tụng theo quy định của pháp luật.

12. Các quyền khác theo quy định của pháp luật.

***Công ty cũng có các nghĩa vụ như:***

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

2. Tổ chức công tác kế toán, lập và nộp báo cáo tài chính trung thực, chính xác, đúng thời hạn theo quy định của pháp luật về kế toán.

3. Đăng ký mã số thuế, kê khai thuế, nộp thuế và thực hiện các nghĩa vụ tài chính khác theo quy định của pháp luật.

4. Bảo đảm quyền, lợi ích của người lao động theo quy định của pháp luật về lao động; thực hiện chế độ bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế và bảo hiểm khác cho người lao động theo quy định của pháp luật về bảo hiểm.

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

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

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

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

**2.4 Thành viên của công ty**

Thành viên công ty chính là người góp vốn vào công ty. Những quy định pháp luật về thành viên công ty phần lớn tập trung vào hai vấn đề chính: hình thành và chấm dứt tư cách thành viên, quyền và nghĩa vụ cơ bản của thành viên.

### ***Căn cứ hình thành và chấm dứt tư cách thành viên công ty***

*Tư cách thành viên công ty hình thành khi có căn cứ như:*

+ Góp vốn vào công ty: đây là cách chủ yếu để hình thành tư cách thành viên. Tư cách thành viên hình thành khi góp vốn để thành lập công ty hoặc góp vốn của thành viên mới nhằm tăng vốn điều lệ của công ty.

+ Mua lại phần vốn góp từ thành viên công ty cũng là một cách để trở thành thành viên mới của công ty. Chuyển nhượng phần vốn góp là quyền của thành viên công ty, tuy nhiên tùy theo từng loại công ty mà việc chuyển nhượng được quy định khác nhau. Khi mua lại phần vốn góp, thành viên mới phải trả cho người bán một trị giá tài sản do hai bên thỏa thuận.

+ Hưởng thừa kế từ người để lại di sản là thành viên công ty. Trên nguyên tắc công dân được pháp luật công nhận quyền để lại thừa kế và nhận thừa kế, trong điều lệ của từng loại hình công ty sẽ quy định cụ thể về việc hưởng thừa kế phần vốn góp để trở thành thành viên công ty.

*Tư cách thành viên sẽ chấm dứt trong các trường hợp:*

+ Thành viên đã chuyển nhượng hết vốn góp của mình cho người khác.

+ Thành viên chết.

+ Khi điều lệ công ty quy định (chẳng hạn như khai trừ thành viên, thu hồi tư cách thành viên hoặc họ tự nguyện xin rút khỏi công ty)

### ***Quyền và nghĩa vụ cơ bản của thành viên công ty***

Góp vốn là hành vi tự nguyện của cá nhân, tổ chức nhằm trở thành thành viên công ty và hưởng lợi từ kết quả hoạt động của công ty. Ngoài việc quy định những căn cứ làm phát sinh hay chấm dứt tư cách thành viên công ty, pháp luật còn bảo vệ lợi ích hợp pháp của các thành viên công ty bằng việc quy định các quyền và nghĩa vụ cơ bản của thành viên.



Bên cạnh đó, điều lệ mỗi công ty có thể quy định cụ thể thêm các quyền và nghĩa vụ cho thành viên công ty.

Thành viên công ty có các quyền về tài sản như quyền được công nhận là đồng sở hữu chủ công ty, phần sở hữu tương ứng với phần vốn góp vào công ty và có quyền chuyển nhượng phần vốn góp cho người khác. Được chia lợi nhuận theo tỷ lệ phần vốn góp, được chia phần dự trữ của công ty cũng như được chia các trị giá tài sản còn lại sau khi thanh lý công ty. Tài sản còn lại sẽ được phân chia theo tỷ lệ góp vốn. Thành viên công ty có các quyền trong quản lý như được tham gia các cuộc họp của cơ quan có quyền quyết định cao nhất của công ty, quyền biểu quyết cũng như có quyền được thông tin về hoạt động của công ty. Bên cạnh các quyền thì thành viên công ty còn có nghĩa vụ góp vốn thành lập công ty, nghĩa vụ thực hiện điều lệ công ty và cùng chịu lỗ với công ty.

## **2.5 Thành lập công ty**

Theo Hiến pháp Việt Nam hiện hành thì công dân có quyền tự do lập hội và công dân sẽ thực hiện quyền này theo các quy định cụ thể của pháp luật trong các lĩnh vực xã hội. Đây chính là căn cứ pháp lý quan trọng nhằm công nhận quyền thành lập công ty cho công dân trong Luật doanh nghiệp.

Các quy định pháp luật về thành lập và đăng ký hoạt động công ty ở nước ta trong thời gian qua không ngừng được hoàn thiện. Nội dung các quy định về thành lập và đăng ký kinh doanh công ty bao gồm hai vấn đề cơ bản: điều kiện thành lập công ty và đăng ký kinh doanh.

### ***Điều kiện thành lập***

#### ***Về tài sản khi thành lập***

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

- Cơ quan nhà nước, đơn vị lực lượng vũ trang nhân dân Việt Nam 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.

Tài sản góp vốn không phải là tiền Việt Nam, ngoại tệ tự do chuyển đổi, vàng phải được các thành viên, cổ đông sáng lập hoặc tổ chức định giá chuyên nghiệp định giá. Tài sản góp vốn khi thành lập công ty phải được các thành viên, cổ đông sáng lập định giá theo nguyên tắc nhất trí, nếu định giá cao hơn so với giá trị thực tế tại thời điểm góp vốn thì các thành viên, cổ đông sáng lập liên đới chịu trách nhiệm đối với các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty bằng số chênh lệch giữa giá trị được định và giá trị thực tế của tài sản góp vốn tại thời điểm kết thúc định giá. Tài sản góp vốn trong quá trình hoạt động do doanh nghiệp và người góp vốn thỏa thuận định giá hoặc do một tổ chức định giá chuyên nghiệp định giá. Nếu là tổ chức định giá chuyên nghiệp định giá thì giá trị tài sản góp vốn phải được người góp vốn và doanh nghiệp chấp thuận; nếu tài sản góp vốn được định giá cao hơn giá trị thực tế tại thời điểm góp vốn thì người góp vốn hoặc tổ chức định giá và người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp cùng liên đới chịu trách nhiệm đối với các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty bằng số chênh lệch giữa giá trị được định và giá trị thực tế của tài sản góp vốn tại thời điểm kết thúc định giá.

Sau khi được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, người cam kết góp vốn vào công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần và công ty hợp danh phải chuyển quyền sở hữu tài sản vốn góp cho công ty. Đối với tài sản có đăng ký hoặc giá trị quyền sử dụng đất thì người góp vốn phải làm thủ tục chuyển quyền sở hữu tài sản đó hoặc quyền sử dụng đất cho công ty tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Việc chuyển quyền sở hữu đối với tài sản góp vốn không phải chịu lệ phí trước bạ. Đối với tài sản không đăng ký quyền sở hữu, việc góp vốn phải được thực hiện bằng việc

giao nhận tài sản góp vốn có xác nhận bằng biên bản với những nội dung luật định.

Cổ phần hoặc phần vốn góp bằng tài sản không phải là tiền Việt Nam, ngoại tệ tự do chuyển đổi, vàng chỉ được coi là thanh toán xong khi quyền sở hữu hợp pháp đối với tài sản góp vốn đã chuyển sang công ty.

### *Về người thành lập*

Sau nhiều lần bổ sung sửa đổi, Luật doanh nghiệp 2005 đã quy định theo hướng tiếp tục thừa nhận rộng các đối tượng có thể thành lập doanh nghiệp, theo đó thì các tổ chức, cá nhân Việt Nam, tổ chức, cá nhân nước ngoài có quyền thành lập và quản lý công ty tại Việt Nam chỉ trừ trường hợp:

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

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

- Sĩ quan, hạ sĩ quan, quân nhân chuyên nghiệp, công nhân quốc phòng trong các cơ quan, đơn vị thuộc quân đội nhân dân Việt Nam; sĩ quan, hạ sĩ quan chuyên nghiệp trong các cơ quan, đơn vị thuộc công an nhân dân Việt Nam

- 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 theo ủy quyền để quản lý phần vốn góp của nhà nước tại doanh nghiệp khác

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

- Người đang chấp hành hình phạt tù hoặc đang bị toà án cấm hành nghề kinh doanh

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

### *Về ngành nghề kinh doanh*

Công ty có quyền chủ động đăng ký và hoạt động kinh doanh, không cần phải xin phép bất cứ cơ quan nhà nước nào, nếu ngành, nghề kinh doanh đó:

- + Không thuộc ngành, nghề cấm kinh doanh
- + Không thuộc ngành, nghề kinh doanh phải có giấy phép kinh doanh
- + Không thuộc ngành, nghề kinh doanh phải có vốn pháp định
- + Không thuộc ngành, nghề kinh doanh phải có chứng chỉ hành nghề

Danh mục ngành, nghề cấm kinh doanh được quy định trong các văn bản pháp luật hướng dẫn thi hành Luật doanh nghiệp. Ngành, nghề kinh doanh có điều kiện và điều kiện kinh doanh các ngành, nghề đó được áp dụng theo quy định của các luật, pháp lệnh hoặc nghị định có liên quan. Điều kiện kinh doanh được thể hiện dưới hai hình thức sau đây:

- Giấy phép kinh doanh do cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp
- Các quy định về tiêu chuẩn vệ sinh môi trường, vệ sinh an toàn thực phẩm; quy định về phòng cháy, chữa cháy, trật tự xã hội, an toàn giao thông và quy định về các yêu cầu khác đối với hoạt động kinh doanh (sau đây gọi tắt là điều kiện kinh doanh không cần giấy phép).

Nếu thành lập công ty để kinh doanh các ngành, nghề kinh doanh có điều kiện, thì khi đăng ký kinh doanh, cơ quan đăng ký kinh doanh phải thông báo và hướng dẫn người thành lập doanh nghiệp về điều kiện kinh doanh các ngành, nghề đó. Trường hợp công ty đăng ký bổ sung, thay đổi ngành, nghề kinh doanh có điều kiện, thì khi đăng ký bổ sung,

thay đổi ngành, nghề kinh doanh, cơ quan đăng ký kinh doanh phải thông báo và hướng dẫn công ty biết về điều kiện kinh doanh ngành, nghề đó.

Đối với ngành, nghề kinh doanh phải có giấy phép kinh doanh, thì công ty được quyền kinh doanh ngành, nghề đó, kể từ khi được cấp giấy phép kinh doanh. Đối với ngành, nghề kinh doanh phải có điều kiện kinh doanh không cần giấy phép, thì công ty được quyền kinh doanh ngành, nghề đó, kể từ khi có đủ các điều kiện kinh doanh theo quy định và cam kết thực hiện đúng các điều kiện đó trong suốt quá trình hoạt động kinh doanh.

Người thành lập công ty và người đại diện theo pháp luật của công ty phải chịu trách nhiệm về việc thực hiện đúng điều kiện kinh doanh theo quy định. Nếu công ty tiến hành kinh doanh mà không có đủ điều kiện, thì người thành lập công ty và người đại diện theo pháp luật của công ty phải cùng liên đới chịu trách nhiệm trước pháp luật về việc kinh doanh đó.

Ngành, nghề kinh doanh phải có vốn pháp định, mức vốn pháp định cụ thể, cơ quan có thẩm quyền quản lý nhà nước về vốn pháp định, cơ quan có thẩm quyền xác nhận và cách thức xác nhận vốn pháp định được xác định theo quy định của luật, pháp lệnh và nghị định quy định về vốn pháp định. Người đại diện theo pháp luật của công ty chịu trách nhiệm về tính trung thực, chính xác của số vốn được xác nhận khi thành lập công ty và trong quá trình hoạt động kinh doanh của công ty. Thủ trưởng cơ quan có thẩm quyền quản lý nhà nước về vốn pháp định, thủ trưởng cơ quan xác nhận vốn pháp định cùng liên đới chịu trách nhiệm về tính chính xác của số vốn được xác nhận khi thành lập doanh nghiệp.

Chúng chỉ hành nghề là văn bản mà cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc hội nghề nghiệp chỉ cấp cho cá nhân có đủ trình độ chuyên môn và kinh nghiệm nghề nghiệp về một ngành, nghề nhất định. Đối với doanh nghiệp kinh doanh các ngành, nghề có chứng chỉ hành nghề thì ngoài việc đăng ký

kinh doanh, phải có thêm điều kiện về chứng chỉ hành nghề. Đối với công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần, một trong số những người quản lý doanh nghiệp phải có chứng chỉ hành nghề; đối với công ty hợp danh, tất cả thành viên hợp danh phải có chứng chỉ hành nghề.

### *Về tên gọi, trụ sở và con dấu của công ty*

Tên công ty phải được viết hoặc gắn tại trụ sở chính, chi nhánh, văn phòng đại diện của doanh nghiệp, phải được in hoặc viết trên các giấy tờ giao dịch, hồ sơ tài liệu và ấn phẩm do doanh nghiệp phát hành. Tên công ty phải viết được bằng tiếng Việt, có thể kèm theo chữ số và ký hiệu, phải phát âm được và có ít nhất hai thành tố sau đây: loại hình công ty (công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần hay công ty hợp danh) và tên riêng của công ty.

Người thành lập được tự do đặt tên cho công ty nhưng cái tên của công ty không được:

- Đặt tên trùng hoặc tên gây nhầm lẫn với tên của doanh nghiệp đã đăng ký.

- Sử dụng tên cơ quan nhà nước, đơn vị lực lượng vũ trang nhân dân, tên của tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức chính trị xã hội - nghề nghiệp, tổ chức xã hội, tổ chức xã hội - nghề nghiệp để làm toàn bộ hoặc một phần tên riêng của công ty, trừ trường hợp có sự chấp thuận của cơ quan, đơn vị hoặc tổ chức đó.

- Sử dụng từ ngữ, ký hiệu vi phạm truyền thống lịch sử, văn hoá, đạo đức và thuần phong mỹ tục của dân tộc.

Tên công ty viết bằng tiếng nước ngoài là tên được dịch từ tên bằng tiếng Việt sang tiếng nước ngoài tương ứng. Khi dịch sang tiếng nước ngoài, tên riêng của công ty có thể giữ nguyên hoặc dịch theo nghĩa tương ứng sang tiếng nước ngoài. Tên bằng tiếng nước ngoài của công ty

được in hoặc viết với khổ chữ nhỏ hơn tên bằng tiếng Việt của công ty tại cơ sở của công ty hoặc trên các giấy tờ giao dịch, hồ sơ tài liệu và ấn phẩm do công ty phát hành. Tên viết tắt của công ty được viết tắt từ tên bằng tiếng Việt hoặc tên viết bằng tiếng nước ngoài.

Nếu không đảm bảo các quy định khi đặt tên cho công ty, cơ quan đăng ký kinh doanh có quyền từ chối chấp thuận tên dự kiến đăng ký của công ty. Quyết định của cơ quan đăng ký kinh doanh là quyết định cuối cùng.

Trụ sở chính của công ty là địa điểm liên lạc, giao dịch của công ty; phải ở trên lãnh thổ Việt Nam, có địa chỉ được xác định gồm số nhà, tên phố (ngõ phố) hoặc tên 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).

Công ty có con dấu riêng, con dấu là tài sản của công ty. Con dấu của công ty phải được lưu giữ và bảo quản tại trụ sở chính của công ty. Hình thức và nội dung của con dấu, điều kiện làm con dấu và chế độ sử dụng con dấu thực hiện theo quy định của chính phủ. Người đại diện theo pháp luật của công ty phải 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, công ty có thể có con dấu thứ hai.

### ***Đăng ký kinh doanh***

Đăng ký kinh doanh là một thủ tục pháp lý quan trọng để khai sinh và công nhận tư cách pháp lý cho công ty. Công ty được đảm bảo về mặt pháp lý kể từ thời điểm đăng ký và được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh.

Việc đăng ký kinh doanh được thực hiện tại cơ quan đăng ký kinh doanh cấp tỉnh (phòng đăng ký kinh doanh thuộc sở kế hoạch đầu tư nơi công ty có trụ sở chính). Người thành lập công ty phải lập và nộp hồ sơ đăng

ký kinh doanh tại cơ quan đăng ký kinh doanh và phải chịu trách nhiệm về tính chính xác, trung thực của nội dung hồ sơ đăng ký kinh doanh.

*Hồ sơ đăng ký kinh doanh bao gồm các giấy tờ sau:*

1. Giấy đề nghị đăng ký kinh doanh theo mẫu thống nhất do cơ quan đăng ký kinh doanh có thẩm quyền quy định.

2. Dự thảo điều lệ công ty.

3. Danh sách thành viên sáng lập và các giấy tờ kèm theo. (Đối với thành viên là cá nhân: bản sao giấy chứng minh nhân dân, hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác; đối với thành viên là tổ chức: bản sao quyết định thành lập, giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh hoặc tài liệu tương đương khác của tổ chức; văn bản ủy quyền, giấy chứng minh nhân dân, hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác của người đại diện theo ủy quyền. Đối với thành viên là tổ chức nước ngoài thì 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 ba tháng trước ngày nộp hồ sơ đăng ký kinh doanh).

4. Văn bản xác nhận vốn pháp định của cơ quan, tổ chức có thẩm quyền đối với công ty kinh doanh ngành, nghề mà theo quy định của pháp luật phải có vốn pháp định.

5. Chứng chỉ hành nghề của những cá nhân khi công ty kinh doanh ngành, nghề mà theo quy định của pháp luật phải có chứng chỉ hành nghề.

Cơ quan đăng ký kinh doanh chỉ chịu trách nhiệm về tính hợp lệ của hồ sơ đăng ký kinh doanh và không có quyền yêu cầu người thành lập công ty nộp thêm các loại giấy tờ, hồ sơ khác ngoài những loại giấy tờ đã quy định như trên.

*Trình tự và thủ tục đăng ký kinh doanh*

Cơ quan đăng ký kinh doanh có trách nhiệm xem xét hồ sơ đăng ký kinh doanh và cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh trong thời hạn



mười ngày làm việc, kể từ ngày nhận hồ sơ; nếu từ chối cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh thì thông báo bằng văn bản cho người thành lập công ty biết và phải nêu rõ lý do và các yêu cầu sửa đổi, bổ sung.

Công ty được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh khi có đủ các điều kiện sau đây:

- Ngành, nghề đăng ký kinh doanh không thuộc lĩnh vực cấm kinh doanh.
- Tên của doanh nghiệp được đặt theo đúng quy định.
- Có trụ sở chính theo quy định.
- Có hồ sơ đăng ký kinh doanh hợp lệ theo quy định của pháp luật.
- Nộp đủ lệ phí đăng ký kinh doanh theo quy định của pháp luật.

Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh có những nội dung như:

- Tên, địa chỉ trụ sở chính của doanh nghiệp, chi nhánh, văn phòng đại diện.

- Thông tin về nhân thân của người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp.

- Thông tin về nhân thân của thành viên hoặc cổ đông sáng lập là cá nhân, thành viên hợp danh của công ty hợp danh hoặc chủ sở hữu công ty là cá nhân; số quyết định thành lập hoặc số đăng ký kinh doanh của chủ sở hữu công ty, của thành viên hoặc cổ đông sáng lập là tổ chức đối với công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần.

- Vốn điều lệ đối với công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty hợp danh; số cổ phần và giá trị vốn cổ phần đã góp và số cổ phần được quyền chào bán đối với công ty cổ phần; vốn pháp định đối với doanh nghiệp kinh doanh ngành, nghề đòi hỏi phải có vốn pháp định.

- Ngành, nghề kinh doanh.

Trong thời hạn bảy ngày làm việc, kể từ ngày cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh hoặc chứng nhận thay đổi đăng ký kinh doanh, cơ quan đăng ký kinh doanh phải thông báo nội dung giấy chứng nhận đó cho cơ quan thuế, cơ quan thống kê, cơ quan nhà nước có thẩm quyền khác cùng cấp, ủy ban nhân dân huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh

và ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn nơi doanh nghiệp đặt trụ sở chính. Tổ chức, cá nhân được quyền yêu cầu cơ quan đăng ký kinh doanh cung cấp thông tin về nội dung đăng ký kinh doanh; cấp bản sao giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, chứng nhận thay đổi đăng ký kinh doanh hoặc bản trích lục nội dung đăng ký kinh doanh và phải trả phí theo quy định của pháp luật. Cơ quan đăng ký kinh doanh có nghĩa vụ cung cấp đầy đủ và kịp thời các thông tin về nội dung đăng ký kinh doanh theo yêu cầu của tổ chức, cá nhân.

#### *Công bố nội dung đăng ký kinh doanh*

Trong thời hạn ba mươi ngày kể từ ngày được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, công ty phải đăng trên mạng thông tin doanh nghiệp của cơ quan đăng ký kinh doanh hoặc một trong các loại tờ báo viết hoặc báo điện tử trong ba số liên tiếp về các nội dung chủ yếu sau đây:

- Tên công ty
- Địa chỉ trụ sở chính của công ty, chi nhánh, văn phòng đại diện
- Ngành, nghề kinh doanh
- Vốn điều lệ đối với công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty hợp danh; số cổ phần và giá trị vốn cổ phần đã góp và số cổ phần được quyền phát hành đối với công ty cổ phần; vốn pháp định đối với doanh nghiệp kinh doanh ngành, nghề đòi hỏi phải có vốn pháp định
- Thông tin về thành viên sáng lập và người đại diện theo pháp luật của công ty
- Nơi đăng ký kinh doanh.

Trong trường hợp thay đổi nội dung đăng ký kinh doanh, công ty cũng phải công bố nội dung những thay đổi đó theo quy định.

Công ty có quyền hoạt động kinh doanh kể từ ngày được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Đối với những ngành nghề kinh doanh có điều kiện thì công ty được quyền kinh doanh các 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.

Hợp đồng phục vụ cho việc thành lập và hoạt động của công ty có thể được thành viên, cổ đông sáng lập hoặc người đại diện theo ủy quyền ký trước khi đăng ký kinh doanh. Khi công ty được thành lập thì công ty là người tiếp nhận quyền và nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng đã ký kết. Nếu công ty không được thành lập thì người ký kết hợp đồng chịu trách nhiệm hoặc liên đới chịu trách nhiệm tài sản về việc thực hiện hợp đồng đó.

#### *Thay đổi nội dung đăng ký kinh doanh*

Trong quá trình hoạt động nếu công ty thay đổi tên, địa chỉ trụ sở chính, chi nhánh, văn phòng đại diện, mục tiêu và ngành, nghề kinh doanh, vốn điều lệ hoặc số cổ phần được quyền chào bán, vốn đầu tư của chủ công ty, thay đổi người đại diện theo pháp luật của công ty và các vấn đề khác trong nội dung hồ sơ đăng ký kinh doanh thì công ty phải đăng ký với cơ quan đăng ký kinh doanh trong thời hạn mười ngày làm việc, kể từ ngày quyết định thay đổi. Khi thay đổi nội dung của giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, công ty được cấp lại giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Nếu giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh bị mất, bị rách, bị cháy hoặc bị tiêu hủy dưới hình thức khác, công ty được cấp lại giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh và phải trả phí.

#### *Văn phòng đại diện, chi nhánh của công ty*

Công ty có quyền lập chi nhánh, văn phòng đại diện ở trong nước và nước ngoài. Công ty có thể đặt một hoặc nhiều văn phòng đại diện, chi nhánh tại một địa phương theo địa giới hành chính. Văn phòng đại diện là đơn vị phụ thuộc của công ty, có nhiệm vụ đại diện theo ủy quyền cho lợi ích của công ty và bảo vệ các lợi ích đó. Tổ chức và hoạt động của văn phòng đại diện theo quy định của pháp luật. Chi nhánh là đơn vị phụ thuộc của công ty, có nhiệm vụ thực hiện toàn bộ hoặc một phần chức năng của công ty 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

công ty. Địa điểm kinh doanh là nơi hoạt động kinh doanh cụ thể của công ty được tổ chức thực hiện. Địa điểm kinh doanh có thể ở ngoài địa chỉ đăng ký trụ sở chính. Chi nhánh, văn phòng đại diện và địa điểm kinh doanh phải mang tên của công ty, kèm theo phần bổ sung tương ứng xác định chi nhánh, văn phòng đại diện và địa điểm kinh doanh đó.

## **2.6 Tổ chức lại công ty**

Tổ chức lại công ty được quy định trong Luật doanh nghiệp bao gồm chia, tách, hợp nhất, sáp nhập và chuyển đổi công ty. Việc quy định quyền và điều kiện cũng như thủ tục pháp lý khi tổ chức lại công ty là cơ sở pháp lý quan trọng giúp công ty phát triển và thích nghi trong môi trường kinh doanh đa dạng và năng động hiện nay. Tuy có quyền tổ chức lại công ty nhưng các chủ thể kinh doanh cần đảm bảo các yêu cầu về điều kiện và thủ tục pháp lý khi thực hiện các hình thức tổ chức lại công ty của mình.

### ***Chia công ty***

Đây là biện pháp tổ chức lại công ty được áp dụng cho công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần. Bằng cách này, công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần được chia thành một số công ty cùng loại. Điều kiện và thủ tục chia công ty được quy định tại Điều 150 Luật Doanh nghiệp. Sau khi đăng ký kinh doanh các công ty mới, công ty bị chia sẽ chấm dứt sự tồn tại. Các công ty mới phải 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.

### ***Tách công ty***

Là biện pháp tổ chức lại công ty được áp dụng cho công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần. Khi tách công ty để thành lập một hoặc một số công ty cùng loại (công ty được tách), một phần tài sản, quyền và nghĩa vụ của công ty bị tách được chuyển sang công ty được tách mà không chấm dứt sự tồn tại của công ty bị tách. Điều kiện và thủ

tục tách công ty được quy định trong Điều 151 của Luật Doanh nghiệp. Sau khi đăng ký kinh doanh, công ty được tách và công ty bị tách phải cùng liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ chưa thanh toán, hợp đồng lao động và các nghĩa vụ tài sản khác của công ty bị tách.

### ***Hợp nhất công ty***

Là biện pháp tổ chức lại công ty được áp dụng cho tất cả các loại hình công ty. Hai hay một số công ty cùng loại (gọi là các công ty bị hợp nhất) hợp nhất thành một công ty mới (gọi là công ty hợp nhất) bằng cách chuyển toàn bộ tài sản, quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp vào công ty hợp nhất, đồng thời chấm dứt sự tồn tại của các công ty bị hợp nhất. Điều kiện và thủ tục hợp nhất công ty được quy định tại Điều 152 Luật Doanh nghiệp. Sau khi hoàn tất thủ tục đăng ký kinh doanh, các công ty bị hợp nhất chấm dứt sự tồn tại. Công ty hợp nhất được hưởng các quyền và lợi ích hợp pháp, chịu trách nhiệm về các khoản nợ chưa thanh toán, hợp đồng lao động và các nghĩa vụ tài sản khác của các công ty bị hợp nhất.

### ***Sáp nhập công ty***

Là biện pháp tổ chức lại công ty được áp dụng cho tất cả các loại hình công ty. Một hay một số công ty cùng loại (gọi là công ty bị sáp nhập) sáp nhập vào một công ty khác (gọi là công ty nhận sáp nhập) bằng cách chuyển toàn bộ tài sản, quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp sang công ty nhận sáp nhập, đồng thời chấm dứt sự tồn tại của công ty bị sáp nhập. Điều kiện và thủ tục sáp nhập công ty được tiến hành theo quy định tại Điều 153 Luật Doanh nghiệp. Sau khi đăng ký kinh doanh, doanh nghiệp 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 của công ty bị sáp nhập.

### ***Chuyển đổi công ty***

Là biện pháp tổ chức lại công ty được áp dụng cho công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần. Công ty cổ phần có thể chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc ngược lại, chuyển đổi công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên. Điều kiện và thủ tục chuyển đổi công ty được quy định tại Điều 154, 155 Luật Doanh nghiệp. Sau khi công ty chuyển đổi đăng ký kinh doanh, công ty được chuyển đổi sẽ chấm dứt sự tồn tại. Công ty chuyển đổi được hưởng các quyền và lợi ích hợp pháp, chịu trách nhiệm về các khoản nợ chưa thanh toán, hợp đồng lao động và các nghĩa vụ tài sản khác của công ty bị chuyển đổi.

## **2.7 Giải thể công ty**

Giải thể công ty là việc chấm dứt sự tồn tại, hoạt động của công ty theo quy định của pháp luật. Giải thể thông thường là quyền của các chủ doanh nghiệp. Tuy nhiên cũng có trường hợp công ty bị bắt buộc giải thể.

### ***Các trường hợp giải thể công ty***

Theo quy định của Luật doanh nghiệp thì công ty có thể bị giải thể trong các trường hợp như:

- Kết thúc thời hạn hoạt động đã ghi trong điều lệ công ty mà không có quyết định gia hạn.

- Theo quyết định của hội đồng thành viên, chủ sở hữu công ty cổ phần, của tất cả thành viên hợp danh đối với công ty hợp danh. Giải thể công ty thuộc thẩm quyền quyết định của các thành viên công ty. Tuy nhiên cũng có một số loại thành viên công ty không có quyền này, chẳng hạn thành viên góp vốn trong công ty hợp danh, cổ đông chỉ nắm giữ cổ phần ưu đãi hoàn lại hoặc cổ phần ưu đãi cổ tức trong công ty cổ phần.

- Công ty không còn đủ số lượng thành viên tối thiểu theo quy định của pháp luật trong thời hạn sáu tháng liên tục.

- Bị thu hồi giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh.

### ***Thủ tục giải thể công ty***

Việc giải thể công ty sẽ dẫn đến chấm dứt hoạt động và sự tồn tại của công ty, thanh toán các khoản nợ và thanh lý tài sản của công ty. Đây là những hoạt động phức tạp đòi hỏi phải được tiến hành theo trình tự thủ tục nhất định.

- *Thông qua quyết định giải thể công ty*: Khi ở vào một trong những trường hợp bị giải thể, công ty phải thông qua quyết định giải thể công ty. Sau khi thông qua, công ty phải gửi quyết định này đến cơ quan đăng ký kinh doanh, các chủ nợ, người lao động, người có quyền, nghĩa vụ và lợi ích liên quan. Quyết định giải thể cũng phải được niêm yết công khai tại trụ sở chính của công ty và đăng báo địa phương hoặc báo hàng ngày của trung ương trong ba số liên tiếp. Khi gửi quyết định giải thể cho các chủ nợ, công ty phải gửi kèm theo thông báo về phương án giải quyết nợ.

- *Thanh lý tài sản và thanh toán các khoản nợ của công ty*: Đây là hoạt động cơ bản trong việc giải thể công ty. Việc thanh toán các khoản nợ cho chủ nợ được tiến hành trước, sau đó tiến hành phân chia tài sản còn lại của công ty cho các thành viên, phần tài sản các thành viên công ty được nhận lại tùy thuộc vào tình trạng tài sản còn lại của công ty.

Sau khi thanh toán hết nợ của công ty, tổ thanh lý tài sản phải gửi hồ sơ về giải thể công ty đến cơ quan đăng ký kinh doanh. Trong thời hạn bảy ngày kể từ ngày nhận được hồ sơ giải thể công ty, cơ quan đăng ký kinh doanh phải xóa tên công ty trong sổ đăng ký kinh doanh. Công ty chấm dứt tư cách doanh nghiệp từ thời điểm bị xóa tên trong sổ đăng ký kinh doanh.

### **3. CÁC LOẠI CÔNG TY THEO LUẬT DOANH NGHIỆP**

#### **3.1 Công ty cổ phần**

##### **3.1.1 Khái niệm và đặc điểm**

- Công ty cổ phần là doanh nghiệp, trong đó: vốn điều lệ được chia thành nhiều phần bằng nhau gọi là cổ phần; người sở hữu cổ phần gọi là cổ đông (có thể là tổ chức, cá nhân; số lượng tối thiểu là ba và

không hạn chế số lượng tối đa) chỉ chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi số vốn đã góp vào công ty; cổ đông có quyền tự do chuyển nhượng cổ phần của mình cho người khác, trừ trường hợp quy định của pháp luật.

- Công ty cổ phần có tư cách pháp nhân kể từ ngày được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh.

- Công ty cổ phần có quyền phát hành chứng khoán các loại để huy động vốn theo quy định của pháp luật.

### *3.1.2. Cổ phần – cổ đông, cổ phiếu – trái phiếu*

#### *Cổ phần - cổ đông*

Khi thành lập, công ty cổ phần phải có vốn điều lệ. Vốn điều lệ của công ty trong một số ngành nghề không được thấp hơn mức vốn pháp định. Vốn điều lệ được chia thành nhiều phần bằng nhau gọi là cổ phần.

Cổ phần là phần chia nhỏ nhất vốn điều lệ của công ty cổ phần, được thể hiện dưới hình thức cổ phiếu và có thể bao gồm hai loại: cổ phần phổ thông và 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. Cổ phần phổ thông không thể chuyển đổi thành cổ phần ưu đãi. Cổ phần ưu đãi có thể chuyển đổi thành cổ phần phổ thông theo quyết định của đại hội đồng cổ đông.

Công ty cổ phần phải có cổ phần phổ thông. Người sở hữu cổ phần phổ thông là cổ đông phổ thông. Cổ đông phổ thông có các quyền sau đây:

- Tham dự và phát biểu trong các đại hội cổ đông và thực hiện quyền biểu quyết trực tiếp hoặc thông qua đại diện được ủy quyền; mỗi cổ phần phổ thông có một phiếu biểu quyết.

- Được nhận cổ tức với mức theo quyết định của đại hội đồng cổ đông.

- Được ưu tiên mua cổ phần mới chào bán tương ứng với tỷ lệ cổ phần phổ thông của từng cổ đông trong công ty.



- Được tự do chuyển nhượng cổ phần của mình cho cổ đông khác và cho người không phải là cổ đông, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác.

- 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 hoặc phá sản, được nhận một phần tài sản còn lại tương ứng với số cổ phần góp vốn vào công ty.

- Các quyền khác theo quy định của pháp luật và điều lệ công ty.

Cổ đông hoặc nhóm cổ đông sở hữu trên 10% tổng số cổ phần phổ thông trong thời hạn liên tục ít nhất sáu tháng hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại điều lệ công ty có quyền: đề cử người vào hội đồng quản trị 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 luật quy định; yêu cầu ban kiểm soát kiểm tra từng vấn đề cụ thể liên quan đến quản lý, điều hành hoạt động của công ty khi xét thấy cần thiết.

Cổ đông hoặc nhóm cổ đông nói trên có quyền lập văn bản yêu cầu triệu tập họp đại hội đồng cổ đông trong các trường hợp :

- Hội đồng quản trị vi phạm nghiêm trọng quyền của cổ đông, nghĩa vụ của người quản lý hoặc ra quyết định vượt quá thẩm quyền được giao (phải có các tài liệu, chứng cứ về các vi phạm của hội đồng quản trị, mức độ vi phạm hoặc về quyết định vượt quá thẩm quyền)

- Nhiệm kỳ của hội đồng quản trị đã vượt quá sáu tháng mà hội đồng quản trị mới chưa được bầu thay thế.

- Các trường hợp khác theo quy định của điều lệ công ty.

Trong trường hợp điều lệ công ty không có quy định khác thì việc đề cử người vào hội đồng quản trị và ban kiểm soát của cổ đông hoặc nhóm cổ đông này được thực hiện như sau:

- Các cổ đông phổ thông tự nguyện tập hợp thành nhóm thỏa mãn các điều kiện quy định để đề cử người vào hội đồng quản trị và ban kiểm soát phải thông báo về việc họp nhóm cho các cổ đông dự họp biết chậm nhất ngay khi khai mạc đại hội đồng cổ đông.

- Căn cứ số lượng thành viên hội đồng quản trị và ban kiểm soát, cổ đông hoặc nhóm cổ đông này được quyền đề cử một hoặc một số người theo quyết định của đại hội đồng cổ đông làm ứng cử viên hội đồng quản trị và ban kiểm soát. Trường hợp số ứng cử viên được cổ đông hoặc nhóm cổ đông đề cử thấp hơn số ứng cử viên mà họ được quyền đề cử theo quyết định của đại hội đồng cổ đông thì số ứng cử viên còn lại do hội đồng quản trị, ban kiểm soát và các cổ đông khác đề cử.

Cổ đông phổ thông có các nghĩa vụ như: phải thanh toán đủ số cổ phần cam kết mua trong thời hạn chín mươi ngày, kể từ ngày công ty được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh; chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi số vốn đã góp vào công ty. Không được rút vốn đã góp bằng cổ phần phổ thông ra khỏi công ty dưới mọi hình thức, trừ trường hợp được công ty hoặc người khác mua lại cổ phần. Nếu có cổ đông rút một phần hoặc toàn bộ vốn cổ phần đã góp trái với quy định thì thành viên hội đồng quản trị và người đại diện theo pháp luật của công ty phải cùng liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi giá trị cổ phần đã bị rút; tuân thủ điều lệ và quy chế quản lý nội bộ công ty; chấp hành quyết định của đại hội đồng cổ đông, hội đồng quản trị; thực hiện các nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật và điều lệ công ty.

Cổ đông phổ thông phải chịu trách nhiệm cá nhân khi nhân danh công ty dưới mọi hình thức để thực hiện một trong các hành vi như: vi phạm pháp luật; tiến hành kinh doanh và các giao dịch khác để tư lợi

không có quyền biểu quyết, dự họp đại hội đồng cổ đông, đề cử người vào hội đồng quản trị và ban kiểm soát.

Người được quyền mua cổ phần ưu đãi cổ tức, cổ phần ưu đãi hoàn lại và cổ phần ưu đãi khác do điều lệ công ty quy định hoặc do đại hội đồng cổ đông quyết định.

#### **- Cổ phiếu, trái phiếu**

Cổ phiếu là chứng chỉ do công ty cổ phần phát hành hoặc bút toán ghi sổ xác nhận quyền sở hữu một hoặc một số cổ phần của công ty đó. Cổ phiếu có thể ghi tên hoặc không ghi tên. Cổ phiếu phải có các nội dung chủ yếu ghi nhận thông tin về công ty; số lượng cổ phần và loại cổ phần; mệnh giá mỗi cổ phần và tổng mệnh giá số cổ phần ghi trên cổ phiếu; thông tin về cổ đông mua cổ phiếu; tóm tắt về thủ tục chuyển nhượng cổ phần; chữ ký mẫu của người đại diện theo pháp luật và dấu của công ty; số đăng ký tại sở đăng ký cổ đông của công ty và ngày phát hành cổ phiếu; các nội dung khác theo quy định đối với cổ phiếu của cổ phần ưu đãi.

Trường hợp có sai sót trong nội dung và hình thức cổ phiếu do công ty phát hành thì quyền và lợi ích của người sở hữu nó không bị ảnh hưởng. Chủ tịch hội đồng quản trị và giám đốc hoặc tổng giám đốc công ty phải liên đới chịu trách nhiệm về thiệt hại do những sai sót đó gây ra đối với công ty. Trường hợp cổ phiếu bị mất, bị rách, bị cháy hoặc bị tiêu hủy dưới hình thức khác thì cổ đông được công ty cấp lại cổ phiếu theo đề nghị của cổ đông đó.

*Trái phiếu là chứng chỉ ghi nợ.* Công ty cổ phần có quyền phát hành trái phiếu, trái phiếu chuyển đổi và các loại trái phiếu khác theo quy định của pháp luật và điều lệ công ty. Công ty không được quyền phát hành trái phiếu nếu như công ty không thanh toán đủ cả gốc và lãi của trái phiếu đã phát hành, không thanh toán hoặc thanh toán không đủ các khoản nợ đến hạn trong ba năm liên tiếp trước đó hoặc tỷ suất lợi nhuận sau thuế bình quân của ba năm liên tiếp trước đó không cao hơn mức lãi suất dự kiến trả cho trái phiếu định phát hành trừ trường hợp pháp luật về chứng khoán có quy định khác.

Tuy vậy, việc phát hành trái phiếu cho các chủ nợ là tổ chức tài chính được lựa chọn không bị hạn chế bởi các quy định trên. Trong

trường hợp điều lệ công ty không quy định khác thì hội đồng quản trị có quyền quyết định loại trái phiếu, tổng giá trị trái phiếu và thời điểm phát hành, nhưng phải báo cáo đại hội đồng cổ đông tại cuộc họp gần nhất. Báo cáo phải kèm theo tài liệu và hồ sơ giải trình quyết định của hội đồng quản trị về phát hành trái phiếu.

Công ty cổ phần phải lập và lưu giữ sổ đăng ký cổ đông từ khi được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Sổ đăng ký cổ đông có thể là văn bản, tập dữ liệu điện tử hoặc cả hai loại này. Sổ đăng ký cổ đông được lưu giữ tại trụ sở chính của công ty hoặc trung tâm đăng ký, lưu ký, bù trừ và thanh toán chứng khoán. Cổ đông có quyền kiểm tra, tra cứu hoặc trích lục, sao chép nội dung sổ đăng ký cổ đông trong giờ làm việc của công ty hoặc trung tâm đăng ký, lưu ký, bù trừ và thanh toán chứng khoán.

Cổ đông sở hữu từ 5% tổng số cổ phần trở lên phải được đăng ký với cơ quan đăng ký kinh doanh có thẩm quyền trong thời hạn bảy ngày làm việc, kể từ ngày có được tỷ lệ sở hữu đó.

Hội đồng quản trị quyết định thời điểm, phương thức và giá chào bán cổ phần trong sổ cổ phần được quyền chào bán. Giá chào bán cổ phần không được thấp hơn giá thị trường tại thời điểm chào bán hoặc giá trị được ghi trong sổ sách của cổ phần tại thời điểm gần nhất, trừ những trường hợp sau đây:

- + Cổ phần chào bán lần đầu tiên cho những người không phải là cổ đông sáng lập

- + Cổ phần chào bán cho tất cả cổ đông theo tỷ lệ cổ phần hiện có của họ ở công ty

- + Cổ phần chào bán cho người môi giới hoặc người bảo lãnh. Trong trường hợp này, số chiết khấu hoặc tỷ lệ chiết khấu cụ thể phải được sự chấp thuận của số cổ đông đại diện cho ít nhất 75% tổng số cổ phần có quyền biểu quyết

- + Các trường hợp khác và mức chiết khấu trong các trường hợp đó do điều lệ công ty quy định

Trường hợp công ty phát hành thêm cổ phần phổ thông và chào bán số cổ phần đó cho tất cả cổ đông phổ thông theo tỷ lệ cổ phần hiện có của họ tại công ty thì công ty phải thông báo bằng văn bản đến các cổ đông theo phương thức bảo đảm đến được địa chỉ thường trú của họ. Thông báo phải được đăng báo trong ba số liên tiếp trong thời hạn mười ngày làm việc, kể từ ngày thông báo. Thời hạn xác định trong thông báo phải hợp lý đủ để cổ đông đăng ký mua được cổ phần. Kèm theo thông báo phải có mẫu phiếu đăng ký mua do công ty phát hành; cổ đông có quyền chuyển quyền ưu tiên mua cổ phần của mình cho người khác; nếu phiếu đăng ký mua cổ phần không được gửi về công ty đúng hạn như thông báo thì cổ đông có liên quan coi như đã không nhận quyền ưu tiên mua. Trường hợp số lượng cổ phần dự định phát hành không được cổ đông và người nhận chuyển quyền ưu tiên mua đăng ký mua hết thì số cổ phần dự kiến phát hành còn lại sẽ do hội đồng quản trị quản lý. Hội đồng quản trị có thể phân phối số cổ phần đó cho cổ đông của công ty hoặc người khác theo cách thức hợp lý với điều kiện không thuận lợi hơn so với những điều kiện đã chào bán cho các cổ đông, trừ trường hợp đại hội đồng cổ đông có chấp thuận khác hoặc cổ phần được bán qua trung tâm giao dịch chứng khoán.

Cổ phần được coi là đã bán khi được thanh toán đủ và những thông tin về người mua được ghi đúng, ghi đủ vào sổ đăng ký cổ đông; kể từ thời điểm đó, người mua cổ phần trở thành cổ đông của công ty. Sau khi cổ phần được bán, công ty phải phát hành và trao cổ phiếu cho người mua. Công ty có thể bán cổ phần mà không trao cổ phiếu, các thông tin về cổ đông được ghi vào sổ đăng ký cổ đông là đủ để chứng thực quyền sở hữu cổ phần của cổ đông đó trong công ty. Các cổ phần được tự do chuyển nhượng, trừ trường hợp quy định của Luật doanh nghiệp. Việc chuyển nhượng được thực hiện bằng văn bản theo cách thông thường hoặc bằng cách trao tay cổ phiếu. Giấy tờ chuyển nhượng phải được bên chuyển nhượng và bên nhận chuyển nhượng hoặc đại diện ủy quyền của

họ ký. Bên chuyển nhượng vẫn là người sở hữu cổ phần có liên quan cho đến khi tên của người nhận chuyển nhượng được đăng ký vào sổ đăng ký cổ đông. Nếu chỉ chuyển nhượng một số cổ phần trong cổ phiếu có ghi tên thì cổ phiếu cũ bị hủy bỏ và công ty phát hành cổ phiếu mới ghi nhận số cổ phần đã chuyển nhượng và số cổ phần còn lại.

Điều kiện, phương thức và thủ tục chào bán cổ phần ra công chúng thực hiện theo quy định của pháp luật về chứng khoán. Chính phủ quy định hướng dẫn việc chào bán cổ phần riêng lẻ.

Cổ phần, trái phiếu của công ty cổ phần có thể được mua bằng tiền Việt Nam, ngoại tệ tự do chuyển đổi, vàng, giá trị quyền sử dụng đất, giá trị quyền sở hữu trí tuệ, công nghệ, bí quyết kỹ thuật, các tài sản khác quy định tại điều lệ công ty và phải được thanh toán đủ một lần.

Cổ đông biểu quyết phản đối quyết định về việc tổ chức lại công ty hoặc thay đổi quyền, nghĩa vụ của cổ đông quy định tại điều lệ công ty có quyền yêu cầu công ty mua lại cổ phần của mình. Yêu cầu bằng văn bản và phải được gửi đến công ty trong thời hạn mười ngày làm việc, kể từ ngày đại hội đồng cổ đông thông qua quyết định. Công ty phải mua lại cổ phần theo yêu cầu của cổ đông với giá thị trường hoặc giá được tính theo nguyên tắc quy định tại điều lệ công ty trong thời hạn chín mươi ngày, kể từ ngày nhận được yêu cầu. Nếu như không thoả thuận được về giá thì cổ đông đó có thể bán cổ phần cho người khác hoặc các bên có thể yêu cầu một tổ chức định giá chuyên nghiệp định giá. Công ty giới thiệu ít nhất ba tổ chức định giá chuyên nghiệp để cổ đông lựa chọn và lựa chọn đó là quyết định cuối cùng.

Công ty có quyền mua lại không quá 30% tổng số cổ phần phổ thông đã bán, một phần hoặc toàn bộ cổ phần ưu đãi cổ tức đã bán theo quy định sau đây: hội đồng quản trị có quyền quyết định mua lại không quá 10% tổng số cổ phần của từng loại đã được chào bán trong mỗi mười hai tháng. Trong trường hợp khác, việc mua lại cổ phần do đại hội đồng

cổ đông quyết định; hội đồng quản trị quyết định giá mua lại cổ phần. Đối với cổ phần phổ thông, giá mua lại không được cao hơn giá thị trường tại thời điểm mua lại. Đối với cổ phần loại khác, nếu điều lệ công ty không quy định hoặc công ty và cổ đông có liên quan không có thỏa thuận khác thì giá mua lại không được thấp hơn giá thị trường; Công ty có thể mua lại cổ phần của từng cổ đông tương ứng với tỷ lệ cổ phần của họ trong công ty. Trong trường hợp này, quyết định mua lại cổ phần của công ty phải được thông báo bằng phương thức bảo đảm đến được tất cả cổ đông trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày quyết định đó được thông qua. Cổ đông đồng ý bán lại cổ phần phải gửi chào bán cổ phần của mình bằng phương thức bảo đảm đến được công ty trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày thông báo. Công ty chỉ mua lại cổ phần được chào bán trong thời hạn này.

Công ty chỉ được quyền thanh toán cổ phần được mua lại cho cổ đông theo quy định nếu ngay sau khi thanh toán hết số cổ phần được mua lại, công ty vẫn bảo đảm thanh toán đủ các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác. Cổ phần được mua lại theo quy định được coi là cổ phần thu về và thuộc số cổ phần được quyền chào bán.

Cổ phiếu xác nhận quyền sở hữu cổ phần đã được mua lại phải được tiêu hủy ngay sau khi cổ phần tương ứng đã được thanh toán đủ. Chủ tịch hội đồng quản trị và giám đốc hoặc tổng giám đốc phải liên đới chịu trách nhiệm về thiệt hại do không tiêu hủy hoặc chậm tiêu hủy cổ phiếu gây ra đối với công ty. Sau khi thanh toán hết số cổ phần mua lại, nếu tổng giá trị tài sản được ghi trong sổ kế toán của công ty giảm hơn 10% thì công ty phải thông báo cho tất cả các chủ nợ biết trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày thanh toán hết số cổ phần mua lại.

Cổ tức trả cho cổ phần ưu đãi được thực hiện theo các điều kiện áp dụng riêng cho mỗi loại cổ phần ưu đãi. Cổ tức trả cho cổ phần phổ thông được xác định căn cứ vào số lợi nhuận ròng đã thực hiện và khoản

chi trả cổ tức được trích từ nguồn lợi nhuận giữ lại của công ty. Công ty cổ phần chỉ được trả cổ tức cho cổ đông khi công ty đã hoàn thành nghĩa vụ thuế và các nghĩa vụ tài chính khác; trích lập các quỹ công ty và bù đắp đủ lỗ trước đó theo quy định của pháp luật và điều lệ công ty; ngay sau khi trả hết số cổ tức đã định, công ty vẫn phải bảo đảm thanh toán đủ các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác đến hạn.

Cổ tức có thể được chi trả bằng tiền mặt, bằng cổ phần của công ty hoặc bằng tài sản khác quy định tại điều lệ công ty. Nếu chi trả bằng tiền mặt thì phải được thực hiện bằng đồng Việt Nam và có thể được thanh toán bằng séc hoặc lệnh trả tiền gửi bằng bưu điện đến địa chỉ thường trú của cổ đông. Cổ tức cũng có thể được thanh toán bằng chuyển khoản qua ngân hàng khi công ty đã có đủ chi tiết về ngân hàng của cổ đông để có thể chuyển trực tiếp được vào tài khoản ngân hàng của cổ đông. Nếu công ty đã chuyển khoản theo đúng các thông tin chi tiết về ngân hàng như thông báo của cổ đông thì công ty không chịu trách nhiệm về các thiệt hại phát sinh từ việc chuyển khoản đó.

Hội đồng quản trị phải lập danh sách cổ đông được nhận cổ tức, xác định mức cổ tức được trả đối với từng cổ phần, thời hạn và hình thức trả chậm nhất ba mươi ngày trước mỗi lần trả cổ tức. Thông báo về trả cổ tức phải được gửi bằng phương thức bảo đảm đến được địa chỉ đăng ký tất cả cổ đông chậm nhất mười lăm ngày trước khi thực hiện trả cổ tức.

Cổ đông chuyển nhượng cổ phần của mình trong thời gian giữa thời điểm kết thúc lập danh sách cổ đông và thời điểm trả cổ tức thì người chuyển nhượng là người nhận cổ tức từ công ty. Nếu việc thanh toán cổ phần mua lại hoặc trả cổ tức trái với quy định thì các cổ đông phải hoàn trả cho công ty số tiền, tài sản khác đã nhận; cổ đông không hoàn trả được cho công ty thì cổ đông đó và tất cả thành viên hội đồng quản trị phải cùng liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi giá trị số tiền, tài sản đã trả cho cổ đông mà chưa được hoàn lại.



### **3.1.3 Tổ chức quản lý công ty cổ phần**

Công ty cổ phần có đại hội đồng cổ đông, hội đồng quản trị và giám đốc hoặc tổng giám đốc; đối với công ty cổ phần có trên mười một cổ đông là cá nhân hoặc có cổ đông là tổ chức sở hữu trên 50% tổng số cổ phần của công ty phải có ban kiểm soát.

Chủ tịch hội đồng quản trị hoặc giám đốc hoặc tổng giám đốc là người đại diện theo pháp luật của công ty được quy định tại điều lệ công ty. Người đại diện theo pháp luật của công ty phải thường trú ở Việt Nam; trường hợp vắng mặt trên ba mươi ngày ở Việt Nam thì phải ủy quyền bằng văn bản cho người khác theo quy định tại điều lệ công ty để thực hiện các quyền và nhiệm vụ của người đại diện theo pháp luật của công ty.

#### **Đại hội đồng cổ đông**

Đại hội đồng cổ đông gồm tất cả cổ đông có quyền biểu quyết, là cơ quan quyết định cao nhất của công ty cổ phần. 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 hằng năm của từng loại cổ phần, trừ trường hợp điều lệ công ty có quy định khác
- + Bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm thành viên 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 hằng năm
- + Quyết định mua lại trên 10% tổng số cổ phần đã bán của mỗi loại

+ Xem xét và xử lý các vi phạm của 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.

Cổ đông là tổ chức có quyền cử một hoặc một số người đại diện theo ủy quyền thực hiện các quyền cổ đông của mình theo quy định của pháp luật; trường hợp có nhiều hơn một người đại diện theo ủy quyền được cử thì phải xác định cụ thể số cổ phần và số phiếu bầu của mỗi người đại diện. Việc cử, chấm dứt hoặc thay đổi người đại diện theo ủy quyền phải được thông báo bằng văn bản đến công ty trong thời hạn sớm nhất. Công ty phải gửi thông báo về người đại diện theo ủy quyền đến cơ quan đăng ký kinh doanh trong thời hạn năm ngày làm việc, kể từ ngày nhận được thông báo.

Đại hội đồng cổ đông họp thường niên hoặc bất thường; ít nhất mỗi năm họp một lần. Địa điểm họp đại hội đồng cổ đông phải ở trên lãnh thổ Việt Nam. Đại hội đồng cổ đông phải họp thường niên trong thời hạn bốn tháng, kể từ ngày kết thúc năm tài chính. Theo đề nghị của hội đồng quản trị, cơ quan đăng ký kinh doanh có thể gia hạn, nhưng không quá sáu tháng, kể từ ngày kết thúc năm tài chính.

Đại hội đồng cổ đông thường niên thảo luận và thông qua các vấn đề sau đây:

+ Báo cáo tài chính hằng năm.

+ Báo cáo của hội đồng quản trị đánh giá thực trạng công tác quản lý kinh doanh ở công ty.

+ Báo cáo của ban kiểm soát về quản lý công ty của hội đồng quản trị, giám đốc hoặc tổng giám đốc.

- + Mức cổ tức đối với mỗi cổ phần của từng loại.
- + Các vấn đề khác thuộc thẩm quyền.

Hội đồng quản trị phải triệu tập họp bất thường đại hội đồng cổ đông khi xét thấy cần thiết vì lợi ích của công ty; khi số thành viên hội đồng quản trị còn lại ít hơn số thành viên theo quy định của pháp luật; theo yêu cầu của cổ đông hoặc nhóm cổ đông; theo yêu cầu của ban kiểm soát hoặc các trường hợp khác theo quy định của pháp luật và điều lệ công ty.

Hội đồng quản trị không triệu tập họp như quy định thì chủ tịch hội đồng quản trị phải chịu trách nhiệm trước pháp luật và phải bồi thường thiệt hại phát sinh đối với công ty. Trong trường hợp này, trong thời hạn ba mươi ngày tiếp theo, ban kiểm soát thay thế hội đồng quản trị triệu tập họp đại hội đồng cổ đông theo quy định. Nếu ban kiểm soát không triệu tập họp như quy định thì trường ban kiểm soát phải chịu trách nhiệm trước pháp luật và phải bồi thường thiệt hại phát sinh đối với công ty. Trong trường hợp này, cổ đông hoặc nhóm cổ đông đã yêu cầu có quyền thay thế hội đồng quản trị, ban kiểm soát triệu tập họp, họ có thể đề nghị cơ quan đăng ký kinh doanh giám sát việc triệu tập và tiến hành họp nếu xét thấy cần thiết.

Người triệu tập phải lập danh sách cổ đông có quyền dự họp đại hội đồng cổ đông, cung cấp thông tin và giải quyết khiếu nại liên quan đến danh sách cổ đông, lập chương trình và nội dung cuộc họp, chuẩn bị tài liệu, xác định thời gian và địa điểm họp, gửi thông báo mời họp đến từng cổ đông có quyền dự họp theo. Chi phí cho việc triệu tập và tiến hành họp đại hội đồng cổ đông sẽ được công ty hoàn lại.

Danh sách cổ đông có quyền dự họp đại hội đồng cổ đông được lập dựa trên sổ đăng ký cổ đông của công ty khi có quyết định triệu tập và phải lập xong chậm nhất ba mươi ngày trước ngày khai mạc họp đại hội đồng cổ đông nếu điều lệ công ty không quy định một thời hạn khác ngắn hơn. Cổ đông có quyền kiểm tra, tra cứu, trích lục và sao danh sách

cổ đông có quyền dự họp đại hội đồng cổ đông; yêu cầu sửa đổi những thông tin sai lệch hoặc bổ sung những thông tin cần thiết về mình trong danh sách cổ đông có quyền dự họp đại hội đồng cổ đông.

Người triệu tập họp đại hội đồng cổ đông phải lập danh sách cổ đông có quyền dự họp và biểu quyết; chuẩn bị chương trình, nội dung, tài liệu cuộc họp và dự thảo nghị quyết đối với từng vấn đề trong chương trình họp; xác định thời gian, địa điểm họp và gửi thông báo mời họp đến các cổ đông có quyền dự họp. Cổ đông hoặc nhóm cổ đông theo quy định có quyền kiến nghị vấn đề đưa vào chương trình họp đại hội đồng cổ đông. Kiến nghị phải bằng văn bản và được gửi đến công ty chậm nhất ba ngày làm việc trước ngày khai mạc. Người triệu tập họp đại hội đồng cổ đông chỉ có quyền từ chối kiến nghị nếu có một trong các lý do như: kiến nghị được gửi đến không đúng thời hạn hoặc không đủ, không đúng nội dung; vấn đề kiến nghị không thuộc thẩm quyền quyết định của đại hội đồng cổ đông hoặc trường hợp khác theo quy định của điều lệ công ty. Người triệu tập họp đại hội đồng cổ đông phải chấp nhận và đưa kiến nghị vào dự kiến chương trình và nội dung cuộc họp, trừ trường hợp kiến nghị bị từ chối theo quy định; kiến nghị được chính thức bổ sung vào chương trình và nội dung cuộc họp nếu được đại hội đồng cổ đông chấp thuận.

Người triệu tập họp đại hội đồng cổ đông phải gửi thông báo mời họp đến tất cả cổ đông có quyền dự họp chậm nhất bảy ngày làm việc trước ngày khai mạc nếu điều lệ công ty không quy định thời hạn. Thông báo được gửi bằng phương thức bảo đảm đến được địa chỉ thường trú của cổ đông. Kèm theo thông báo mời họp phải có mẫu chỉ định đại diện theo ủy quyền dự họp, chương trình họp, phiếu biểu quyết, các tài liệu thảo luận làm cơ sở thông qua quyết định và dự thảo nghị quyết đối với từng vấn đề trong chương trình họp. Nếu công ty có trang thông tin điện tử thì thông báo mời họp và các tài liệu gửi kèm theo phải được công bố trên trang thông tin điện tử đó đồng thời với việc gửi thông báo cho các cổ đông.

Cổ đông là cá nhân, người đại diện theo ủy quyền của cổ đông là tổ chức trực tiếp hoặc ủy quyền bằng văn bản cho một người khác dự họp đại hội đồng cổ đông. Trường hợp cổ đông là tổ chức không có người đại diện theo ủy quyền theo quy định thì ủy quyền người khác dự họp đại hội đồng cổ đông. Việc ủy quyền cho người đại diện dự họp đại hội đồng cổ đông phải lập thành văn bản theo mẫu của công ty và phải có chữ ký theo quy định. Người được ủy quyền dự họp đại hội đồng cổ đông phải nộp văn bản ủy quyền trước khi vào phòng họp. Phiếu biểu quyết của người được ủy quyền dự họp trong phạm vi được ủy quyền vẫn có hiệu lực khi có một trong các trường hợp: người ủy quyền đã chết, bị hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc bị mất năng lực hành vi dân sự; người ủy quyền đã chấm dứt việc ủy quyền. Trừ trường hợp công ty nhận được thông báo bằng văn bản về một trong các trường hợp này chậm nhất hai mươi tư giờ trước giờ khai mạc cuộc họp của đại hội đồng cổ đông.

Trường hợp cổ phần được chuyển nhượng trong thời gian từ ngày lập xong danh sách cổ đông đến ngày khai mạc họp đại hội đồng cổ đông thì người nhận chuyển nhượng có quyền dự họp đại hội đồng cổ đông thay thế cho người chuyển nhượng đối với số cổ phần đã chuyển nhượng.

Cuộc họp đại hội đồng cổ đông được tiến hành khi có số cổ đông dự họp đại diện ít nhất 65% tổng số cổ phần có quyền biểu quyết; tỷ lệ cụ thể do điều lệ công ty quy định. Cuộc họp lần thứ nhất không đủ điều kiện tiến hành theo quy định thì được triệu tập họp lần thứ hai trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày dự định họp lần thứ nhất. Cuộc họp triệu tập lần thứ hai được tiến hành khi có số cổ đông dự họp đại diện ít nhất 51% tổng số cổ phần có quyền biểu quyết; tỷ lệ cụ thể do điều lệ công ty quy định. Nếu cuộc họp triệu tập lần thứ hai không đủ điều kiện tiến hành thì được triệu tập họp lần thứ ba trong thời hạn hai mươi ngày, kể từ ngày dự định họp lần thứ hai. Trong trường hợp này, cuộc họp của đại hội đồng cổ đông được tiến hành không phụ thuộc vào số cổ đông dự họp và tỷ lệ số cổ phần có quyền biểu quyết của các cổ đông dự họp. Chỉ có đại hội đồng cổ đông mới có quyền thay đổi chương trình họp đã được gửi kèm theo thông báo mời họp theo quy định.

Trước ngày khai mạc cuộc họp, phải tiến hành 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.

Chủ tịch hội đồng quản trị làm chủ tọa các cuộc họp do hội đồng quản trị triệu tập; trường hợp chủ tịch vắng mặt hoặc tạm thời mất khả năng làm việc thì các thành viên còn lại bầu một người trong số họ làm chủ tọa cuộc họp; nếu không có người có thể làm chủ tọa thì thành viên hội đồng quản trị có chức vụ cao nhất điều khiển để đại hội đồng cổ đông bầu chủ tọa cuộc họp trong số những người dự họp và người có số phiếu bầu cao nhất làm chủ tọa cuộc họp; trong các trường hợp khác, người ký tên triệu tập họp đại hội đồng cổ đông điều khiển để đại hội đồng cổ đông bầu chủ tọa cuộc họp và người có số phiếu bầu cao nhất làm chủ tọa cuộc họp; chủ tọa cử một người làm thư ký lập biên bản họp đại hội đồng cổ đông; đại hội đồng cổ đông bầu ban kiểm phiếu không quá ba người theo đề nghị của chủ tọa cuộc họp.

Chương trình và nội dung họp phải được đại hội đồng cổ đông thông qua ngay trong phiên khai mạc. Chương trình phải xác định rõ và chi tiết thời gian đối với từng vấn đề trong nội dung chương trình họp. Chủ tọa và thư ký họp đại hội đồng cổ đông có quyền thực hiện các biện pháp cần thiết để điều khiển cuộc họp một cách hợp lý, có trật tự, đúng theo chương trình đã được thông qua và phản ánh được mong muốn của đa số người dự họp.

Đại hội đồng cổ đông thảo luận và biểu quyết theo từng vấn đề trong nội dung chương trình. Việc biểu quyết được tiến hành bằng cách thu thẻ biểu quyết tán thành nghị quyết, sau đó thu thẻ biểu quyết không tán thành, cuối cùng kiểm phiếu tập hợp số phiếu biểu quyết tán thành, không tán thành, không có ý kiến. Kết quả kiểm phiếu được chủ tọa công bố ngay trước khi bế mạc cuộc họp; cổ đông hoặc người được ủy quyền dự họp đến sau khi cuộc họp đã khai mạc được đăng ký và có quyền tham gia biểu quyết ngay sau khi đăng ký. Chủ tọa không được dừng cuộc họp

để những người đến muộn đăng ký; trong trường hợp này, hiệu lực của những biểu quyết đã tiến hành không bị ảnh hưởng;

Người triệu tập họp đại hội đồng cổ đông có quyền: yêu cầu tất cả người dự họp chịu sự kiểm tra hoặc các biện pháp an ninh khác; yêu cầu cơ quan có thẩm quyền duy trì trật tự cuộc họp; trục xuất những người không tuân thủ quyền điều hành của chủ tọa, cố ý gây rối trật tự, ngăn cản tiến triển bình thường của cuộc họp hoặc không tuân thủ các yêu cầu về kiểm tra an ninh ra khỏi cuộc họp đại hội đồng cổ đông.

Chủ tọa có quyền hoãn cuộc họp đại hội đồng cổ đông đã có đủ số người đăng ký dự họp theo quy định đến một thời điểm khác hoặc thay đổi địa điểm họp trong các trường hợp như: địa điểm họp không có đủ chỗ ngồi thuận tiện cho tất cả người dự họp hoặc có người dự họp có hành vi cản trở, gây rối trật tự, có nguy cơ làm cho cuộc họp không được tiến hành một cách công bằng và hợp pháp. Thời gian hoãn tối đa không quá ba ngày, kể từ ngày cuộc họp dự định khai mạc; nếu trường hợp chủ tọa hoãn hoặc tạm dừng họp đại hội đồng cổ đông trái với quy định, đại hội đồng cổ đông bầu một người khác trong số những người dự họp để thay thế chủ tọa điều hành cuộc họp cho đến lúc kết thúc và hiệu lực các biểu quyết tại cuộc họp đó không bị ảnh hưởng.

Đại hội đồng cổ đông thông qua các quyết định thuộc thẩm quyền bằng hình thức biểu quyết tại cuộc họp hoặc lấy ý kiến bằng văn bản.

Trường hợp điều lệ công ty không quy định thì quyết định của đại hội đồng cổ đông về các vấn đề sau đây phải được thông qua bằng hình thức biểu quyết tại cuộc họp đại hội đồng cổ đông:

- + Sửa đổi, bổ sung điều lệ công ty
- + Thông qua định hướng phát triển công ty
- + Quyết định loại cổ phần và tổng số cổ phần của từng loại được quyền chào bán
- + Bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm thành viên hội đồng quản trị và 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

+ Thông qua báo cáo tài chính hằng năm

+ Tổ chức lại, giải thể công ty.

Quyết định của đại hội đồng cổ đông được thông qua tại cuộc họp khi có đủ các điều kiện sau: được số cổ đông đại diện ít nhất 65% tổng số phiếu biểu quyết của tất cả cổ đông dự họp chấp thuận; tỷ lệ cụ thể do điều lệ công ty quy định; đối với quyết định về loại cổ phần và tổng số cổ phần của từng loại được quyền chào bán; sửa đổi, bổ sung điều lệ công ty; tổ chức lại, giải thể công ty; đầu tư hoặc bán tài sản 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 có quy định khác thì phải được số cổ đông đại diện ít nhất 75% tổng số phiếu biểu quyết của tất cả cổ đông dự họp chấp thuận; tỷ lệ cụ thể do điều lệ công ty quy định; việc biểu quyết bầu thành viên hội đồng quản trị và ban kiểm soát phải thực hiện theo phương thức bầu dồn phiếu, theo đó mỗi cổ đông có tổng số phiếu biểu quyết tương ứng với tổng số cổ phần sở hữu nhân với số thành viên được bầu của hội đồng quản trị hoặc ban kiểm soát và cổ đông có quyền dồn hết tổng số phiếu bầu của mình cho một hoặc một số ứng cử viên.

Các quyết định được thông qua tại cuộc họp đại hội đồng cổ đông với số cổ đông trực tiếp và ủy quyền tham dự đại diện 100% tổng số cổ phần có quyền biểu quyết là hợp pháp và có hiệu lực ngay cả khi trình tự và thủ tục triệu tập, nội dung chương trình họp và thủ tục tiến hành họp không được thực hiện đúng như quy định. Trường hợp thông qua quyết định dưới hình thức lấy ý kiến bằng văn bản thì quyết định của đại hội đồng cổ đông được thông qua nếu được số cổ đông đại diện ít nhất 75% tổng số phiếu biểu quyết chấp thuận; tỷ lệ cụ thể do điều lệ công ty quy định. Quyết định của đại hội đồng cổ đông phải được thông báo đến cổ



đồng có quyền dự họp đại hội đồng cổ đông trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày quyết định được thông qua.

Nếu điều lệ công ty không có quy định khác thì hội đồng quản trị có quyền lấy ý kiến cổ đông bằng văn bản để thông qua quyết định của đại hội đồng cổ đông bất cứ lúc nào nếu xét thấy cần thiết vì lợi ích của công ty. Quyết định được thông qua theo hình thức lấy ý kiến cổ đông bằng văn bản có giá trị như quyết định được thông qua tại cuộc họp đại hội đồng cổ đông.

Cuộc họp đại hội đồng cổ đông phải được ghi vào sổ biên bản của công ty. Biên bản phải lập bằng tiếng Việt, có thể cả bằng tiếng nước ngoài và phải có các nội dung luật định. Biên bản họp phải làm xong và thông qua trước khi bế mạc cuộc họp. Biên bản được lập bằng tiếng Việt và tiếng nước ngoài đều có hiệu lực pháp lý như nhau. Biên bản họp phải được gửi đến tất cả cổ đông trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày bế mạc cuộc họp.

Trong thời hạn chín mươi ngày, kể từ ngày nhận được biên bản họp đại hội đồng cổ đông hoặc biên bản kết quả kiểm phiếu lấy ý kiến đại hội đồng cổ đông, cổ đông, thành viên hội đồng quản trị, giám đốc hoặc tổng giám đốc, ban kiểm soát có quyền yêu cầu toà án hoặc trọng tài xem xét, hủy bỏ quyết định của đại hội đồng cổ đông nếu như trình tự và thủ tục triệu tập họp đại hội đồng cổ đông không thực hiện đúng theo quy định của luật và điều lệ công ty hoặc do trình tự, thủ tục ra quyết định và nội dung quyết định vi phạm pháp luật hoặc điều lệ công ty.

### ***Hội đồng quản trị***

Hội đồng quản trị là cơ quan quản lý công ty, có toàn quyền nhân danh công ty để quyết định, thực hiện các quyền và nghĩa vụ của công ty không thuộc thẩm quyền của đại hội đồng cổ đông.

Hội đồng quản trị có các quyền và nhiệm vụ sau đây:

+ Quyết định chiến lược, kế hoạch phát triển trung hạn và kế hoạch kinh doanh hằng năm của công ty

+ Kiến nghị loại cổ phần và tổng số cổ phần được quyền chào bán của từng loại

+ Quyết định chào bán cổ phần mới trong phạm vi số cổ phần được quyền chào bán của từng loại; quyết định huy động thêm vốn theo hình thức khác

+ Quyết định giá chào bán cổ phần và trái phiếu của công ty

+ Quyết định mua lại cổ phần theo quy định

+ Quyết định phương án đầu tư và dự án đầu tư trong thẩm quyền và giới hạn theo quy định của pháp luật hoặc điều lệ công ty

+ Quyết định giải pháp phát triển thị trường, tiếp thị và công nghệ; thông qua hợp đồng mua, bán, vay, cho vay và hợp đồng khác có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại điều lệ công ty, trừ hợp đồng và giao dịch theo quy định của Luật doanh nghiệp

+ Bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức, ký hợp đồng, chấm dứt hợp đồng đối với giám đốc hoặc tổng giám đốc và người quản lý quan trọng khác do điều lệ công ty quy định; quyết định mức lương và lợi ích khác của những người quản lý đó; cử người đại diện theo ủy quyền thực hiện quyền sở hữu cổ phần hoặc phần vốn góp ở công ty khác, quyết định mức thù lao và lợi ích khác của những người đó

+ Giám sát, chỉ đạo giám đốc hoặc tổng giám đốc và người quản lý khác trong điều hành công việc kinh doanh hằng ngày của công ty

+ Quyết định cơ cấu tổ chức, quy chế quản lý nội bộ công ty, quyết định thành lập công ty con, lập chi nhánh, văn phòng đại diện và việc góp vốn, mua cổ phần của doanh nghiệp khác

+ Duyệt chương trình, nội dung tài liệu phục vụ họp đại hội đồng cổ đông, triệu tập họp đại hội đồng cổ đông hoặc lấy ý kiến đề đại hội đồng cổ đông thông qua quyết định

- + Trình báo cáo quyết toán tài chính hằng năm lên đại hội đồng cổ đông
- + Kiến nghị mức cổ tức được trả; quyết định thời hạn và thủ tục trả cổ tức hoặc xử lý lỗ phát sinh trong quá trình kinh doanh
- + Kiến nghị việc tổ chức lại, giải thể hoặc yêu cầu phá sản công ty
- + Các quyền và nhiệm vụ khác theo quy định của pháp luật và điều lệ công ty.

Hội đồng quản trị thông qua quyết định bằng biểu quyết tại cuộc họp, lấy ý kiến bằng văn bản hoặc hình thức khác do điều lệ công ty quy định. Mỗi thành viên hội đồng quản trị có một phiếu biểu quyết. Khi thực hiện chức năng và nhiệm vụ của mình, hội đồng quản trị tuân thủ đúng quy định của pháp luật, điều lệ công ty và quyết định của đại hội đồng cổ đông. Trong trường hợp quyết định do hội đồng quản trị thông qua trái với quy định của pháp luật hoặc điều lệ công ty gây thiệt hại cho công ty thì các thành viên chấp thuận thông qua quyết định đó phải cùng liên đới chịu trách nhiệm cá nhân về quyết định đó và phải đền bù thiệt hại cho công ty; thành viên phản đối thông qua quyết định nói trên được miễn trừ trách nhiệm. Cổ đông sở hữu cổ phần của công ty liên tục trong thời hạn ít nhất một năm có quyền yêu cầu hội đồng quản trị đình chỉ thực hiện quyết định nói trên.

Hội đồng quản trị có không ít hơn ba thành viên, không quá mười một thành viên, nếu điều lệ công ty không có quy định khác. Số thành viên hội đồng quản trị phải thường trú ở Việt Nam do điều lệ công ty quy định. Nhiệm kỳ của thành viên hội đồng quản trị không quá năm năm; thành viên hội đồng quản trị có thể được bầu lại với số nhiệm kỳ không hạn chế. Hội đồng quản trị của nhiệm kỳ vừa kết thúc tiếp tục hoạt động cho đến khi hội đồng quản trị mới được bầu và tiếp quản công việc. Khi có thành viên được bầu bổ sung hoặc thay thế thành viên bị miễn nhiệm, bãi nhiệm trong thời hạn nhiệm kỳ thì nhiệm kỳ của thành viên đó

là thời hạn còn lại của nhiệm kỳ hội đồng quản trị. Thành viên hội đồng quản trị không nhất thiết phải là cổ đông của công ty.

Thành viên hội đồng quản trị phải có các tiêu chuẩn và điều kiện sau: có đủ năng lực hành vi dân sự, không thuộc đối tượng bị cấm quản lý doanh nghiệp theo quy định; là cổ đông cá nhân sở hữu ít nhất 5% tổng số cổ phần phổ thông hoặc người khác có trình độ chuyên môn, kinh nghiệm trong quản lý kinh doanh hoặc trong ngành, nghề kinh doanh chủ yếu của công ty hoặc tiêu chuẩn, điều kiện khác quy định tại điều lệ công ty. Đối với công ty con là công ty mà Nhà nước sở hữu số cổ phần trên 50% vốn điều lệ thì thành viên hội đồng quản trị không được là người liên quan của người quản lý, người có thẩm quyền bổ nhiệm người quản lý công ty mẹ.

Đại hội đồng cổ đông hoặc hội đồng quản trị bầu chủ tịch hội đồng quản trị theo quy định tại điều lệ công ty. 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. Chủ tịch hội đồng quản trị có thể kiêm giám đốc hoặc tổng giám đốc công ty nếu điều lệ công ty không có quy định khác.

Chủ tịch hội đồng quản trị có các quyền và nhiệm vụ: lập chương trình, kế hoạch hoạt động của hội đồng quản trị; chuẩn bị hoặc tổ chức việc chuẩn bị chương trình, nội dung, tài liệu phục vụ cuộc họp; triệu tập và chủ tọa cuộc họp hội đồng quản trị; tổ chức việc thông qua quyết định của hội đồng quản trị; giám sát quá trình tổ chức thực hiện các quyết định của hội đồng quản trị; chủ tọa họp đại hội đồng cổ đông; các quyền và nhiệm vụ khác theo quy định của pháp luật và điều lệ công ty.

Trường hợp chủ tịch hội đồng quản trị vắng mặt thì ủy quyền bằng văn bản cho một thành viên khác để thực hiện các quyền và nhiệm vụ của chủ tịch hội đồng quản trị theo nguyên tắc quy định tại điều lệ công ty. Nếu không có người được ủy quyền hoặc chủ tịch hội đồng quản trị không làm việc được thì các thành viên còn lại bầu một người trong số các thành viên tạm thời giữ chức chủ tịch hội đồng quản trị theo nguyên tắc đa số quá bán.

Trường hợp hội đồng quản trị bầu chủ tịch thì cuộc họp đầu tiên của nhiệm kỳ hội đồng quản trị để bầu chủ tịch và ra các quyết định khác thuộc thẩm quyền phải được tiến hành trong thời hạn bảy ngày làm việc, kể từ ngày kết thúc bầu cử hội đồng quản trị nhiệm kỳ đó. Cuộc họp này do thành viên có số phiếu bầu cao nhất triệu tập. Trường hợp có nhiều hơn một thành viên có số phiếu bầu cao nhất và ngang nhau thì các thành viên đã bầu theo nguyên tắc đa số, một người trong số họ triệu tập họp hội đồng quản trị. Hội đồng quản trị có thể họp định kỳ hoặc bất thường tại trụ sở chính của công ty hoặc ở nơi khác. Cuộc họp định kỳ của hội đồng quản trị do chủ tịch triệu tập bất cứ khi nào nếu xét thấy cần thiết, nhưng mỗi quý phải họp ít nhất một lần.

Chủ tịch hội đồng quản trị phải triệu tập họp hội đồng quản trị khi: có đề nghị của ban kiểm soát; có đề nghị của giám đốc hoặc tổng giám đốc hoặc ít nhất năm người quản lý khác; có đề nghị của ít nhất hai thành viên hội đồng quản trị; các trường hợp khác do điều lệ công ty quy định. Đề nghị phải được lập thành văn bản, trong đó nêu rõ mục đích, vấn đề cần thảo luận và quyết định thuộc thẩm quyền của hội đồng quản trị.

Chủ tịch phải triệu tập họp hội đồng quản trị trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày nhận được đề nghị. Trường hợp chủ tịch không triệu tập họp hội đồng quản trị theo đề nghị thì chủ tịch phải chịu trách nhiệm về những thiệt hại xảy ra đối với công ty; người đề nghị có quyền thay thế hội đồng quản trị triệu tập họp hội đồng quản trị. Chủ tịch hội đồng quản trị hoặc người triệu tập họp hội đồng quản trị phải gửi thông báo mời họp chậm nhất năm ngày làm việc trước ngày họp nếu điều lệ công ty không có quy định khác.

Cuộc họp hội đồng quản trị được tiến hành khi có từ ba phần tư tổng số thành viên trở lên dự họp. Thành viên không trực tiếp dự họp có quyền biểu quyết thông qua bỏ phiếu bằng văn bản. Quyết định của hội đồng quản trị được thông qua nếu được đa số thành viên dự họp chấp thuận; trường hợp số phiếu ngang nhau thì quyết định cuối cùng thuộc về phía có ý kiến của chủ tịch hội đồng quản trị. Thành viên phải tham dự đầy đủ các cuộc họp của

hội đồng quản trị. Thành viên được ủy quyền cho người khác dự họp nếu được đa số thành viên hội đồng quản trị chấp thuận.

Thành viên hội đồng quản trị bị bãi nhiệm, miễn nhiệm nếu như: không có đủ tiêu chuẩn và điều kiện theo quy định; không tham gia các hoạt động của hội đồng quản trị trong sáu tháng liên tục, trừ trường hợp bất khả kháng; có đơn xin từ chức; các trường hợp khác do điều lệ công ty quy định. Ngoài các trường hợp này, thành viên hội đồng quản trị có thể bị miễn nhiệm bất cứ lúc nào theo quyết định của đại hội đồng cổ đông. Trường hợp số thành viên hội đồng quản trị bị giảm quá một phần ba so với số quy định tại điều lệ công ty thì hội đồng quản trị phải triệu tập họp đại hội đồng cổ đông trong thời hạn sáu mươi ngày, kể từ ngày số thành viên bị giảm quá một phần ba, để bầu bổ sung thành viên hội đồng quản trị. Trong các trường hợp khác, tại cuộc họp gần nhất, đại hội đồng cổ đông bầu thành viên mới thay thế thành viên hội đồng quản trị đã bị miễn nhiệm, bãi nhiệm.

#### ***Giám đốc hoặc Tổng giám đốc công ty cổ phần***

Giám đốc hoặc tổng giám đốc là người điều hành công việc kinh doanh hàng ngày của công ty, chịu sự giám sát của hội đồng quản trị và chịu trách nhiệm trước hội đồng quản trị và trước pháp luật về việc thực hiện các quyền và nhiệm vụ được giao. Hội đồng quản trị bổ nhiệm một người trong số họ hoặc thuê người khác làm giám đốc hoặc tổng giám đốc. Trường hợp điều lệ công ty không quy định chủ tịch hội đồng quản trị là người đại diện theo pháp luật thì giám đốc hoặc tổng giám đốc là người đại diện theo pháp luật của công ty.

Nhiệm kỳ của giám đốc hoặc tổng giám đốc không quá năm năm; có thể được bổ nhiệm lại với số nhiệm kỳ không hạn chế. Tiêu chuẩn và điều kiện của giám đốc hoặc tổng giám đốc áp dụng theo quy định của Luật doanh nghiệp. Giám đốc hoặc tổng giám đốc công ty không được đồng thời làm giám đốc hoặc tổng giám đốc của doanh nghiệp khác.

Giám đốc hoặc tổng giám đốc có các quyền và nhiệm vụ: quyết định các vấn đề liên quan đến công việc kinh doanh hằng ngày của công ty mà không cần phải có quyết định của hội đồng quản trị; tổ chức thực hiện các quyết định của hội đồng quản trị; tổ chức thực hiện kế hoạch kinh doanh và phương án đầu tư của công ty; kiến nghị phương án cơ cấu tổ chức, quy chế quản lý nội bộ công ty; bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức các chức danh quản lý trong công ty, trừ các chức danh thuộc thẩm quyền của hội đồng quản trị; quyết định lương và phụ cấp (nếu có) đối với người lao động trong công ty, kể cả người quản lý thuộc thẩm quyền bổ nhiệm của giám đốc hoặc tổng giám đốc; tuyển dụng lao động; kiến nghị phương án trả cổ tức hoặc xử lý lỗ trong kinh doanh; các quyền và nhiệm vụ khác theo quy định của pháp luật, điều lệ công ty và quyết định của hội đồng quản trị.

Giám đốc hoặc tổng giám đốc phải điều hành công việc kinh doanh hằng ngày của công ty theo đúng quy định của pháp luật, điều lệ công ty, hợp đồng lao động ký với công ty và quyết định của hội đồng quản trị. Nếu điều hành trái với quy định này mà gây thiệt hại cho công ty thì giám đốc hoặc tổng giám đốc phải chịu trách nhiệm trước pháp luật và phải bồi thường thiệt hại cho công ty.

Thành viên hội đồng quản trị, giám đốc hoặc tổng giám đốc và người quản lý khác có các nghĩa vụ sau đây: thực hiện các quyền và nhiệm vụ được giao theo đúng quy định, pháp luật có liên quan, điều lệ công ty, quyết định của đại hội đồng cổ đông; thực hiện các quyền và nhiệm vụ được giao một cách trung thực, cẩn trọng, tốt nhất nhằm bảo đảm lợi ích hợp pháp tối đa của công ty và cổ đông của công ty; trung thành với lợi ích của công ty và cổ đông của công ty; không sử dụng thông tin, bí quyết, cơ hội kinh doanh của công ty, lạm dụng địa vị, chức vụ và tài sản của công ty để tư lợi hoặc phục vụ lợi ích của tổ chức, cá nhân khác; thông báo kịp thời, đầy đủ, chính xác cho công ty về các doanh nghiệp mà họ và người có liên quan của họ làm chủ hoặc có phần vốn góp, cổ phần chi phối. Ngoài các nghĩa vụ này, hội đồng quản trị và giám đốc hoặc tổng giám đốc không được tăng lương, trả thưởng khi

công ty không thanh toán đủ các khoản nợ đến hạn. Các nghĩa vụ khác theo quy định của Luật Doanh nghiệp và điều lệ công ty.

Hợp đồng, giao dịch giữa công ty với các đối tượng sau đây phải được đại hội đồng cổ đông hoặc hội đồng quản trị chấp thuận: cổ đông, người đại diện ủy quyền của cổ đông sở hữu trên 35% tổng số cổ phần phổ thông của công ty và những người có liên quan của họ; thành viên hội đồng quản trị, giám đốc hoặc tổng giám đốc; doanh nghiệp theo quy định của Luật doanh nghiệp và người có liên quan của thành viên hội đồng quản trị, giám đốc hoặc tổng giám đốc.

Hội đồng quản trị chấp thuận các hợp đồng và giao dịch có giá trị nhỏ hơn 50% tổng giá trị tài sản doanh nghiệp ghi trong báo cáo tài chính gần nhất hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại điều lệ công ty. Đại hội đồng cổ đông chấp thuận các hợp đồng và giao dịch khác trừ trường hợp quy định như trên. Hội đồng quản trị trình dự thảo hợp đồng hoặc giải trình về nội dung chủ yếu của giao dịch tại cuộc họp đại hội đồng cổ đông hoặc lấy ý kiến cổ đông bằng văn bản. Trong trường hợp này, cổ đông có liên quan không có quyền biểu quyết; hợp đồng hoặc giao dịch được chấp thuận khi có số cổ đông đại diện 65% tổng số phiếu biểu quyết còn lại đồng ý.

Hợp đồng, giao dịch bị vô hiệu và xử lý theo quy định của pháp luật khi được giao kết hoặc thực hiện mà chưa được chấp thuận theo quy định. Người đại diện theo pháp luật của công ty, cổ đông, thành viên hội đồng quản trị hoặc giám đốc hoặc tổng giám đốc có liên quan phải bồi thường thiệt hại phát sinh, hoàn trả cho công ty các khoản lợi thu được từ việc thực hiện hợp đồng, giao dịch đó.

Công ty có quyền trả thù lao, tiền lương cho thành viên hội đồng quản trị, giám đốc hoặc tổng giám đốc và người quản lý khác theo kết quả và hiệu quả kinh doanh. Thù lao của thành viên hội đồng quản trị và tiền lương của giám đốc hoặc tổng giám đốc và người quản lý khác được tính vào chi phí kinh doanh của công ty theo quy định của pháp luật về thuế thu nhập doanh nghiệp và phải được thể hiện thành mục riêng trong



báo cáo tài chính hằng năm của công ty, phải báo cáo đại hội đồng cổ đông tại cuộc họp thường niên.

### ***Ban kiểm soát***

Công ty cổ phần có trên 11 cổ đông phải có ban kiểm soát. Ban kiểm soát có từ ba đến năm thành viên; nhiệm kỳ của ban kiểm soát không quá năm năm; thành viên ban kiểm soát có thể được bầu lại với số nhiệm kỳ không hạn chế. Các thành viên ban kiểm soát bầu một người trong số họ làm trưởng ban kiểm soát. Quyền và nhiệm vụ của trưởng ban kiểm soát do điều lệ công ty quy định. Ban kiểm soát phải có hơn một nửa số thành viên thường trú ở Việt Nam và phải có ít nhất một thành viên là kế toán viên hoặc kiểm toán viên. Trong trường hợp vào thời điểm kết thúc nhiệm kỳ mà ban kiểm soát nhiệm kỳ mới chưa được bầu thì ban kiểm soát đã hết nhiệm kỳ vẫn tiếp tục thực hiện quyền và nhiệm vụ cho đến khi ban kiểm soát nhiệm kỳ mới được bầu và nhận nhiệm vụ.

Thành viên ban kiểm soát phải có tiêu chuẩn và điều kiện: 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 Luật Doanh nghiệp; không phải là 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. Thành viên ban kiểm soát không được giữ các chức vụ quản lý công ty. Thành viên ban kiểm soát không nhất thiết phải là cổ đông hoặc người lao động của công ty.

Ban kiểm soát thực hiện giám sát hội đồng quản trị, giám đốc hoặc tổng giám đốc trong việc quản lý và điều hành công ty; chịu trách nhiệm trước đại hội đồng cổ đông trong thực hiện các nhiệm vụ được giao. 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. Thẩm định báo cáo tình hình kinh doanh, báo cáo tài chính hằng năm và sáu tháng của công ty, báo cáo đánh giá công tác quản lý của hội đồng quản trị. Trình báo cáo thẩm định báo cáo tài chính, báo cáo tình hình kinh doanh hằng năm của công ty và

báo cáo đánh giá công tác quản lý của hội đồng quản trị lên đại hội đồng cổ đông tại cuộc họp thường niên. Xem xét sổ kế toán và các tài liệu khác của công ty, các công việc quản lý, điều hành hoạt động của công ty bất cứ khi nào nếu xét thấy cần thiết hoặc theo quyết định của đại hội đồng cổ đông hoặc theo yêu cầu của cổ đông hoặc nhóm cổ đông.

Khi có yêu cầu của cổ đông hoặc nhóm cổ đông theo quy định, ban kiểm soát thực hiện kiểm tra trong thời hạn bảy ngày làm việc, kể từ ngày nhận được yêu cầu. Trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày kết thúc kiểm tra, ban kiểm soát phải báo cáo giải trình về những vấn đề được yêu cầu kiểm tra đến hội đồng quản trị và cổ đông hoặc nhóm cổ đông có yêu cầu. Việc kiểm tra của ban kiểm soát không được cản trở hoạt động bình thường của hội đồng quản trị, không gây gián đoạn điều hành hoạt động kinh doanh của công ty.

Kiến nghị hội đồng quản trị hoặc đại hội đồng cổ đông các biện pháp sửa đổi, bổ sung, cải tiến cơ cấu tổ chức quản lý, điều hành hoạt động kinh doanh của công ty. Khi phát hiện có thành viên hội đồng quản trị, giám đốc hoặc tổng giám đốc vi phạm nghĩa vụ của người quản lý công ty thì phải thông báo ngay bằng văn bản với hội đồng quản trị, yêu cầu người có hành vi vi phạm chấm dứt hành vi vi phạm và có giải pháp khắc phục hậu quả. Thực hiện các quyền và nhiệm vụ khác theo quy định của Luật này, điều lệ công ty và quyết định của đại hội đồng cổ đông. Ban kiểm soát có quyền sử dụng tư vấn độc lập để thực hiện các nhiệm vụ được giao. Ban kiểm soát có thể tham khảo ý kiến của hội đồng quản trị trước khi trình báo cáo, kết luận và kiến nghị lên đại hội đồng cổ đông.

Thông báo mời họp, phiếu lấy ý kiến thành viên hội đồng quản trị và các tài liệu kèm theo phải được gửi đến thành viên ban kiểm soát cùng thời điểm và theo phương thức như đối với thành viên hội đồng quản trị. Báo cáo của giám đốc hoặc tổng giám đốc trình hội đồng quản trị hoặc tài liệu khác do công ty phát hành được gửi đến thành viên ban kiểm soát cùng thời điểm và theo phương thức như đối với thành viên hội đồng quản trị. Thành viên ban kiểm soát có quyền tiếp cận các hồ sơ, tài liệu của công ty lưu giữ tại trụ sở chính, chi nhánh và địa điểm khác; có quyền đến các địa điểm nơi người quản lý và nhân viên của công ty làm việc. Hội đồng quản trị, thành viên hội đồng quản trị, giám đốc hoặc tổng giám

độc, người quản lý khác phải cung cấp đầy đủ, chính xác và kịp thời thông tin, tài liệu về công tác quản lý, điều hành và hoạt động kinh doanh của công ty theo yêu cầu của ban kiểm soát.

Trong trường hợp điều lệ công ty không có quy định thì thù lao và lợi ích khác của thành viên ban kiểm soát được thực hiện theo quy định sau đây: Thành viên ban kiểm soát được trả thù lao theo công việc và được hưởng các lợi ích khác theo quyết định của đại hội đồng cổ đông. Đại hội đồng cổ đông quyết định tổng mức thù lao và ngân sách hoạt động hằng năm của ban kiểm soát căn cứ vào số ngày làm việc dự tính, số lượng và tính chất của công việc và mức thù lao bình quân hằng ngày của thành viên; Thành viên ban kiểm soát được thanh toán chi phí ăn, ở, đi lại, chi phí sử dụng dịch vụ tư vấn độc lập với mức hợp lý. Tổng mức thù lao và chi phí này không vượt quá tổng ngân sách hoạt động hằng năm của ban kiểm soát đã được đại hội đồng cổ đông chấp thuận, trừ trường hợp đại hội đồng cổ đông có quyết định khác; thù lao và chi phí hoạt động của ban kiểm soát được tính vào chi phí kinh doanh của công ty theo quy định của pháp luật về thuế thu nhập doanh nghiệp, pháp luật có liên quan và phải được lập thành mục riêng trong báo cáo tài chính hằng năm của công ty.

## **3.2 Công ty TNHH hai thành viên trở lên**

### **3.2.1 Khái niệm, đặc điểm**

- Công ty trách nhiệm hữu hạn là doanh nghiệp có từ 2 đến 50 thành viên. Thành viên của công ty có thể là tổ chức, cá nhân; số lượng thành viên không vượt quá năm mươi.

- Thành viên chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của doanh nghiệp trong phạm vi số vốn cam kết góp vào doanh nghiệp.

- Phần vốn góp của thành viên chỉ được chuyển nhượng theo quy định của pháp luật.

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

- Công ty trách nhiệm hữu hạn không được quyền phát hành cổ phần.

### 3.2.2 Vốn của công ty

Vốn điều lệ của công ty trách nhiệm hữu hạn hình thành từ những phần vốn góp của các thành viên. Mỗi thành viên chỉ có duy nhất một phần vốn góp và các phần vốn góp không nhất thiết phải bằng nhau và không được thể hiện dưới hình thức cổ phiếu.

Thành viên phải góp vốn đầy đủ và đúng hạn bằng loại tài sản góp vốn như đã cam kết. Trường hợp thành viên thay đổi loại tài sản góp vốn đã cam kết thì phải được sự nhất trí của các thành viên còn lại; công ty thông báo bằng văn bản nội dung thay đổi đó đến cơ quan đăng ký kinh doanh trong thời hạn bảy ngày làm việc, kể từ ngày chấp thuận sự thay đổi. Người đại diện theo pháp luật của công ty phải thông báo bằng văn bản tiến độ góp vốn đăng ký đến cơ quan đăng ký kinh doanh trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày cam kết góp vốn và phải chịu trách nhiệm cá nhân về các thiệt hại cho công ty và người khác do thông báo chậm trễ hoặc thông báo không chính xác, không trung thực, không đầy đủ.

Trường hợp có thành viên không góp đủ và đúng hạn số vốn đã cam kết thì số vốn chưa góp được coi là nợ của thành viên đó đối với công ty; thành viên đó phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại phát sinh do không góp đủ và đúng hạn số vốn đã cam kết. Sau thời hạn cam kết lần cuối mà vẫn có thành viên chưa góp đủ số vốn đã cam kết thì số vốn chưa góp được xử lý theo một trong các cách sau: một hoặc một số thành viên nhận góp đủ số vốn chưa góp; huy động người khác cùng góp vốn vào công ty; các thành viên còn lại góp đủ số vốn chưa góp theo tỷ lệ phần vốn góp của họ trong vốn điều lệ công ty. Sau khi số vốn còn lại được góp đủ theo quy định tại khoản này, thành viên chưa góp vốn theo cam kết đương nhiên không còn là thành viên của công ty và công ty phải đăng ký thay đổi nội dung đăng ký kinh doanh theo quy định.

Tại thời điểm góp đủ giá trị phần vốn góp, thành viên được công ty cấp giấy chứng nhận phần vốn góp. Trường hợp giấy chứng nhận phần vốn góp bị mất, bị rách, bị cháy hoặc bị tiêu hủy dưới hình thức khác, thành viên được công ty cấp lại giấy chứng nhận phần vốn góp.

Thành viên có quyền yêu cầu công ty mua lại phần vốn góp của mình, nếu thành viên đó bỏ phiếu không tán thành đối với quyết định của hội đồng thành viên về các vấn đề như: sửa đổi, bổ sung các nội dung trong

điều lệ công ty liên quan đến quyền và nghĩa vụ của thành viên, hội đồng thành viên; tổ chức lại công ty; các trường hợp khác quy định tại điều lệ công ty. Yêu cầu mua lại phần vốn góp phải bằng văn bản và được gửi đến công ty trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày thông qua quyết định của hội đồng thành viên. Khi có yêu cầu của thành viên, nếu không thoả thuận được về giá thì công ty phải mua lại phần vốn góp của thành viên đó theo giá thị trường hoặc giá được định theo nguyên tắc quy định tại điều lệ công ty trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày nhận được yêu cầu. Việc thanh toán chỉ được thực hiện nếu sau khi thanh toán đủ phần vốn góp được mua lại, công ty vẫn thanh toán đủ các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác. Nếu công ty không mua lại phần vốn góp theo quy định của pháp luật thì thành viên đó có quyền chuyển nhượng phần vốn góp của mình cho thành viên khác hoặc người khác không phải là thành viên.

Thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên có quyền chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ phần vốn góp của mình cho người khác nhưng phải chào bán phần vốn đó cho các thành viên còn lại theo tỷ lệ tương ứng với phần vốn góp của họ trong công ty với cùng điều kiện và chỉ được chuyển nhượng cho người không phải là thành viên nếu các thành viên còn lại của công ty không mua hoặc không mua hết trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày chào bán.

Trong trường hợp thành viên là cá nhân chết hoặc bị tòa án tuyên bố là đã chết thì người thừa kế theo di chúc hoặc theo pháp luật của thành viên đó là thành viên của công ty. Trong trường hợp có thành viên bị hạn chế hoặc bị mất năng lực hành vi dân sự thì quyền và nghĩa vụ của thành viên đó trong công ty được thực hiện thông qua người giám hộ. Trường hợp phần vốn góp của thành viên là cá nhân chết mà không có người thừa kế, người thừa kế từ chối nhận thừa kế hoặc bị truất quyền thừa kế thì phần vốn góp đó được giải quyết theo quy định của pháp luật về dân sự. Thành viên có quyền tặng cho một phần hoặc toàn bộ phần vốn góp của mình tại công ty cho người khác. Trường hợp người được tặng cho là người có cùng huyết thống đến thế hệ thứ ba thì họ đương nhiên là thành viên của công ty. Trường hợp

người được tặng cho là người khác thì họ chỉ trở thành thành viên của công ty khi được hội đồng thành viên chấp thuận.

Phần vốn góp của thành viên được công ty mua lại hoặc chuyển nhượng trong các trường hợp như: khi người thừa kế không muốn trở thành thành viên; người được tặng cho không được hội đồng thành viên chấp thuận làm thành viên hoặc thành viên là tổ chức bị giải thể hoặc phá sản. Trường hợp thành viên sử dụng phần vốn góp để trả nợ thì người nhận thanh toán có quyền sử dụng phần vốn góp đó theo một trong hai cách: trở thành thành viên của công ty nếu được hội đồng thành viên chấp thuận hoặc chào bán và chuyển nhượng phần vốn góp đó theo quy định của pháp luật.

Theo quyết định của hội đồng thành viên, công ty có thể tăng vốn điều lệ bằng các hình thức: tăng vốn góp của thành viên; điều chỉnh tăng mức vốn điều lệ tương ứng với giá trị tài sản tăng lên của công ty hoặc tiếp nhận vốn góp của thành viên mới. Trường hợp tăng vốn góp của thành viên thì vốn góp thêm được phân chia cho các thành viên theo tỷ lệ tương ứng với phần vốn góp của họ trong vốn điều lệ công ty. Thành viên phản đối quyết định tăng thêm vốn điều lệ có thể không góp thêm vốn. Trong trường hợp này, số vốn góp thêm đó được chia cho các thành viên khác theo tỷ lệ tương ứng với phần vốn góp của họ trong vốn điều lệ công ty nếu các thành viên không có thỏa thuận khác. Trường hợp tăng vốn điều lệ bằng việc tiếp nhận thêm thành viên phải được sự nhất trí của các thành viên, trừ trường hợp điều lệ công ty có quy định khác.

Công ty có thể giảm vốn điều lệ theo quyết định của hội đồng thành viên bằng các cách như: hoàn trả một phần vốn góp cho thành viên theo tỷ lệ vốn góp của họ trong vốn điều lệ của công ty nếu đã hoạt động kinh doanh liên tục trong hơn hai năm, kể từ ngày đăng ký kinh doanh; đồng thời vẫn bảo đảm thanh toán đủ các khoản nợ và các nghĩa vụ tài sản khác sau khi đã hoàn trả cho thành viên, mua lại phần vốn góp hoặc

điều chỉnh giảm mức vốn điều lệ tương ứng với giá trị tài sản giảm xuống của công ty.

Trong thời hạn bảy ngày làm việc, kể từ ngày quyết định tăng hoặc giảm vốn điều lệ, công ty phải thông báo bằng văn bản đến cơ quan đăng ký kinh doanh. Đối với trường hợp tăng vốn điều lệ, kèm theo thông báo phải có quyết định của hội đồng thành viên. Đối với trường hợp giảm vốn điều lệ, kèm theo thông báo phải có quyết định của hội đồng thành viên và báo cáo tài chính gần nhất; đối với công ty có phần vốn sở hữu nước ngoài chiếm trên 50% thì báo cáo tài chính phải được xác nhận của kiểm toán độc lập. Cơ quan đăng ký kinh doanh đăng ký việc tăng hoặc giảm vốn điều lệ trong thời hạn mười ngày làm việc, kể từ ngày nhận được thông báo.

Công ty chỉ được chia lợi nhuận cho các thành viên khi công ty kinh doanh có lãi, đã hoàn thành nghĩa vụ thuế và các nghĩa vụ tài chính khác theo quy định của pháp luật; đồng thời vẫn phải bảo đảm thanh toán đủ các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản đến hạn trả khác sau khi chia lợi nhuận.

Trường hợp hoàn trả một phần vốn góp do giảm vốn điều lệ chia lợi nhuận cho thành viên trái với quy định thì các thành viên phải hoàn trả cho công ty số tiền, tài sản khác đã nhận hoặc phải cùng liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty cho đến khi các thành viên đã hoàn trả đủ số tiền, tài sản khác đã nhận tương đương với phần vốn đã giảm hoặc lợi nhuận đã chia.

### *3.2.3 Thành viên của công ty*

Thành viên của công ty trách nhiệm hữu hạn là những cá nhân, tổ chức góp vốn vào công ty. Mỗi thành viên chỉ có duy nhất một phần vốn góp và các phần vốn góp không nhất thiết phải bằng nhau và không được thể hiện dưới hình thức cổ phiếu.

Thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên có quyền: tham dự họp hội đồng thành viên, thảo luận, kiến nghị, biểu quyết

các vấn đề thuộc thẩm quyền của hội đồng thành viên; có sổ phiếu biểu quyết tương ứng với phần vốn góp; kiểm tra, xem xét, tra cứu, sao chép hoặc trích lục sổ đăng ký thành viên, sổ ghi chép và theo dõi các giao dịch, sổ kế toán, báo cáo tài chính hằng năm, sổ biên bản họp hội đồng thành viên, các giấy tờ và tài liệu khác của công ty; được chia lợi nhuận tương ứng với phần vốn góp sau khi công ty đã nộp đủ thuế và hoàn thành các nghĩa vụ tài chính khác theo quy định của pháp luật; được chia giá trị tài sản còn lại của công ty tương ứng với phần vốn góp khi công ty giải thể hoặc phá sản; được ưu tiên góp thêm vốn vào công ty khi công ty tăng vốn điều lệ; được quyền chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ phần vốn góp theo quy định; khiếu nại hoặc khởi kiện giám đốc hoặc tổng giám đốc khi không thực hiện đúng nghĩa vụ, gây thiệt hại đến lợi ích của thành viên hoặc công ty theo quy định của pháp luật; định đoạt phần vốn góp của mình bằng cách chuyển nhượng, để thừa kế, tặng cho và cách khác theo quy định của pháp luật và điều lệ công ty.

Thành viên hoặc nhóm thành viên sở hữu trên 25% vốn điều lệ hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn do điều lệ công ty quy định có quyền yêu cầu triệu tập họp hội đồng thành viên để giải quyết những vấn đề thuộc thẩm quyền. Nhưng trong trường hợp công ty có một thành viên sở hữu trên 75% vốn điều lệ và điều lệ công ty không quy định một tỷ lệ khác nhỏ hơn thì các thành viên thiểu số họp nhau lại đương nhiên có quyền yêu cầu triệu tập họp hội đồng thành viên để giải quyết những vấn đề thuộc thẩm quyền.

Thành viên công ty có những nghĩa vụ như: phải góp đủ, đúng hạn số vốn đã cam kết và chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi số vốn đã cam kết góp vào công ty; không được rút vốn đã góp ra khỏi công ty dưới mọi hình thức, trừ trường hợp pháp luật quy định; tuân thủ điều lệ công ty; chấp hành quyết định của hội đồng thành viên; thực hiện các nghĩa vụ khác theo quy định. Thành viên của công ty sẽ phải chịu trách nhiệm cá nhân khi nhân danh công ty để thực hiện các hành vi như: vi phạm pháp luật; tiến hành kinh doanh hoặc giao dịch khác không nhằm phục vụ lợi ích của công ty và



gây thiệt hại cho người khác; thanh toán các khoản nợ chưa đến hạn trước nguy cơ tài chính có thể xảy ra đối với công ty.

Công ty phải lập sổ đăng ký thành viên ngay sau khi đăng ký kinh doanh. Sổ đăng ký thành viên được lưu giữ tại trụ sở chính của công ty.

### **3.2.4 Tổ chức quản lý công ty**

Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên có hội đồng thành viên, chủ tịch hội đồng thành viên, giám đốc hoặc tổng giám đốc. Công ty trách nhiệm hữu hạn có từ mười một thành viên trở lên phải thành lập ban kiểm soát; trường hợp có ít hơn mười một thành viên, có thể thành lập ban kiểm soát phù hợp với yêu cầu quản trị công ty. Quyền, nghĩa vụ, tiêu chuẩn, điều kiện và chế độ làm việc của ban kiểm soát, trường ban kiểm soát do điều lệ công ty quy định.

Chủ tịch hội đồng thành viên hoặc giám đốc hoặc tổng giám đốc là người đại diện theo pháp luật của công ty theo quy định tại điều lệ công ty. Người đại diện theo pháp luật của công ty phải thường trú tại Việt Nam; trường hợp vắng mặt ở Việt Nam trên ba mươi ngày thì phải ủy quyền bằng văn bản cho người khác theo quy định tại điều lệ công ty để thực hiện các quyền và nghĩa vụ của người đại diện theo pháp luật của công ty.

*Hội đồng thành viên*, gồm các thành viên là cơ quan quyết định cao nhất của công ty. Thành viên là tổ chức chỉ định người đại diện theo ủy quyền tham gia hội đồng thành viên. Điều lệ công ty quy định cụ thể định kỳ họp hội đồng thành viên, nhưng ít nhất mỗi năm phải họp một lần.

Hội đồng thành viên có các quyền và nhiệm vụ: quyết định chiến lược phát triển và kế hoạch kinh doanh hằng năm của công ty; quyết định tăng hoặc giảm vốn điều lệ, quyết định thời điểm và phương thức huy động thêm vốn; quyết định phương thức đầu tư và dự án đầu tư có giá trị trên 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính tại thời điểm công bố gần nhất của công ty hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại điều lệ công ty; quyết định giải pháp phát triển thị trường, tiếp thị và chuyển giao công nghệ; thông qua hợp đồng vay, cho vay, bán tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính tại thời điểm công bố gần nhất của công ty hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại điều lệ công ty; bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm chủ

tịch hội đồng thành viên; quyết định bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức, kỷ và chấm dứt hợp đồng đối với giám đốc hoặc tổng giám đốc, kế toán trưởng và người quản lý khác quy định tại điều lệ công ty; quyết định mức lương, thưởng và lợi ích khác đối với chủ tịch hội đồng thành viên, giám đốc hoặc tổng giám đốc, kế toán trưởng và người quản lý khác quy định tại điều lệ công ty; thông qua báo cáo tài chính hằng năm, phương án sử dụng và phân chia lợi nhuận hoặc phương án xử lý lỗ của công ty; quyết định cơ cấu tổ chức quản lý công ty; quyết định thành lập công ty con, chi nhánh, văn phòng đại diện; sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty; quyết định tổ chức lại công ty; quyết định giải thể hoặc yêu cầu phá sản công ty; các quyền và nhiệm vụ khác theo quy định của pháp luật và điều lệ công ty.

Việc chỉ định người đại diện theo ủy quyền phải bằng văn bản, được thông báo đến công ty và cơ quan đăng ký kinh doanh trong thời hạn bảy ngày làm việc, kể từ ngày chỉ định. Việc thay thế người đại diện theo ủy quyền phải được thông báo bằng văn bản cho công ty và cơ quan đăng ký kinh doanh trong thời hạn bảy ngày làm việc, kể từ ngày quyết định và có hiệu lực kể từ ngày công ty nhận được thông báo.

Người đại diện theo ủy quyền phải có các tiêu chuẩn và điều kiện sau đây:

- Đủ năng lực hành vi dân sự.
- Không thuộc đối tượng bị cấm thành lập và quản lý doanh nghiệp.
- Có trình độ chuyên môn, kinh nghiệm trong quản lý kinh doanh hoặc trong ngành, nghề kinh doanh chủ yếu của công ty.
- Đối với công ty con của công ty có phần vốn góp hay cổ phần sở hữu nhà nước chiếm trên 50% vốn điều lệ thì vợ hoặc chồng, cha, cha nuôi, mẹ, mẹ nuôi, con, con nuôi, anh, chị, em ruột của người quản lý và của người có thẩm quyền bổ nhiệm người quản lý công ty mẹ không được cử làm người đại diện theo ủy quyền tại công ty con.

Người đại diện theo ủy quyền nhân danh thành viên thực hiện các quyền và nghĩa vụ của thành viên hội đồng thành viên theo quy định. Mọi hạn chế của thành viên đối với người đại diện theo ủy quyền của mình

trong việc thực hiện các quyền thành viên thông qua hội đồng thành viên đều không có hiệu lực pháp lý đối với bên thứ ba. Người đại diện theo ủy quyền có nghĩa vụ tham dự đầy đủ các cuộc họp của hội đồng thành viên; thực hiện các quyền và nghĩa vụ của thành viên hội đồng thành viên một cách trung thực, cẩn trọng, tốt nhất, bảo vệ tối đa lợi ích hợp pháp của thành viên và công ty. Người đại diện theo ủy quyền có sổ phiếu biểu quyết tương ứng với phần vốn góp được ủy quyền.

Hội đồng thành viên bầu một thành viên làm chủ tịch. Chủ tịch hội đồng thành viên có thể kiêm giám đốc hoặc tổng giám đốc công ty. Chủ tịch hội đồng thành viên có các quyền và nhiệm vụ: chuẩn bị hoặc tổ chức việc chuẩn bị chương trình, kế hoạch hoạt động của hội đồng thành viên; chuẩn bị hoặc tổ chức việc chuẩn bị chương trình, nội dung, tài liệu họp hội đồng thành viên hoặc để lấy ý kiến các thành viên; triệu tập và chủ trì cuộc họp hội đồng thành viên hoặc tổ chức việc lấy ý kiến các thành viên; giám sát hoặc tổ chức giám sát việc thực hiện các quyết định của hội đồng thành viên; thay mặt hội đồng thành viên ký các quyết định của Hội đồng thành viên; các quyền và nhiệm vụ khác theo quy định của pháp luật và điều lệ công ty. Nhiệm kỳ của chủ tịch hội đồng thành viên không quá năm năm. Chủ tịch hội đồng thành viên có thể được bầu lại với số nhiệm kỳ không hạn chế. Trường hợp điều lệ công ty quy định chủ tịch hội đồng thành viên là người đại diện theo pháp luật thì các giấy tờ giao dịch phải ghi rõ điều đó. Khi vắng mặt thì chủ tịch hội đồng thành viên ủy quyền bằng văn bản cho một thành viên thực hiện các quyền và nhiệm vụ của chủ tịch hội đồng thành viên theo nguyên tắc quy định tại điều lệ công ty. Nếu không có thành viên được ủy quyền hoặc chủ tịch hội đồng thành viên không làm việc được thì các thành viên còn lại bầu một người trong số các thành viên tạm thời thực hiện quyền và nhiệm vụ của chủ tịch hội đồng thành viên theo nguyên tắc đa số quá bán.

Hội đồng thành viên được triệu tập họp bất cứ khi nào theo yêu cầu của chủ tịch hội đồng thành viên hoặc theo yêu cầu của thành viên hoặc

nhóm thành viên theo quy định của pháp luật. Cuộc họp của hội đồng thành viên phải được tổ chức tại trụ sở chính của công ty, trừ trường hợp điều lệ công ty có quy định khác.

Chủ tịch hội đồng thành viên chuẩn bị hoặc tổ chức việc chuẩn bị chương trình, nội dung tài liệu và triệu tập họp hội đồng thành viên. Thành viên có quyền kiến nghị bằng văn bản về chương trình họp. Chủ tịch hội đồng thành viên phải chấp thuận kiến nghị và bổ sung chương trình họp hội đồng thành viên nếu kiến nghị có đủ nội dung theo quy định được gửi đến trụ sở chính của công ty chậm nhất một ngày làm việc trước ngày họp hội đồng thành viên; trường hợp kiến nghị được đệ trình ngay trước khi họp thì kiến nghị được chấp thuận nếu đa số các thành viên dự họp đồng ý.

Trường hợp chủ tịch hội đồng thành viên không triệu tập họp Hội đồng thành viên theo yêu cầu của thành viên, nhóm thành viên theo quy định của pháp luật trong thời hạn mười lăm ngày kể từ ngày nhận được yêu cầu thì thành viên, nhóm thành viên đó triệu tập họp hội đồng thành viên; trong trường hợp này, nếu xét thấy cần thiết, yêu cầu cơ quan đăng ký kinh doanh giám sát việc tổ chức và tiến hành họp hội đồng thành viên; đồng thời, có quyền nhân danh mình hoặc nhân danh công ty khởi kiện chủ tịch hội đồng thành viên về việc không thực hiện đúng nghĩa vụ quản lý, gây thiệt hại đến lợi ích hợp pháp của họ. Trường hợp điều lệ công ty không quy định thì yêu cầu triệu tập họp hội đồng thành viên của thành viên, nhóm thành viên theo quy định của pháp luật phải bằng văn bản, có các nội dung chủ yếu mà pháp luật quy định.

Trường hợp chủ tịch hội đồng thành viên không triệu tập họp hội đồng thành viên theo quy định thì phải chịu trách nhiệm cá nhân trước pháp luật về thiệt hại xảy ra đối với công ty và thành viên có liên quan của công ty. Trong trường hợp này, thành viên hoặc nhóm thành viên đã yêu

cầu có quyền triệu tập họp hội đồng thành viên. Chi phí hợp lý cho việc triệu tập và tiến hành họp hội đồng thành viên sẽ được công ty hoàn lại.

Cuộc họp hội đồng thành viên được tiến hành khi có số thành viên dự họp đại diện ít nhất 75% vốn điều lệ; tỷ lệ cụ thể do điều lệ công ty quy định. Nếu cuộc họp lần thứ nhất không đủ điều kiện tiến hành theo quy định thì được triệu tập họp lần thứ hai trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày dự định họp lần thứ nhất. Cuộc họp hội đồng thành viên triệu tập lần thứ hai được tiến hành khi có số thành viên dự họp đại diện ít nhất 50% vốn điều lệ; tỷ lệ cụ thể do điều lệ công ty quy định. Nếu cuộc họp lần thứ hai cũng không đủ điều kiện tiến hành theo quy định thì được triệu tập họp lần thứ ba trong thời hạn mười ngày làm việc, kể từ ngày dự định họp lần thứ hai. Trong trường hợp này, cuộc họp hội đồng thành viên được tiến hành không phụ thuộc số thành viên dự họp và số vốn điều lệ được đại diện bởi số thành viên dự họp.

Thành viên, người đại diện theo ủy quyền của thành viên phải tham dự và biểu quyết tại cuộc họp hội đồng thành viên. Thủ tục tiến hành họp hội đồng thành viên, hình thức biểu quyết do điều lệ công ty quy định.

Hội đồng thành viên thông qua các quyết định thuộc thẩm quyền bằng hình thức biểu quyết tại cuộc họp, lấy ý kiến bằng văn bản hoặc hình thức khác do điều lệ công ty quy định.

Nếu điều lệ công ty không có quy định khác thì quyết định về các vấn đề như: sửa đổi, bổ sung điều lệ công ty; quyết định phương hướng phát triển công ty; bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm chủ tịch hội đồng thành viên; bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức giám đốc hoặc tổng giám đốc; thông qua báo cáo tài chính hằng năm; tổ chức lại hoặc giải thể công ty phải được thông qua bằng hình thức biểu quyết tại cuộc họp hội đồng thành viên. Quyết định của hội đồng thành viên được thông qua tại cuộc họp trong các trường hợp: được số phiếu đại diện ít nhất 65% tổng số vốn góp của các thành viên dự họp chấp thuận; tỷ lệ cụ thể do điều lệ công

ty quy định; được số phiếu đại diện ít nhất 75% tổng số vốn góp của các thành viên dự họp chấp thuận đối với quyết định bán tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại điều lệ công ty, sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty, tổ chức lại, giải thể công ty; tỷ lệ cụ thể do điều lệ công ty quy định.

Quyết định của hội đồng thành viên được thông qua dưới hình thức lấy ý kiến bằng văn bản khi được số thành viên đại diện ít nhất 75% vốn điều lệ chấp thuận; tỷ lệ cụ thể do điều lệ công ty quy định. Trường hợp điều lệ công ty không quy định thì thẩm quyền và thủ tục lấy ý kiến thành viên bằng văn bản để thông qua quyết định được thực hiện theo quy định sau đây:

- Chủ tịch hội đồng thành viên quyết định việc lấy ý kiến thành viên hội đồng thành viên bằng văn bản để thông qua quyết định các vấn đề thuộc thẩm quyền.

- Chủ tịch hội đồng thành viên có trách nhiệm tổ chức việc soạn thảo, gửi các báo cáo, tờ trình về nội dung cần quyết định, dự thảo quyết định và phiếu lấy ý kiến đến các thành viên hội đồng thành viên.

Các cuộc họp hội đồng thành viên phải được ghi vào sổ biên bản của công ty. Biên bản họp hội đồng thành viên phải làm xong và thông qua ngay trước khi kết thúc cuộc họp. Biên bản phải có các nội dung chủ yếu theo quy định.

*Giám đốc hoặc 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 nhiệm vụ của mình. Giám đốc hoặc tổng giám đốc phải có các tiêu chuẩn và điều kiện: có đủ năng lực hành vi dân sự và không thuộc đối tượng bị cấm quản lý doanh nghiệp; là cá nhân sở hữu ít nhất 10% vốn điều lệ của công ty hoặc người không phải là thành viên, có trình độ chuyên môn, kinh nghiệm thực tế trong quản trị kinh doanh hoặc trong các ngành, nghề kinh doanh chủ yếu của công ty hoặc tiêu chuẩn, điều kiện khác quy định tại điều lệ công ty. Đối với công ty con của công ty có phần vốn góp, cổ phần của Nhà nước chiếm trên 50% vốn điều lệ thì giám đốc hoặc tổng giám đốc còn không*

được là vợ hoặc chồng, cha, cha nuôi, mẹ, mẹ nuôi, con, con nuôi, anh, chị, em ruột của người quản lý và người có thẩm quyền bổ nhiệm người quản lý của công ty mẹ.

Giám đốc hoặc tổng giám đốc có các quyền và nhiệm vụ: tổ chức thực hiện các quyết định của hội đồng thành viên; quyết định các vấn đề liên quan đến hoạt động kinh doanh hằng ngày của công ty; tổ chức thực hiện kế hoạch kinh doanh và phương án đầu tư của công ty; ban hành quy chế quản lý nội bộ công ty; bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức các chức danh quản lý trong công ty, trừ các chức danh thuộc thẩm quyền của hội đồng thành viên; ký kết hợp đồng nhân danh công ty, trừ trường hợp thuộc thẩm quyền của chủ tịch hội đồng thành viên; kiến nghị phương án cơ cấu tổ chức công ty; trình báo cáo quyết toán tài chính hằng năm lên hội đồng thành viên; kiến nghị phương án sử dụng lợi nhuận hoặc xử lý lỗ trong kinh doanh; tuyển dụng lao động; các quyền và nhiệm vụ khác được quy định tại điều lệ công ty, hợp đồng lao động mà giám đốc hoặc tổng giám đốc ký với công ty theo quyết định của hội đồng thành viên.

Thành viên hội đồng thành viên, giám đốc hoặc tổng giám đốc công ty có các nghĩa vụ sau đây:

- Thực hiện các quyền và nhiệm vụ được giao một cách trung thực, cẩn trọng, tốt nhất, nhằm bảo đảm lợi ích hợp pháp tối đa của công ty và chủ sở hữu công ty.

- Trung thành với lợi ích của công ty và chủ sở hữu công ty; không sử dụng thông tin, bí quyết, cơ hội kinh doanh của công ty; không được lạm dụng địa vị, chức vụ và tài sản của công ty để tư lợi hoặc phục vụ lợi ích của tổ chức, cá nhân khác.

- Thông báo kịp thời, đầy đủ, chính xác cho công ty về các doanh nghiệp mà họ và người có liên quan của họ làm chủ hoặc có cổ phần, phần vốn góp chi phối. Thông báo này được niêm yết tại trụ sở chính và chi nhánh của công ty.

- Thực hiện các nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật và điều lệ công ty.

Giám đốc hoặc tổng giám đốc không được tăng lương, trả thưởng khi công ty không có khả năng thanh toán đủ các khoản nợ đến hạn.

Công ty có quyền trả thù lao, tiền lương và thưởng cho thành viên hội đồng thành viên, giám đốc hoặc tổng giám đốc và người quản lý khác theo kết quả và hiệu quả kinh doanh. Thù lao, tiền lương của thành viên hội đồng thành viên, giám đốc hoặc tổng giám đốc và người quản lý khác được tính vào chi phí kinh doanh theo quy định của pháp luật về thuế thu nhập doanh nghiệp, pháp luật có liên quan và phải được thể hiện thành mục riêng trong báo cáo tài chính hằng năm của công ty.

Hợp đồng, giao dịch giữa công ty với các đối tượng như: thành viên, người đại diện theo ủy quyền của thành viên, giám đốc hoặc tổng giám đốc, người đại diện theo pháp luật của công ty và người có liên quan đến họ; người quản lý công ty mẹ, người có thẩm quyền bổ nhiệm người quản lý công ty mẹ và người có liên quan đến họ phải được hội đồng thành viên chấp thuận.

Người đại diện theo pháp luật của công ty phải gửi đến các thành viên hội đồng thành viên, đồng thời niêm yết tại trụ sở chính và chi nhánh của công ty dự thảo hợp đồng hoặc thông báo nội dung chủ yếu của giao dịch dự định tiến hành. Trường hợp điều lệ không quy định thì hội đồng thành viên phải quyết định việc chấp thuận hợp đồng hoặc giao dịch trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày niêm yết; trong trường hợp này, hợp đồng, giao dịch được chấp thuận nếu có sự đồng ý của số thành viên đại diện ít nhất 75% tổng số vốn có quyền biểu quyết. Thành viên có liên quan trong các hợp đồng, giao dịch không có quyền biểu quyết. Hợp đồng, giao dịch bị vô hiệu và xử lý theo quy định của pháp luật khi được giao kết không đúng quy định. Người đại diện theo pháp luật của công ty, thành viên có liên quan và người có liên quan của thành viên đó phải bồi thường



thiệt hại phát sinh, hoàn trả cho công ty các khoản lợi thu được từ việc thực hiện hợp đồng, giao dịch đó.

### **3.3 Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên**

#### ***3.3.1 Khái niệm và đặc điểm***

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 công ty chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty 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.

#### ***3.3.2. Vốn của công ty***

Vốn của công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên hình thành trên cơ sở vốn góp của chủ sở hữu công ty khi hình thành công ty. Sau khi được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, chủ sở hữu công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên phải chuyển quyền sở hữu tài sản vốn góp cho công ty.

Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên không được giảm vốn điều lệ. Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên tăng vốn điều lệ bằng việc chủ sở hữu công ty đầu tư thêm hoặc huy động thêm vốn góp của người khác. Chủ sở hữu quyết định hình thức tăng và mức tăng vốn điều lệ. Trường hợp tăng vốn điều lệ bằng việc huy động thêm phần vốn góp của người khác, công ty phải đăng ký chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hai thành viên trở lên trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày thành viên mới cam kết góp vốn vào công ty.

#### ***3.3.3. Chủ sở hữu của công ty***

Chủ sở hữu của công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên theo Luật Doanh nghiệp 2005 có thể là một cá nhân hoặc một tổ chức (pháp nhân) và đều được pháp luật ghi nhận các quyền, nghĩa vụ cụ thể.

Chủ sở hữu công ty là tổ chức có quyền quyết định những vấn đề quan trọng nhất của công ty như: nội dung điều lệ công ty, sửa đổi, bổ sung điều lệ công ty; chiến lược phát triển và kế hoạch kinh doanh hằng năm của công ty; cơ cấu tổ chức quản lý công ty, bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức các chức danh quản lý công ty; các dự án đầu tư có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại điều lệ công ty; các giải pháp phát triển thị trường, tiếp thị và công nghệ; thông qua hợp đồng vay, cho vay và các hợp đồng khác do điều lệ công ty quy định có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại điều lệ công ty; bán tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại điều lệ công ty; tăng vốn điều lệ của công ty; chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ vốn điều lệ của công ty cho tổ chức, cá nhân khác; thành lập công ty con, góp vốn vào công ty khác; tổ chức giám sát và đánh giá hoạt động kinh doanh của công ty; việc sử dụng lợi nhuận sau khi đã hoàn thành nghĩa vụ thuế và các nghĩa vụ tài chính khác của công ty; tổ chức lại, giải thể và yêu cầu phá sản công ty; thu hồi toàn bộ giá trị tài sản của công ty sau khi công ty hoàn thành giải thể hoặc phá sản và các quyền khác theo quy định của pháp luật và điều lệ công ty.

Chủ sở hữu công ty là cá nhân có quyền quyết định các vấn đề như: nội dung điều lệ công ty, sửa đổi, bổ sung điều lệ công ty; đầu tư, kinh doanh và quản trị nội bộ doanh nghiệp, trừ trường hợp điều lệ công ty có quy định khác; chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ vốn điều lệ của công ty cho tổ chức, cá nhân khác; việc sử dụng lợi nhuận sau khi đã hoàn thành nghĩa vụ thuế và các nghĩa vụ tài chính khác của công ty; tổ

chức lại, giải thể và yêu cầu phá sản công ty; thu hồi toàn bộ giá trị tài sản của công ty sau khi công ty hoàn thành giải thể hoặc phá sản; các quyền khác theo quy định của pháp luật và điều lệ công ty.

*Chủ sở hữu công ty có những nghĩa vụ như:* góp vốn đầy đủ và đúng hạn như đã cam kết; trường hợp không góp đủ và đúng hạn số vốn đã cam kết thì phải chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty; tuân thủ điều lệ công ty; phải xác định và tách biệt tài sản của chủ sở hữu công ty và tài sản của công ty, chủ sở hữu công ty là cá nhân phải tách biệt các chi tiêu của cá nhân và gia đình mình với các chi tiêu trên cương vị là chủ tịch công ty và giám đốc hoặc tổng giám đốc; tuân thủ quy định của pháp luật về hợp đồng và pháp luật có liên quan trong việc mua, bán, vay, cho vay, thuê, cho thuê và các giao dịch khác giữa công ty và chủ sở hữu công ty; thực hiện các nghĩa vụ khác theo quy định.

Chủ sở hữu công ty chỉ được quyền rút vốn bằng cách chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ số vốn điều lệ cho tổ chức hoặc cá nhân khác; trường hợp rút một phần hoặc toàn bộ vốn đã góp ra khỏi công ty dưới hình thức khác thì phải liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty. Trường hợp chuyển nhượng một phần vốn điều lệ cho tổ chức hoặc cá nhân khác, công ty phải đăng ký chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày chuyển nhượng. Chủ sở hữu công ty không được rút lợi nhuận khi công ty không thanh toán đủ các khoản nợ và các nghĩa vụ tài sản khác đến hạn.

### *3.3.4 Tổ chức quản lý công ty*

***Cơ cấu tổ chức quản lý của công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là tổ chức***

Chủ sở hữu công ty bổ nhiệm một hoặc một số người đại diện theo ủy quyền với nhiệm kỳ không quá năm năm để thực hiện các quyền và nghĩa vụ của mình theo quy định của Luật Doanh nghiệp và pháp luật có liên quan. Người đại diện theo ủy quyền phải có đủ các tiêu chuẩn và điều kiện theo quy định của pháp luật. Chủ sở hữu công ty có quyền

thay thế người đại diện theo ủy quyền bất cứ khi nào. Trường hợp có ít nhất hai người được bổ nhiệm làm đại diện theo ủy quyền thì cơ cấu tổ chức quản lý của công ty bao gồm *hội đồng thành viên, giám đốc hoặc tổng giám đốc và kiểm soát viên*; trong trường hợp này, hội đồng thành viên gồm tất cả người đại diện theo ủy quyền. Trường hợp một người được bổ nhiệm làm người đại diện theo ủy quyền thì người đó làm chủ tịch công ty; trong trường hợp này cơ cấu tổ chức quản lý của công ty bao gồm *chủ tịch công ty, giám đốc hoặc tổng giám đốc và kiểm soát viên*. Điều lệ công ty quy định chủ tịch hội đồng thành viên hoặc chủ tịch công ty hoặc giám đốc hoặc tổng giám đốc là người đại diện theo pháp luật của công ty. Người đại diện theo pháp luật của công ty phải thường trú tại Việt Nam; nếu vắng mặt quá ba mươi ngày ở Việt Nam thì phải ủy quyền bằng văn bản cho người khác làm người đại diện theo pháp luật của công ty theo nguyên tắc quy định tại điều lệ công ty. Chức năng, quyền và nhiệm vụ của hội đồng thành viên, chủ tịch công ty, giám đốc hoặc tổng giám đốc và kiểm soát viên được pháp luật quy định.

*Hội đồng thành viên* 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; 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 Luật này và pháp luật có liên quan. Quyền, nghĩa vụ, nhiệm vụ cụ thể và chế độ làm việc của hội đồng thành viên đối với chủ sở hữu công ty được thực hiện theo quy định tại điều lệ công ty và pháp luật có liên quan. Chủ sở hữu công ty chỉ định chủ tịch hội đồng thành viên. Nhiệm kỳ, quyền và nhiệm vụ của chủ tịch hội đồng thành viên không quá năm năm. Chủ tịch hội đồng thành viên có thể được bầu lại với số nhiệm kỳ không hạn chế. Hội đồng thành viên được triệu tập họp bất cứ khi nào theo yêu cầu của chủ tịch hội đồng thành viên hoặc theo yêu cầu của thành viên hoặc nhóm thành viên theo quy định của pháp luật.

Cuộc họp của hội đồng thành viên được tiến hành khi có ít nhất hai phần ba số thành viên dự họp. Trường hợp điều lệ công ty không quy định thì mỗi thành viên có một phiếu biểu quyết có giá trị như nhau. Hội đồng thành viên có thể thông qua quyết định theo hình thức lấy ý kiến bằng văn bản. Quyết định của hội đồng thành viên được thông qua khi có hơn một nửa số thành viên dự họp chấp thuận. Việc sửa đổi, bổ sung điều lệ công ty, tổ chức lại công ty, chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ vốn điều lệ của công ty phải được ít nhất ba phần tư số thành viên dự họp chấp thuận. 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. Các cuộc họp của hội đồng thành viên phải được ghi vào sổ biên bản. Nội dung biên bản họp hội đồng thành viên áp dụng theo quy định của pháp luật.

*Chủ tịch công ty* nhân danh chủ sở hữu 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; 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. Quyền, nghĩa vụ, nhiệm vụ cụ thể và chế độ làm việc của chủ tịch công ty đối với chủ sở hữu công ty được thực hiện theo quy định tại điều lệ công ty và pháp luật có liên quan. Quyết định của chủ tịch công ty về thực hiện quyền và nghĩa vụ của chủ sở hữu công ty có giá trị pháp lý kể từ ngày được chủ sở hữu công ty phê duyệt, trừ trường hợp điều lệ công ty có quy định khác.

*Giám đốc hoặc tổng giám đốc* công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên do hội đồng thành viên hoặc chủ tịch công ty bổ nhiệm hoặc thuê với nhiệm kỳ không quá năm năm để điều hành hoạt động kinh doanh hằng ngày của công ty. Giám đốc hoặc tổng giám đốc chịu trách nhiệm trước pháp luật và hội đồng thành viên hoặc chủ tịch công ty về việc thực hiện các quyền và nhiệm vụ của mình. Giám đốc hoặc tổng giám đốc có các quyền như: tổ chức thực hiện quyết định của hội đồng thành viên hoặc chủ tịch công ty; quyết định các vấn đề liên quan đến

hoạt động kinh doanh hằng ngày của công ty; tổ chức thực hiện kế hoạch kinh doanh và phương án đầu tư của công ty; ban hành quy chế quản lý nội bộ công ty; bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức các chức danh quản lý trong công ty, trừ các chức danh thuộc thẩm quyền của hội đồng thành viên hoặc chủ tịch công ty; ký kết hợp đồng nhân danh công ty, trừ trường hợp thuộc thẩm quyền của chủ tịch hội đồng thành viên hoặc chủ tịch công ty; kiến nghị phương án cơ cấu tổ chức công ty; trình báo cáo quyết toán tài chính hằng năm lên hội đồng thành viên hoặc chủ tịch công ty; kiến nghị phương án sử dụng lợi nhuận hoặc xử lý lỗ trong kinh doanh; tuyển dụng lao động; các quyền khác được quy định tại điều lệ công ty, hợp đồng lao động mà Giám đốc hoặc tổng giám đốc ký với chủ tịch hội đồng thành viên hoặc chủ tịch công ty.

Giám đốc hoặc tổng giám đốc phải đáp ứng các tiêu chuẩn và điều kiện như: có đủ năng lực hành vi dân sự và không thuộc đối tượng bị cấm quản lý doanh nghiệp theo quy định của pháp luật; không phải là người có liên quan của thành viên hội đồng thành viên hoặc chủ tịch công ty, người có thẩm quyền trực tiếp bổ nhiệm người đại diện theo ủy quyền hoặc chủ tịch công ty; có trình độ chuyên môn, kinh nghiệm thực tế tương ứng trong quản trị kinh doanh hoặc trong các ngành, nghề kinh doanh chủ yếu của công ty hoặc tiêu chuẩn, điều kiện khác quy định tại điều lệ công ty.

Kiểm soát viên của công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên có số lượng từ một đến ba và do chủ sở hữu công ty bổ nhiệm với nhiệm kỳ không quá ba năm. Kiểm soát viên chịu trách nhiệm trước pháp luật và chủ sở hữu công ty về việc thực hiện các quyền và nhiệm vụ của mình. Kiểm soát viên có nhiệm vụ: kiểm tra tính hợp pháp, trung thực, cẩn trọng của hội đồng thành viên, chủ tịch công ty 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; 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 có quyền xem xét bất kỳ hồ sơ, tài liệu nào của công ty tại trụ sở chính hoặc chi nhánh, văn phòng đại diện của công ty. Thành viên hội đồng thành viên, chủ tịch công ty, giám đốc hoặc tổng giám đốc và người quản lý khác có nghĩa vụ cung cấp đầy đủ, kịp thời các thông tin về thực hiện quyền chủ sở hữu, về quản lý, điều hành và hoạt động kinh doanh của công ty theo yêu cầu của kiểm soát viên. Kiểm soát viên phải đáp ứng các tiêu chuẩn và điều kiện: có đủ năng lực hành vi dân sự và không thuộc đối tượng bị cấm quản lý doanh nghiệp; không phải là người có liên quan của thành viên hội đồng thành viên, chủ tịch công ty, giám đốc hoặc tổng giám đốc, người có thẩm quyền trực tiếp bổ nhiệm kiểm soát viên; có trình độ chuyên môn hoặc kinh nghiệm nghề nghiệp về kế toán, kiểm toán hoặc trình độ chuyên môn, kinh nghiệm thực tế trong ngành, nghề kinh doanh chủ yếu của công ty hoặc tiêu chuẩn, điều kiện khác quy định tại điều lệ công ty.

Thành viên hội đồng thành viên, chủ tịch công ty, giám đốc hoặc tổng giám đốc và kiểm soát viên có các nghĩa vụ như: tuân thủ pháp luật, điều lệ công ty, quyết định của chủ sở hữu công ty trong việc thực hiện các quyền và nhiệm vụ được giao; thực hiện các quyền và nhiệm vụ được giao một cách trung thực, cẩn trọng, tốt nhất nhằm bảo đảm lợi ích hợp pháp tối đa của công ty và chủ sở hữu công ty; trung thành với lợi ích của công ty và chủ sở hữu công ty, không sử dụng thông tin, bí quyết, cơ hội kinh doanh của công ty, lạm dụng địa vị, chức vụ và tài sản của công ty để tư lợi hoặc phục vụ lợi ích của tổ chức, cá nhân khác; thông báo kịp thời, đầy đủ và chính xác cho công ty về các doanh nghiệp mà họ và người có liên quan của họ làm chủ hoặc có cổ phần, phần vốn góp chi phối (thông báo này được niêm yết tại trụ sở chính và chi nhánh của công ty); các nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật và điều lệ công

ty. Giám đốc hoặc tổng giám đốc không được tăng lương, trả thưởng khi công ty không có khả năng thanh toán đủ các khoản nợ đến hạn.

Người quản lý công ty và kiểm soát viên được hưởng thù lao hoặc lương và lợi ích khác theo kết quả và hiệu quả kinh doanh của công ty. Chủ sở hữu công ty quyết định mức thù lao, lương và lợi ích khác của thành viên hội đồng thành viên, chủ tịch công ty và kiểm soát viên. Thù lao, tiền lương và lợi ích khác của người quản lý công ty và kiểm soát viên được tính vào chi phí kinh doanh theo quy định\* của pháp luật thuế thu nhập doanh nghiệp, pháp luật có liên quan và được thể hiện thành mục riêng trong báo cáo tài chính hằng năm của công ty.

### ***Cơ cấu tổ chức quản lý công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là cá nhân***

Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là cá nhân có chủ tịch công ty, giám đốc hoặc tổng giám đốc. Chủ sở hữu công ty đồng thời là chủ tịch công ty. Chủ tịch công ty hoặc giám đốc hoặc tổng giám đốc là người đại diện theo pháp luật của công ty theo quy định tại điều lệ công ty. Chủ tịch công ty có thể kiêm nhiệm hoặc thuê người khác làm giám đốc hoặc 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.

Hợp đồng, giao dịch giữa công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là tổ chức với các đối tượng luật định (chẳng hạn: chủ sở hữu công ty và người có liên quan của chủ sở hữu công ty; người đại diện theo ủy quyền, Giám đốc hoặc tổng giám đốc và kiểm soát viên và người có liên quan của họ; người quản lý chủ sở hữu công ty, người có thẩm quyền bổ nhiệm những người quản lý và người có liên quan của họ) phải được hội đồng thành viên hoặc chủ tịch công ty, giám đốc hoặc tổng giám đốc và kiểm soát viên xem xét quyết định theo nguyên tắc đa số, mỗi người có một phiếu biểu quyết. Người đại diện theo pháp luật của công ty phải gửi cho hội đồng thành viên hoặc chủ tịch công ty, giám đốc hoặc tổng giám đốc và kiểm soát viên; đồng thời, niêm yết tại trụ sở chính và chi nhánh của công ty dự thảo hợp đồng hoặc thông báo nội dung giao dịch đó.



Những hợp đồng, giao dịch này chỉ được chấp thuận khi có đủ các điều kiện sau đây:

- Các bên ký kết hợp đồng hoặc thực hiện giao dịch là những chủ thể pháp lý độc lập, có quyền, nghĩa vụ, tài sản và lợi ích riêng biệt.

- Giá sử dụng trong hợp đồng hoặc giao dịch là giá thị trường tại thời điểm hợp đồng được ký kết hoặc giao dịch được thực hiện.

- Chủ sở hữu công ty tuân thủ đúng nghĩa vụ quy định của pháp luật về hợp đồng và pháp luật có liên quan trong việc mua, bán, vay, cho vay, thuê, cho thuê và các giao dịch khác giữa công ty và chủ sở hữu công ty.

Nếu những hợp đồng, giao dịch này giao kết không đúng quy định sẽ bị vô hiệu và xử lý theo quy định của pháp luật. Người đại diện theo pháp luật của công ty và các bên của hợp đồng phải bồi thường thiệt hại phát sinh, hoàn trả cho công ty các khoản lợi thu được từ việc thực hiện hợp đồng, giao dịch đó.

Hợp đồng, giao dịch giữa công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên là cá nhân với chủ sở hữu công ty hoặc người có liên quan của chủ sở hữu công ty phải được ghi chép lại và lưu giữ thành hồ sơ riêng của công ty.

### **3.4 Công ty hợp danh**

#### ***3.4.1 Khái niệm và đặc điểm***

Công ty hợp danh là doanh nghiệp, trong đó, phải có ít nhất hai thành viên là chủ sở hữu chung của công ty, cùng nhau kinh doanh dưới một tên chung (gọi là thành viên hợp danh), ngoài các thành viên hợp danh có thể có thành viên góp vốn. Thành viên hợp danh phải là cá nhân, chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình về các nghĩa vụ của công ty. Thành viên góp vốn chỉ chịu trách nhiệm về các khoản nợ của công ty trong phạm vi số vốn đã góp vào công ty

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

- Công ty hợp danh không được phát hành bất kỳ loại chứng khoán nào.

### 3.4.2 Vốn của công ty hợp danh

Tài sản của công ty hợp danh bao gồm: tài sản góp vốn của các thành viên đã được chuyển quyền sở hữu cho công ty, tài sản tạo lập được mang tên công ty, tài sản thu được từ hoạt động kinh doanh do các thành viên hợp danh thực hiện nhân danh công ty và từ các hoạt động kinh doanh các ngành, nghề kinh doanh đã đăng ký của công ty do các thành viên hợp danh nhân danh cá nhân thực hiện, các tài sản khác theo quy định của pháp luật.

Công ty hợp danh không được phép huy động vốn bằng hình thức phát hành chứng khoán, các thành viên phải góp vốn để hình thành vốn điều lệ của công ty. Khi cam kết góp vốn, số vốn của mỗi thành viên phải được ghi rõ trong điều lệ công ty. Vốn điều lệ của công ty hợp danh trong một số ngành nghề theo quy định của pháp luật không được thấp hơn vốn pháp định.

Trong hoạt động, công ty hợp danh có thể tăng vốn điều lệ bằng cách tăng góp của các thành viên hoặc kết nạp thêm thành viên mới theo quy định của pháp luật và điều lệ của công ty.

Thành viên hợp danh của công ty hợp danh chỉ được hoàn trả phần vốn góp khi rút khỏi công ty theo quy định của pháp luật và điều lệ công ty. Phần vốn góp được hoàn trả theo giá thỏa thuận hoặc theo nguyên tắc quy định trong điều lệ công ty. Thành viên góp vốn cũng có quyền rút vốn ra khỏi công ty khi được đa số các thành viên hợp danh đồng ý. Nếu không trái với điều lệ của công ty, thành viên góp vốn cũng có quyền tự do chuyển nhượng phần vốn góp của mình cho người khác.

Thành viên hợp danh và thành viên góp vốn phải góp đủ và đúng hạn số vốn như đã cam kết. Thành viên hợp danh không góp đủ và đúng hạn số vốn đã cam kết gây thiệt hại cho công ty phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại cho công ty. Trường hợp có thành viên góp vốn không góp đủ và đúng hạn số vốn đã cam kết thì số vốn chưa góp đủ được coi là khoản nợ của thành viên đó đối với công ty; trong trường hợp này, thành viên góp vốn có liên quan có thể bị khai trừ khỏi công ty theo quyết định của Hội đồng thành viên. Tại thời điểm góp đủ vốn như đã cam kết, thành viên được cấp giấy chứng nhận phần vốn góp. Giấy chứng nhận phần vốn góp phải có các nội dung mà pháp luật quy định. Trường hợp giấy chứng nhận phần vốn góp bị

mất, bị rách, bị cháy hoặc bị tiêu hủy dưới các hình thức khác, thành viên được công ty cấp lại giấy chứng nhận phần vốn góp.

### ***3.4.3 Thành viên của công ty hợp danh***

Trong công ty hợp danh bắt buộc phải có tối thiểu hai thành viên hợp danh và còn có thể có cả thành viên góp vốn. Quy định pháp luật dành cho hai loại thành viên này có nhiều điểm khác biệt cơ bản.

#### ***Thành viên hợp danh***

Thành viên hợp danh phải là cá nhân, có trình độ chuyên môn và uy tín nghề nghiệp và phải chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với các nghĩa vụ của công ty.

Theo quy định của pháp luật, trình độ chuyên môn và uy tín nghề nghiệp của thành viên hợp danh được yêu cầu tùy thuộc vào ngành nghề kinh doanh của công ty. Thành viên hợp danh phải là người đã được đào tạo trong những ngành nghề mà công ty kinh doanh. Với những ngành nghề phải có chứng chỉ hành nghề thì tất cả các thành viên hợp danh phải có chứng chỉ hành nghề.

#### ***Thành viên hợp danh có các quyền sau đây:***

- Tham gia họp, thảo luận và biểu quyết về các vấn đề của công ty; mỗi thành viên hợp danh có một phiếu biểu quyết hoặc có số phiếu biểu quyết khác quy định tại điều lệ công ty.

- Nhân danh công ty tiến hành các hoạt động kinh doanh các ngành, nghề kinh doanh đã đăng ký; đàm phán và ký kết hợp đồng, thoả thuận hoặc giao ước với những điều kiện mà thành viên hợp danh đó cho là có lợi nhất cho công ty.

- Sử dụng con dấu, tài sản của công ty để hoạt động kinh doanh các ngành, nghề kinh doanh đã đăng ký; nếu ứng trước tiền của mình để thực hiện công việc kinh doanh của công ty thì có quyền yêu cầu công ty hoàn trả lại cả số tiền gốc và lãi theo lãi suất thị trường trên số tiền gốc đã ứng trước.

- Yêu cầu công ty bù đắp thiệt hại từ hoạt động kinh doanh trong phạm vi quyền nếu thiệt hại đó xảy ra không phải do sai sót cá nhân của chính thành viên đó.

- Yêu cầu công ty, thành viên hợp danh khác cung cấp thông tin về tình hình kinh doanh của công ty; kiểm tra tài sản, sổ kế toán và các tài liệu khác của công ty bất cứ khi nào nếu xét thấy cần thiết.

- Được chia lợi nhuận tương ứng với tỷ lệ vốn góp hoặc theo thỏa thuận quy định tại điều lệ công ty.

Khi công ty giải thể hoặc phá sản, được chia một phần giá trị tài sản còn lại theo tỷ lệ góp vốn vào công ty nếu điều lệ công ty không quy định một tỷ lệ khác.

- Trường hợp thành viên hợp danh chết hoặc bị tòa án tuyên bố là đã chết thì người thừa kế của thành viên được hưởng phần giá trị tài sản tại công ty sau khi đã trừ đi phần nợ thuộc trách nhiệm của thành viên đó. Người thừa kế có thể trở thành thành viên hợp danh nếu được hội đồng thành viên chấp thuận.

- Các quyền khác theo quy định của Luật này và điều lệ công ty.

*Thành viên hợp danh có các nghĩa vụ sau đây:*

- Tiến hành quản lý và thực hiện công việc kinh doanh một cách trung thực, cẩn trọng và tốt nhất bảo đảm lợi ích hợp pháp tối đa cho công ty và tất cả thành viên.

- Tiến hành quản lý và hoạt động kinh doanh của công ty theo đúng quy định của pháp luật, điều lệ công ty và quyết định của hội đồng thành viên; nếu làm trái quy định tại điểm này, gây thiệt hại cho công ty thì phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại.

- Không được sử dụng tài sản của công ty để tư lợi hoặc phục vụ lợi ích của tổ chức, cá nhân khác.

- Hoàn trả cho công ty số tiền, tài sản đã nhận và bồi thường thiệt hại gây ra đối với công ty trong trường hợp nhân danh công ty, nhân danh cá nhân hoặc nhân danh người khác để nhận tiền hoặc tài sản khác từ hoạt động kinh doanh các ngành, nghề đã đăng ký của công ty mà không đem nộp cho công ty.

- Liên đới chịu trách nhiệm thanh toán hết số nợ còn lại của công ty nếu tài sản của công ty không đủ để trang trải số nợ của công ty.

- Chịu lỗ tương ứng với phần vốn góp vào công ty hoặc theo thỏa thuận quy định tại điều lệ công ty trong trường hợp công ty kinh doanh bị lỗ.

- Định kỳ hàng tháng báo cáo trung thực, chính xác bằng văn bản tình hình và kết quả kinh doanh của mình với công ty; cung cấp thông tin về tình hình và kết quả kinh doanh của mình cho thành viên có yêu cầu.

- Các nghĩa vụ khác theo quy định của Luật này và điều lệ công ty.

#### *Hạn chế đối với quyền của thành viên hợp danh*

- Thành viên hợp danh không được làm chủ doanh nghiệp tư nhân hoặc thành viên hợp danh của công ty hợp danh khác, trừ trường hợp được sự nhất trí của các thành viên hợp danh còn lại.

- Thành viên hợp danh không được quyền nhân danh cá nhân hoặc nhân danh người khác thực hiện kinh doanh cùng ngành, nghề kinh doanh của công ty đó để tư lợi hoặc phục vụ lợi ích của tổ chức, cá nhân khác.

- Thành viên hợp danh không được quyền chuyển một phần hoặc toàn bộ phần vốn góp của mình tại công ty cho người khác nếu không được sự chấp thuận của các thành viên hợp danh còn lại.

#### *Tư cách thành viên hợp danh chấm dứt trong các trường hợp sau đây:*

- Tự nguyện rút vốn khỏi công ty (thành viên hợp danh có quyền rút vốn khỏi công ty nếu được hội đồng thành viên chấp thuận. Trong trường hợp này, thành viên muốn rút vốn khỏi công ty phải thông báo

bằng văn bản yêu cầu rút vốn chậm nhất sáu tháng trước ngày rút vốn; chỉ được rút vốn vào thời điểm kết thúc năm tài chính và báo cáo tài chính của năm tài chính đó đã được thông qua).

- Chết hoặc bị tòa án tuyên bố là đã chết

- Bị tòa án tuyên bố là mất tích, hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc mất năng lực hành vi dân sự (trong trường hợp chấm dứt tư cách thành viên của thành viên bị hạn chế hoặc bị mất năng lực hành vi dân sự thì phần vốn góp của thành viên đó được hoàn trả công bằng và thoả đáng)

- Bị khai trừ khỏi công ty (thành viên hợp danh bị khai trừ khỏi công ty trong các trường hợp: không có khả năng góp vốn hoặc không góp vốn như đã cam kết sau khi công ty đã có yêu cầu lần thứ hai; tiến hành công việc kinh doanh không trung thực, không cẩn trọng hoặc có hành vi không thích hợp khác gây thiệt hại nghiêm trọng đến lợi ích của công ty và các thành viên khác; không thực hiện đúng các nghĩa vụ của thành viên hợp danh)

- Các trường hợp khác do điều lệ công ty quy định.

Trong thời hạn hai năm kể từ ngày chấm dứt tư cách thành viên hợp danh do rút vốn hay bị khai trừ thì người đó vẫn phải liên đới chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với các khoản nợ của công ty đã phát sinh trước ngày chấm dứt tư cách thành viên. Sau khi chấm dứt tư cách thành viên, nếu tên của thành viên bị chấm dứt đã được sử dụng làm thành một phần hoặc toàn bộ tên công ty thì người đó hoặc người thừa kế, người đại diện theo pháp luật của họ có quyền yêu cầu công ty chấm dứt việc sử dụng tên đó.

### ***Thành viên góp vốn***

Công ty hợp danh có thể có cả thành viên góp vốn. Thành viên góp vốn có thể là cá nhân hay tổ chức.

*Thành viên góp vốn có các quyền sau đây:*

- Tham gia họp, thảo luận và biểu quyết tại hội đồng thành viên về việc sửa đổi, bổ sung điều lệ công ty, sửa đổi, bổ sung các quyền và nghĩa vụ của thành viên góp vốn, về tổ chức lại và giải thể công ty và các nội dung khác của điều lệ công ty có liên quan trực tiếp đến quyền và nghĩa vụ của họ

- Được chia lợi nhuận hằng năm tương ứng với tỷ lệ vốn góp trong vốn điều lệ công ty

- Được cung cấp báo cáo tài chính hằng năm của công ty; có quyền yêu cầu chủ tịch hội đồng thành viên, thành viên hợp danh cung cấp đầy đủ và trung thực các thông tin về tình hình và kết quả kinh doanh của công ty; xem xét sổ kế toán, sổ biên bản, hợp đồng, giao dịch, hồ sơ và tài liệu khác của công ty

- Chuyển nhượng phần vốn góp của mình tại công ty cho người khác

- Nhân danh cá nhân hoặc nhân danh người khác tiến hành kinh doanh các ngành, nghề đã đăng ký của công ty

- Định đoạt phần vốn góp của mình bằng cách để thừa kế, tặng cho, thế chấp, cầm cố và các hình thức khác theo quy định của pháp luật và điều lệ công ty; trường hợp chết hoặc bị tòa tuyên bố là đã chết thì người thừa kế thay thế thành viên đã chết trở thành thành viên góp vốn của công ty.

- Được chia một phần giá trị tài sản còn lại của công ty tương ứng với tỷ lệ vốn góp trong vốn điều lệ công ty khi công ty giải thể hoặc phá sản.

- Các quyền khác theo quy định của pháp luật và điều lệ công ty

*Thành viên góp vốn có các nghĩa vụ sau đây:*

- Chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi số vốn đã cam kết góp.

- Không được tham gia quản lý công ty, không được tiến hành công việc kinh doanh nhân danh công ty.

- Tuân thủ điều lệ, nội quy công ty và quyết định của hội đồng thành viên

- Các nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật và điều lệ công ty.

Từ cách thành viên công ty của thành viên góp vốn sẽ chấm dứt khi thành viên đó chuyển toàn bộ phần vốn góp của mình cho người khác.

Công ty có thể tiếp nhận thêm thành viên hợp danh hoặc thành viên góp vốn; việc tiếp nhận thành viên mới của công ty phải được hội đồng thành viên chấp thuận. Thành viên hợp danh hoặc thành viên góp vốn phải nộp đủ số vốn cam kết góp vào công ty trong thời hạn mười lăm ngày kể từ ngày được chấp thuận, trừ trường hợp hội đồng thành viên quyết định thời hạn khác. Thành viên hợp danh mới phải cùng liên đới chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty, trừ trường hợp thành viên đó và các thành viên còn lại có thoả thuận khác.

### **Tổ chức quản lý của công ty hợp danh**

#### *Hội đồng thành viên*

Tất cả thành viên hợp lại thành hội đồng thành viên. Hội đồng thành viên bầu một thành viên hợp danh làm chủ tịch hội đồng thành viên, đồng thời kiêm giám đốc hoặc tổng giám đốc công ty nếu điều lệ công ty không có quy định khác. Thành viên hợp danh có quyền yêu cầu triệu tập họp hội đồng thành viên để thảo luận và quyết định công việc kinh doanh của công ty. Thành viên yêu cầu triệu tập họp phải chuẩn bị nội dung, chương trình và tài liệu họp.

Hội đồng thành viên có quyền quyết định tất cả công việc kinh doanh của công ty. Nếu điều lệ công ty không quy định thì quyết định các vấn đề sau đây phải được ít nhất ba phần tư tổng số thành viên hợp danh chấp thuận: phương hướng phát triển công ty, sửa đổi, bổ sung điều lệ công ty, tiếp nhận thêm thành viên hợp danh mới, chấp nhận thành viên hợp danh rút khỏi công ty hoặc quyết định khai trừ thành viên, quyết định



dự án đầu tư, quyết định việc vay và huy động vốn dưới hình thức khác, cho vay với giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% vốn điều lệ của công ty, trừ trường hợp điều lệ công ty quy định một tỷ lệ khác cao hơn, quyết định mua, bán tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn vốn điều lệ của công ty, trừ trường hợp điều lệ công ty quy định một tỷ lệ khác cao hơn quyết định thông qua báo cáo tài chính hằng năm, tổng số lợi nhuận được chia và số lợi nhuận chia cho từng thành viên, quyết định giải thể công ty. Quyết định về các vấn đề khác được thông qua nếu được ít nhất hai phần ba tổng số thành viên hợp danh chấp thuận; tỷ lệ cụ thể do điều lệ công ty quy định. Quyền tham gia biểu quyết của thành viên góp vốn được thực hiện theo quy định của pháp luật và điều lệ công ty.

Chủ tịch hội đồng thành viên có thể triệu tập họp hội đồng thành viên khi xét thấy cần thiết hoặc theo yêu cầu của thành viên hợp danh. Trường hợp chủ tịch hội đồng thành viên không triệu tập họp theo yêu cầu của thành viên hợp danh thì thành viên đó triệu tập họp hội đồng thành viên. Thông báo mời họp có thể bằng giấy mời, điện thoại, fax, telex hoặc các phương tiện điện tử khác. Thông báo mời họp phải nêu rõ mục đích, yêu cầu và nội dung họp, chương trình và địa điểm họp, tên thành viên yêu cầu triệu tập họp. Các tài liệu thảo luận được sử dụng để quyết định các vấn đề quan trọng phải được gửi trước đến tất cả thành viên; thời hạn gửi trước do điều lệ công ty quy định.

Chủ tịch hội đồng thành viên hoặc thành viên yêu cầu triệu tập họp chủ toạ cuộc họp. Cuộc họp của hội đồng thành viên phải được ghi vào sổ biên bản của công ty. Nội dung biên bản phải có các nội dung chủ yếu mà pháp luật quy định.

#### *Điều hành kinh doanh của công ty hợp danh*

Các thành viên hợp danh có quyền đại diện theo pháp luật và tổ chức điều hành hoạt động kinh doanh hằng ngày của công ty. Mọi hạn chế đối với thành viên hợp danh trong thực hiện công việc kinh doanh

hàng ngày của công ty chỉ có hiệu lực đối với bên thứ ba khi người đó được biết về hạn chế đó.

Trong điều hành hoạt động kinh doanh của công ty, thành viên hợp danh phân công nhau đảm nhiệm các chức danh quản lý và kiểm soát công ty. Khi một số hoặc tất cả thành viên hợp danh cùng thực hiện một số công việc kinh doanh thì quyết định được thông qua theo nguyên tắc đa số. Hoạt động do thành viên hợp danh thực hiện ngoài phạm vi hoạt động kinh doanh các ngành, nghề kinh doanh đã đăng ký của công ty đều không thuộc trách nhiệm của công ty, trừ trường hợp hoạt động đó đã được các thành viên còn lại chấp thuận.

Công ty có thể mở một hoặc một số tài khoản tại ngân hàng. Hội đồng thành viên chỉ định thành viên được ủy quyền gửi và rút tiền từ các tài khoản đó.

Chủ tịch hội đồng thành viên, giám đốc hoặc tổng giám đốc có các nhiệm vụ: quản lý và điều hành công việc kinh doanh hàng ngày của công ty với tư cách là thành viên hợp danh, triệu tập và tổ chức họp hội đồng thành viên; ký các quyết định hoặc nghị quyết của của hội đồng thành viên, phân công, phối hợp công việc kinh doanh giữa các thành viên hợp danh; ký các quyết định về quy chế, nội quy và các công việc tổ chức nội bộ khác của công ty, tổ chức sắp xếp, lưu giữ đầy đủ và trung thực sổ kế toán, hoá đơn, chứng từ và các tài liệu khác của công ty theo quy định của pháp luật, đại diện cho công ty trong quan hệ với cơ quan nhà nước; đại diện cho công ty với tư cách là bị đơn hoặc nguyên đơn trong các vụ kiện, tranh chấp thương mại hoặc các tranh chấp khác.

### **3.5 Nhóm công ty**

Nhóm công ty là tập hợp các công ty có mối quan hệ gắn bó lâu dài với nhau về lợi ích kinh tế, công nghệ, thị trường và các dịch vụ kinh doanh khác.

Nhóm công ty bao gồm các hình thức:

- Công ty mẹ - công ty con;
- Tập đoàn kinh tế;
- Các hình thức khác.

## **CHƯƠNG**

### **4**

# **PHÁP LUẬT VỀ DOANH NGHIỆP NHÀ NƯỚC**

## **1. KHÁI QUÁT VỀ DOANH NGHIỆP NHÀ NƯỚC**

Thế giới đã chứng kiến những thăng trầm của giai đoạn phát triển kinh tế thị trường tự do cạnh tranh với đặc tính tự phát, vô chính phủ mà hậu quả tất yếu là nền kinh tế xã hội thường xuyên rơi vào tình trạng khủng hoảng. Ngày nay, trong cơ chế kinh tế thị trường hiện đại, vai trò điều tiết của nhà nước nhằm khắc phục những nhược điểm vốn có của kinh tế thị trường là hết sức cần thiết và đã được khẳng định ở hầu hết mọi quốc gia.

Từ khi ra đời Hiến pháp 1992, quan điểm xây dựng nền kinh tế hàng hoá nhiều thành phần theo cơ chế thị trường có sự quản lý của nhà nước, theo định hướng xã hội chủ nghĩa (hiện nay được gọi là *nền kinh tế thị trường định hướng XHCN*) đã được ghi nhận như một nguyên tắc hiến định (điều 15 Hiến pháp). Điều đó càng khẳng định hơn nữa tầm quan trọng của sự điều tiết các quan hệ kinh tế từ nhà nước, thông qua các chủ thể có thẩm quyền. Xu thế phát triển của xã hội hiện đại đòi hỏi phải tôn trọng các quy luật khách quan, do vậy sự điều tiết của nhà nước không phải là đưa ra những mệnh lệnh hành chính để can thiệp “thô bạo” vào hoạt động của các chủ thể kinh tế, mà phải dựa vào các công cụ, phương tiện nằm trong tay nhà nước như luật pháp, kế hoạch, chính sách,... và một lực lượng vật chất không kém phần quan trọng là các doanh nghiệp nhà nước do chính nhà nước tạo dựng nên. Nghị quyết Hội nghị Ban chấp hành trung ương Đảng lần thứ ba (Đại hội IX) đã khẳng định:

*“Kinh tế nhà nước có vai trò quyết định trong việc giữ vững định hướng xã hội chủ nghĩa, ổn định và phát triển kinh tế, chính trị, xã hội của đất nước. Doanh nghiệp nhà nước (gồm doanh nghiệp nhà nước giữ 100% vốn và doanh nghiệp nhà nước giữ cổ phần chi phối) không ngừng được đổi mới, phát triển và nâng cao hiệu quả, giữ vị trí then chốt trong nền kinh tế, làm công cụ vật chất quan trọng để nhà nước định hướng và điều tiết vĩ mô, làm lực lượng nòng cốt, góp phần chủ yếu để kinh tế nhà nước thực hiện vai trò chủ đạo trong nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, là chủ lực trong hội nhập kinh tế quốc tế”.*

### **1.1. Khái niệm doanh nghiệp nhà nước**

Ở nước ta, tên gọi ban đầu của doanh nghiệp nhà nước là doanh nghiệp quốc gia, được ghi nhận tại Sắc lệnh số 104/SL do Hồ Chủ tịch ký vào ngày 01 tháng 11 năm 1948: *“Doanh nghiệp quốc gia là một doanh nghiệp thuộc quyền sở hữu của quốc gia và do quốc gia điều khiển”.*

Trong thời kỳ xây dựng kinh tế theo cơ chế kế hoạch hoá tập trung, doanh nghiệp nhà nước là các cơ sở kinh tế có tên gọi thường gắn với hai chữ “quốc doanh”: xí nghiệp công nghiệp quốc doanh, cửa hàng thương nghiệp quốc doanh, nông trường quốc doanh.... Đây cũng là lực lượng kinh tế chủ chốt của xã hội lúc bấy giờ, hoạt động ở tất cả mọi lĩnh vực, ngành nghề với toàn bộ nguồn lực tài chính được nhà nước cấp, bên cạnh một số cơ sở kinh tế tập thể hoạt động với số lượng và quy mô nhỏ hơn như hợp tác xã và tổ hợp tác.

Thuật ngữ *doanh nghiệp nhà nước* chỉ mới được sử dụng sau khi Nhà nước ta tiến hành công cuộc đổi mới kinh tế, với sự thừa nhận nhiều loại hình doanh nghiệp thuộc các thành phần kinh tế khác nhau cùng tồn tại trong cơ chế thị trường. Khái niệm pháp lý về *Doanh nghiệp nhà nước* lần đầu tiên được đề cập trong Nghị định 388/HĐBT ngày 20/11/1991 của Hội đồng Bộ trưởng (điều 1); và sau đó trong Luật Doanh nghiệp nhà nước được Quốc hội thông qua ngày

20/04/1995 (điều 1). Cả hai văn bản này cùng ghi nhận: *doanh nghiệp nhà nước là một tổ chức kinh tế do Nhà nước đầu tư toàn bộ vốn điều lệ và thành lập, tổ chức quản lý với tư cách chủ sở hữu để thực hiện các mục tiêu kinh tế-xã hội của Nhà nước.*

Thời gian vừa qua, những yêu cầu tiếp theo của công cuộc đổi mới kinh tế đất nước, cùng với những thách thức của tiến trình hội nhập quốc tế đã và đang đòi hỏi Nhà nước phải có sự cải cách mạnh mẽ trong hoạt động lập pháp để tạo lập một hành lang pháp lý đầy đủ, đồng bộ và thông thoáng nhằm thúc đẩy cả hệ thống doanh nghiệp phát triển, mà đặc biệt là phải nâng cao hiệu quả hoạt động của doanh nghiệp nhà nước tương xứng với vai trò kinh tế – chính trị và nguồn lực được đầu tư. Tiếp tục thực hiện chủ trương sắp xếp, đổi mới doanh nghiệp nhà nước nhằm nâng cao năng lực cạnh tranh, ngày 26/11/2003 Quốc hội khóa XI tại kỳ họp thứ 4 đã thông qua Luật Doanh nghiệp nhà nước (sửa đổi), có hiệu lực thi hành từ ngày 01/07/2004. Điều I của Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003 có quy định:

*“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 cần lưu ý trong quan niệm mới về doanh nghiệp nhà nước là: hình thức tổ chức pháp lý của doanh nghiệp nhà nước đa dạng hơn trước, đồng thời thủ tục thành lập doanh nghiệp nhà nước (trong nhiều trường hợp) cũng được tiến hành theo quy chế pháp lý thống nhất như các doanh nghiệp thuộc thành phần kinh tế khác, chẳng hạn:

- Các doanh nghiệp nhà nước là công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn (được nhà nước đầu tư toàn bộ vốn điều lệ hoặc một phần vốn góp chi phối) thì đăng ký hoạt động theo Luật Doanh nghiệp;

- Riêng công ty nhà nước là doanh nghiệp 100% vốn nhà nước thì được thành lập và hoạt động theo Luật Doanh nghiệp nhà nước.

Có thể thấy rằng, việc mở rộng các hình thức pháp lý đối với doanh nghiệp nhà nước tuy có điểm tiến bộ là phù hợp với thông lệ quốc tế, nhưng cũng đã làm tăng thêm tính phức tạp trong việc nhận thức về loại doanh nghiệp này. Sự tồn tại đồng thời của các doanh nghiệp nhà nước hoạt động theo “luật chung” (Luật Doanh nghiệp), lẫn doanh nghiệp nhà nước hoạt động theo “luật riêng” (Luật Doanh nghiệp nhà nước) đã phản ánh sự không đồng bộ, thiếu nhất quán của hệ thống pháp luật kinh tế hiện hành ở nước ta, ở đó vẫn còn tồn tại những quy định phân biệt đối xử không cần thiết giữa các loại hình doanh nghiệp.

Nhằm tiếp tục cải thiện môi trường pháp lý, bảo đảm cho các doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế được tự do kinh doanh; tự chủ, tự chịu trách nhiệm; bình đẳng trước pháp luật và chính sách nhà nước, ngày 29/11/2005 Quốc hội khóa XI đã thông qua Luật Doanh nghiệp (thống nhất), có hiệu lực thi hành từ ngày 01/07/2006, thay thế Luật Doanh nghiệp 1999 và Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003. Quy định tại Khoản 22 Điều 4 của Luật Doanh nghiệp 2005 tiếp tục phản ánh quan điểm mới của nhà lập pháp về doanh nghiệp nhà nước:

*“Doanh nghiệp nhà nước là doanh nghiệp trong đó Nhà nước sở hữu trên 50% vốn điều lệ”.*

Theo đó, các doanh nghiệp do Nhà nước thành lập (bao gồm cả doanh nghiệp nhà nước) kể từ ngày 01/07/2006 phải được đăng ký, tổ chức quản lý và hoạt động theo quy định của Luật Doanh nghiệp. Nhà nước, với vai trò là người đầu tư vốn, thực hiện quyền chủ sở hữu tại doanh nghiệp trên nguyên tắc:

a) *Tách biệt chức năng thực hiện quyền của chủ sở hữu với chức năng quản lý nhà nước;*

b) *Phân định rõ việc thực hiện quyền chủ sở hữu với quyền chủ động kinh doanh của doanh nghiệp, tôn trọng quyền kinh doanh của doanh nghiệp;*

*c) Thực hiện thống nhất và tập trung các quyền và nghĩa vụ của chủ sở hữu về vốn.*

*d) Bảo toàn và phát triển vốn nhà nước.*

Hình thức công ty nhà nước đã chính thức được bãi bỏ. Các công ty nhà nước đang hoạt động phải tiến hành chuyển đổi thành công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc công ty cổ phần, với lộ trình chuyển đổi không vượt quá thời hạn bốn năm kể từ ngày Luật Doanh nghiệp có hiệu lực. Trong thời hạn chuyển đổi, những quy định của Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 2003 được tiếp tục áp dụng đối với công ty nhà nước nếu Luật Doanh nghiệp không có quy định.

## **1.2. Phân loại doanh nghiệp nhà nước**

Doanh nghiệp nhà nước được phân loại căn cứ trên một số tiêu chí như sau:

*a. Dựa vào hình thức tổ chức pháp lý, có 6 loại doanh nghiệp nhà nước:*

○ **Công ty nhà nước** là doanh nghiệp do nhà nước sở hữu toàn bộ vốn điều lệ, thành lập, tổ chức quản lý và đăng ký hoạt động theo quy định của Luật Doanh nghiệp nhà nước.

○ **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 ủy quyền góp vốn, được tổ chức và hoạt động theo quy định của Luật Doanh nghiệp.

○ **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 từ 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 có thành viên là công ty nhà nước và

thành viên khác là tổ chức được nhà nước ủy quyền góp vốn, được tổ chức và hoạt động theo quy định của Luật Doanh nghiệp.

○ **Công ty cổ phần** trong đó nhà nước là cổ đông có cổ phần chi phối, với tỷ lệ vốn sở hữu nhà nước chiếm trên 50 % vốn điều lệ của công ty.

○ **Công ty trách nhiệm hữu hạn có từ hai thành viên trở lên** trong đó nhà nước là thành viên có vốn góp chi phối, với tỷ lệ vốn sở hữu nhà nước chiếm trên 50 % vốn điều lệ của công ty.

*b. Dựa vào quy chế thành lập, ta có:*

○ **Doanh nghiệp nhà nước được thành lập theo Luật Doanh nghiệp nhà nước:** được gọi là công ty nhà nước.

○ **Doanh nghiệp nhà nước được thành lập theo Luật Doanh nghiệp:** gồm có công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, công ty trách nhiệm hữu hạn có từ hai thành viên trở lên

*c. Dựa vào tỉ lệ vốn sở hữu nhà nước trong doanh nghiệp, ta có:*

○ **Doanh nghiệp nhà nước do nhà nước đầu tư toàn bộ vốn điều lệ** là doanh nghiệp được đầu tư vốn trực tiếp từ ngân sách nhà nước hoặc thông qua các công ty nhà nước và tổ chức được nhà nước ủy quyền góp vốn, được tổ chức dưới các hình thức: công ty nhà nước, công ty cổ phần nhà nước, công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước.

○ **Doanh nghiệp nhà nước có cổ phần, vốn góp chi phối của nhà nước** là công ty cổ phần hoặc công ty trách nhiệm hữu hạn có từ hai thành viên trở lên mà nhà nước là một thành viên có vốn góp trên 50% vốn điều lệ của công ty.

Về nguyên tắc, nhà nước chỉ nắm giữ 100% vốn điều lệ đối với:

a) Những công ty hoạt động trong các ngành, lĩnh vực quan trọng như: sản xuất, cung ứng vật liệu nổ, chất phóng xạ; truyền tải điện quốc gia; in tiền; quản lý, bảo trì hệ thống đường sắt, cảng hàng



không và cảng biển có quy mô lớn, vị trí quan trọng; trồng và bảo vệ rừng đầu nguồn, rừng phòng hộ, rừng đặc dụng; thoát nước, chiếu sáng đô thị;

b) Những công ty bảo đảm *nhu cầu thiết yếu* cho phát triển sản xuất và nâng cao đời sống vật chất, tinh thần của đồng bào dân tộc ở miền núi, vùng sâu, vùng xa;

c) Những công ty có quy mô lớn và hoạt động có hiệu quả (vốn nhà nước từ 30 tỷ đồng trở lên; mức thu nộp ngân sách nhà nước bình quân 3 năm liền kể từ 3 tỷ đồng trở lên), *đi đầu trong việc ứng dụng công nghệ mũi nhọn, công nghệ cao; góp phần quan trọng ổn định kinh tế vĩ mô* và hoạt động trong một số ngành, lĩnh vực nhất định theo quy định của Thủ tướng (thí dụ: chế biến dầu mỏ; bán buôn thuốc phòng bệnh, chữa bệnh, hoá dược; bán buôn lương thực, xăng dầu; vận tải đường không, đường sắt).

Như vậy, từ ngày 01/07/2006 công ty nhà nước sẽ không được thành lập mới. Trong những lĩnh vực cần thiết, nhà nước sẽ thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên thay cho công ty nhà nước.

Có thể nói công ty nhà nước, hình thức tổ chức pháp lý mang tính truyền thống của các doanh nghiệp nhà nước ở nước ta, đã có những đóng góp nhất định vào quá trình xây dựng và phát triển nền kinh tế quốc dân, đến nay đã kết thúc sứ mạng lịch sử của nó. Tuy nhiên, sự tồn tại trên thực tế của hình thức công ty này trong giai đoạn chuyển đổi vẫn đặt ra yêu cầu về mặt nhận thức đối với những người đang nghiên cứu các chế định pháp luật về kinh tế, các nhà đầu tư và cả với sinh viên kinh tế là cần nhận diện những dấu hiệu pháp lý đặc thù cùng với những khuyết tật cơ bản của hình thức công ty nhà nước so với các công ty theo Luật Doanh nghiệp.

## **2. CÔNG TY NHÀ NƯỚC**

*Công ty nhà nước* là doanh nghiệp do nhà nước sở hữu toàn bộ vốn điều lệ, được thành lập, tổ chức quản lý và đăng ký hoạt động theo quy định của Luật Doanh nghiệp nhà nước. Công ty nhà nước được tổ chức dưới các hình thức: công ty nhà nước độc lập, tổng công ty nhà nước.

## **2.1. Phân loại công ty nhà nước**

- Dựa vào cách thức tổ chức hoạt động, ta có:

○ *Công ty nhà nước độc lập* là công ty nhà nước không thuộc cơ cấu tổ chức của tổng công ty nhà nước.

○ *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.

○ *Công ty thành viên hạch toán độc lập (thuộc tổng công ty do Nhà nước quyết định đầu tư và thành lập)* là đơn vị thành viên của tổng công ty có tư cách pháp nhân, có quyền tự chủ trong kinh doanh và chịu sự ràng buộc về quyền, nghĩa vụ với tổng công ty trong việc thực hiện kế hoạch kinh doanh chung của tổng công ty.

**Lưu ý:** Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003 còn chế định loại tổng công ty do các công ty tự đầu tư và thành lập. Đó là tổng công ty nhà nước theo mô hình công ty mẹ - công ty con, là hình thức liên kết thông qua đầu tư, góp vốn giữa các doanh nghiệp có tư cách pháp nhân, trong đó công ty mẹ là công ty nhà nước có quy mô lớn, giữ quyền chi phối các doanh nghiệp khác (công ty con). Thật ra, loại tổng công ty này không phải là công ty nhà nước, không có tư cách pháp nhân mà chỉ là một tổ hợp các công ty thành viên có mối quan hệ liên kết với nhau về vốn, công nghệ, thị trường, chiến lược phát triển, ....

Bộ máy quản lý của công ty mẹ (công ty nhà nước) là bộ máy của tổng công ty.

- Dựa vào quy mô kinh doanh và mô hình tổ chức quản lý được áp dụng, ta có:

○ **Công ty nhà nước có Hội đồng quản trị** gồm có tổng công ty do nhà nước đầu tư và thành lập và công ty nhà nước độc lập có quy mô lớn.

○ **Công ty nhà nước không có hội đồng quản trị** bao gồm công ty nhà nước độc lập có quy mô nhỏ và công ty thành viên hạch toán độc lập.

- Dựa vào sự phân cấp về thẩm quyền quyết định thành lập công ty, ta có:

○ **Công ty nhà nước thuộc trung ương** là công ty nhà nước do Thủ tướng Chính phủ hoặc bộ, cơ quan ngang bộ, cơ quan thuộc Chính phủ quyết định thành lập.

○ **Công ty nhà nước thuộc địa phương** là công ty nhà nước do ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định thành lập.

- Dựa vào mục tiêu thành lập, ta có:

○ **Tổng công ty đầu tư và kinh doanh vốn nhà nước**: là công ty nhà nước có quy mô lớn được thành lập để :

- Thực hiện chức năng *đầu tư và kinh doanh vốn nhà nước*;

- Thực hiện quyền, nghĩa vụ của *chủ sở hữu (nhà nước)* 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 chính tổng công ty thành lập;

- Cổ phần, vốn góp của nhà nước tại các doanh nghiệp đã chuyển đổi sở hữu (hoặc chuyển đổi hình thức pháp lý) từ các công ty nhà nước độc lập.

○ **Công ty nhà nước đặc biệt:** là loại công ty nhà nước được thành lập để thực hiện mục tiêu chủ yếu, thường xuyên và ổn định là cung cấp các sản phẩm, dịch vụ thiết yếu đối với đời sống, kinh tế, xã hội của đất nước; hoặc bảo đảm quốc phòng, an ninh mà việc sản xuất, cung cấp theo cơ chế thị trường khó có khả năng bù đắp chi phí kinh doanh. Loại công ty này có quy chế riêng về thi hành Luật Phá sản do Chính phủ ban hành. Việc thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, việc tiến hành thủ tục phá sản đối với công ty này phải được thực hiện theo quy chế đặc thù đó.

○ **Công ty nhà nước khác:** là công ty nhà nước được thành lập để tiến hành hoạt động sản xuất kinh doanh trong những ngành nghề, lĩnh vực then chốt, cần thiết theo định hướng chiến lược phát triển của nhà nước. Loại công ty này phải hoạt động theo cơ chế thị trường, cạnh tranh bình đẳng với các loại hình doanh nghiệp khác.

**Lưu ý:** Nhằm từng bước xóa bỏ hiện tượng “độc quyền doanh nghiệp”, Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003 không chế định loại doanh nghiệp nhà nước hoạt động công ích mà điều chỉnh trực tiếp hoạt động công ích theo nguyên tắc: Nhà nước đặt hàng, giao kế hoạch hoặc đấu thầu thực hiện sản phẩm, dịch vụ công ích; mọi doanh nghiệp thuộc các thành phần kinh tế khác nhau đều có quyền tham gia thực hiện. Đối với công ty nhà nước đặc biệt được thiết kế, đầu tư thành lập và hoạt động với mục tiêu chủ yếu, thường xuyên và ổn định là cung cấp sản phẩm, dịch vụ công ích, thì nhà nước đầu tư vốn để hình thành tài sản phục vụ mục tiêu cung cấp sản phẩm, dịch vụ công ích.

## **2.2. Các dấu hiệu pháp lý đặc trưng của công ty nhà nước**

***Thứ nhất, công ty nhà nước là tổ chức kinh doanh do nhà nước đầu tư toàn bộ vốn điều lệ, trực tiếp thành lập và tổ chức quản lý.***

Nhà nước là chủ sở hữu duy nhất đầu tư vốn thành lập công ty nhà nước. Nhà nước không chỉ quản lý công ty trong tư cách chủ thể của quyền lực công mà còn với tư cách nhà đầu tư. Nhà nước sử dụng

công ty như một công cụ vật chất trực tiếp để điều tiết nền kinh tế thị trường theo định hướng XHCN. Do vậy, ngoài mục đích kinh doanh được xác định ngay khi thành lập, công ty nhà nước còn phải sử dụng vốn và các nguồn lực khác để thực hiện các nhiệm vụ đặc biệt khi nhà nước yêu cầu.

Việc thành lập công ty nhà nước không cần phải đảm bảo yêu cầu về vốn pháp định, trừ những ngành nghề mà pháp luật có quy định. Tuy nhiên, mức vốn điều lệ ban đầu của công ty nhà nước mới được thành lập không thấp hơn:

- 30 tỷ đồng đối với công ty nhà nước độc lập
- 500 tỷ đồng đối với tổng công ty nhà nước.

Đối với một số ngành, lĩnh vực, địa bàn đặc thù thì vốn điều lệ của công ty nhà nước được thành lập mới có thể thấp hơn mức quy định trên, nhưng phải được Thủ tướng Chính phủ cho phép.

Nhà nước có trách nhiệm đầu tư đủ vốn điều lệ cho công ty trong thời hạn 2 năm, kể từ khi ra quyết định thành lập. Nếu công ty nhà nước mới thành lập phải thực hiện đầu tư và xây dựng thì đại diện chủ sở hữu phải bảo đảm cấp đủ vốn điều lệ khi công ty đi vào hoạt động kinh doanh. Quá thời hạn trên, nếu đại diện chủ sở hữu không đầu tư đủ vốn thì phải điều chỉnh giảm vốn điều lệ của công ty nhà nước. Ngược lại, phải sắp xếp lại công ty nhà nước theo các hình thức: sáp nhập, hợp nhất, chuyển đổi sở hữu hoặc chuyển đổi ngành nghề kinh doanh.

Trong quá trình kinh doanh, đại diện chủ sở hữu có quyền quyết định điều chỉnh tăng hoặc giảm vốn điều lệ của công ty nhà nước. Đại diện chủ sở hữu không được trực tiếp rút số vốn đã đầu tư tại công ty nhà nước trừ trường hợp tổ chức lại công ty hoặc điều chỉnh giảm vốn điều lệ của công ty. Việc rút vốn chỉ được thực hiện nếu vẫn đảm bảo đủ vốn điều lệ và khả năng thanh toán các khoản nợ phải trả của công ty nhà nước. Điều này cũng được áp dụng tương tự trong việc đầu tư vốn của tổng công ty nhà nước cho công ty thành viên hạch toán độc lập.

Trong tư cách chủ sở hữu, nhà nước tập trung kiểm soát các mục tiêu chiến lược, giữ quyền quyết định các vấn đề quan trọng liên quan đến tài sản, vốn và nhân sự chủ chốt của công ty. Quyền và nghĩa vụ của chủ sở hữu do chính phủ thống nhất tổ chức thực hiện. Chính phủ trực tiếp thực hiện, hoặc ủy quyền cho bộ, cơ quan ngang bộ, cơ quan thuộc chính phủ (sau đây gọi chung là bộ); phân cấp cho ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương (gọi tắt là ủy ban nhân dân cấp tỉnh); giao cho hội đồng quản trị tổng công ty nhà nước, công ty nhà nước độc lập có hội đồng quản trị (gọi tắt là hội đồng quản trị) thực hiện các quyền, nghĩa vụ của chủ sở hữu. Cụ thể như:

✓ Thủ tướng Chính phủ trực tiếp thực hiện hoặc ủy quyền cho các bộ liên quan thực hiện một số quyền, nghĩa vụ của chủ sở hữu đối với tổng công ty nhà nước và công ty nhà nước độc lập đặc biệt quan trọng do Thủ tướng Chính phủ quyết định thành lập.

✓ Bộ, ủy ban nhân dân cấp tỉnh là đại diện chủ sở hữu đối với công ty nhà nước do bộ, ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định thành lập; thực hiện một số quyền, nghĩa vụ của chủ sở hữu đối với tổng công ty nhà nước và công ty nhà nước độc lập đặc biệt quan trọng do Thủ tướng Chính phủ quyết định thành lập theo ủy quyền của Thủ tướng Chính phủ.

✓ Bộ Tài chính và các bộ chức năng thực hiện một số quyền, nghĩa vụ của chủ sở hữu đối với công ty nhà nước theo lĩnh vực được phân công.

✓ Hội đồng quản trị là đại diện trực tiếp chủ sở hữu nhà nước tại công ty nhà nước có hội đồng quản trị.

### ***Thứ hai, tài sản của công ty nhà nước thuộc sở hữu nhà nước***

Tài sản của công ty nhà nước được hình thành từ vốn điều lệ, vốn vay và các nguồn vốn hợp pháp khác mà công ty có quyền chiếm hữu, sử dụng và định đoạt theo quy định của pháp luật. Khi tài sản thuộc sở hữu nhà nước được đầu tư vào công ty nhà nước thì nhà nước thực hiện quyền của chủ sở hữu đối với tài sản đó theo quy định của

pháp luật về doanh nghiệp. Công ty nhà nước không có quyền sở hữu mà chỉ có quyền chiếm hữu, sử dụng và định đoạt tài sản được giao trong khuôn khổ luật định. Các quyền năng của công ty nhà nước đối với những tài sản này không mang tính tuyệt đối và đầy đủ như các chủ sở hữu tài sản tư nhân. Việc định đoạt khối tài sản đó phải tuân theo các quy định của Luật Doanh nghiệp nhà nước và Quy chế quản lý tài chính công ty nhà nước (được ban hành kèm theo Nghị định 199/2004/NĐ-CP). Cụ thể như:

✓ Công ty có toàn quyền cho thuê, thế chấp, cầm cố tài sản của công ty theo nguyên tắc có hiệu quả, bảo toàn và phát triển vốn.

✓ Công ty được quyền chủ động và có trách nhiệm nhượng bán, thanh lý tài sản cố định đã hư hỏng, lạc hậu kỹ thuật, không có nhu cầu sử dụng hoặc không sử dụng được; các khoản đầu tư dài hạn không có nhu cầu tiếp tục đầu tư để thu hồi vốn. Thẩm quyền quyết định việc thanh lý, nhượng bán tài sản cố định được phân cấp giữa hội đồng quản trị và đại diện chủ sở hữu công ty theo nguyên tắc :

◇ Hội đồng quản trị quyết định các phương án thanh lý, nhượng bán các khoản đầu tư dài hạn, tài sản cố định có giá trị còn lại nhỏ hơn hoặc bằng 50% tổng giá trị tài sản trên báo cáo tài chính của công ty được công bố tại quý gần nhất, mức cụ thể được ghi trong điều lệ công ty;

◇ Hội đồng quản trị được quyết định uỷ quyền hoặc phân cấp cho tổng giám đốc, giám đốc công ty quyết định nhượng bán tài sản thuộc thẩm quyền của hội đồng quản trị;

◇ Các phương án lớn hơn mức phân cấp cho hội đồng quản trị, thì đại diện chủ sở hữu công ty quyết định.

***Thứ ba, công ty nhà nước có tư cách pháp nhân, độc lập thực hiện các quyền và nghĩa vụ phát sinh trong hoạt động kinh doanh.***

Công ty nhà nước là tổ chức kinh doanh, có tài sản độc lập với tài sản của nhà nước và các chủ thể pháp luật khác. Khoản 4 Điều 13 Luật

Doanh nghiệp nhà nước 2003 đã quy định “Nhà nước không điều chuyển vốn nhà nước đầu tư tại công ty và vốn, tài sản của công ty theo phương thức không thanh toán...”. Điều 36 và Điều 37 Quy chế quản lý tài chính công ty nhà nước cũng có quy định “Tài sản của tổng công ty không bao gồm tài sản của công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty thành viên hạch toán độc lập, công ty cổ phần có vốn góp chi phối của tổng công ty”, “Tổng công ty không được điều chuyển tài sản của công ty thành viên hạch toán độc lập theo phương thức không thanh toán”.

Công ty nhà nước có quyền chủ động sử dụng vốn và tài sản được đầu tư để kinh doanh, có nghĩa vụ kinh doanh có lãi, bảo toàn và phát triển số vốn được giao, đồng thời phải tự chịu trách nhiệm về mọi nghĩa vụ tài sản phát sinh bằng toàn bộ khối tài sản được hình thành từ các nguồn vốn hợp pháp của công ty. Nhà nước chỉ quản lý công ty về mặt giá trị, trong tư cách là người chủ doanh nghiệp, chủ sở hữu vốn. Nhà nước không quản lý công ty về mặt hiện vật, không can thiệp vào quyền sử dụng và định đoạt tài sản của công ty trong những nghiệp vụ kinh doanh cụ thể, trừ các lĩnh vực có sự phân cấp cho các đại diện chủ sở hữu nhà nước thực hiện theo quy định của pháp luật. Nhà nước ban hành khung pháp luật về quản lý tài chính công ty nhà nước, đồng thời phân giao quyền hạn cho các đại diện chủ sở hữu giám sát, đánh giá hiệu quả kinh doanh của công ty trong khuôn khổ luật định.

Công ty nhà nước có tư cách pháp nhân kể từ ngày được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Trong quá trình kinh doanh, công ty thiết lập và thực hiện các loại giao dịch thông qua cơ quan quản lý điều hành và bằng danh nghĩa của chính công ty. Trước pháp luật, đặc biệt trong các quan hệ tố tụng, công ty có vị thế bình đẳng với các doanh nghiệp thuộc các thành phần kinh tế khác. Khi hoạt động thua lỗ, mất khả năng thanh toán, công ty nhà nước cũng là đối tượng của Luật Phá sản. Nhà nước, trong tư cách chủ sở hữu, chỉ chịu trách nhiệm đối với các nghĩa vụ tài sản của công ty trong phạm vi số vốn điều lệ của công ty.



**★ Đặc điểm của tổng công ty do nhà nước quyết định đầu tư và thành lập**

Ngoài các dấu hiệu pháp lý của một công ty nhà nước như đã nêu trên, Tổng công ty do Nhà nước quyết định đầu tư và thành lập còn có những nét đặc trưng riêng biệt như:

**Thứ nhất**, là loại công ty nhà nước có quy mô lớn, hoạt động trong các ngành, lĩnh vực then chốt, làm nòng cốt thúc đẩy tăng trưởng kinh tế và đóng góp lớn cho ngân sách nhà nước, biểu hiện qua các dấu hiệu như :

○ Có nhiều đơn vị thành viên là các doanh nghiệp nhà nước và các đơn vị phụ thuộc của tổng công ty, có mối quan hệ liên kết với nhau và được tập hợp lại theo quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Đơn vị thành viên, có thể có hoặc không có tư cách pháp nhân, gồm có:

✓ Công ty thành viên hạch toán độc lập; đơn vị hạch toán phụ thuộc; đơn vị sự nghiệp; công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước một thành viên (là đơn vị do tổng công ty đầu tư toàn bộ vốn điều lệ);

✓ Công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn có vốn góp chi phối của tổng công ty;

✓ Công ty tài chính (có thể có hoặc không, tùy theo quy mô và nhu cầu kinh doanh của Tổng công ty).

○ Hoạt động trong một số ngành, lĩnh vực then chốt của nền kinh tế quốc dân như khai thác; chế biến dầu khí và kinh doanh bán buôn xăng dầu; sản xuất và cung ứng điện; khai thác, chế biến, cung ứng than, các khoáng sản quan trọng; luyện kim; cơ khí chế tạo; sản xuất xi măng; bưu chính, viễn thông, điện tử; hàng không; hàng hải; đường sắt; hoá chất và phân hoá học; sản xuất một số hàng tiêu dùng và công nghiệp thực phẩm quan trọng (dệt, giấy, muối, cà phê, cao su,

chế biến gỗ, rượu, bia, thuốc lá); thuốc chữa bệnh, hoá dược; xây dựng, kinh doanh bán buôn lương thực; ngân hàng; bảo hiểm.

○ Có vốn nhà nước từ 500 tỷ đồng trở lên (đối với ngành đặc thù theo quyết định của Thủ tướng Chính phủ, vốn nhà nước có thể thấp hơn nhưng không dưới 100 tỷ đồng).

○ Có mức thu nộp ngân sách nhà nước bình quân 3 năm liên kế từ 50 tỷ đồng trở lên, đối với ngành đặc thù theo quyết định của Thủ tướng Chính phủ có thể thấp hơn, nhưng không dưới 20 tỷ đồng.

*Thứ hai*, có trình độ công nghệ và quản lý tiên tiến, hiệu quả cao trong sản xuất kinh doanh, có khả năng cạnh tranh trên thị trường trong nước và quốc tế. Các công ty thành viên hoạt động trong một hoặc một số chuyên ngành kinh tế - kỹ thuật chính, liên kết chặt chẽ với nhau về công nghệ, thị trường và vốn.

*Thứ ba*, trong một ngành, lĩnh vực phải có ít nhất hai tổng công ty, trừ ngành, lĩnh vực mà công nghệ sản xuất không cho phép thành lập hai hay nhiều tổng công ty.

Đây là mô hình tổng công ty được kế thừa và có đổi mới so với mô hình “Tổng công ty nhà nước” theo quy định của Luật Doanh nghiệp nhà nước 1995, hiện nay đang trong quá trình sắp xếp, tổ chức lại.

## **2.3. Quyền và nghĩa vụ của công ty nhà nước**

*Thứ nhất, trong lĩnh vực quản lý vốn và tài sản:*

– Công ty nhà nước có quyền chiếm hữu, sử dụng, định đoạt vốn và tài sản của công ty để kinh doanh và thực hiện các lợi ích hợp pháp khác. Nhà nước không điều chuyển vốn nhà nước đầu tư tại công ty và vốn, tài sản của công ty theo phương thức không thanh toán, trừ trường hợp quyết định tổ chức lại công ty hoặc thực hiện mục tiêu cung ứng sản phẩm, dịch vụ công ích;

- Công ty có nghĩa vụ bảo toàn và phát triển vốn nhà nước và vốn công ty tự huy động, chịu trách nhiệm về các khoản nợ và các nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi số tài sản của công ty. Người đại diện chủ sở hữu nhà nước chỉ chịu trách nhiệm về các khoản nợ và các nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi số vốn của nhà nước đầu tư tại công ty;

- Định kỳ, công ty phải đánh giá lại tài sản theo quy định của Chính phủ.

*Thứ hai, trong lĩnh vực kinh doanh:*

Công ty nhà nước có các quyền cơ bản như :

- Chủ động tổ chức sản xuất, kinh doanh, tổ chức bộ máy quản lý theo yêu cầu;

- Tìm kiếm thị trường, khách hàng trong nước và ngoài nước để ký kết hợp đồng; tự quyết định giá mua, giá bán sản phẩm, dịch vụ, trừ những sản phẩm, dịch vụ công ích và những sản phẩm, dịch vụ do nhà nước định giá;

- Quyết định các dự án đầu tư theo quy định của pháp luật về đầu tư; sử dụng vốn, tài sản của công ty để liên doanh, liên kết, góp vốn vào doanh nghiệp khác trong nước hoặc tự đầu tư thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên; thuê, mua một phần hoặc toàn bộ công ty khác; mở chi nhánh, văn phòng đại diện ở trong nước và nước ngoài;

- Thực hiện các quyền kinh doanh khác theo nhu cầu thị trường phù hợp với quy định của pháp luật.

Đồng thời, công ty nhà nước phải thực hiện đầy đủ các nghĩa vụ:

- Kinh doanh đúng ngành, nghề đã đăng ký; bảo đảm chất lượng sản phẩm và dịch vụ do công ty thực hiện theo tiêu chuẩn đã đăng ký;

- Bảo đảm quyền và lợi ích của người lao động, bao gồm cả quyền tham gia quản lý công ty của người lao động theo quy định của pháp luật;

- Tuân theo các quy định của nhà nước về quốc phòng, an ninh, văn hoá, trật tự, an toàn xã hội, bảo vệ tài nguyên và môi trường;

- Thực hiện chế độ kế toán, kiểm toán và báo cáo tài chính, báo cáo thống kê theo quy định của pháp luật và theo yêu cầu của chủ sở hữu nhà nước;

- Chịu sự giám sát, kiểm tra của chủ sở hữu nhà nước; chấp hành các quyết định về thanh tra của cơ quan tài chính và cơ quan nhà nước có thẩm quyền theo quy định của pháp luật;

- Thực hiện các nghĩa vụ khác trong kinh doanh theo quy định của pháp luật.

*Thứ ba, trong lĩnh vực quản lý tài chính:*

Hoạt động quản lý tài chính của công ty nhà nước có liên quan đến việc huy động vốn, sử dụng vốn, trích lập và sử dụng các loại quỹ để đáp ứng nhu cầu tổ chức kinh doanh, thực hiện nghĩa vụ thuế và phân phối lợi nhuận,....

Trong quản lý tài chính, công ty có các quyền cụ thể như sau:

- Huy động vốn để kinh doanh dưới hình thức phát hành trái phiếu, tín phiếu, kỳ phiếu công ty; vay vốn và các hình thức huy động vốn khác theo quy định của pháp luật.

Việc huy động vốn để kinh doanh được thực hiện theo nguyên tắc tự chịu trách nhiệm hoàn trả, bảo đảm hiệu quả sử dụng vốn huy động, không được làm thay đổi hình thức sở hữu công ty.

- Chủ động sử dụng vốn cho hoạt động kinh doanh của công ty; được sử dụng và quản lý các quỹ của công ty theo quy định của pháp luật; được chi thưởng sáng kiến đổi mới, cải tiến kỹ thuật, quản lý và công nghệ, ...

Trường hợp công ty còn nợ đến hạn phải trả mà chưa trả hết thì chỉ được tăng lương, trích thưởng cho công nhân viên của công ty, kể cả người quản lý, sau khi đã trả hết nợ đến hạn.

- Quyết định trích khấu hao tài sản cố định theo nguyên tắc mức trích khấu hao tối thiểu phải bảo đảm bù đắp hao mòn hữu hình, hao mòn vô hình của tài sản cố định và không thấp hơn tỷ lệ trích khấu hao tối thiểu do Chính phủ quy định;

- Được hưởng các chế độ trợ cấp, trợ giá hoặc các chế độ ưu đãi khác của nhà nước khi thực hiện các nhiệm vụ hoạt động công ích, quốc phòng, an ninh, ... ;

- Được hưởng các chế độ ưu đãi đầu tư và tái đầu tư theo quy định của pháp luật;

- Có quyền từ chối và tố cáo 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;

- Sau khi hoàn thành nghĩa vụ nộp thuế, chuyển lỗ theo quy định của Luật thuế thu nhập doanh nghiệp và các nghĩa vụ tài chính khác theo quy định của pháp luật, trích lập quỹ dự phòng tài chính, công ty được phân chia phần lợi nhuận còn lại theo nguồn vốn nhà nước đầu tư và nguồn vốn công ty tự huy động:

- a) Phần lợi nhuận phân chia theo nguồn vốn nhà nước đầu tư được dùng để tái đầu tư tăng vốn nhà nước tại công ty hoặc hình thành quỹ tập trung để đầu tư vào các doanh nghiệp nhà nước khác thuộc lĩnh vực nhà nước cần phát triển hoặc chi phối theo quy định của chính phủ;

- b) Phần lợi nhuận phân chia theo nguồn vốn công ty tự huy động được trích lập quỹ đầu tư phát triển theo quy định của chính phủ; phần còn lại do công ty tự quyết định việc phân phối vào quỹ khen thưởng, quỹ phúc lợi.

Việc phân chia lợi nhuận sau thuế vào quỹ đầu tư phát triển, quỹ khen thưởng, quỹ phúc lợi đối với công ty nhà nước hoạt động trong lĩnh vực độc quyền, công ty nhà nước mới thành lập được thực hiện theo quy định của chính phủ.

Ngược lại, công ty cũng phải thực hiện các nghĩa vụ tài chính đối với nhà nước, người đại diện chủ sở hữu và các đối tác kinh doanh; trong đó đáng lưu ý một số nghĩa vụ cụ thể như:

- Phải kinh doanh có lãi, bảo đảm chỉ tiêu tỷ suất lợi nhuận trên vốn nhà nước đầu tư do đại diện chủ sở hữu giao;

- Quản lý, sử dụng có hiệu quả vốn kinh doanh bao gồm cả phần vốn đầu tư vào công ty khác; chịu trách nhiệm trước chủ sở hữu về việc sử dụng vốn để đầu tư thành lập doanh nghiệp khác;

- Sử dụng vốn và các nguồn lực khác để *thực hiện các nhiệm vụ đặc biệt khác* khi nhà nước yêu cầu;

*Thứ tư, trong lĩnh vực hoạt động công ích:*

Khi tham gia hoạt động công ích, công ty nhà nước còn thực hiện thêm các quyền và nghĩa vụ sau đây:

- Sản xuất, cung ứng sản phẩm, dịch vụ công ích trên cơ sở đấu thầu. Đối với hoạt động công ích theo đặt hàng, giao kế hoạch của nhà nước thì công ty có nghĩa vụ tiêu thụ sản phẩm, cung ứng dịch vụ công ích đúng đối tượng, theo giá và phí do nhà nước quy định;

- Chịu trách nhiệm trước nhà nước về kết quả hoạt động công ích của công ty; chịu trách nhiệm trước khách hàng, trước pháp luật về sản phẩm, dịch vụ công ích do công ty thực hiện;

- Được xem xét đầu tư bổ sung tương ứng với nhiệm vụ công ích được giao; phải hạch toán và được bù đắp chi phí hợp lý phục vụ hoạt động công ích và bảo đảm lợi ích cho người lao động theo nguyên tắc:

a) Đối với các sản phẩm, dịch vụ thực hiện theo phương thức đấu thầu thì công ty tự bù đắp chi phí theo giá thực hiện thầu;

b) Đối với các sản phẩm, dịch vụ công ích không thể thực hiện theo phương thức đấu thầu mà được nhà nước đặt hàng thì công ty được sử dụng phí hoặc doanh thu từ cung cấp sản phẩm, dịch vụ theo đặt hàng của nhà nước để bù đắp chi phí hợp lý phục vụ hoạt động công ích và bảo đảm lợi ích cho người lao động. Trường hợp các khoản thu không đủ để bù đắp chi phí hợp lý thì được ngân sách nhà nước cấp bù phần chênh lệch và bảo đảm lợi ích thoả đáng cho người lao động;

– Xây dựng, áp dụng các định mức chi phí, đơn giá tiền lương trong giá thực hiện thầu, trong dự toán do nhà nước đặt hàng hoặc giao kế hoạch.

★ Riêng đối với công ty nhà nước được thiết kế, đầu tư thành lập và đăng ký kinh doanh để thực hiện mục tiêu chủ yếu, thường xuyên và ổn định là cung cấp sản phẩm, dịch vụ công ích, thì:

a) Được nhà nước đầu tư vốn để hình thành tài sản phục vụ mục tiêu cung cấp sản phẩm, dịch vụ công ích;

b) Khi cần thiết, nhà nước điều chuyển phần vốn hoặc tài sản phục vụ mục tiêu cung cấp sản phẩm, dịch vụ công ích của công ty để thực hiện mục tiêu cung cấp sản phẩm, dịch vụ công ích ở công ty khác;

c) Chỉ được chuyển nhượng, cho thuê, thế chấp tài sản phục vụ mục tiêu cung cấp sản phẩm, dịch vụ công ích thuộc quyền quản lý của công ty khi *được người quyết định thành lập công ty cho phép*. Việc thế chấp giá trị quyền sử dụng đất, tài sản của công ty gắn liền với quyền sử dụng đất phục vụ mục tiêu cung cấp sản phẩm, dịch vụ công ích được thực hiện theo quy định của pháp luật về đất đai;

d) Sử dụng các nguồn lực được giao để tổ chức hoạt động kinh doanh bổ sung khi được sự đồng ý của người quyết định thành lập công

ty nhưng không ảnh hưởng tới việc thực hiện mục tiêu chính cung cấp sản phẩm, dịch vụ công ích của công ty.

## **2.4. Tổ chức quản lý công ty nhà nước**

Căn cứ vào đặc điểm, quy mô hoạt động của công ty nhà nước, người quyết định thành lập công ty sẽ quyết định cơ cấu tổ chức bộ máy quản lý của công ty theo một trong hai mô hình: có hoặc không có hội đồng quản trị, cụ thể như sau:

*Thứ nhất, mô hình quản lý không có hội đồng quản trị*, áp dụng đối với công ty thành viên hạch toán độc lập thuộc tổng công ty nhà nước và công ty nhà nước độc lập có quy mô nhỏ. Cơ cấu bộ máy quản lý gồm có:

- Giám đốc;
- Các phó giám đốc;
- Kế toán trưởng và bộ máy giúp việc.

*Giám đốc* là người điều hành công ty, đại diện theo pháp luật của công ty và chịu trách nhiệm trước người bổ nhiệm, người ký hợp đồng thuê và trước pháp luật về việc thực hiện các quyền, nhiệm vụ được giao.

*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 và uỷ quyền. Phó giám đốc và kế toán trưởng do người quyết định thành lập công ty quyết định bổ nhiệm, miễn nhiệm hoặc ký hợp đồng, chấm dứt hợp đồng trên cơ sở đề nghị của giám đốc.

*Kế toán trưởng* 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 cho giám đốc, các phó giám đốc trong quản lý, điều hành công việc.*

Người được tuyển chọn làm giám đốc phải đáp ứng các tiêu chuẩn: thường trú tại Việt nam; có trình độ đại học; có chuyên môn thuộc lĩnh vực kinh doanh chính của công ty; có ít nhất ba năm kinh nghiệm tham gia quản lý, điều hành doanh nghiệp thuộc ngành, nghề kinh doanh chính của công ty; đảm bảo tiêu chuẩn về năng lực quản lý, phẩm chất đạo đức cá nhân; đồng thời không thuộc các trường hợp sau:

a) Đã làm giám đốc công ty nhà nước nhưng vi phạm kỷ luật đến mức bị cách chức, miễn nhiệm hoặc để công ty lâm vào tình trạng thua lỗ hai năm liên tiếp hoặc không đạt chỉ tiêu tỷ suất lợi nhuận trên vốn nhà nước đầu tư hai năm liên tiếp hoặc ở trong tình trạng lỗ lãi đan xen nhau nhưng không khắc phục được, trừ các trường hợp lỗ hoặc giảm tỷ suất lợi nhuận trên vốn nhà nước đầu tư được cấp có thẩm quyền phê duyệt; lỗ hoặc giảm tỷ suất lợi nhuận trên vốn nhà nước đầu tư có lý do khách quan được giải trình và đã được cơ quan có thẩm quyền chấp nhận; đầu tư mới mở rộng sản xuất, đổi mới công nghệ;

b) Là đối tượng bị cấm đảm nhiệm chức vụ quản lý, điều hành doanh nghiệp theo quy định của pháp luật.

Người quyết định thành lập công ty quyết định việc tuyển chọn để bổ nhiệm, miễn nhiệm hoặc ký hợp đồng, chấm dứt hợp đồng với giám đốc công ty nhà nước. Giám đốc được bổ nhiệm hoặc ký hợp đồng theo thời hạn không quá năm năm và có thể được bổ nhiệm lại hoặc ký tiếp hợp đồng. Giám đốc có thể bị miễn nhiệm, chấm dứt hợp đồng trước thời hạn trong một số trường hợp luật định như : để công ty lỗ hai năm liên tiếp hoặc không đạt chỉ tiêu tỷ suất lợi nhuận trên vốn nhà nước đầu tư hai năm liên tiếp hoặc ở trong tình trạng lỗ lãi đan

xen nhau nhưng không khắc phục được, trừ các trường hợp có lý do chính đáng được luật quy định; công ty lâm vào tình trạng phá sản nhưng không nộp đơn yêu cầu phá sản; bị tòa án kết án; bị mất năng lực hành vi dân sự hoặc bị hạn chế năng lực hành vi dân sự, ...

Giám đốc có các nhiệm vụ, quyền hạn sau đây:

- Nhận và sử dụng có hiệu quả vốn do nhà nước đầu tư và các tài sản, đất đai, tài nguyên, các nguồn lực khác do nhà nước giao, cho vay, cho thuê;

- Điều hành hoạt động của công ty; tổ chức thực hiện chiến lược phát triển, kế hoạch kinh doanh, các dự án đầu tư, các quyết định của chủ sở hữu; đại diện công ty ký kết và chỉ đạo thực hiện các hợp đồng kinh tế, dân sự;

- Quyết định các dự án đầu tư, các hợp đồng bán tài sản có giá trị đến 30% tổng giá trị tài sản còn lại trên sổ kế toán của công ty hoặc tỷ lệ nhỏ hơn quy định tại điều lệ công ty; các hợp đồng vay, cho vay, thuê, cho thuê và hợp đồng kinh tế khác do điều lệ công ty quy định nhưng không vượt quá mức vốn điều lệ của công ty;

- Trình người quyết định thành lập công ty việc tuyển chọn để bổ nhiệm, miễn nhiệm hoặc ký hợp đồng, chấm dứt hợp đồng, khen thưởng, kỷ luật phó giám đốc, kế toán trưởng;

- Quyết định tuyển chọn, ký hợp đồng, chấm dứt hợp đồng hoặc bổ nhiệm, miễn nhiệm, khen thưởng, kỷ luật trưởng phòng, phó trưởng phòng và các chức danh tương đương trong công ty, người đại diện phần vốn góp của công ty ở các doanh nghiệp khác; quyết định lương và phụ cấp đối với người lao động trong công ty, kể cả cán bộ thuộc thẩm quyền bổ nhiệm của mình;

- Được hưởng chế độ lương theo năm;

- Thực hiện các nhiệm vụ và quyền hạn khác do pháp luật và điều lệ công ty quy định .

Ngoài ra, trong hoạt động điều hành kinh doanh giám đốc phải chấp hành các nghĩa vụ như:

- Không lợi dụng chức vụ, quyền hạn, sử dụng vốn và tài sản của công ty để thu lợi riêng cho bản thân và người khác; không tiết lộ bí mật của công ty trong thời gian đang thực hiện trách nhiệm giám đốc và trong thời hạn ba năm hoặc thời hạn khác do điều lệ công ty quy định sau khi thôi làm giám đốc.

- Trường hợp vi phạm điều lệ công ty, quyết định vượt thẩm quyền, lợi dụng chức vụ, quyền hạn, gây thiệt hại cho công ty và nhà nước thì phải bồi thường thiệt hại theo quy định của pháp luật và điều lệ công ty.

- Không được thưởng, không được nâng lương và bị xử lý kỷ luật nếu vi phạm (nhưng chưa đến mức bị truy cứu trách nhiệm hình sự) một trong các trường hợp:

- Để công ty nhà nước lỗ

- Để mất vốn nhà nước

- Quyết định dự án đầu tư không hiệu quả, không thu hồi được vốn đầu tư

- Không bảo đảm tiền lương và các chế độ khác cho người lao động ở công ty theo quy định của pháp luật về lao động

- Để xảy ra các sai phạm về quản lý vốn, tài sản, về chế độ kế toán, kiểm toán và các chế độ khác do nhà nước quy định.

- Trường hợp để công ty bị lỗ thì tùy theo mức độ vi phạm và hậu quả, sẽ bị hạ lương và bồi thường thiệt hại theo quy định của pháp luật.

- Khi công ty không thanh toán đủ các khoản nợ đến hạn phải trả và không thực hiện được các nghĩa vụ tài sản khác đến hạn phải trả, thì giám đốc phải:

○ Báo cáo người quyết định thành lập công ty và đề xuất phương án thanh toán nợ;

○ Không được tăng lương và không được trích lợi nhuận trả tiền thưởng cho người lao động và cán bộ quản lý;

○ Phải chịu trách nhiệm cá nhân về thiệt hại xảy ra đối với chủ nợ do không thực hiện những nghĩa vụ nêu trên;

○ Kiến nghị biện pháp khắc phục khó khăn về tài chính của công ty.

– Khi công ty lâm vào tình trạng phá sản nhưng giám đốc không nộp đơn yêu cầu phá sản thì phải chịu trách nhiệm theo quy định của pháp luật.

– Công ty thuộc diện tổ chức lại, giải thể hoặc chuyển đổi sở hữu mà không tiến hành các thủ tục tổ chức lại, giải thể hoặc chuyển đổi sở hữu thì giám đốc công ty bị miễn nhiệm, chấm dứt hợp đồng trước thời hạn.

– Không được đề nghị hoặc để vợ (hoặc chồng), bố, mẹ, con, anh, chị, em ruột của mình giữ chức danh kế toán trưởng, thủ quỹ tại cùng công ty.

– Hợp đồng kinh tế, lao động, dân sự của công ty ký kết với giám đốc công ty, với vợ hoặc chồng, bố, mẹ, con, anh, chị, em ruột của giám đốc phải được thông báo cho người bổ nhiệm, người ký hợp đồng thuê giám đốc biết; trường hợp người bổ nhiệm, người ký hợp đồng thuê giám đốc phát hiện hợp đồng có mục đích tư lợi mà hợp đồng chưa được ký kết thì có quyền yêu cầu giám đốc không được ký kết hợp đồng đó; nếu hợp đồng đã được ký kết thì bị coi là vô hiệu. Giám đốc phải bồi thường thiệt hại cho công ty và bị xử lý theo quy định của pháp luật.

**Thứ hai, mô hình quản lý có hội đồng quản trị**, áp dụng đối với tổng công ty nhà nước, công ty nhà nước độc lập có quy mô vốn lớn giữ quyền chi phối doanh nghiệp khác. Cơ cấu bộ máy quản lý gồm có:

- Hội đồng quản trị,
- Ban kiểm soát,
- Giám đốc
- Các phó giám đốc, kế toán trưởng và bộ máy giúp việc.

### ***Hội đồng quản trị***

Hội đồng quản trị là cơ quan đại diện trực tiếp chủ sở hữu nhà nước tại tổng công ty nhà nước, công ty nhà nước độc lập có hội đồng quản trị (*gọi chung là công ty*), có quyền nhân danh công ty để quyết định mọi vấn đề liên quan đến việc xác định và thực hiện 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. Là cơ quan quản lý công ty, trong phạm vi thẩm quyền của mình hội đồng quản trị có trách nhiệm tổ chức thực hiện, kiểm tra, giám sát các hoạt động tài chính của công ty (Khoản 1 điều 31 NB199). Hội đồng quản trị chịu trách nhiệm trước người quyết định thành lập công ty, người bổ nhiệm và trước pháp luật về mọi hoạt động của công ty.

Hội đồng quản trị gồm chủ tịch hội đồng quản trị và các thành viên hội đồng quản trị. Hội đồng quản trị có thành viên chuyên trách và có thể có thành viên không chuyên trách. Chủ tịch hội đồng quản trị phải là thành viên chuyên trách. Chủ tịch hội đồng quản trị không kiêm nhiệm chức vụ tổng giám đốc công ty, nhưng một thành viên khác của hội đồng quản trị có thể kiêm chức vụ này. Số lượng thành viên hội đồng quản trị do người quyết định thành lập công ty quy định, nhưng tối đa không vượt quá 7 người.

Chủ tịch hội đồng quản trị và các thành viên hội đồng quản trị do người quyết định thành lập công ty quyết định bổ nhiệm, miễn nhiệm hoặc thay thế, khen thưởng, kỷ luật. Nhiệm kỳ của thành viên hội đồng quản trị không quá năm năm. Thành viên hội đồng quản trị

có thể được bổ nhiệm lại. Các thành viên hội đồng quản trị phải cùng chịu trách nhiệm trước người ra quyết định bổ nhiệm và trước pháp luật về các quyết định của hội đồng quản trị, kết quả và hiệu quả hoạt động của công ty.

Thành viên hội đồng quản trị phải là công dân Việt Nam, thường trú tại Việt Nam; có trình độ đại học, năng lực quản lý và kinh doanh (chủ tịch hội đồng quản trị phải có kinh nghiệm ít nhất ba năm quản lý, điều hành doanh nghiệp thuộc ngành, nghề kinh doanh chính của công ty); có sức khỏe, phẩm chất đạo đức tốt, trung thực, liêm khiết, hiểu biết và có ý thức chấp hành pháp luật; không thuộc đối tượng bị cấm đảm nhiệm chức vụ quản lý, điều hành doanh nghiệp theo quy định của pháp luật.

Hội đồng quản trị làm việc theo chế độ tập thể; họp ít nhất một lần trong một quý để xem xét và quyết định những vấn đề thuộc nhiệm vụ, quyền hạn của mình; đối với những vấn đề không yêu cầu thảo luận thì hội đồng quản trị có thể lấy ý kiến các thành viên bằng văn bản. Hội đồng quản trị có thể họp bất thường để giải quyết những vấn đề cấp bách của công ty do chủ tịch hội đồng quản trị, tổng giám đốc hoặc trên 50% tổng số thành viên hội đồng quản trị đề nghị.

Các cuộc họp hoặc lấy ý kiến các thành viên của hội đồng quản trị hợp lệ khi có ít nhất hai phần ba 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. Thành viên hội đồng quản trị có quyền bảo lưu ý kiến của mình. Khi bàn về nội dung công việc của công ty có liên quan đến các vấn đề quan trọng của địa phương nào thì hội đồng quản trị phải mời đại diện của cấp chính quyền địa phương có liên quan đó dự họp; trường hợp có liên quan tới quyền lợi và nghĩa vụ của người lao động trong công ty phải mời đại diện công đoàn công

ty dự họp. Đại diện các cơ quan, tổ chức được mời dự họp có quyền phát biểu ý kiến nhưng không tham gia biểu quyết.

Chi phí hoạt động của hội đồng quản trị, kể cả tiền lương, phụ cấp và thù lao, được tính vào chi phí quản lý doanh nghiệp của công ty.

Hội đồng quản trị có các nhiệm vụ, quyền hạn cơ bản như sau:

1. Nhận, quản lý và sử dụng có hiệu quả vốn, đất đai, tài nguyên và các nguồn lực khác do chủ sở hữu nhà nước đầu tư cho công ty.

2. Quyết định các vấn đề sau đây:

✓ Chiến lược, kế hoạch dài hạn, kế hoạch kinh doanh hàng năm, ngành, nghề kinh doanh của công ty và của doanh nghiệp do công ty sở hữu toàn bộ vốn điều lệ;

✓ Quyết định hoặc phân cấp cho tổng giám đốc quyết định các dự án đầu tư, góp vốn, mua cổ phần của các công ty khác, bán tài sản của công ty có giá trị đến 50% tổng giá trị tài sản còn lại trên sổ kế toán của công ty hoặc tỷ lệ khác nhỏ hơn được quy định tại điều lệ công ty; các hợp đồng vay, cho vay, thuê, cho thuê và hợp đồng kinh tế khác vượt quá mức vốn điều lệ của công ty;

✓ Phương án tổ chức quản lý, tổ chức kinh doanh, biên chế và sử dụng bộ máy quản lý, quy chế quản lý công ty, quy hoạch, đào tạo lao động; quyết định lập chi nhánh, văn phòng đại diện của công ty; phê duyệt điều lệ của công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước một thành viên do công ty là chủ sở hữu;

✓ Tuyển chọn, ký hợp đồng hoặc bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức và quyết định mức lương đối với tổng giám đốc sau khi được sự chấp thuận của người quyết định thành lập công ty; tuyển chọn, ký hợp đồng hoặc bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức và quyết định mức lương đối với phó tổng giám đốc và kế toán trưởng theo đề nghị của tổng giám đốc; thông qua việc bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức và quyết định mức lương đối với giám đốc và kế toán trưởng các công ty thành

viên và các đơn vị sự nghiệp do công ty sở hữu toàn bộ vốn điều lệ để tổng giám đốc quyết định; tuyển chọn, bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức và quyết định mức lương đối với chủ tịch hội đồng quản trị, thành viên hội đồng quản trị công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước một thành viên do công ty nắm giữ toàn bộ vốn điều lệ; quyết định cử người đại diện phần vốn góp của công ty ở doanh nghiệp khác;

- ✓ Thực hiện quyền hạn, nghĩa vụ của chủ sở hữu các công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần mà công ty là chủ sở hữu hoặc cùng với công ty khác là đồng chủ sở hữu; quyết định tiếp nhận doanh nghiệp tự nguyện tham gia công ty thành viên của tổng công ty;

- ✓ Đầu tư và điều chỉnh vốn và các nguồn lực khác do công ty đầu tư giữa các đơn vị thành viên và công ty do mình sở hữu toàn bộ vốn điều lệ theo điều lệ của công ty đó;

- ✓ Quyết định hoặc phân cấp cho tổng giám đốc quyết định phương án huy động vốn để hoạt động kinh doanh nhưng không làm thay đổi hình thức sở hữu;

- ✓ Thông qua báo cáo tài chính hàng năm của công ty; phương án sử dụng lợi nhuận sau thuế hoặc xử lý các khoản lỗ trong quá trình kinh doanh do tổng giám đốc đề nghị; thông qua báo cáo tài chính hàng năm của công ty thành viên hạch toán độc lập thuộc tổng công ty;

- ✓ Kiểm tra, giám sát tổng giám đốc, giám đốc đơn vị thành viên trong việc thực hiện các chức năng, nhiệm vụ theo quy định của pháp luật;

- ✓ Quyết định sử dụng vốn của công ty để đầu tư thành lập đơn vị thành viên do công ty sở hữu toàn bộ vốn điều lệ nhưng không vượt quá mức vốn đầu tư thuộc thẩm quyền quyết định của hội đồng quản trị (có giá trị đến 50% tổng giá trị tài sản còn lại trên sổ kế toán của công ty hoặc tỷ lệ khác nhỏ hơn được quy định tại điều lệ công ty); quyết định giải thể, chuyển đổi sở hữu đối với các đơn vị này.

### 3. Kiến nghị người quyết định thành lập công ty:



- ✓ Phê duyệt điều lệ và sửa đổi điều lệ công ty;
- ✓ Quyết định dự án đầu tư vượt quá mức phân cấp cho hội đồng quản trị và phương án huy động vốn dẫn đến thay đổi sở hữu công ty;
- ✓ Bổ sung, thay thế, miễn nhiệm, khen thưởng, kỷ luật các thành viên hội đồng quản trị công ty;
- ✓ Quyết định các dự án đầu tư, góp vốn, mua cổ phần của các công ty khác, bán tài sản của công ty có giá trị trên 50% tổng giá trị tài sản còn lại trên sổ kế toán của công ty hoặc tỷ lệ khác nhỏ hơn được quy định tại điều lệ công ty;
- ✓ Quyết định sử dụng vốn của công ty để đầu tư thành lập đơn vị thành viên do công ty sở hữu toàn bộ vốn điều lệ vượt quá mức vốn đầu tư thuộc thẩm quyền quyết định của hội đồng quản trị; kiến nghị người thành lập công ty quyết định việc giải thể, chuyển đổi sở hữu đối với các đơn vị này.

4. Yêu cầu tổng giám đốc nộp đơn yêu cầu phá sản khi công ty lâm vào tình trạng phá sản.

5. Các quyền và nhiệm vụ khác theo quy định của pháp luật và điều lệ công ty.

### **Tổng giám đốc, các phó tổng giám đốc, kế toán trưởng và bộ máy giúp việc**

*Tổng giám đốc* là người đại diện theo pháp luật, điều hành hoạt động hàng ngày của công ty theo mục tiêu, kế hoạch, phù hợp với Điều lệ công ty và các nghị quyết, quyết định của hội đồng quản trị; chịu trách nhiệm trước hội đồng quản trị và trước pháp luật về việc thực hiện các quyền và nhiệm vụ được giao. Tổng giám đốc do hội đồng quản trị tuyển chọn, bổ nhiệm, miễn nhiệm hoặc ký hợp đồng, chấm dứt hợp đồng sau khi được người quyết định thành lập công ty chấp thuận. Tổng giám đốc chịu trách nhiệm trước hội đồng quản trị và trước pháp luật về công việc điều hành hoạt động kinh doanh tại

công ty, về thực hiện các quyền và nhiệm vụ được giao; có thể bị miễn nhiệm, chấm dứt hợp đồng trước thời hạn hoặc được thay thế theo quy định của pháp luật.

Theo Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003, quyền hạn và trách nhiệm của tổng giám đốc được quy định cụ thể như sau:

1. Xây dựng kế hoạch hàng năm của công ty, phương án huy động vốn, dự án đầu tư, phương án liên doanh, đề án tổ chức quản lý, quy chế quản lý nội bộ của công ty, quy hoạch đào tạo lao động, phương án phối hợp kinh doanh giữa các công ty thành viên (nếu có) hoặc với các công ty khác trình hội đồng quản trị, chủ tịch hội đồng quản trị;

2. Xây dựng các định mức kinh tế - kỹ thuật, tiêu chuẩn sản phẩm, đơn giá tiền lương phù hợp với các quy định của nhà nước trình Hội đồng quản trị phê duyệt; kiểm tra các đơn vị thuộc công ty thực hiện các định mức, tiêu chuẩn, đơn giá quy định trong nội bộ công ty;

3. Đề nghị hội đồng quản trị bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức, ký hợp đồng, chấm dứt hợp đồng, khen thưởng, kỷ luật, quyết định mức lương của phó tổng giám đốc, kế toán trưởng công ty; quyết định cử người đại diện phần vốn góp của công ty ở doanh nghiệp khác;

4. Quyết định các dự án đầu tư, hợp đồng mua, bán tài sản, các hợp đồng vay, cho vay, thuê, cho thuê và hợp đồng kinh tế khác, giá mua, giá bán sản phẩm và dịch vụ của công ty theo phân cấp, uỷ quyền của hội đồng quản trị và theo điều lệ công ty;

5. Ký kết các hợp đồng dân sự, kinh tế theo sự phân cấp của hội đồng quản trị và theo quy định của pháp luật;

6. Quyết định tuyển chọn, ký hợp đồng, chấm dứt hợp đồng hoặc bổ nhiệm, miễn nhiệm, khen thưởng, kỷ luật, quyết định mức lương và phụ cấp đối với các chức danh sau đây:

a) Giám đốc và kế toán trưởng công ty thành viên hạch toán độc lập, đơn vị sự nghiệp của tổng công ty sau khi có sự phê duyệt của hội đồng quản trị;

b) Trưởng phòng (ban), phó trưởng phòng (ban) tổng công ty;

c) Phó giám đốc công ty thành viên và đơn vị sự nghiệp của tổng công ty theo đề nghị của giám đốc công ty thành viên và đơn vị sự nghiệp;

d) Các chức danh quản lý khác trong công ty theo phân cấp của hội đồng quản trị.

7. Tổ chức thực hiện kế hoạch kinh doanh, kế hoạch đầu tư; quyết định các giải pháp phát triển thị trường, tiếp thị và công nghệ; điều hành hoạt động của công ty nhằm thực hiện các nghị quyết và quyết định của hội đồng quản trị;

8. Báo cáo trước hội đồng quản trị về kết quả hoạt động kinh doanh của công ty; thực hiện việc công bố công khai các báo cáo tài chính theo quy định của chính phủ;

9. Chịu sự kiểm tra, giám sát của hội đồng quản trị, ban kiểm soát, các cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền đối với việc thực hiện các chức năng, nhiệm vụ theo quy định của pháp luật;

10. Được áp dụng các biện pháp cần thiết trong trường hợp khẩn cấp và phải báo cáo ngay với hội đồng quản trị và các cơ quan nhà nước có thẩm quyền;

11. Được hưởng chế độ lương theo năm. Mức tiền lương và tiền thưởng tương ứng với hiệu quả kinh doanh của công ty do hội đồng quản trị quyết định hoặc theo hợp đồng đã ký;

12. Các quyền và nhiệm vụ khác theo quy định của pháp luật, điều lệ công ty và theo quyết định của hội đồng quản trị.

*Phó tổng giám đốc* giúp tổng giám đốc điều hành công ty theo phân công và uỷ quyền của tổng giám đốc; chịu trách nhiệm trước tổng giám đốc và trước pháp luật về nhiệm vụ được phân công hoặc uỷ quyền.

*Kế toán trưởng* có nhiệm vụ tổ chức thực hiện công tác kế toán của công ty; giúp tổng giám đốc giám sát tài chính tại công ty theo pháp luật về tài chính, kế toán; chịu trách nhiệm trước tổng giám đốc và trước pháp luật về nhiệm vụ được phân công hoặc uỷ quyền.

Phó tổng giám đốc, kế toán trưởng do hội đồng quản trị tuyển chọn, bổ nhiệm, miễn nhiệm hoặc ký hợp đồng (với thời hạn tối đa là năm năm và có thể được bổ nhiệm lại, hoặc ký tiếp hợp đồng), chấm dứt hợp đồng theo đề nghị của tổng giám đốc.

*Văn phòng và các phòng, ban chuyên môn, nghiệp vụ* có chức năng tham mưu, giúp việc hội đồng quản trị, tổng giám đốc trong quản lý, điều hành công việc.

Vợ hoặc chồng, bố, mẹ, con, anh, chị, em ruột của chủ tịch hội đồng quản trị, thành viên hội đồng quản trị, tổng giám đốc công ty không được giữ chức danh kế toán trưởng, thủ quỹ tại cùng công ty. Hợp đồng kinh tế, lao động, dân sự của công ty ký kết với thành viên Hội đồng quản trị, Tổng giám đốc, với vợ hoặc chồng, bố, mẹ, con, anh, chị, em ruột của thành viên hội đồng quản trị, tổng giám đốc phải được thông báo cho người bổ nhiệm thành viên hội đồng quản trị, tổng giám đốc, người ký hợp đồng thuê tổng giám đốc biết; trường hợp người bổ nhiệm thành viên hội đồng quản trị, tổng giám đốc, người ký hợp đồng thuê tổng giám đốc phát hiện hợp đồng có mục đích tư lợi mà hợp đồng chưa được ký kết thì có quyền yêu cầu thành viên hội đồng quản trị, tổng giám đốc không được ký kết hợp đồng đó; nếu hợp đồng đã được ký kết thì bị coi là vô hiệu, thành viên hội đồng quản trị, tổng giám đốc phải bồi thường thiệt hại cho công ty và bị xử lý theo quy định của pháp luật.

★ *Quan hệ giữa hội đồng quản trị và tổng giám đốc trong quản lý, điều hành công ty*

✓ Khi tổ chức thực hiện các nghị quyết, quyết định của hội đồng quản trị, nếu phát hiện vấn đề không có lợi cho công ty thì tổng giám đốc báo cáo với hội đồng quản trị để xem xét điều chỉnh lại nghị quyết, quyết định. Hội đồng quản trị phải xem xét đề nghị của tổng giám đốc. Trường hợp hội đồng quản trị không điều chỉnh lại nghị quyết, quyết định thì tổng giám đốc vẫn phải thực hiện nhưng có quyền bảo lưu ý kiến và kiến nghị lên người ký quyết định thành lập công ty.

✓ Trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày kết thúc tháng, quý và năm, tổng giám đốc phải gửi báo cáo bằng văn bản về tình hình hoạt động kinh doanh và phương hướng thực hiện trong kỳ tới của công ty cho hội đồng quản trị.

✓ Chủ tịch hội đồng quản trị tham dự hoặc cử đại diện của hội đồng quản trị tham dự các cuộc họp giao ban, các cuộc họp chuẩn bị các đề án trình hội đồng quản trị do tổng giám đốc chủ trì. Chủ tịch hội đồng quản trị hoặc người đại diện hội đồng quản trị dự họp có quyền phát biểu đóng góp ý kiến nhưng không có quyền kết luận cuộc họp. *Tổng giám đốc không là thành viên hội đồng quản trị được mời tham dự cuộc họp của hội đồng quản trị, được quyền phát biểu nhưng không có quyền biểu quyết.*

✓ Việc phân cấp, ủy quyền của hội đồng quản trị, chủ tịch hội đồng quản trị cho tổng giám đốc phải được ghi vào điều lệ công ty.

### ***Ban kiểm soát***

Ban kiểm soát 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. Chi phí hoạt động, kể cả tiền lương và điều kiện làm việc của ban kiểm soát do công ty bảo đảm.

Cơ cấu ban kiểm soát gồm có trưởng ban là thành viên hội đồng quản trị (hoạt động chuyên trách) và một số thành viên khác do hội đồng quản trị quyết định. Tổ chức công đoàn trong công ty cử một đại diện đủ tiêu chuẩn và điều kiện luật định tham gia ban kiểm soát.

Thành viên ban kiểm soát phải thường trú tại Việt Nam; có sức khỏe, phẩm chất đạo đức tốt, trung thực, liêm khiết, có ý thức chấp hành pháp luật; có trình độ về nghiệp vụ kinh tế, tài chính - kế toán, kiểm toán hoặc chuyên môn, nghiệp vụ. Thành viên ban kiểm soát làm việc theo chế độ chuyên trách không đồng thời đảm nhiệm các chức vụ lãnh đạo trong bộ máy nhà nước. Trưởng ban kiểm soát phải là thành viên chuyên trách.

Vợ hoặc chồng, bố, mẹ, con, anh, chị, em ruột của thành viên ban kiểm soát không được giữ chức danh thành viên hội đồng quản trị, tổng giám đốc, kế toán trưởng, thủ quỹ tại cùng công ty.

### **3. TỔNG CÔNG TY THEO MÔ HÌNH CÔNG TY MẸ - CÔNG TY CON**

Tổng công ty theo mô hình công ty mẹ - công ty con (còn được gọi là *"Tổng công ty do các công ty tự đầu tư và thành lập"*) là một tổ hợp các công ty, gồm có một công ty mẹ và một hoặc nhiều công ty con, có mối quan hệ gắn bó lâu dài với nhau về lợi ích kinh tế, công nghệ, thị trường và các dịch vụ kinh doanh khác. Loại tổng công ty nhà nước này được hình thành theo Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003 và tiếp tục được chế định bởi Luật Doanh nghiệp 2005 (từ ngày 01/07/2006) với tên gọi mới là NHÓM CÔNG TY theo mô hình công ty mẹ - công ty con. Ngoài công ty mẹ - công ty con, nhóm công ty còn có thể tồn tại dưới hình thức tập đoàn kinh tế hoặc các hình thức khác.

Khác với tổng công ty do nhà nước quyết định đầu tư và thành lập và tổng công ty đầu tư và kinh doanh vốn nhà nước, tổng công ty theo mô hình công ty mẹ – công ty con không phải là doanh nghiệp và không có tư cách pháp nhân. Đó chỉ là hình thức liên kết và chi phối lẫn nhau thông qua góp vốn, công nghệ, thương hiệu, thị trường... giữa các doanh nghiệp có tư cách pháp nhân, trong đó có một công ty mẹ (là doanh nghiệp nhà nước) giữ quyền chi phối các doanh nghiệp thành viên khác là các công ty con.

Nói cách khác, tổng công ty theo mô hình công ty mẹ - công ty con là một tập hợp các công ty có mối liên kết với nhau về lợi ích kinh tế, hoạt động xoay quanh trục trung tâm là một doanh nghiệp nhà nước quy mô lớn (có thể là công ty nhà nước, công ty cổ phần hoặc công ty trách nhiệm hữu hạn) nắm quyền kiểm soát, điều phối hoạt động của toàn hệ thống.

### **3.1. Sự hình thành tổng công ty theo mô hình công ty mẹ - công ty con**

Xét từ góc độ tổ chức hoạt động kinh doanh, tổ hợp công ty mẹ – công ty con có thể được hình thành từ nhu cầu mở rộng quy mô và hợp tác, liên kết giữa các doanh nghiệp (không phân biệt thành phần kinh tế) phù hợp với chiến lược phát triển của mỗi doanh nghiệp thành viên. Có thể thông qua con đường mua cổ phần hoặc góp vốn lẫn nhau giữa các công ty; hoặc một công ty nào đó thực hiện việc mở rộng quy mô kinh doanh bằng cách tự đầu tư toàn bộ vốn thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên; hoặc bằng cách sáp nhập, hợp nhất các công ty...; kết quả là công ty nào chiếm ưu thế về vốn đầu tư, bí quyết công nghệ, thương hiệu hoặc thị trường sẽ trở thành công ty mẹ và chi phối chiến lược phát triển của các công ty còn lại. Trường hợp công ty mẹ là doanh nghiệp nhà nước thì nhóm công ty đó được gọi là tổng công ty theo mô hình công ty mẹ - công ty con.

Xét từ góc độ sắp xếp, tổ chức lại các doanh nghiệp nhà nước, hiện nay có hai con đường cơ bản hình thành tổng công ty theo mô hình công ty mẹ – công ty con:

★ *Thứ nhất*, một công ty nhà nước có tiềm lực mạnh về tài chính, kinh doanh có hiệu quả cao, có uy tín thương hiệu mạnh, thực hiện chiến lược phát triển bằng cách liên kết với các doanh nghiệp thuộc các thành phần kinh tế khác thông qua đầu tư, mua cổ phần, góp vốn (đủ để chi phối) vào các doanh nghiệp đang kinh doanh có hiệu quả cao.

★ *Thứ hai*, với vai trò chủ sở hữu doanh nghiệp, nhà nước chủ động tiến hành sắp xếp, tổ chức lại và chuyển đổi các công ty nhà nước có đủ điều kiện sang hoạt động theo mô hình công ty mẹ - công ty con. Thủ tục pháp lý để chuyển đổi căn cứ Nghị định 153/2004/NĐ-CP của Chính phủ ngày 09/08/2004 (*gọi tắt là Nghị định 153*).

### **3.2. Cơ cấu của tổng công ty theo mô hình công ty mẹ - công ty con**

Cấu trúc của tổng công ty theo mô hình công ty mẹ - công ty con gồm có: một công ty mẹ, hai hoặc nhiều công ty con. Trong tổ hợp không có thành viên là đơn vị sự nghiệp, hay đơn vị hạch toán phụ thuộc như cấu trúc của tổng công ty do nhà nước đầu tư và thành lập.

*Công ty mẹ* là công ty có mối liên hệ với công ty con theo một trong các trường hợp sau đây:

a. Sở hữu trên 50% vốn điều lệ hoặc tổng số cổ phần phổ thông đã phát hành của công ty con;

b. Có quyền trực tiếp hoặc gián tiếp bổ nhiệm đa số hoặc tất cả thành viên hội đồng quản trị, giám đốc hoặc tổng giám đốc của công ty con;



c. Có quyền quyết định việc sửa đổi, bổ sung điều lệ của công ty con.

Trong tổng công ty nhà nước theo mô hình công ty mẹ - công ty con, công ty mẹ phải là doanh nghiệp nhà nước (nghĩa là nhà nước nắm giữ trên 50% vốn điều lệ). Công ty mẹ có thể vừa trực tiếp sản xuất kinh doanh vừa đầu tư tài chính vào công ty con; hoặc có thể chỉ thực hiện việc đầu tư tài chính vào các công ty con.

Công ty mẹ có tư cách pháp nhân, có tài sản và bộ máy quản lý riêng. Bộ máy quản lý của công ty mẹ (đồng thời là bộ máy của tổng công ty), gồm có: hội đồng quản trị, ban kiểm soát, tổng giám đốc, các phó tổng giám đốc, kế toán trưởng và bộ máy giúp việc. Công ty mẹ được hình thành từ quá trình chuyển đổi có thể sử dụng tên gọi chung của tổng công ty (trừ công ty mẹ được chuyển đổi từ công ty thành viên hạch toán độc lập).

**Công ty con** là công ty chịu sự chi phối bởi công ty mẹ về điều lệ hoạt động, nhân sự chủ chốt, tổ chức bộ máy quản lý và các quyết định quản lý quan trọng khác.

Công ty con là doanh nghiệp có tư cách pháp nhân được tổ chức hoạt động theo Luật Doanh nghiệp hoặc theo luật của quốc gia mà công ty mẹ có góp vốn đầu tư (công ty ở nước ngoài).

Trong cấu trúc của tổng công ty nhà nước theo mô hình công ty mẹ - công ty con, không có công ty con là công ty nhà nước, dù rằng công ty này cũng là một chủ thể pháp lý độc lập như các công ty khác. Đây cũng là dấu hiệu đặc trưng để phân biệt tổng công ty nhà nước theo mô hình công ty mẹ – công ty con với tổng công ty do nhà nước đầu tư vốn và thành lập.

Mặt khác, nếu cơ cấu tổng công ty theo mô hình công ty mẹ – công ty con có loại công ty con là công ty trách nhiệm hữu hạn nhà nước một thành viên, thì phải có thêm loại công ty con có vốn góp chi phối

của công ty mẹ (công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, công ty cổ phần).

### **3.3. Mối quan hệ giữa công ty mẹ với công ty con**

Tuỳ thuộc vào loại hình pháp lý của công ty con, công ty mẹ thực hiện quyền và nghĩa vụ của mình với tư cách là thành viên, chủ sở hữu hoặc cổ đông trong quan hệ với công ty con. Về nguyên tắc, quyền chi phối của công ty mẹ được thực hiện thông qua người đại diện công ty mẹ tại công ty con.

Hợp đồng, giao dịch và quan hệ khác giữa công ty mẹ và công ty con đều phải được thiết lập và thực hiện độc lập, bình đẳng theo điều kiện áp dụng đối với các chủ thể pháp lý độc lập. Trong mối quan hệ với các công ty con, công ty mẹ có trách nhiệm:

- Định hướng chiến lược kinh doanh chung của nhóm công ty mẹ - công ty con;

- Hỗ trợ có hiệu quả cho các công ty con trong lĩnh vực nghiên cứu ứng dụng công nghệ mới, xúc tiến thương mại, đào tạo nguồn nhân lực chất lượng cao, ... nhằm nâng cao năng lực cạnh tranh;

- Điều hòa, phối hợp hoạt động giữa các thành viên trong nhóm để hỗ trợ đầu vào, đầu ra cho các công ty con; bảo đảm tối đa hóa lợi nhuận và hiệu quả hoạt động của toàn hệ thống; hạn chế tình trạng đầu tư, kinh doanh trùng lặp hoặc cạnh tranh nội bộ giữa các công ty con dẫn đến phân tán, lãng phí các nguồn lực;

- Thực hiện quyền chi phối phù hợp với điều lệ của mỗi công ty con, nhưng không được lạm dụng làm tổn hại đến quyền, lợi ích hợp pháp của các công ty con, cổ đông (thành viên góp vốn) khác, chủ nợ và các bên có liên quan.

Nếu công ty mẹ can thiệp ngoài thẩm quyền của chủ sở hữu, thành viên hoặc cổ đông và buộc công ty con phải thực hiện hoạt động kinh doanh trái với thông lệ kinh doanh bình thường hoặc thực hiện

hoạt động không sinh lợi mà không đền bù hợp lý trong năm tài chính có liên quan, gây thiệt hại cho công ty con thì công ty mẹ phải chịu trách nhiệm về thiệt hại đó. Trường hợp công ty mẹ không đền bù cho công ty con thì chủ nợ hoặc thành viên, cổ đông có sở hữu ít nhất 1% vốn điều lệ của công ty con có quyền nhân danh chính mình hoặc nhân danh công ty con đòi công ty mẹ đền bù thiệt hại cho công ty con.

Người quản lý của công ty mẹ chịu trách nhiệm về việc can thiệp buộc công ty con thực hiện hoạt động kinh doanh trái quy định (như đã nêu) thì phải liên đới cùng công ty mẹ chịu trách nhiệm về các thiệt hại đó.

Trường hợp hoạt động kinh doanh trái quy định (như đã nêu) do công ty con thực hiện đem lại lợi ích cho công ty con khác của cùng một công ty mẹ thì công ty con được hưởng lợi đó phải liên đới cùng công ty mẹ hoàn trả khoản lợi được hưởng đó cho công ty con bị thiệt hại.

## **CHƯƠNG**

### **5**

# **PHÁP LUẬT VỀ DOANH NGHIỆP TƯ NHÂN VÀ HỘ KINH DOANH**

## **1. PHÁP LUẬT VỀ DOANH NGHIỆP TƯ NHÂN**

Việc cá nhân đầu tư vốn liếng để tham gia hoạt động kinh doanh không phải là hiện tượng cá biệt trong đời sống xã hội. Tuy nhiên, ở nhà nước ta, việc công nhận hình thức sở hữu tư nhân cũng như hình thành hệ thống pháp luật để điều chỉnh các chủ thể kinh doanh đại diện cho hình thức sở hữu này lại diễn ra khá muộn. Sau Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ VI, đại hội mở đầu cho công cuộc đổi mới kinh tế ở Việt Nam, nhà nước mới từng bước ban hành các văn bản pháp luật quy định về nhiều hình thức doanh nghiệp, trong đó có doanh nghiệp tư nhân. Việc thừa nhận rộng rãi các loại hình kinh tế ngoài quốc doanh và hình thành khung pháp lý về doanh nghiệp ngày càng hoàn thiện hơn đã tạo điều kiện quan trọng cho nền kinh tế Việt Nam có những bước phát triển hết sức tích cực.

Nghị định 27/HĐBT-1988 của Hội đồng bộ trưởng ban hành ngày 09/03/1988 đã cho phép các cá thể kinh doanh đạt mức lợi nhuận cao được mở rộng thêm quy mô kinh doanh trở thành doanh nghiệp tư nhân hoặc kết hợp với nhau hình thành những đơn vị lớn hơn gọi là công ty tư doanh. Luật Doanh nghiệp tư nhân ra đời lần đầu tiên vào ngày 21/12/1990 ghi nhận tại Điều 1 việc nhà nước công nhận sự tồn tại lâu dài và sự phát triển của doanh nghiệp tư nhân, thừa nhận sự bình đẳng trước pháp luật với các loại hình doanh nghiệp khác. Hiến pháp 1992 của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam tại Điều 19 và 22 cũng đã ghi nhận: “Nhà nước phát triển kinh tế hành hóa nhiều thành phần với các hình thức tổ chức sản xuất kinh doanh đa dạng, dựa trên chế độ sở hữu toàn dân, sở hữu tập thể và sở

hữu tư nhân”; “Các cơ sở sản xuất kinh doanh thuộc mọi thành phần kinh tế đều bình đẳng trước pháp luật”.

Ngoài ý nghĩa lịch sử mang tính đột phá vào thời điểm ra đời thì những quy định của Luật Doanh nghiệp tư nhân 1990 còn khá sơ sài và đã nhanh chóng trở nên lạc hậu so với yêu cầu phát triển kinh tế xã hội. Sự ra đời của Luật Doanh nghiệp 1999 và gần đây nhất là Luật Doanh nghiệp 2005 chính là những bước pháp điển hoá quan trọng nhằm hoàn thiện hệ thống pháp luật về doanh nghiệp nói chung và pháp luật về doanh nghiệp tư nhân nói riêng ở nhà nước ta. Các văn bản pháp luật về doanh nghiệp đã không ngừng bổ sung và cơ cấu lại các quy định về doanh nghiệp tư nhân ở nhiều phương diện, từ cơ cấu tổ chức, trình tự thành lập, các quyền và nghĩa vụ của chủ doanh nghiệp. Sự ra đời của các văn bản pháp luật này đã đặt cơ sở cho một định hướng phát triển đồng bộ, thống nhất giữa hình thức doanh nghiệp tư nhân với các loại hình doanh nghiệp khác.

## **1.1 Khái niệm doanh nghiệp tư nhân**

Theo Điều 141 Luật Doanh nghiệp 2005 thì *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; doanh nghiệp tư nhân không được phát hành bất kỳ một loại chứng khoán nào và mỗi cá nhân chỉ được thành lập một doanh nghiệp tư nhân*. Như vậy, định nghĩa về doanh nghiệp tư nhân xác định loại hình này đã thỏa những dấu hiệu rất cơ bản của doanh nghiệp như “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”, bên cạnh đó còn nêu lên những dấu hiệu rất riêng để phân biệt giữa doanh nghiệp tư nhân với các loại hình doanh nghiệp khác.

## **1.2 Đặc điểm pháp lý của doanh nghiệp tư nhân**

*Doanh nghiệp tư nhân là doanh nghiệp một chủ*

Doanh nghiệp tư nhân là loại hình doanh nghiệp do một cá nhân là chủ sở hữu. Tính chất một chủ này thể hiện ở tất cả các phương diện như đầu tư vốn, tổ chức quản lý, hưởng lợi cũng như chịu trách nhiệm.

### *Doanh nghiệp tư nhân không có tư cách pháp nhân*

Tuy là một tổ chức kinh tế nhưng doanh nghiệp tư nhân lại không có sự độc lập về tài sản, một trong những điều kiện cơ bản để được công nhận là pháp nhân. Khi hình thành doanh nghiệp, chủ doanh nghiệp tư nhân không phải chuyển quyền sở hữu số tài sản đầu tư kinh doanh vào doanh nghiệp. Chính vì thế toàn bộ tài sản kinh doanh trong doanh nghiệp tư nhân vẫn thuộc quyền sở hữu của chủ doanh nghiệp. Theo quy định của Luật Doanh nghiệp 2005 thì hiện nay chỉ có loại hình doanh nghiệp tư nhân là không được công nhận là pháp nhân.

*Chủ doanh nghiệp tư nhân chịu trách nhiệm vô hạn về mọi khoản nợ phát sinh trong hoạt động của doanh nghiệp tư nhân*

Trong kinh doanh, chủ doanh nghiệp tư nhân chịu trách nhiệm về các hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp không phải chỉ bằng tài sản đầu tư vào kinh doanh mà là bằng toàn bộ khối tài sản thuộc sở hữu cá nhân của chủ doanh nghiệp.

## **1.3 Đăng ký kinh doanh và chấm dứt doanh nghiệp tư nhân**

### *1.3.1 Đăng ký kinh doanh doanh nghiệp tư nhân*

#### ***a- Điều kiện đăng ký kinh doanh***

##### ***❖ Điều kiện về chủ doanh nghiệp.***

Doanh nghiệp tư nhân là loại hình do một cá nhân đầu tư vốn thành lập; theo quy định của Luật Doanh nghiệp tư nhân năm 1990 thì cá nhân đó là “công dân Việt Nam đủ 18 tuổi”, trong Luật Doanh nghiệp 1999 thì cá nhân đó là các công dân Việt Nam và người nước ngoài thường trú tại Việt Nam còn đến Luật Doanh nghiệp 2005 thì cá nhân Việt Nam và cá nhân người nước ngoài đều có quyền thành lập doanh nghiệp tư nhân ở Việt Nam trừ những trường hợp:

- Cán bộ, công chức theo quy định của pháp luật về cán bộ, công chức;
- Sĩ quan, hạ sĩ quan, quân nhân chuyên nghiệp, công nhân quốc phòng trong các cơ quan, đơn vị thuộc Quân đội nhân dân Việt Nam; sĩ quan, hạ sĩ quan chuyên nghiệp trong các cơ quan, đơn vị thuộc Công an nhân dân Việt Nam;

- Cán bộ lãnh đạo, quản lý nghiệp vụ trong các doanh nghiệp 100% vốn sở hữu nhà nước;

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

- Người đang chấp hành hình phạt tù hoặc đang bị tòa án cấm hành nghề kinh doanh;

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

#### ❖ Điều kiện về ngành nghề

Chủ doanh nghiệp tư nhân có quyền đăng ký hoạt động kinh doanh trong tất cả những ngành nghề mà pháp luật không cấm. Trường hợp là ngành nghề có điều kiện thì phải đáp ứng các điều kiện còn nếu là ngành nghề đòi hỏi chứng chỉ hành nghề thì chính chủ doanh nghiệp phải có chứng chỉ hành nghề theo yêu cầu của pháp luật.

#### ❖ Điều kiện về tên doanh nghiệp

Tên doanh nghiệp tư nhân phải viết được bằng tiếng Việt, có thể kèm theo chữ số và ký hiệu, phải phát âm được và có ít nhất hai thành tố sau đây:

- Loại hình doanh nghiệp tư nhân

- Tên riêng của doanh nghiệp .

Tên doanh nghiệp tư nhân phải được viết hoặc gắn tại trụ sở chính, chi nhánh, văn phòng đại diện của doanh nghiệp. Tên doanh nghiệp phải được in hoặc viết trên các giấy tờ giao dịch, hồ sơ tài liệu và ấn phẩm do doanh nghiệp phát hành.

Khi đặt tên doanh nghiệp tư nhân không được:

- Đặt tên trùng hoặc tên gây nhầm lẫn với tên của doanh nghiệp đã đăng ký.

- Sử dụng tên cơ quan nhà nước, đơn vị lực lượng vũ trang nhân dân, tên của tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức chính trị xã hội - nghề nghiệp, tổ chức xã hội, tổ chức xã hội - nghề nghiệp để làm

toàn bộ hoặc một phần tên riêng của doanh nghiệp, trừ trường hợp có sự chấp thuận của cơ quan, đơn vị hoặc tổ chức đó.

- Sử dụng từ ngữ, ký hiệu vi phạm truyền thống lịch sử, văn hoá, đạo đức và thuần phong mỹ tục của dân tộc.

Tên doanh nghiệp tư nhân có thể tên được dịch từ tên bằng tiếng Việt sang tiếng nước ngoài tương ứng. Khi dịch sang tiếng nước ngoài, tên riêng của doanh nghiệp có thể giữ nguyên hoặc dịch theo nghĩa tương ứng sang tiếng nước ngoài. Tên bằng tiếng nước ngoài của doanh nghiệp được in hoặc viết với khổ chữ nhỏ hơn tên bằng tiếng Việt của doanh nghiệp tại cơ sở của doanh nghiệp hoặc trên các giấy tờ giao dịch, hồ sơ tài liệu và ấn phẩm do doanh nghiệp phát hành.

### ***b- Thủ tục đăng ký kinh doanh***

Người thành lập doanh nghiệp tư nhân nộp đủ hồ sơ đăng ký kinh doanh theo quy định tại cơ quan đăng ký kinh doanh có thẩm quyền và phải chịu trách nhiệm về tính trung thực, chính xác của nội dung hồ sơ đăng ký kinh doanh.

*Hồ sơ đăng ký kinh doanh đối với doanh nghiệp tư nhân gồm*

1. Giấy đề nghị đăng ký kinh doanh lập theo mẫu do Bộ Kế hoạch và Đầu tư quy định.

2. Bản sao hợp lệ của một trong các giấy tờ chứng thực cá nhân hợp pháp của chủ doanh nghiệp tư nhân.

3. Văn bản xác nhận vốn pháp định của cơ quan, tổ chức có thẩm quyền đối với doanh nghiệp kinh doanh ngành, nghề mà theo quy định của pháp luật phải có vốn pháp định.

4. Bản sao hợp lệ chứng chỉ hành nghề của giám đốc (tổng giám đốc) và cá nhân khác đối với doanh nghiệp tư nhân kinh doanh các ngành, nghề mà theo quy định của pháp luật phải có chứng chỉ hành nghề.

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



bổ sung. Cơ quan đăng ký kinh doanh xem xét và chịu trách nhiệm về tính hợp lệ của hồ sơ khi cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh; không được yêu cầu người thành lập doanh nghiệp nộp thêm các giấy tờ khác không quy định.

### 1.3.2 Chấm dứt doanh nghiệp tư nhân

#### ❖ *Giải thể doanh nghiệp tư nhân*

Doanh nghiệp tư nhân chỉ được giải thể khi bảo đảm thanh toán hết các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác. Doanh nghiệp tư nhân sẽ bị giải thể theo quyết định của chủ doanh nghiệp tư nhân hoặc khi bị thu hồi giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh.

Việc giải thể doanh nghiệp được thực hiện theo các bước sau:

- Bước 1: chủ doanh nghiệp ra quyết định giải thể doanh nghiệp.

- Bước 2: Chủ doanh nghiệp tư nhân tổ chức thanh lý tài sản doanh nghiệp

- Bước 3: Trong thời hạn bảy ngày làm việc kể từ ngày thông qua, quyết định giải thể phải được gửi đến cơ quan đăng ký kinh doanh, tất cả các chủ nợ (kèm theo thông báo phương án giải quyết nợ), người có quyền, nghĩa vụ và lợi ích liên quan, người lao động trong doanh nghiệp và phải được niêm yết công khai tại trụ sở chính và chi nhánh của doanh nghiệp. Đối với trường hợp mà pháp luật yêu cầu 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 ba số liên tiếp.

- Bước 4: Trong thời hạn bảy ngày làm việc kể từ ngày thanh toán hết các khoản nợ của doanh nghiệp, người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp tư nhân phải gửi hồ sơ giải thể doanh nghiệp đến cơ quan đăng ký kinh doanh. Trong thời hạn bảy ngày làm việc kể từ ngày nhận đủ hồ sơ hợp lệ, cơ quan đăng ký kinh doanh xóa tên doanh nghiệp tư nhân trong sổ đăng ký kinh doanh.

#### ❖ *Phá sản doanh nghiệp tư nhân*

Việc phá sản doanh nghiệp tư nhân được thực hiện theo quy định của pháp luật về phá sản.

## **1.4 Quyền và nghĩa vụ cơ bản của chủ doanh nghiệp tư nhân**

### **1.4.1 Quyền của chủ doanh nghiệp tư nhân**

Với tư cách là chủ thể kinh doanh, chủ doanh nghiệp tư nhân có những quyền cơ bản trong kinh doanh như tất cả các chủ thể kinh doanh khác, bao gồm:

1. Tự chủ kinh doanh; chủ động lựa chọn ngành, nghề, địa bàn, hình thức kinh doanh, đầu tư; chủ động mở rộng quy mô và ngành, nghề kinh doanh; được nhà nước khuyến khích, ưu đãi và tạo điều kiện thuận lợi tham gia sản xuất, cung ứng sản phẩm, dịch vụ công ích.
2. Lựa chọn hình thức, phương thức huy động, phân bổ và sử dụng vốn.
3. Chủ động tìm kiếm thị trường, khách hàng và ký kết hợp đồng.
4. Kinh doanh xuất khẩu, nhập khẩu.
5. Tuyển dụng, thuê và sử dụng lao động theo yêu cầu kinh doanh.
6. Chủ động ứng dụng khoa học công nghệ hiện đại để nâng cao hiệu quả kinh doanh và khả năng cạnh tranh.
7. Tự chủ quyết định các công việc kinh doanh và quan hệ nội bộ.
8. Chiếm hữu, sử dụng, định đoạt tài sản của doanh nghiệp.
9. Từ chối mọi yêu cầu cung cấp các nguồn lực không được pháp luật quy định.
10. Khiếu nại, tố cáo theo quy định của pháp luật về khiếu nại, tố cáo.
11. Trực tiếp hoặc thông qua người đại diện theo ủy quyền tham gia tố tụng theo quy định của pháp luật.
12. Các quyền khác theo quy định của pháp luật.

### **1.4.2 Nghĩa vụ của chủ doanh nghiệp tư nhân**

Chủ doanh nghiệp tư nhân cũng được xác định các nghĩa vụ như

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

2. Tổ chức công tác kế toán, lập và nộp báo cáo tài chính trung thực, chính xác, đúng thời hạn theo quy định của pháp luật về kế toán.

3. Đăng ký mã số thuế, kê khai thuế, nộp thuế và thực hiện các nghĩa vụ tài chính khác theo quy định của pháp luật.

4. Bảo đảm quyền, lợi ích của người lao động theo quy định của pháp luật về lao động; thực hiện chế độ bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế và bảo hiểm khác cho người lao động theo quy định của pháp luật về bảo hiểm.

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

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

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

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

Ngoài những quyền và nghĩa vụ chung như trên thì pháp luật doanh nghiệp cũng ghi nhận các quyền và nghĩa vụ riêng cho chủ doanh nghiệp tư nhân trong một số lĩnh vực

#### ❖ Về vốn đầu tư

Vốn đầu tư của chủ doanh nghiệp tư nhân do chủ doanh nghiệp tự đăng ký. Chủ doanh nghiệp tư nhân có nghĩa vụ đăng ký chính xác tổng số vốn đầu tư, trong đó nêu rõ số vốn bằng tiền Việt Nam, ngoại tệ tự do chuyển đổi, vàng và các tài sản khác; đối với vốn bằng tài sản khác còn phải ghi rõ loại tài sản, số lượng và giá trị còn lại của mỗi loại tài sản.

Toàn bộ vốn và tài sản kể cả vốn vay và tài sản thuê được sử dụng vào hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp phải được ghi chép đầy đủ vào sổ kế toán và báo cáo tài chính của doanh nghiệp theo quy định của pháp luật.

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 vốn đầu tư đã đăng ký thì chủ doanh nghiệp tư nhân chỉ được giảm vốn sau khi đã đăng ký với cơ quan đăng ký kinh doanh.

#### ❖ *Quản lý doanh nghiệp*

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

Chủ doanh nghiệp tư nhân có thể trực tiếp hoặc thuê người khác quản lý, điều hành hoạt động kinh doanh. Trường hợp thuê người khác làm giám đốc quản lý doanh nghiệp thì chủ doanh nghiệp tư nhân phải đăng ký với cơ quan đăng ký kinh doanh và vẫn phải chịu trách nhiệm về mọi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp.

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

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

#### ❖ *Cho thuê doanh nghiệp*

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

#### ❖ *Bán doanh nghiệp*

Chủ doanh nghiệp tư nhân có quyền bán doanh nghiệp của mình cho người khác. Chậm nhất mười lăm ngày trước ngày chuyển giao doanh nghiệp cho người mua, chủ doanh nghiệp phải thông báo bằng văn

bản cho cơ quan đăng ký kinh doanh. Thông báo phải nêu rõ tên, trụ sở của doanh nghiệp; tên, địa chỉ của người mua; tổng số nợ chưa thanh toán của doanh nghiệp; tên, địa chỉ, số nợ và thời hạn thanh toán cho từng chủ nợ; hợp đồng lao động và các hợp đồng khác đã ký mà chưa thực hiện xong và cách thức giải quyết các hợp đồng đó.

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

Người bán, người mua doanh nghiệp phải tuân thủ các quy định của pháp luật về lao động.

Người mua doanh nghiệp phải đăng ký kinh doanh lại theo quy định của pháp luật.

## **2. PHÁP LUẬT VỀ HỘ KINH DOANH**

Ngoài các chủ thể kinh doanh là doanh nghiệp, pháp luật nước ta còn thừa nhận các cá nhân hoặc có sự liên kết từ hai cá nhân trở lên tham gia kinh doanh nhưng không hoạt động dưới dạng doanh nghiệp. Pháp luật quy định về loại hình chủ thể này được ghi nhận trong Nghị định 66/HĐBT ngày 02/03/1992 về cá nhân kinh doanh và Nghị định 221/HĐBT ngày 23/07/1991 về nhóm kinh doanh có vốn thấp hơn vốn pháp định. Đặc điểm của loại chủ thể này rất giống với đặc điểm của doanh nghiệp tư nhân, nhất là trong trường hợp cá nhân kinh doanh. Trước Luật Doanh nghiệp 1999 thì tiêu chí dùng để phân biệt giữa doanh nghiệp tư nhân với các chủ thể này chính là mức vốn pháp định. Hiện nay vốn pháp định không còn là quy định mang tính phổ biến khi hình thành doanh nghiệp nữa nên sự phân biệt giữa doanh nghiệp tư nhân với cá nhân kinh doanh trở nên hết sức mờ nhạt.

Luật Doanh nghiệp 1999 và sau đó là Luật Doanh nghiệp 2005 cùng các văn bản hướng dẫn thi hành đã kéo theo sự xuất hiện của những văn bản pháp luật mới điều chỉnh về cá nhân kinh doanh và nhóm kinh doanh, cả tên gọi của loại chủ thể này cũng được thay đổi. Nghị định 02/2000/NĐ-CP và Nghị định 109/2004/NĐ-CP không sử dụng tên gọi cá nhân kinh doanh hay nhóm kinh doanh nữa, thay vào đó là một tên gọi

mới: hộ kinh doanh cá thể và hiện nay là Hộ kinh doanh theo Nghị định 88/2006/NĐ-CP.

## 2.1 Khái niệm hộ kinh doanh

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

Như vậy hộ kinh doanh cá thể là tên gọi dùng để chỉ những cá nhân hoặc hộ gia đình kinh doanh không dưới dạng một doanh nghiệp. Hộ kinh doanh cá thể không được hiểu là nhóm kinh doanh như trước vì chủ đầu tư của hộ kinh doanh cá thể chỉ là một cá nhân duy nhất hoặc là một hộ gia đình. Cũng theo nghị định này thì hộ kinh doanh cá thể sẽ không 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. Những đối tượng này khi tiến hành các hoạt động kinh doanh không bị bắt buộc phải đăng ký kinh doanh.

Khi Nghị định 109/2004/NĐ-CP thay thế cho Nghị định 02/2000/NĐ-CP thì hộ kinh doanh cá thể là chủ thể kinh doanh do một cá nhân hoặc hộ gia đình làm chủ, chỉ được đăng ký kinh doanh tại một địa điểm, sử dụng không quá mười lao động, không có con dấu và chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với hoạt động kinh doanh.

Như vậy, ngoài việc tiếp tục kế thừa tinh thần của Nghị định 02/2000/NĐ-CP, Nghị định 109/2004/NĐ-CP đã bổ sung thêm tiêu chí định lượng trong việc sử dụng lao động nhằm phân biệt giữa hộ kinh doanh cá thể và các loại chủ thể kinh doanh khác.

Theo Nghị định 88/2006/NĐ-CP ngày 29/08/2006 thì *Hộ kinh doanh do một cá nhân là công dân Việt Nam hoặc một nhóm người hoặc một hộ gia đình làm chủ, chỉ được đăng ký kinh doanh tại một địa điểm, sử dụng không quá mười lao động, không có con dấu và chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với hoạt động kinh doanh.*

Cũng theo nghị định này thì hộ gia đình sản xuất nông, lâm, ngư nghiệp, làm muối và những người bán hàng rong, quà vặt, buôn chuyên,

kinh doanh lưu động, làm dịch vụ có thu nhập thấp không phải đăng ký kinh doanh, trừ trường hợp kinh doanh các ngành, nghề có điều kiện. Hộ kinh doanh có sử dụng thường xuyên hơn mười lao động phải đăng ký kinh doanh dưới hình thức doanh nghiệp.

Như vậy, theo quy định hiện hành thì tên gọi của loại hình kinh doanh này được điều chỉnh theo hướng ngắn gọn hơn còn phạm vi chủ thể tham gia kinh doanh với hình thức hộ kinh doanh được mở rộng trở lại như quy định trước Nghị định 02/2000/NĐ-CP, tức là bao gồm cá nhân, nhóm người và hộ gia đình.

## **2.2 Đặc điểm pháp lý của hộ kinh doanh**

*Hộ kinh doanh do một cá nhân, một nhóm người hoặc một hộ gia đình là chủ.* Tuy dùng một tên gọi chung là hộ kinh doanh nhưng trên thực tế, chủ thể kinh doanh này có thể do một cá nhân, một nhóm hay là một hộ gia đình đầu tư vốn để hoạt động. Như vậy, chủ hộ kinh doanh có thể là một cá nhân hoặc là các thành viên của một nhóm người hoặc các thành viên của một hộ gia đình. Tài sản đưa vào kinh doanh của hộ kinh doanh có thể là tài sản thuộc sở hữu riêng của một cá nhân hoặc là tài sản thuộc sở hữu chung của nhóm hay của hộ gia đình. Quyền quyết định mọi hoạt động của hộ kinh doanh thuộc về chủ sở hữu. Chủ sở hữu của hộ kinh doanh sẽ là đối tượng duy nhất có quyền hưởng mọi lợi nhuận do hoạt động kinh doanh của hộ mang lại, cũng chính là đối tượng duy nhất phải chịu các nghĩa vụ với nhà nước và gánh chịu những rủi ro trong hoạt động của hộ.

Việc tiến hành các giao dịch, hưởng các quyền cũng như thực hiện nghĩa vụ của hộ kinh doanh sẽ thông qua hành vi của chính cá nhân chủ sở hữu hộ kinh doanh (trong trường hợp là một cá nhân công dân Việt Nam là chủ). Còn nếu hộ kinh doanh do nhóm người hoặc hộ gia đình làm chủ thì hộ kinh doanh phải cử ra một người đại diện

*Hộ kinh doanh thường tồn tại với quy mô nhỏ.* Với các loại hình doanh nghiệp, pháp luật không có hạn chế quy mô sử dụng lao động, việc sử dụng lao động thuê mướn có diễn ra thường xuyên hay không cũng như doanh nghiệp có bao nhiêu cơ sở, địa điểm kinh doanh. Vì vậy, ta có thể phân biệt doanh nghiệp với loại hình hộ kinh doanh ở chính những dấu hiệu này. Với quy định hộ kinh doanh chỉ được đăng ký một địa điểm

kinh doanh và không thuê mướn thường xuyên quá mười lao động đưa đến nhận thức chung của xã hội cho rằng đây là loại hình kinh doanh thường có quy mô nhỏ hẹp hơn doanh nghiệp.

Tuy được phân biệt với doanh nghiệp bởi quy mô nhỏ hẹp như hộ kinh doanh cũng chưa phải là đơn vị hoạt động kinh doanh có quy mô nhỏ bé nhất. Nếu so với các đối tượng như hộ kinh tế gia đình sản xuất nông lâm ngư, làm muối, những người bán hàng rong, quà vật hoặc làm dịch vụ có thu nhập thấp không phải đăng ký kinh doanh thì hộ kinh doanh vẫn được coi là có quy mô lớn hơn và hoạt động tương đối ổn định. Những đối tượng này được phân biệt với hộ kinh doanh chủ yếu là dấu hiệu “mức thu nhập thấp”. Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương quy định mức thu nhập thấp áp dụng trên phạm vi địa phương. Mức thu nhập thấp được quy định không được vượt quá mức khởi điểm chịu thuế thu nhập cá nhân theo quy định của pháp luật về thuế.

*Chủ hộ kinh doanh phải chịu trách nhiệm vô hạn trong hoạt động kinh doanh.* Chủ hộ kinh doanh được hiểu là người đầu tư hình thành hộ kinh doanh, đó là một cá nhân, tất cả các thành viên trong nhóm kinh doanh hoặc tất cả các thành viên trong hộ gia đình.

Chủ hộ kinh doanh chịu trách nhiệm vô hạn trong hoạt động kinh doanh của hộ, như vậy, khi số nợ của hộ lớn hơn số vốn kinh doanh của hộ thì chủ hộ không chỉ chịu trách nhiệm bằng phần tài sản đã đầu tư vào kinh doanh mà phải chịu trách nhiệm trên phần tài sản thuộc sở hữu riêng của mình không đưa vào kinh doanh. Trong trường hợp hộ kinh doanh là một nhóm người hay hộ gia đình thì mỗi thành viên đều phải chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình trước các khoản nợ của hộ. Nếu số vốn chung không đủ thanh toán nợ thì mỗi thành viên phải đóng góp thêm bằng tài sản riêng hoặc tài sản dân sự chung của nhóm, của hộ gia đình để thực hiện nghĩa vụ. Việc góp thêm cũng như trách nhiệm tài sản của các thành viên chỉ chấm dứt khi tất cả những khoản nợ đã được thanh toán xong.

Mức đóng góp thêm để trả nợ của mỗi thành viên phụ thuộc vào sự thoả thuận của chính họ nhưng trong mọi trường hợp, các thành viên phải có trách nhiệm thanh toán hết nợ cho chủ nợ. Nếu có thành viên không đủ khả năng góp thêm để trả nợ như đã thoả thuận thì các thành viên còn lại có nghĩa vụ lấy tài sản của mình tiếp tục thanh toán cho đến hết các khoản nợ.



## **2.3 Đăng ký kinh doanh của hộ kinh doanh**

### **❖ Điều kiện đăng ký kinh doanh**

Tuy không phải là doanh nghiệp, nhưng để được công nhận tư cách là một chủ thể kinh doanh thì hộ kinh doanh phải thực hiện việc đăng ký kinh doanh. Thông qua việc đăng ký và được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, hộ kinh doanh được công nhận các quyền và nghĩa vụ trong hoạt động kinh doanh.

Nghị định 88/2006/NĐ-CP của Chính phủ quy định các điều kiện để đăng ký kinh doanh đối với hộ kinh doanh. Cũng điều kiện này cũng bao gồm điều kiện về chủ thể, về ngành nghề kinh doanh và một số điều kiện khác.

Trừ những người chưa thành niên, người bị hạn chế hoặc mất năng lực hành vi dân sự; đang chấp hành hình phạt tù hoặc bị tòa án tước quyền hành nghề thì pháp luật cho phép tất cả công dân Việt Nam đủ 18 tuổi, có năng lực hành vi dân sự đầy đủ; các hộ gia đình đều có quyền tham gia đăng ký kinh doanh loại hình hộ kinh doanh. Mỗi cá nhân hay một hộ gia đình chỉ được đăng ký kinh doanh một hộ kinh doanh.

Các chủ hộ kinh doanh chỉ được đăng ký cho hộ kinh doanh với những ngành nghề kinh doanh không bị pháp luật cấm; với những ngành nghề kinh doanh có điều kiện thì các chủ hộ phải đáp ứng đầy đủ các điều kiện này.

Về tên gọi, hộ kinh doanh có tên gọi riêng. Tên hộ kinh doanh bao gồm hai thành tố sau đây: thành tố thứ nhất loại hình hộ kinh doanh, thành tố thứ hai tên riêng của hộ kinh doanh. Tên riêng phải viết được bằng tiếng Việt, có thể kèm theo chữ số và ký hiệu, phát âm được. Không được sử dụng từ ngữ, ký hiệu vi phạm truyền thống lịch sử, văn hoá, đạo đức và thuần phong mỹ tục của dân tộc để đặt tên riêng cho hộ kinh doanh. Tên riêng hộ kinh doanh không được trùng với tên riêng của hộ kinh doanh đã đăng ký trong phạm vi huyện.

### **❖ Thủ tục đăng ký kinh doanh**

Cá nhân hoặc người đại diện hộ gia đình gửi giấy đề nghị đăng ký kinh doanh hộ kinh doanh và kèm theo bản sao giấy chứng minh nhân

dân của cá nhân hoặc người đại diện hộ gia đình đến cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện nơi đặt địa điểm kinh doanh.

Nội dung giấy đề nghị đăng ký kinh doanh hộ kinh doanh gồm: tên hộ kinh doanh, địa chỉ địa điểm kinh doanh; ngành, nghề kinh doanh; số vốn kinh doanh; họ, tên, số và ngày cấp giấy 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 phải có chứng chỉ hành nghề, thì kèm theo các giấy tờ như trên còn phải có bản sao hợp lệ chứng chỉ hành nghề của cá nhân hoặc đại diện hộ gia đình. Đối với những ngành, nghề phải có vốn pháp định thì kèm theo bản sao hợp lệ văn bản xác nhận vốn pháp định của cơ quan, tổ chức có thẩm quyền.

Cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện không được yêu cầu người đăng ký kinh doanh nộp thêm bất cứ giấy tờ nào khác ngoài hồ sơ quy định.

Khi tiếp nhận hồ sơ, cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện trao giấy biên nhận và cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh cho hộ kinh doanh trong thời hạn năm ngày làm việc, kể từ ngày nhận hồ sơ, nếu có đủ các điều kiện: ngành, nghề kinh doanh không thuộc danh mục ngành, nghề cấm kinh doanh; tên hộ kinh doanh dự định đăng ký phù hợp quy định của pháp luật và nộp đủ lệ phí đăng ký kinh doanh theo quy định.

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

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

Định kỳ vào tuần thứ nhất hàng tháng, kể từ ngày cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện gửi danh sách hộ kinh doanh đã đăng ký tháng trước cho phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh cơ quan thuế cùng cấp và sở chuyên ngành.

Hộ kinh doanh có quyền tiến hành hoạt động kinh doanh sau khi được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh; trừ trường hợp kinh doanh các ngành, nghề kinh doanh phải có điều kiện.

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

❖ *Thay đổi nội dung đăng ký kinh doanh, ngừng kinh doanh hoặc chấm dứt kinh doanh*

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

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

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

## **CHƯƠNG**

### **6**

# **PHÁP LUẬT VỀ HỢP TÁC XÃ**

## **1. KHÁI NIỆM, ĐẶC ĐIỂM VÀ NHỮNG NGUYÊN TẮC TỔ CHỨC, HOẠT ĐỘNG CỦA HỢP TÁC XÃ**

### **1.1. Khái niệm**

Hợp tác xã là loại hình kinh tế tập thể tồn tại ở nước ta từ lâu và có thời kỳ được xem là một trong hai thành phần kinh tế chủ yếu tạo nên tính chất đặc thù của nền kinh tế XHCN. Dù vậy, trong một thời gian khá dài, loại hình hợp tác xã không được điều chỉnh bởi những văn bản pháp luật thích hợp. Hầu hết đều là những văn bản dưới luật, hoặc các nghị quyết. Luật Hợp tác xã đầu tiên được ban hành vào năm 1996 đã tạo lập khung pháp lý cho loại hình kinh tế hợp tác xã trong thời kỳ mới, bước đầu vận hành theo cơ chế thị trường. Tuy nhiên, cùng với những chuyển biến nhanh chóng và sâu rộng trong lĩnh vực kinh tế, một số quy định trong Luật Hợp tác xã 1996 tỏ ra không phù hợp, bất cập. Do vậy, ngày 26 tháng 11 năm 2003 Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam khóa XI đã thông qua Luật Hợp tác xã, có hiệu lực thi hành từ ngày 01 tháng 07 năm 2004.

Theo Điều 1 của Luật Hợp tác xã 2003, hợp tác xã là “tổ chức kinh tế tập thể do các cá nhân, hộ gia đình, pháp nhân (sau đây gọi chung là xã viên) có nhu cầu, lợi ích chung, tự nguyện góp vốn, góp sức lập ra theo quy định của Luật này để phát huy sức mạnh tập thể của từng xã viên tham gia hợp tác xã, cùng giúp nhau thực hiện có hiệu quả các hoạt động

sản xuất, kinh doanh và nâng cao đời sống vật chất, tinh thần, góp phần phát triển kinh tế - xã hội của đất nước.

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

Tính chất hoạt động “ *như một loại hình doanh nghiệp*” của hợp tác xã cho thấy hợp tác xã được tổ chức và hoạt động dựa trên những nguyên tắc cơ bản của kinh doanh như việc áp dụng chế độ hạch toán, việc tính toán lãi, lỗ, việc quan tâm đến thị trường và cạnh tranh,... Điều này phù hợp với những nguyên tắc của kinh tế thị trường. Mặt khác, thực tiễn hiện nay cho thấy trong nhiều hợp tác xã, yếu tố kinh doanh thể hiện một cách rõ ràng và những hợp tác xã này đang đóng góp rất lớn vào quá trình cạnh tranh, bảo vệ có hiệu quả sản xuất kinh doanh trong nước. Việc thừa nhận hợp tác xã có tư cách pháp nhân và có quyền tự chủ, tự chịu trách nhiệm cũng có ý nghĩa quan trọng trong việc đảm bảo tư cách của hợp tác xã như là một chủ thể kinh doanh trong nền kinh tế thị trường.

Tuy nhiên, hợp tác xã phân biệt với các doanh nghiệp khác theo Luật Doanh nghiệp ở chỗ mục tiêu cuối cùng của hợp tác xã là “cùng giúp nhau thực hiện có hiệu quả các hoạt động sản xuất, kinh doanh và nâng cao đời sống vật chất, tinh thần”. Nói cách khác, hợp tác xã cũng kinh doanh, cũng quan tâm đến lợi nhuận, nhưng đó không phải là mục đích duy nhất mà, quan trọng hơn, là thực hiện các mục tiêu xã hội. Tính xã hội được thừa nhận cao hơn so với tính kinh doanh.

## **1. 2. Đặc điểm**

### ***1.2.1. Hợp tác xã là tổ chức kinh tế mang tính xã hội và hợp tác cao.***

Tính chất này thể hiện ở nguyên tắc tổ chức và hoạt động của hợp tác xã. Người lao động tham gia trong hợp tác xã có thể góp vốn

hoặc góp sức dưới các hình thức trực tiếp quản lý hoặc trực tiếp tham gia lao động sản xuất. Đây là điểm khác biệt so với công ty – là doanh nghiệp chỉ dành riêng cho người góp vốn. Đối tượng tham gia hợp tác xã do vậy rất rộng và đa dạng về thành phần. Đây là một môi trường phù hợp với số đông người lao động, đặc biệt trong lĩnh vực nông nghiệp và sản xuất kinh doanh nhỏ. Ưu điểm nổi bật này của hợp tác xã giải thích vì sao từ trước đến nay nhà nước luôn coi trọng và tạo điều kiện hỗ trợ để mô hình hợp tác xã tồn tại và phát triển. Trên bình diện rộng hơn, nếu tổ chức tốt, hợp tác xã có thể hỗ trợ nhau trong những phân khúc thị trường mà các nhà đầu tư nước ngoài và những doanh nghiệp lớn không chi phối đến.

*1.2.2. Tài sản thuộc sở hữu của hợp tác xã, được hình thành từ vốn góp của xã viên hoặc được hỗ trợ bởi nhà nước.*

Đặc điểm này thể hiện cô đọng trong việc thừa nhận tư cách pháp nhân của hợp tác xã. Tuy vậy, hợp tác xã không giống như các công ty đối vốn thông thường. Thật vậy, do xem trọng vai trò của hợp tác xã trong sứ mệnh nâng cao đời sống người lao động và phát triển cộng đồng, nhà nước dành cho hợp tác xã một số hỗ trợ tài sản; đó là các công trình kết cấu hạ tầng, công trình phúc lợi văn hoá xã hội phục vụ cho cộng đồng, các khoản hỗ trợ, ... Những tài sản này là tài sản của hợp tác xã không thể phân chia. Khi hợp tác xã giải thể, chúng phải chuyển giao cho chính quyền địa phương quản lý để phục vụ cộng đồng. Các loại tài sản khác, về cơ bản, xử lý giống như trường hợp giải thể doanh nghiệp.

*1.2.3. Hợp tác xã thực hiện chế độ phân phối theo lao động, theo vốn góp và theo mức độ tham gia dịch vụ.*

Tính chất phân phối này vừa dựa theo nguyên tắc phân phối của công ty cổ phần (phân chia kết quả theo phần vốn góp); vừa mang đặc trưng riêng của kinh tế tập thể (thừa nhận những xã viên góp sức và được phân phối theo lao động hoặc theo mức độ tham gia dịch vụ).

### **1.3. Nguyên tắc tổ chức và hoạt động của hợp tác xã**

#### **1.3.1. Tự nguyện**

Nguyên tắc tự nguyện thể hiện ở việc mọi cá nhân, hộ gia đình, pháp nhân có đủ điều kiện theo quy định như: là công dân Việt Nam, từ đủ 18 tuổi trở lên, có năng lực hành vi dân sự đầy đủ; hộ gia đình và pháp nhân hội đủ những điều kiện quy định tại Bộ Luật Dân sự, tán thành điều lệ hợp tác xã đều có quyền gia nhập hợp tác xã. Xã viên có quyền ra hợp tác xã theo quy định của điều lệ hợp tác xã.

#### **1.3.2. Dân chủ, bình đẳng và công khai**

Theo nguyên tắc này, tất cả xã viên có quyền tham gia quản lý, kiểm tra, giám sát hợp tác xã và có quyền ngang nhau trong biểu quyết; biểu quyết của xã viên có giá trị như nhau, không phân biệt xã viên góp vốn hay góp sức, vốn của xã viên là nhiều hay ít so với xã viên khác. Hợp tác xã phải công khai phương hướng sản xuất, kinh doanh, tài chính, phân phối và những vấn đề khác quy định trong điều lệ hợp tác xã. Xã viên có quyền yêu cầu ban quản trị, ban kiểm soát giải thích và trả lời về những vấn đề xã viên quan tâm.

#### **1.3.3. Tự chủ, tự chịu trách nhiệm và cùng có lợi**

Tính chất tự chủ thể hiện ở việc hợp tác xã tự quyết định lựa chọn phương án sản xuất kinh doanh, tìm kiếm thị trường, khách hàng và ký kết các hợp đồng; tự quyết định việc phân phối kết quả kinh doanh như trích lập các quỹ, định mức tiền công, tiền lương,... Hợp tác xã tự chịu trách nhiệm về những rủi ro trong quá trình hoạt động; mỗi xã viên hợp tác xã cùng chịu trách nhiệm về những rủi ro của hợp tác xã trong phạm vi vốn góp của mình..

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

### **1.3.4. Hợp tác và phát triển cộng đồng**

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

## **2. QUY CHẾ THÀNH LẬP, TỔ CHỨC LẠI, GIẢI THỂ HỢP TÁC XÃ**

### **2.1. Thành lập và đăng ký kinh doanh**

Về nguyên tắc chung, để có thể thành lập hợp tác xã trước hết cần đảm bảo các yêu cầu về vốn, tài sản ; về việc tuân thủ các ngành nghề theo quy định của pháp luật về doanh nghiệp. Hợp tác xã cũng phải tuân thủ các quy định về đặt tên, biểu tượng của hợp tác xã ; các quy định về trụ sở, chi nhánh và văn phòng đại diện.

Luật Hợp tác xã 2003 đã xây dựng khá hoàn chỉnh quy trình thành lập hợp tác xã. Có thể hình dung quy trình này qua các bước sau :

#### **❖ Bước 1: Vận động thành lập**

Các sáng lập viên (cá nhân, hộ gia đình hoặc pháp nhân) khởi xướng việc thành lập hợp tác xã phải báo cáo bằng văn bản với uỷ ban nhân dân cấp xã nơi dự định đặt trụ sở chính của hợp tác xã về việc thành lập, địa điểm đóng trụ sở, phương hướng sản xuất, kinh doanh và kế hoạch hoạt động của hợp tác xã. Đồng thời các sáng lập viên tiến hành tuyên truyền, vận động các cá nhân, hộ gia đình, pháp nhân khác 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.

#### **❖ Bước 2: Hội nghị thành lập**

Các sáng lập viên tổ chức hội nghị thành lập hợp tác xã. Thành phần tham gia hội nghị bao gồm sáng lập viên và cá nhân, hộ gia đình,



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 của hợp tác xã; dự thảo điều lệ hợp tác xã; tên, biểu tượng (nếu có) của hợp tác xã và lập danh sách xã viên.

Những nội dung quan trọng hội nghị phải thảo luận và biểu quyết theo đa số là các vấn đề sau đây:

- Thông qua danh sách xã viên; số lượng xã viên từ 7 trở lên;
- Thông qua điều lệ, nội quy hợp tác xã;
- Quyết định thành lập riêng hay không thành lập riêng bộ máy quản lý và bộ máy điều hành hợp tác xã.

Đối với hợp tác xã thành lập một bộ máy vừa quản lý vừa điều hành thì bầu ban quản trị và chủ nhiệm; chủ nhiệm hợp tác xã đồng thời là trưởng ban quản trị; quyết định số lượng phó chủ nhiệm hợp tác xã.

Đối với hợp tác xã thành lập riêng bộ máy quản lý và bộ máy điều hành thì bầu ban quản trị và trưởng ban quản trị trong số thành viên ban quản trị; quyết định bầu hoặc thuê chủ nhiệm hợp tác xã; quyết định số lượng phó chủ nhiệm hợp tác xã;

• Bầu ban kiểm soát và trưởng ban kiểm soát trong số thành viên của ban kiểm soát;

- Thông qua biên bản hội nghị thành lập hợp tác xã.

❖ *Bước 3* : Đăng ký kinh doanh :

Hồ sơ đăng ký kinh doanh thành lập hợp tác xã bao gồm:

- Đơn đăng ký kinh doanh;
- Điều lệ hợp tác xã;
- Số lượng xã viên, danh sách ban quản trị, ban kiểm soát của hợp tác xã;

- Biên bản đã thông qua tại hội nghị thành lập hợp tác xã.

Hợp tác xã đăng ký kinh doanh tại 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. Luật Hợp tác xã 2003 quy định : Liên hiệp hợp tác xã đăng ký kinh doanh tại cơ quan đăng ký kinh doanh cấp tỉnh.

Người đại diện theo pháp luật của hợp tác xã sẽ thành lập nộp hồ sơ đăng ký kinh doanh tại cơ quan đăng ký kinh doanh đã chọn và phải chịu trách nhiệm về tính chính xác, trung thực của hồ sơ đăng ký kinh doanh.

Cơ quan đăng ký kinh doanh không được yêu cầu hợp tác xã nộp thêm bất kỳ giấy tờ nào khác ngoài những hồ sơ theo quy định.

Trong thời hạn 15 ngày làm việc, cơ quan đăng ký kinh doanh cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh cho hợp tác xã khi có đủ các điều kiện sau đây (trường hợp từ chối thì phải trả lời bằng văn bản):

- Có hồ sơ đăng ký kinh doanh hợp lệ;
- Ngành, nghề sản xuất, kinh doanh mà pháp luật không cấm;
- Tên, biểu tượng (nếu có) của hợp tác xã được đặt đúng theo quy định;
- Có vốn điều lệ. Đối với hợp tác xã kinh doanh ngành, nghề mà Chính phủ quy định phải có vốn pháp định thì vốn điều lệ không được thấp hơn vốn pháp định;
- Nộp đủ lệ phí đăng ký kinh doanh theo quy định.

Hợp tác xã có tư cách pháp nhân và có quyền hoạt động kể từ ngày được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh; đối với những ngành, nghề kinh doanh có điều kiện mà hợp tác xã đăng ký hoạt động thì hợp tác xã được kinh doanh những 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.

Trường hợp không đồng ý với quyết định từ chối cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh của cơ quan đăng ký kinh doanh, người đại diện theo pháp luật của hợp tác xã sẽ thành lập có quyền khiếu nại đến cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc khởi kiện tại tòa án theo quy định của pháp luật.

## **2.2. Tổ chức lại, giải thể hợp tác xã**

### *2.2.1. Tổ chức lại*

Hợp tác xã có thể tổ chức lại theo những phương cách sau:

#### *2.2.1.1. Chia, tách hợp tác xã*

Một hợp tác xã có thể chia, tách thành hai hay nhiều hợp tác xã. Sau khi đăng ký kinh doanh cho các hợp tác xã mới, hợp tác xã bị chia, tách chấm dứt tồn tại. Thủ tục chia, tách hợp tác xã đòi hỏi trước hết phải thành lập hội đồng để giải quyết việc chia, tách. Phải xây dựng phương án xử lý tài sản, vốn, quỹ, tổ chức, nhân sự, xã viên và lao động; xây dựng phương hướng sản xuất, kinh doanh; dự thảo điều lệ hợp tác xã mới; các quyền, lợi ích, trách nhiệm và nghĩa vụ của các hợp tác xã sau chia, tách. Đại hội xã viên được triệu tập để quyết định việc chia, tách. Sau khi có nghị quyết của đại hội, phải gửi hồ sơ đăng ký kinh doanh của hợp tác xã chia, tách đến cơ quan đã cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh kèm theo nghị quyết của đại hội xã viên; phương án giải quyết các vấn đề liên quan đến việc chia, tách để được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh.

#### *2.2.1.2. Hợp nhất hợp tác xã*

Hai hay nhiều hợp tác xã có thể hợp nhất thành một hợp tác xã mới, bằng cách chuyển toàn bộ tài sản, quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp sang hợp tác xã hợp nhất, đồng thời chấm dứt tồn tại của các hợp tác xã bị hợp nhất.

Thủ tục hợp nhất hợp tác xã đòi hỏi trước hết phải có hội đồng hợp nhất để dự kiến tên, trụ sở của hợp tác xã hợp nhất; thủ tục và điều kiện hợp nhất; phương án xử lý tài sản, vốn, các khoản nợ, xã viên, lao

động và những vấn đề tồn đọng của các hợp tác xã bị hợp nhất sang hợp tác xã hợp nhất; dự thảo phương án sản xuất, kinh doanh và điều lệ của hợp tác xã hợp nhất. Đại hội xã viên thông qua nghị quyết hợp nhất và tiến hành đăng ký kinh doanh của hợp tác xã hợp nhất theo quy định. Sau khi đăng ký kinh doanh, hợp tác xã hợp nhất có quyền và lợi ích hợp pháp, chịu trách nhiệm về các khoản nợ chưa thanh toán, hợp đồng lao động và các nghĩa vụ tài sản khác của các hợp tác xã bị hợp nhất.

#### *2.2.1.3. Sáp nhập hợp tác xã*

Một hoặc một số hợp tác xã có thể sáp nhập vào một hợp tác xã khác, bằng cách chuyển toàn bộ tài sản, quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp sang hợp tác xã sáp nhập, đồng thời chấm dứt sự tồn tại của hợp tác xã bị sáp nhập.

Thủ tục sáp nhập hợp tác xã đòi hỏi trước hết phải có hội đồng sáp nhập để dự kiến thủ tục và điều kiện sáp nhập; phương án xử lý tài sản, vốn, các khoản nợ, xã viên, lao động và những vấn đề tồn đọng của các hợp tác xã bị sáp nhập; dự thảo phương án sản xuất, kinh doanh và điều lệ của hợp tác xã sáp nhập. Đại hội xã viên thông qua nghị quyết sáp nhập và tiến hành bổ sung hồ sơ hợp tác xã sáp nhập đến cơ quan đăng ký kinh doanh theo quy định. Sau khi bổ sung hồ sơ đăng ký kinh doanh, hợp tác xã sáp nhập có quyền và lợi ích hợp pháp, chịu trách nhiệm về các khoản nợ chưa thanh toán, hợp đồng lao động và các nghĩa vụ tài sản khác của các hợp tác xã bị sáp nhập.

#### *2.2.2. Giải thể hợp tác xã*

*2.2.2.1. Giải thể tự nguyện:* Có hai điều kiện cần phải có trong trường hợp giải thể tự nguyện của hợp tác xã; đó là nghị quyết của đại hội xã viên và sự chấp thuận của cơ quan đã cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Về thủ tục, hợp tác xã phải gửi đơn xin giải thể và nghị quyết của đại hội xã viên đến cơ quan đăng ký kinh doanh đã cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh cho hợp tác xã, đồng thời

đăng báo địa phương nơi hợp tác xã hoạt động trong ba số liên tiếp về việc xin giải thể và thời hạn thanh toán nợ, thanh lý các hợp đồng.

Trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày hết thời hạn thanh toán nợ và thanh lý các hợp đồng, cơ quan đăng ký kinh doanh nhận đơn phải ra thông báo chấp thuận hoặc không chấp thuận việc xin giải thể của hợp tác xã. Trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được thông báo chấp thuận việc xin giải thể của cơ quan đăng ký kinh doanh, hợp tác xã phải xử lý vốn, tài sản theo quy định, thanh toán các khoản chi phí cho việc giải thể, trả vốn góp và giải quyết các quyền lợi cho xã viên theo quy định của điều lệ hợp tác xã.

2.2.2.2. *Giải thể bắt buộc*: Có hai điều kiện cần phải có trong trường hợp giải thể bắt buộc hợp tác xã; đó là việc cơ quan có thẩm quyền ra quyết định giải thể và những trường hợp để cơ quan có thẩm quyền ra quyết định đó. Cơ quan có thẩm quyền là ủy ban nhân dân nơi cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh và ủy ban nhân dân ra quyết định trong các trường hợp sau đây:

- Sau thời hạn mười hai tháng, kể từ ngày được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh mà hợp tác xã không tiến hành hoạt động;
- Hợp tác xã ngừng hoạt động trong mười hai tháng liên;
- Trong thời hạn mười tám tháng liên, hợp tác xã không tổ chức được đại hội xã viên thường kỳ mà không có lý do chính đáng;
- Các trường hợp khác theo quy định của pháp luật;

Về thủ tục, trước tiên ủy ban nhân dân – cơ quan ra quyết định giải thể - lập hội đồng giải thể và chỉ định chủ tịch hội đồng để tổ chức việc giải thể hợp tác xã. Hội đồng giải thể phải đăng báo địa phương nơi hợp tác xã hoạt động trong ba số liên tiếp về quyết định giải thể hợp tác xã; thông báo trình tự, thủ tục, thời hạn thanh toán nợ, thanh lý hợp đồng, xử lý vốn, tài sản theo quy định, trả vốn góp và

giải quyết các quyền lợi khác có liên quan của xã viên theo quy định của điều lệ hợp tác xã.

Thời hạn thanh toán nợ, thanh lý các hợp đồng tối đa là một trăm tám mươi ngày, kể từ ngày đăng báo lần thứ nhất. Kể từ ngày hợp tác xã nhận được thông báo giải thể, cơ quan đăng ký kinh doanh đã cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh phải thu hồi giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh và xóa tên hợp tác xã trong sổ đăng ký kinh doanh. Trong trường hợp không đồng ý với quyết định của ủy ban nhân dân về việc giải thể hợp tác xã thì hợp tác xã có quyền khiếu nại đến cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc khởi kiện tại toà án theo quy định của pháp luật.

### **3. QUYỀN VÀ NGHĨA VỤ CƠ BẢN CỦA HỢP TÁC XÃ**

#### **3.1. Quyền của hợp tác xã**

Theo Luật Hợp tác xã 2003, hợp tác xã có các quyền sau đây:

- Lựa chọn ngành, nghề sản xuất, kinh doanh mà pháp luật không cấm;
- Quyết định hình thức và cơ cấu tổ chức sản xuất, kinh doanh của hợp tác xã;
- Trực tiếp xuất khẩu, nhập khẩu hoặc liên doanh, liên kết với tổ chức, cá nhân trong nước và tổ chức, cá nhân nước ngoài để mở rộng sản xuất, kinh doanh theo quy định của pháp luật;
- Thuê lao động trong trường hợp xã viên không đáp ứng được yêu cầu sản xuất, kinh doanh của hợp tác xã theo quy định của pháp luật;
- Quyết định kết nạp xã viên mới, giải quyết việc xã viên ra hợp tác xã, khai trừ xã viên theo quy định của điều lệ hợp tác xã;
- Quyết định việc phân phối thu nhập, xử lý các khoản lỗ của hợp tác xã;

- Quyết định khen thưởng những xã viên có nhiều thành tích trong việc xây dựng và phát triển hợp tác xã; thi hành kỷ luật những xã viên vi phạm điều lệ hợp tác xã; quyết định việc xã viên phải bồi thường các thiệt hại đã gây ra cho hợp tác xã;

- Vay vốn của tổ chức tín dụng và huy động các nguồn vốn khác; tổ chức tín dụng nội bộ theo quy định của pháp luật;

- Được bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp theo quy định của pháp luật;

- Từ chối yêu cầu của tổ chức, cá nhân trái với quy định của pháp luật;

- Khiếu nại các hành vi vi phạm quyền và lợi ích hợp pháp của hợp tác xã;

- Các quyền khác theo quy định của pháp luật.

### **3.2. Nghĩa vụ của hợp tác xã**

Hợp tác xã có các nghĩa vụ sau đây:

- Sản xuất, kinh doanh đúng ngành, nghề, mặt hàng đã đăng ký;

- Thực hiện đúng quy định của pháp luật về kế toán, thống kê và kiểm toán;

- Nộp thuế và thực hiện các nghĩa vụ tài chính khác theo quy định của pháp luật;

- Bảo toàn và phát triển vốn hoạt động của hợp tác xã; quản lý và sử dụng đất được Nhà nước giao theo quy định của pháp luật;

- 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;

- Bảo vệ môi trường, môi sinh, cảnh quan, di tích lịch sử - văn hoá và các công trình quốc phòng, an ninh theo quy định của pháp luật;

- Bảo đảm các quyền của xã viên và thực hiện các cam kết kinh tế đối với xã viên;

- Thực hiện các nghĩa vụ đối với xã viên trực tiếp lao động cho hợp tác xã và người lao động do hợp tác xã thuê theo quy định của pháp luật về lao động; khuyến khích và tạo điều kiện để người lao động trở thành xã viên;

- Đóng bảo hiểm xã hội bắt buộc cho xã viên là cá nhân và người lao động làm việc thường xuyên cho hợp tác xã theo quy định của điều lệ hợp tác xã phù hợp với quy định của pháp luật về bảo hiểm; tổ chức cho xã viên không thuộc đối tượng trên tham gia đóng bảo hiểm xã hội tự nguyện. Chính phủ quy định cụ thể về việc đóng bảo hiểm xã hội đối với xã viên hợp tác xã;

- Chăm lo giáo dục, đào tạo, bồi dưỡng, nâng cao trình độ hiểu biết của xã viên, cung cấp thông tin để mọi xã viên tích cực tham gia xây dựng hợp tác xã;

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

Nhìn chung, các quyền và nghĩa vụ của hợp tác xã cũng giống như các quyền và nghĩa vụ của doanh nghiệp theo Luật Doanh nghiệp 2005. Điều này phản ánh tính chất « như một loại hình doanh nghiệp » của hợp tác xã mà Luật 2003 quy định. Tuy vậy, cũng có thể thấy một số quyền và nghĩa vụ của hợp tác xã có những nội dung đặc thù như việc kết nạp xã viên, khen thưởng - kỷ luật, phân phối thu nhập, giáo dục, đào tạo, bồi dưỡng, nâng cao trình độ hiểu biết của xã viên,...

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

### **4.1. Xác lập và chấm dứt tư cách xã viên**

*4.1.1. Xác lập tư cách xã viên:* Để có thể trở thành xã viên hợp tác xã, cần phải đáp ứng các điều kiện sau :



- Công dân Việt Nam từ mười tám tuổi trở lên, có năng lực hành vi dân sự đầy đủ ;

- Tán thành điều lệ hợp tác xã, tự nguyện xin gia nhập hợp tác xã;

- Có góp vốn, góp sức ;

- Cán bộ, công chức 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 và điều hành hợp tác xã.

- Hộ gia đình, pháp nhân có thể trở thành xã viên theo quy định của điều lệ hợp tác xã. Khi tham gia hợp tác xã, hộ gia đình, pháp nhân phải cử người đại diện có đủ điều kiện như đối với cá nhân tham gia.

- Cá nhân, hộ gia đình, pháp nhân có thể là xã viên của nhiều hợp tác xã trong trường hợp điều lệ hợp tác xã không cấm.

#### *4.1.2. Chấm dứt tư cách xã viên*

Tư cách xã viên hợp tác xã 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 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.

Việc giải quyết quyền lợi và nghĩa vụ đối với xã viên trong các trường hợp chấm dứt tư cách xã viên do điều lệ hợp tác xã quy định.

## **4.2. Quyền và nghĩa vụ của xã viên hợp tác xã**

### **4.2.1. Quyền của xã viên hợp tác xã**

- Xã viên hợp tác xã có quyền ưu tiên làm việc cho hợp tác xã và được trả công lao động theo quy định của điều lệ hợp tác xã; được hợp tác xã cung cấp các thông tin kinh tế - kỹ thuật cần thiết; được hợp tác xã tổ chức đào tạo, bồi dưỡng và nâng cao trình độ nghiệp vụ;

- Hưởng lãi chia theo vốn góp, công sức đóng góp và theo mức độ sử dụng dịch vụ của hợp tác xã; hưởng các phúc lợi của hợp tác xã; được hợp tác xã thực hiện các cam kết kinh tế. Xã viên được khen thưởng khi có nhiều đóng góp trong việc xây dựng và phát triển hợp tác xã;

- Xã viên được quyền dự đại hội xã viên hoặc bầu đại biểu dự đại hội xã viên, dự các hội nghị xã viên để bàn bạc và biểu quyết công việc của hợp tác xã; được ứng cử, bầu cử vào ban quản trị, chủ nhiệm hợp tác xã, ban kiểm soát và những chức danh được bầu khác của hợp tác xã;

- Xã viên được quyền đề đạt ý kiến với ban quản trị, chủ nhiệm hợp tác xã, ban kiểm soát của hợp tác xã và yêu cầu được trả lời; yêu cầu ban quản trị, chủ nhiệm hợp tác xã, ban kiểm soát triệu tập đại hội xã viên bất thường theo quy định;

- Chuyển vốn góp và các quyền lợi, nghĩa vụ của mình cho người khác theo quy định của điều lệ hợp tác xã;

- Xin ra hợp tác xã theo quy định của điều lệ hợp tác xã;

- 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 trong các trường hợp như: ra hợp tác xã; 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.

Trong các trường hợp vừa nêu, vốn góp và các quyền lợi khác của xã viên được trả lại cho người có đủ điều kiện thừa kế hoặc giám hộ đối với các xã viên này theo quy định của pháp luật.

#### **4.2.2. Nghĩa vụ của xã viên hợp tác xã**

- Xã viên có nghĩa vụ chấp hành điều lệ, nội quy hợp tác xã, các nghị quyết của đại hội xã viên;

- Góp vốn theo quy định của điều lệ hợp tác xã; mức vốn góp không vượt quá 30% vốn điều lệ của hợp tác xã;

- Đoàn kết, hợp tác giữa các xã viên, học tập nâng cao trình độ, góp phần thúc đẩy hợp tác xã phát triển;

- Thực hiện các cam kết kinh tế với hợp tác xã;

- Trong phạm vi vốn góp của mình, cùng chịu trách nhiệm về các khoản nợ, rủi ro, thiệt hại, các khoản lỗ của hợp tác xã;

- Bồi thường thiệt hại do mình gây ra cho hợp tác xã theo quy định của điều lệ hợp tác xã.

### **5. QUY CHẾ PHÁP LÝ VỀ TÀI SẢN VÀ TÀI CHÍNH HỢP TÁC XÃ**

#### **5.1. Vốn và tài sản của hợp tác xã**

Vốn của hợp tác xã hình thành từ nhiều nguồn, cụ thể:

- *Vốn góp của xã viên*: Khi gia nhập hợp tác xã, xã viên phải góp vốn theo quy định. Hình thức góp vốn rất đa dạng; có thể là tiền Việt Nam, ngoại tệ, các tài sản là bất động sản, động sản, quyền sử dụng đất, quyền sở hữu trí tuệ,...Xã viên có thể góp vốn một lần ngay từ đầu hoặc nhiều lần; mức, hình thức và thời hạn góp vốn do điều lệ hợp tác xã quy

định. Mức vốn góp tối thiểu được điều chỉnh theo quyết định của đại hội xã viên. Xã viên được trả lại vốn góp trong các trường hợp chấm dứt tư cách xã viên (trừ trường hợp đã chuyển hết vốn).

- *Vốn huy động*: Hợp tác xã được vay vốn ngân hàng và huy động vốn bằng các hình thức khác theo quy định của pháp luật; huy động bổ sung vốn góp của xã viên theo quyết định của đại hội xã viên. Ngoài ra, thực hiện chủ trương hỗ trợ và phát triển kinh tế tập thể, nhà nước dành cho hợp tác xã các khoản vốn trợ cấp; hợp tác xã cũng có quyền nhận hỗ trợ của các tổ chức, cá nhân trong và ngoài nước theo quy định của pháp luật.

- *Vốn tích lũy*: Hình thành từ lợi nhuận của hợp tác xã; theo đó hợp tác xã sử dụng một phần lợi nhuận để mua sắm tài sản. Việc quản lý, sử dụng phần vốn này theo những quy định pháp luật về tài chính của hợp tác xã và theo điều lệ của hợp tác xã.

Tài sản thuộc sở hữu của hợp tác xã được hình thành từ vốn hoạt động của hợp tác xã. Việc quản lý, sử dụng tài sản của hợp tác xã được thực hiện theo quy định của điều lệ hợp tác xã và các quy định của pháp luật có liên quan. Một điểm cần lưu ý là trong số các tài sản của hợp tác xã có bộ phận tài sản chung, bao gồm các công trình phục vụ sản xuất, công trình phúc lợi văn hoá, xã hội, kết cấu hạ tầng phục vụ chung cho cộng đồng dân cư được hình thành từ quỹ phát triển sản xuất, quỹ phúc lợi của hợp tác xã, các nguồn vốn do nhà nước trợ cấp, quà biếu, tặng của tổ chức, cá nhân trong nước và ngoài nước. Đây là những tài sản chung không thể chia cho xã viên nếu hợp tác xã giải thể, mà được chuyển giao cho chính quyền địa phương quản lý, sử dụng vào mục đích phục vụ dân sinh.

## **5.2. Quy chế về tài chính hợp tác xã**

Hợp tác xã hoạt động như một loại hình doanh nghiệp, vì vậy chế độ pháp lý về tài chính của hợp tác xã cũng có những điểm tương đồng với các loại hình doanh nghiệp khác, như công ty chẳng hạn.

Theo đó, hợp tác xã có vốn điều lệ, có quyền chủ động trong việc huy động vốn theo quy định của pháp luật và sử dụng vốn vào các hoạt động kinh doanh ; có quyền định đoạt đối với vốn và tài sản của hợp tác xã theo quy định. Trong quá trình hoạt động, hợp tác xã có quyền tăng, giảm vốn điều lệ.

Hợp tác xã phải lập quỹ phát triển sản xuất và quỹ dự phòng theo hướng dẫn của chính phủ; các quỹ khác do điều lệ hợp tác xã và đại hội xã viên quy định phù hợp với điều kiện cụ thể của từng hợp tác xã. Tỷ lệ cụ thể trích lập các quỹ do đại hội xã viên quyết định. Việc quản lý và sử dụng các quỹ của hợp tác xã do điều lệ hợp tác xã quy định.

Sau khi thực hiện xong nghĩa vụ nộp thuế, lãi của hợp tác xã được phân phối như sau:

- Trả bù các khoản lỗ của năm trước (nếu có) theo quy định của pháp luật về 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. Đại hội xã viên quyết định cụ thể tỷ lệ phân phối lãi hàng năm.

Các khoản lỗ phát sinh trong năm của hợp tác xã được trừ vào khoản thu từ tiền đền bù, bồi thường của cá nhân, tổ chức có liên quan; nếu chưa đủ thì bù đắp bằng quỹ dự phòng; nếu vẫn chưa đủ thì số lỗ còn lại được chuyển sang năm sau theo quy định của pháp luật về thuế.

## **6. TỔ CHỨC QUẢN LÝ HỢP TÁC XÃ**

Theo Luật Hợp tác xã năm 2003, bộ máy tổ chức quản lý hợp tác xã bao gồm: đại hội xã viên, ban quản trị và chủ nhiệm.

## 6.1. Đại hội xã viên

Đại hội xã viên là cơ quan có quyền quyết định cao nhất của hợp tác xã, bao gồm toàn bộ các xã viên. Tùy theo quy mô và số lượng xã viên, hợp tác xã có thể tổ chức đại hội đại biểu xã viên (nếu có trên 100 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 (gọi chung là đại hội xã viên) có quyền và nhiệm vụ như nhau.

Đại hội xã viên thường kỳ họp mỗi năm một lần do ban quản trị triệu tập trong thời hạn ba tháng, kể từ ngày khoá sổ quyết toán năm. Hợp tác xã cũng có thể tiến hành đại hội xã viên bất thường, do ban quản trị hoặc ban kiểm soát của hợp tác xã triệu tập, để quyết định những vấn đề cần thiết vượt quá quyền hạn của ban quản trị hoặc của ban kiểm soát.

Trong trường hợp có ít nhất 1/3 tổng số xã viên cùng có đơn yêu cầu triệu tập đại hội xã viên gửi đến ban quản trị hoặc ban kiểm soát thì trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày nhận đủ đơn, ban quản trị phải triệu tập đại hội xã viên bất thường; nếu quá thời hạn này mà ban quản trị không triệu tập thì ban kiểm soát phải triệu tập đại hội xã viên bất thường để giải quyết các vấn đề nêu trong đơn.

### 6.1.1. Các vấn đề đại hội xã viên thảo luận và quyết định

- Quy định tiêu chuẩn xã viên khi tham gia hợp tác xã; thông qua việc kết nạp xã viên mới và cho xã viên ra hợp tác xã; quyết định khai trừ xã viên;

- Báo cáo tình hình sản xuất, kinh doanh trong năm của hợp tác xã, phương hướng, kế hoạch sản xuất, kinh doanh; báo cáo hoạt động của ban quản trị và ban kiểm soát;

- Báo cáo công khai tài chính, dự kiến phân phối thu nhập và xử lý lỗ, các khoản nợ; phân phối lãi theo vốn góp, công sức đóng góp và mức độ sử dụng dịch vụ của các xã viên; các quỹ của hợp tác xã;

quyết định mức tiền công, tiền lương và tiền thưởng cho trưởng ban quản trị và các thành viên khác của ban quản trị, chủ nhiệm và các phó chủ nhiệm hợp tác xã, trưởng ban kiểm soát, các thành viên khác của ban kiểm soát và các chức danh khác của hợp tác xã; quyết định các đối tượng được hợp tác xã đóng bảo hiểm xã hội theo chính sách bảo hiểm xã hội bắt buộc của nhà nước;

- Vốn tối thiểu; tăng, giảm vốn điều lệ; thẩm quyền và phương thức huy động vốn; xác định giá trị tài sản chung của hợp tác xã theo quy định;

- Thành lập riêng hay không thành lập riêng bộ máy quản lý và bộ máy điều hành hợp tác xã theo quy định; bầu, bãi miễn ban quản trị, trưởng ban quản trị, ban kiểm soát, trưởng ban kiểm soát;

- Tổ chức lại, giải thể hợp tác xã;

- Sửa đổi điều lệ, nội quy hợp tác xã;

- Những vấn đề khác do ban quản trị, ban kiểm soát hoặc có ít nhất một phần ba tổng số xã viên đề nghị.

#### *6.1.2. Điều kiện họp đại hội và thủ tục biểu quyết*

- Đại hội xã viên phải có ít nhất 2/3 tổng số xã viên hoặc đại biểu xã viên tham dự; trường hợp không đủ số lượng xã viên thì phải tạm hoãn đại hội xã viên; ban quản trị hoặc ban kiểm soát phải triệu tập lại đại hội xã viên.

- Đối với các nội dung quan trọng như quyết định sửa đổi điều lệ, tổ chức lại, giải thể hợp tác xã chỉ được thông qua khi có ít nhất 3/4 tổng số xã viên hoặc đại biểu xã viên có mặt tại đại hội biểu quyết tán thành. Các quyết định về những vấn đề khác được thông qua khi có quá 1/2 tổng số đại biểu có mặt tại đại hội biểu quyết tán thành. Việc biểu quyết tại đại hội xã viên và các hội nghị xã viên không phụ thuộc vào số vốn góp hay chức vụ của xã viên trong hợp tác xã. Mỗi xã viên hoặc đại biểu xã viên chỉ có một phiếu biểu quyết.

## 6.2. Ban quản trị hợp tác xã

Ban quản trị hợp tác xã là bộ máy 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 hợp tác xã do điều lệ hợp tác xã quy định nhưng tối thiểu là 2 năm và tối đa không quá 5 năm. 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.

Ban quản trị hợp tác xã họp ít nhất mỗi tháng một lần do trưởng ban quản trị hoặc thành viên ban quản trị được uỷ quyền triệu tập và chủ trì. Ban quản trị hợp tác xã họp bất thường khi có 1/3 thành viên ban quản trị hoặc trưởng ban quản trị, trưởng ban kiểm soát, chủ nhiệm hợp tác xã yêu cầu. Cuộc họp của ban quản trị hợp tác xã họp lệ khi có ít nhất 2/3 số thành viên ban quản trị tham dự. Ban quản trị hợp tác xã hoạt động theo nguyên tắc tập thể và quyết định theo đa số. Trong trường hợp biểu quyết mà số phiếu tán thành và không tán thành ngang nhau thì số phiếu biểu quyết của bên có người chủ trì cuộc họp là quyết định.

Đại hội xã viên, như đã nói, có quyền quyết định việc thành lập riêng hay không thành lập riêng bộ máy quản lý và bộ máy điều hành hợp tác xã.

### 6.2.1. Hợp tác xã thành lập một bộ máy vừa quản lý vừa điều hành

Trong hình thức tổ chức này, Ban quản trị có các quyền và nhiệm vụ:

- Bổ nhiệm, miễn nhiệm phó chủ nhiệm hợp tác xã theo đề nghị của chủ nhiệm hợp tác xã; bổ nhiệm, miễn nhiệm, thuê hoặc chấm dứt hợp



đồng thuê kế toán trưởng (nếu hợp tác xã có chức danh này); quyết định cơ cấu tổ chức các bộ phận chuyên môn, nghiệp vụ của hợp tác xã;

- Tổ chức thực hiện nghị quyết của đại hội xã viên;

- Chuẩn bị báo cáo về kế hoạch sản xuất, kinh doanh, huy động vốn và phân phối lãi của hợp tác xã, báo cáo hoạt động của ban quản trị trình đại hội xã viên; Đánh giá kết quả sản xuất, kinh doanh của hợp tác xã; duyệt báo cáo quyết toán tài chính để trình đại hội xã viên;

- Chuẩn bị chương trình nghị sự của đại hội xã viên và triệu tập đại hội xã viên;

- Xét kết nạp xã viên mới và giải quyết việc xã viên ra hợp tác xã (trừ trường hợp khai trừ xã viên) và báo cáo để đại hội xã viên thông qua;

- Đại diện chủ sở hữu tài sản của hợp tác xã và doanh nghiệp trực thuộc trong trường hợp hợp tác xã có doanh nghiệp;

- Kiểm tra, đánh giá công việc của chủ nhiệm và các phó chủ nhiệm hợp tác xã theo các quyết định của ban quản trị;

- Chịu trách nhiệm về các quyết định của mình trước đại hội xã viên và trước pháp luật;

- Các quyền và nhiệm vụ khác do điều lệ hợp tác xã quy định.

Chủ nhiệm hợp tác xã đồng thời là trưởng ban quản trị; là người lãnh đạo ban quản trị và lãnh đạo hợp tác xã. Chủ nhiệm hợp tác xã do đại hội xã viên bầu ra, có các quyền và nhiệm vụ : đại diện hợp tác xã theo pháp luật; tổ chức thực hiện kế hoạch sản xuất, kinh doanh và điều hành các công việc hàng ngày của hợp tác xã; tổ chức thực hiện các quyết định của ban quản trị hợp tác xã; bổ nhiệm, miễn nhiệm, phân công các chức danh trong ban quản trị hợp tác xã, trừ các chức danh thuộc thẩm quyền của đại hội xã viên và ban quản trị hợp tác xã; ký kết các hợp đồng nhân danh hợp tác xã; trình báo cáo quyết toán tài chính hàng năm lên ban quản trị hợp tác xã; đề nghị với ban quản

trị về phương án bố trí cơ cấu tổ chức hợp tác xã; tuyển dụng lao động, trừ trường hợp thuộc thẩm quyền của ban quản trị hợp tác xã. Chủ nhiệm hợp tác xã chịu trách nhiệm trước đại hội xã viên và ban quản trị về công việc được giao. 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.

#### *6.2.2. Hợp tác xã thành lập riêng bộ máy quản lý và bộ máy điều hành*

- Trong hình thức tổ chức này, ban quản trị có các quyền và nhiệm vụ trong việc bổ nhiệm, miễn nhiệm, thuê hoặc chấm dứt hợp đồng thuê chủ nhiệm hợp tác xã theo nghị quyết của đại hội xã viên; bổ nhiệm, miễn nhiệm các phó chủ nhiệm hợp tác xã theo đề nghị của chủ nhiệm hợp tác xã. Các quyền hạn và nhiệm vụ khác của ban quản trị được quy định giống như mô hình một bộ máy vừa quản lý vừa điều hành.

- Trưởng ban quản trị hợp tác xã có các quyền và nhiệm vụ như đại diện hợp tác xã theo pháp luật; lập chương trình, kế hoạch hoạt động của ban quản trị; triệu tập và chủ trì các cuộc họp của ban quản trị, đại hội xã viên; chịu trách nhiệm trước đại hội xã viên và ban quản trị về công việc được giao; ký các quyết định của đại hội xã viên và ban quản trị.

- Chủ nhiệm hợp tác xã có các quyền và nhiệm vụ thực hiện kế hoạch hoạt động sản xuất, kinh doanh và điều hành các công việc hàng ngày của hợp tác xã; tổ chức thực hiện các quyết định của ban quản trị hợp tác xã; ký kết các hợp đồng nhân danh hợp tác xã do ban quản trị hợp tác xã ủy quyền; trình báo cáo quyết toán tài chính hàng năm lên ban quản trị hợp tác xã; đề nghị với ban quản trị về phương án bố trí cơ cấu tổ chức hợp tác xã; tuyển dụng lao động theo ủy quyền của ban quản trị hợp tác xã. Khi vắng mặt, chủ nhiệm ủy quyền cho một phó chủ nhiệm điều hành công việc của hợp tác xã.

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 vừa nêu, phải thực hiện các quyền và nghĩa vụ của xã viên hoặc thành viên ban quản trị hợp tác xã.

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 và tại hợp đồng thuê chủ nhiệm hợp tác xã. 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.

### **6.3. 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. Tiêu chuẩn thành viên ban kiểm soát như tiêu chuẩn 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.

Ban kiểm soát có các quyền và nhiệm vụ sau đây:

- Kiểm tra việc chấp hành điều lệ, nội quy hợp tác xã và nghị quyết của đại hội xã viên;
- Giám sát hoạt động của ban quản trị, chủ nhiệm hợp tác xã và xã viên theo đúng pháp luật và điều lệ, nội quy hợp tác xã;
- Kiểm tra về tài chính, kế toán, phân phối thu nhập, xử lý các khoản lỗ, sử dụng các quỹ của hợp tác xã, sử dụng tài sản, vốn vay và các khoản hỗ trợ của nhà nước;

- Tiếp nhận các khiếu nại, tố cáo có liên quan đến công việc của hợp tác xã; giải quyết hoặc kiến nghị cơ quan có thẩm quyền giải quyết theo quy định của điều lệ hợp tác xã;

- Dự các cuộc họp của ban quản trị;

- Thông báo kết quả kiểm tra cho Ban quản trị hợp tác xã và báo cáo trước đại hội xã viên; kiến nghị với ban quản trị, chủ nhiệm hợp tác xã khắc phục những yếu kém trong sản xuất, kinh doanh của hợp tác xã và giải quyết những vi phạm điều lệ, nội quy hợp tác xã;

- Yêu cầu những người có liên quan trong hợp tác xã cung cấp tài liệu, sổ sách, chứng từ và những thông tin cần thiết để phục vụ công tác kiểm tra nhưng không được sử dụng các tài liệu, thông tin đó vào mục đích khác;

- Chuẩn bị chương trình nghị sự và triệu tập đại hội xã viên bất thường khi có hành vi vi phạm pháp luật, điều lệ, nội quy hợp tác xã và nghị quyết của đại hội xã viên, ban kiểm soát đã yêu cầu mà ban quản trị không thực hiện hoặc thực hiện không có kết quả các biện pháp ngăn chặn; ban quản trị không triệu tập đại hội xã viên bất thường theo yêu cầu hợp lệ của xã viên.

## **1. NHẬN THỨC CHUNG VỀ PHÁ SẢN**

### **1.1. Khái niệm phá sản**

Phá sản vốn là một hiện tượng tất yếu trong nền kinh tế thị trường. Với cơ chế hoạt động kinh tế có cạnh tranh, bên cạnh các doanh nghiệp làm ăn ngay một phát đạt thì cũng không ít doanh nghiệp làm ăn thua lỗ, lụn bại dần rồi bị đào thải. Có nhiều nguyên nhân dẫn đến sự sa sút của doanh nghiệp như do quản lý yếu kém, do biến động của thị trường, sự thay đổi chính sách, pháp luật... Sự thua lỗ trong hoạt động sẽ dẫn doanh nghiệp đến chỗ không trả được các khoản nợ đến hạn và lâm vào tình trạng phá sản.

Hiện tượng phá sản bao giờ cũng kéo theo những hậu quả kinh tế - xã hội như gây ra sự rối loạn, ảnh hưởng xấu đến việc phát triển kinh doanh; ổn định đời sống, việc làm và thu nhập của người lao động; tăng khả năng phát sinh các tệ nạn xã hội... Tuy nhiên, phá sản cũng có những tác động tích cực. Xét ở góc độ kinh tế thì bản thân phá sản là một giải pháp rất hữu hiệu trong quá trình sàng lọc, tạo điều kiện cho việc tăng độ lành mạnh của môi trường kinh tế.

Phá sản được thể hiện bằng những thuật ngữ khá đa dạng trong ngôn ngữ của các quốc gia. Như trong tiếng Việt thì ngoài “phá sản” thì còn có các thuật ngữ như “khánh tận”, “vỡ nợ” cũng được dùng để chỉ hiện tượng này. Thông thường khái niệm phá sản được xem xét ở hai góc độ: doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản và phá sản là thủ tục phục hồi hoặc xử lý nợ đặc biệt.

### 1.1.1. Doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản

Trong pháp luật Việt Nam, khái niệm lâm vào tình trạng phá sản lần đầu tiên được ghi nhận ở Luật Công ty 1990, theo đó thì “*Công ty gặp khó khăn hoặc bị thua lỗ trong hoạt động kinh doanh đến mức tại một thời điểm tổng trị giá các tài sản còn lại của công ty không đủ thanh toán tổng số các khoản nợ đến hạn, là công ty lâm vào tình trạng phá sản*”. Có ý kiến cho rằng tình trạng này thật ra chưa phản ánh đầy đủ sự bế tắc của doanh nghiệp vì mới chỉ căn cứ vào một thời điểm khó khăn nhất định của doanh nghiệp mắc nợ.

Luật phá sản doanh nghiệp 1993 thì quy định: “*Doanh nghiệp đang lâm vào tình trạng phá sản là doanh nghiệp gặp khó khăn hoặc bị thua lỗ trong hoạt động kinh doanh sau khi đã áp dụng các biện pháp tài chính cần thiết mà vẫn mất khả năng thanh toán nợ đến hạn.*” Quy định này lại cho thấy khi doanh nghiệp được xác định là lâm vào tình trạng phá sản thì dường như nó đã kiệt quệ hoàn toàn và điều này làm cho chủ nợ thấy quyền lợi của họ bị ảnh hưởng rất nghiêm trọng.

Theo quy định của pháp luật Việt Nam, *doanh nghiệp bị lâm vào tình trạng phá sản là doanh nghiệp không có khả năng thanh toán các khoản nợ đến hạn khi chủ nợ có yêu cầu*. Vậy là sau một thời gian hình thành và hoàn thiện pháp luật về phá sản, khái niệm doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản đã được xây dựng theo hướng khá đơn giản và hợp lý.

Theo đó, dấu hiệu để cho rằng doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản chính là vì nó mất khả năng thanh toán nợ đến hạn khi chủ nợ có yêu cầu. Việc xác định dấu hiệu này có ý nghĩa hết sức quan trọng, là căn cứ khởi đầu cho một quá trình tiến hành các thủ tục giải quyết phá sản. Nhưng cách xác định mất khả năng thanh toán ở các nước trên thế giới cũng không hoàn toàn giống nhau. Luật phá sản của Việt Nam không quy định các dấu hiệu cụ thể để xác định doanh nghiệp mất khả năng thanh toán nợ đến hạn, tạo điều kiện cho việc sớm mở thủ tục phá sản cũng như khả năng phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp. Tuy nhiên, doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản chưa hẳn đã bị phá sản, nó chỉ bị coi là bị phá sản khi đã tiến hành thủ tục tuyên bố phá sản.

### *1.1.2. Phá sản – thủ tục phục hồi doanh nghiệp hoặc thanh lý nợ đặc biệt*

Phá sản là một quá trình gồm hai thủ tục chính: tái cơ cấu (phục hồi) doanh nghiệp mắc nợ và thanh lý tài sản. Tính chất đặc biệt của thủ tục phục hồi doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản ở chỗ, đây là một thủ tục tư pháp do cơ quan có thẩm quyền chủ trì chứ không phải là việc doanh nghiệp chủ động tự phục hồi. Còn sự đặc biệt của thủ tục thanh toán nợ là ở chỗ, việc đòi nợ và thanh toán nợ mang tính tập thể, được giải quyết thông qua một cơ quan nhà nước có thẩm quyền và trên cơ sở số tài sản còn lại của doanh nghiệp mắc nợ khi có quyết định của cơ quan có thẩm quyền; cho thấy sự khác biệt rất lớn với thủ tục thanh toán nợ dân sự, kinh tế thông thường.

## **1.2 Phân loại phá sản**

Trên thực tế, các vụ phá sản diễn ra rất đa dạng, có thể dựa vào những khía cạnh khác nhau để phân loại phá sản. Chẳng hạn như:

*Dựa vào nguyên nhân*, có thể chia thành phá sản trung thực và phá sản gian trá. Phá sản trung thực là trường hợp phá sản do những nguyên nhân khách quan hoặc bất khả kháng; còn phá sản gian trá là trường hợp do thủ đoạn của chủ doanh nghiệp, người điều hành quản lý doanh nghiệp nhằm tìm cách chiếm đoạt tài sản của các chủ nợ.

*Dựa vào cơ sở phát sinh quan hệ pháp lý*, có thể chia thành phá sản tự nguyện và phá sản bắt buộc. Phá sản tự nguyện là trường hợp chính con nợ yêu cầu mở thủ tục khi nhận thấy mình lâm vào tình trạng phá sản. Phá sản bắt buộc là trường hợp thủ tục giải quyết phá sản được mở do yêu cầu của chủ nợ.

*Dựa vào đối tượng và phạm vi điều chỉnh của pháp luật*, có thể chia thành phá sản doanh nghiệp và phá sản cá nhân.

## **1.3 Phân biệt phá sản với giải thể**

Phá sản hay giải thể về hiện tượng đều dẫn đến chấm dứt sự tồn tại của doanh nghiệp. Tuy nhiên, xét về bản chất thì phá sản và giải thể lại có những điểm khác nhau rất cơ bản như:

*Điểm thứ nhất*, lý do dẫn đến phá sản hẹp hơn rất nhiều so với giải thể. Trong khi một doanh nghiệp có thể bị giải thể vì hết thời hạn hoạt động mà không được gia hạn, vì không đủ số thành viên tối thiểu trong thời hạn sáu tháng liên tục, vì bị thu hồi giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh hay đơn giản vì đó là do quyết định của chủ doanh nghiệp thì việc dẫn đến phá sản lại chỉ do một lý do duy nhất là doanh nghiệp mất khả năng thanh toán.

*Điểm thứ hai*, thủ tục giải quyết một vụ phá sản là thủ tục tư pháp, do toà án có thẩm quyền giải quyết còn thủ tục giải thể doanh nghiệp lại là thủ tục hành chính do chủ doanh nghiệp tiến hành. Thời gian để giải quyết một vụ phá sản cũng dài hơn rất nhiều so với một vụ giải thể doanh nghiệp.

*Điểm thứ ba*, giải thể bao giờ cũng dẫn đến chấm dứt vĩnh viễn sự tồn tại của doanh nghiệp trong khi điều này không phải bao giờ cũng diễn ra đối với một doanh nghiệp bị tuyên bố phá sản. Khi doanh nghiệp bị tuyên bố phá sản được mua lại (tức là đổi chủ sở hữu), nó vẫn có thể tiếp tục hoạt động.

*Điểm thứ tư*, nhà nước có thái độ khác nhau đối với chủ sở hữu và người điều hành, quản lý doanh nghiệp trong các doanh nghiệp bị giải thể hoặc phá sản. Thông thường những người quản lý điều hành doanh nghiệp bị tuyên bố phá sản phải gánh chịu những hậu quả pháp lý nặng nề hơn rất nhiều so với người điều hành quản lý doanh nghiệp bị giải thể. Chẳng hạn như bị cấm quyền trong kinh doanh, bị truy cứu trách nhiệm hành chính hoặc thậm chí cả trách nhiệm hình sự.

## **2. PHÁP LUẬT VỀ PHÁ SẢN CỦA VIỆT NAM**

### **2.1 Sự hình thành và phát triển pháp luật về phá sản ở Việt Nam**

Đạo luật phá sản đầu tiên của Việt Nam là Luật Phá sản doanh nghiệp được Quốc hội thông qua ngày 30/12/1993 và có hiệu lực kể từ ngày 01/07/1994. Luật Phá sản doanh nghiệp 1993 gồm sáu chương và năm mươi hai điều quy định thủ tục phá sản đối với các doanh nghiệp thuộc mọi hình thức sở hữu khi lâm vào tình trạng phá sản. Tuy vậy, sau gần mười năm, thực tế cho thấy luật đi vào cuộc sống rất hạn chế. Một trong nhiều nguyên nhân dẫn đến thực trạng này là do Luật được xây dựng chưa thực sự phù hợp



với yêu cầu của cuộc sống, nên chưa thể trở thành công cụ pháp lý hữu hiệu cho các chủ thể pháp luật. Chẳng hạn như:

*Về phía các chủ nợ*, do Luật phá sản doanh nghiệp 1993 quy định tiêu chí xác định “lâm vào tình trạng phá sản” quá muộn nên các chủ nợ thường dùng những biện pháp khác nhằm thu hồi nợ mà không yêu cầu tòa án giải quyết phá sản. Vì nếu yêu cầu phá sản theo quy định của pháp luật thì lúc đấy doanh nghiệp mắc nợ có thể đã khánh kiệt hoàn toàn hoặc họ phải chia sẻ phần tài sản còn lại của con nợ với nhiều chủ nợ khác. Hơn thế nữa, Luật 1993 còn quy định thứ tự ưu tiên thanh toán của chủ nợ sau cả các khoản nợ thuế của nhà nước nên cơ hội được thanh toán của chủ nợ càng trở nên ít ỏi.

*Về phía con nợ*, chính vì tâm lý sợ bị tuyên bố phá sản mà các doanh nghiệp mắc nợ thường tìm mọi cách cứu vãn doanh nghiệp cho dù phải sử dụng những phương án hết sức liều lĩnh. Bên cạnh đó nhiều doanh nghiệp mắc nợ còn có hành vi vi phạm pháp luật nên không muốn yêu cầu tuyên bố phá sản, vì sợ bị công khai các hành vi đó.

*Về phía người lao động*, tâm lý sợ mất việc làm, ảnh hưởng đến cuộc sống của họ và gia đình nên cho dù luật có ghi nhận quyền yêu cầu nhưng trên thực tế người lao động rất ít khi thực hiện quyền này. Hơn thế nữa, ngoài việc ghi nhận quyền yêu cầu thì những quy định của pháp luật nhằm đảm bảo cơ chế thực tế để thực hiện quyền yêu cầu tuyên bố phá sản của người lao động lại không mấy rõ ràng nên có những trường hợp người lao động nộp đơn yêu cầu thì vụ việc cũng bế tắc không giải quyết được.

Nhằm khắc phục những hạn chế này, ngày 15/06/2004 Quốc hội đã thông qua Luật Phá sản, có hiệu lực kể từ ngày 25/10/2004 thay thế cho Luật Phá sản doanh nghiệp 1993. Luật Phá sản 2004 có chín chương với chín mươi lăm điều quy định điều kiện và việc nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản; xác định nghĩa vụ về tài sản và các biện pháp bảo toàn tài sản trong thủ tục phá sản; điều kiện thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh, thủ tục thanh lý tài sản và tuyên bố phá sản; quyền, nghĩa vụ, trách nhiệm của người nộp đơn yêu cầu tuyên bố phá sản. Điểm mới căn bản của Luật phá sản 2004 so với Luật phá sản doanh nghiệp 1993 là tiêu chí xác định “lâm vào tình trạng phá sản” đơn giản hơn rất nhiều và thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh cũng được quy định cụ thể, rõ ràng hơn.

## 2.2 Vai trò của pháp luật phá sản

Pháp luật phá sản có vai trò rất quan trọng trong đời sống kinh tế - xã hội, thể hiện trong một số mặt như:

*Pháp luật phá sản là công cụ pháp lý để bảo vệ quyền lợi chính đáng của các chủ nợ, đảm bảo việc đòi nợ được công bằng, trật tự. Quyền lợi của các chủ nợ bị xâm hại nghiêm trọng khi doanh nghiệp bị phá sản, chính vì vậy có khả năng xảy ra cơ chế tự xiết nợ của các chủ nợ, gây ra cho các chủ thể kinh doanh sự bất ổn về tâm lý và rối loạn trật tự kinh doanh. Thông qua pháp luật phá sản, một cơ chế đòi nợ tập thể được thiết lập trong trật tự, các chủ nợ được tham gia vào quá trình giải quyết phá sản do nhà nước chủ trì, tài sản của doanh nghiệp mắc nợ được tối đa hoá và đem ra thanh toán công bằng cho các chủ nợ.*

*Pháp luật phá sản là công cụ pháp lý bảo vệ lợi ích hợp pháp của con nợ, giải phóng con nợ khỏi nghĩa vụ trả nợ và tạo cơ hội cho con nợ có được sự khởi đầu mới. Trừ những trường hợp có hành vi lừa đảo, việc doanh nghiệp bị phá sản không phải là mong muốn của nhà kinh doanh. Cùng với chế độ trách nhiệm hữu hạn, pháp luật về phá sản góp phần tạo niềm tin và độ 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, các thành viên hợp danh sau khi doanh nghiệp bị tuyên bố phá sản.*

*Pháp luật phá sản bảo vệ quyền lợi của người lao động, là đối tượng chịu nhiều thiệt thòi khi doanh nghiệp bị tuyên bố phá sản. Pháp luật đảm bảo cho người lao động quyền yêu cầu tuyên bố phá sản, quyền tham gia hoạt động phục hồi và thanh lý tài sản cũng như quyền được ưu tiên thanh toán trước các chủ nợ khác.*

*Pháp luật phá sản góp phần tổ chức, cơ cấu lại nền kinh tế. Khi một doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản, thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh giúp cho doanh nghiệp mắc nợ có cơ hội cứu vãn tình hình tài chính và hoạt động kinh doanh, đưa doanh nghiệp thoát khỏi tình trạng phá sản để trở lại thương trường. Còn trong trường hợp không còn khả năng khôi phục hoạt động kinh doanh thì thủ tục thanh lý tài sản, tuyên bố doanh nghiệp phá sản thật sự là một cơ chế hữu hiệu để sàng lọc, loại bỏ những doanh nghiệp yếu kém nhằm làm trong sạch môi trường kinh doanh.*

*Pháp luật phá sản góp phần bảo đảm trật tự, kỷ cương xã hội.* Với việc giải quyết thỏa đáng mối quan hệ về lợi ích giữa chủ nợ và con nợ, pháp luật phá sản góp phần hạn chế những mâu thuẫn, căng thẳng giữa các chủ thể này.

## **2.3. Những nội dung cơ bản của Luật Phá sản 2004**

### *2.3.1 Đối tượng áp dụng của Luật Phá sản 2004*

Luật Phá sản 2004 quy định đối tượng áp dụng của luật này là doanh nghiệp, hợp tác xã và liên hiệp hợp tác xã, bao gồm tất cả các đơn vị kinh doanh được quy định trong Luật Doanh nghiệp 2005, Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003 và Luật Hợp tác xã 2003. Như vậy có thể thấy Luật Phá sản 2004 không bao quát hết tất cả các chủ thể kinh doanh, chẳng hạn không thể áp dụng luật này cho đối tượng là hộ kinh doanh.

### *2.3.2 Căn cứ xác định doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản*

Khắc phục nhược điểm của Luật Phá sản doanh nghiệp 1993 là quy định thời điểm để xác định con nợ lâm vào tình trạng phá sản là quá muộn, Luật Phá sản 2004 quy định rằng: *“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”*.

### *2.3.3 Đối tượng có quyền, nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản*

Các đối tượng sau đây có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã:

- Chủ nợ không có bảo đảm hoặc chủ nợ có bảo đảm một phần
- Đại diện của người lao động hoặc đại diện công đoàn
- Chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước
- Cổ đông công ty cổ phần
- Thành viên hợp danh của công ty hợp danh

Luật cũng quy định nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục tuyên bố phá sản của chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã. Trong thời hạn ba tháng, kể từ khi nhận thấy doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, nếu chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã không nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản thì phải chịu trách nhiệm theo quy định của pháp luật.

#### *2.3.4 Thủ tục phá sản*

Luật Phá sản 2004 đã tiếp cận thủ tục phá sản dưới góc độ một thủ tục “đòi nợ tập thể” cho nên vai trò của các chủ nợ và thủ tục tái cơ cấu lại doanh nghiệp được quy định cụ thể, hợp lý hơn nhiều so với Luật 1993.

#### *2.3.5 Thẩm quyền giải quyết việc phá sản*

Khác với Luật Phá sản doanh nghiệp 1993, Luật Phá sản 2004 quy định thẩm quyền giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã gồm:

- Tòa án cấp huyện có thẩm quyền tiến hành thủ tục phá sản đối với hợp tác xã đăng ký kinh doanh tại cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện đó. Việc tiến hành thủ tục do một thẩm phán phụ trách.
- Tòa án cấp tỉnh có thẩm quyền tiến hành thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã đã đăng ký kinh doanh tại cơ quan đăng ký kinh doanh cấp tỉnh đó và cả những vụ thuộc thẩm quyền của tòa án cấp huyện mà tòa án cấp tỉnh thấy cần thiết phải lấy lên để giải quyết. Việc tiến hành thủ tục do một thẩm phán hoặc một tổ gồm ba thẩm phán phụ trách.
- Tòa án cấp tỉnh nơi đặt trụ sở chính của doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài tại Việt Nam có thẩm quyền tiến hành thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài đó.

#### *2.3.6 Tổ quản lý, thanh lý tài sản*

Khác với Luật Phá sản doanh nghiệp 1993, Luật 2004 chỉ quy định có một tổ chức vừa thực hiện việc quản lý và thanh lý tài sản của doanh nghiệp bị phá sản, đó là tổ quản lý, thanh lý tài sản. Thành phần của tổ bao gồm một chấp hành viên của cơ quan thi hành án cùng cấp làm tổ trưởng; một cán bộ của tòa án; một đại diện chủ nợ; đại diện hợp pháp

của doanh nghiệp, hợp tác xã bị mở thủ tục phá sản. Trường hợp cần thiết có đại diện công đoàn, đại diện người lao động, đại diện các cơ quan chuyên môn tham gia tổ quản lý, thanh lý tài sản thì thẩm phán xem xét, quyết định. Nhiệm vụ, quyền hạn của tổ quản lý, thanh lý tài sản được quy định tại Điều 10 của Luật Phá sản 2004.

### *2.3.7 Thủ tục phân chia tài sản, thanh toán nợ*

Một trong những điểm hạn chế của Luật Phá sản doanh nghiệp 1993 là quy định ưu tiên thanh toán nợ thuế trước khi thanh toán cho các chủ nợ. Điều này thật sự không được hoan nghênh, khi mà việc xác định hợp lý thứ tự ưu tiên thanh toán tài sản có ý nghĩa hết sức quan trọng trong việc tạo ra tâm lý an toàn, khuyến khích các chủ nợ tích cực tham gia thủ tục giải quyết phá sản. Để khắc phục, Luật Phá sản 2004 gần như đã đảm bảo nguyên tắc các chủ nợ có vị trí bình đẳng với nhau trong thanh toán trừ một vài trường hợp ngoại lệ (chỉ ưu tiên trước cho người lao động).

### *2.3.8 Các biện pháp bảo tồn tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản*

Với mục đích nhằm ngăn chặn việc con nợ có thể tẩu tán tài sản hoặc cố ý làm thất thoát tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã bị lâm vào tình trạng phá sản và cũng nhằm tối đa hóa tài sản phá sản vì lợi ích của các chủ nợ, Luật Phá sản 2004 quy định các biện pháp bảo toàn tài sản sau:

- Cấm các doanh nghiệp, hợp tác xã mắc nợ, sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản của tòa án, thực hiện các hoạt động: cất giấu, tẩu tán tài sản; thanh lý nợ không có bảo đảm; từ bỏ hoặc giảm bớt quyền đòi nợ; chuyển các khoản nợ không có bảo đảm thành khoản nợ có bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp mắc nợ.

- Tuyên bố vô hiệu đối với một số giao dịch mà doanh nghiệp, hợp tác xã thực hiện với mục đích cất giấu, tẩu tán tài sản, gây thiệt hại cho chủ nợ trong khoảng thời gian ba tháng trước ngày tòa thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản

- Đình chỉ thực hiện các hợp đồng đang có hiệu lực, đang được thực hiện hoặc chưa được thực hiện nếu xét thấy việc đình chỉ là có lợi hơn cho doanh nghiệp, hợp tác xã.

- Áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời để bảo toàn tài sản của con nợ như: cho bán hàng hoá mau hỏng, sắp hết hạn sử dụng; kê biên, niêm phong tài sản; phong tỏa tài khoản; niêm phong kho, quỹ, thu giữ sổ sách kế toán...; cấm hoặc buộc thực hiện một số hành vi nhất định.

- Đình chỉ thi hành án dân sự hoặc giải quyết vụ án có liên quan đến tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã mắc nợ.

### **3. THỦ TỤC PHÁ SẢN DOANH NGHIỆP, HỢP TÁC XÃ**

#### **3.1. Nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản**

##### *3.1.1. Nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản*

Pháp luật phá sản của các quốc gia đều ghi nhận nghĩa vụ nộp đơn đến tòa án xin mở thủ tục xử lý phá sản khi rơi vào tình trạng mất khả năng thanh toán của doanh nghiệp mắc nợ; bên cạnh đó, còn ghi nhận quyền của các chủ nợ được yêu cầu mở thủ tục phá sản nếu như không được doanh nghiệp thanh toán nợ. Pháp luật Việt Nam cũng quy định rõ những chủ thể có quyền, nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu tòa án mở thủ tục phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã.

Theo luật phá sản của Việt Nam, quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản trước hết được quy định cho chủ nợ, điều này thể hiện rõ, thực chất của thủ tục phá sản nhằm giải quyết mối quan hệ nợ nần giữa chủ nợ và con nợ. Tuy nhiên, quyền yêu cầu này chỉ dành cho chủ nợ không có bảo đảm (là chủ nợ có khoản nợ không được đảm bảo bằng tài sản của con nợ hoặc của người thứ ba) và chủ nợ có bảo đảm một phần (là chủ nợ có khoản nợ được đảm bảo bằng tài sản của con nợ hoặc người thứ ba mà trị tài sản bảo đảm ít hơn khoản nợ đó).

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 (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.

Đại diện cho người lao động được cử hợp pháp sau khi được quá nửa người lao động trong doanh nghiệp, hợp tác xã tán thành bằng cách bỏ phiếu kín hoặc lấy chữ ký; đối với các doanh nghiệp, hợp tác xã có quy mô lớn, có nhiều đơn vị trực thuộc thì đại diện cho người lao động được cử hợp pháp khi được quá nửa số người làm đại diện từ các đơn vị trực thuộc tán thành. Sau khi nộp đơn, đại diện công đoàn hoặc đại diện cho người lao động được coi là chủ nợ.

Khi nhận thấy công ty nhà nước lâm vào tình trạng phá sản mà bản thân doanh nghiệp không thực hiện nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản thì đại diện chủ sở hữu của doanh nghiệp có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp đó.

Khi công ty cổ phần lâm vào tình trạng phá sản, quyền nộp đơn còn được ghi nhận cho các cổ đông. Cổ đông hoặc nhóm cổ đông có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản công ty theo quy định của điều lệ công ty; nếu điều lệ công ty không quy định thì việc nộp đơn được thực hiện theo nghị quyết của đại hội đồng cổ đông. Trong trường hợp điều lệ công ty không có quy định mà không tiến hành được đại hội đồng cổ đông thì cổ đông hoặc nhóm cổ đông sở hữu trên 20% số cổ phần phổ thông trong thời gian liên tục ít nhất là sáu tháng có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với công ty cổ phần đó.

Thành viên hợp danh có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản khi nhận thấy công ty hợp danh đó lâm vào tình trạng phá sản.

Trong quá trình kinh doanh, bản thân chủ thể kinh doanh hiểu rõ nhất tình hình tài chính cũng như khả năng thanh toán của chính mình. Pháp luật quy định việc nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản khi nhận thấy mình lâm vào tình trạng phá sản là nghĩa vụ của chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã.

Ngoài các đối tượng trên đây thì không có một cơ quan, tổ chức hay cá nhân nào có quyền yêu cầu mở thủ tục phá sản.

Người yêu cầu mở thủ tục phá sản phải làm đơn nộp cho tòa án có thẩm quyền. Trường hợp người nộp đơn yêu cầu tuyên bố phá sản là chủ doanh nghiệp hoặc người đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã; cổ đông của công ty cổ phần; thành viên hợp danh của công ty hợp danh thì người nộp đơn phải gửi kèm theo các giấy tờ, tài liệu theo quy

định. Đơn yêu cầu cũng cần phải đảm bảo các nội dung theo quy định của pháp luật về phá sản.

Người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản phải nộp một khoản tiền tạm ứng phí phá sản theo quyết định của tòa án trừ trường hợp người nộp đơn là đại diện người lao động.

Trong khi thực hiện chức năng, nhiệm vụ của mình, nếu nhận thấy doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản thì tòa án, viện kiểm sát, cơ quan thanh tra, cơ quan quản lý vốn, tổ chức kiểm toán hoặc cơ quan quyết định thành lập doanh nghiệp có nhiệm vụ thông báo bằng văn bản cho những người có quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản biết để họ xem xét việc nộp đơn.

### *3.1.2 Thủ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản*

Theo quy định của Luật Phá sản ở Việt Nam, tòa án cấp huyện và cấp tỉnh được phân cấp thụ lý đơn tùy thuộc vào loại hình doanh nghiệp và nơi đăng ký kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Tòa án có thẩm quyền nhận đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, thụ lý đơn và tiến hành thủ tục phá sản. Cụ thể được xác định như sau:

- Tòa án cấp huyện (gồm 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 cấp tỉnh (gồm tỉnh và thành phố trực thuộc trung ương) có thẩm quyền nhận đơn đối với doanh nghiệp, hợp tác xã đăng ký kinh doanh tại cơ quan đăng ký kinh doanh cấp tỉnh đó.

Trong trường hợp cần thiết tòa án cấp tỉnh lấy lên để tiến hành thủ tục phá sản đối với hợp tác xã thuộc cấp thẩm quyền của tòa án cấp huyện.

Việc giải quyết phá sản tại tòa án cấp tỉnh do tòa kinh tế thực hiện.

Việc tiến hành thủ tục phá sản tại tòa án cấp huyện do một thẩm phán phụ trách, tại tòa án cấp tỉnh do một thẩm phán hoặc một tổ gồm ba thẩm phán phụ trách. Trong trường hợp do tổ thẩm phán phụ trách thì sẽ có một thẩm phán được giao làm tổ trưởng.

Sau khi nhận đơn, tòa án thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản kể từ ngày người nộp đơn xuất trình biên lai nộp tiền tạm ứng phí phá sản và



phải cấp cho người nộp đơn giấy báo đã thụ lý đơn. Trường hợp người nộp đơn không phải là chủ doanh nghiệp hay người đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã thì trong thời hạn năm ngày, kể từ ngày thụ lý đơn, tòa án phải thông báo cho doanh nghiệp, hợp tác xã đó biết.

Tòa án có thể trả lại đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản nếu người nộp đơn không nộp tiền tạm ứng phí phá sản hoặc không có quyền nộp đơn hay một tòa án khác đã mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Tòa cũng trả lại đơn yêu cầu khi có căn cứ rõ ràng cho thấy việc nộp đơn là không khách quan, gây ảnh hưởng xấu đến danh dự, uy tín, hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã hoặc có sự gian dối trong việc yêu cầu mở thủ tục phá sản.

### *3.1.3. Quyết định mở thủ tục phá sản*

Trong thời hạn ba mươi 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 hay không mở thủ tục phá sản. Tòa án ra quyết định mở thủ tục phá sản khi có căn cứ chứng minh doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản. Quyết định được gửi cho doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, viện kiểm sát cùng cấp, các chủ nợ, các con nợ và được đăng trên báo địa phương nợ doanh nghiệp, hợp tác xã có trụ sở chính hoặc báo hàng ngày của trung ương trong ba số liên tiếp. Đồng thời với quyết định mở thủ tục phá sản, thẩm phán (người được phân công phụ trách giải quyết vụ việc) ra quyết định thành lập tổ quản lý, thanh lý tài sản.

### *3.1.4. Tổ quản lý, thanh lý tài sản*

Khi giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản, việc quản lý, thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản là hết sức quan trọng nhằm đảm bảo lợi ích cũng như sự công bằng cho các chủ nợ. Theo quy định của Luật Phá sản, tổ quản lý, thanh lý tài sản là một tập thể với sự hiện diện của nhiều lợi ích khác nhau như nhà nước, các chủ nợ và cả con nợ. Thành phần của tổ gồm có: một chấp hành viên của cơ quan thi hành án cùng cấp làm tổ trưởng, một cán bộ của tòa án, một đại diện chủ nợ, đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã bị mở thủ tục phá sản. Trong trường hợp cần thiết có đại diện công đoàn, đại diện người lao động (khi họ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản hoặc công

đoàn có yêu cầu tham gia). Nếu doanh nghiệp, hợp tác xã bị yêu cầu tuyên bố phá sản hoạt động trong lĩnh vực đặc thù như bảo hiểm, kiểm toán, ngân hàng...thì có thể có đại diện cơ quan chuyên môn tham gia tổ quản lý, thanh lý tài sản.

*Tổ quản lý, thanh lý tài sản có các nhiệm vụ quyền hạn như:*

- Lập bảng kê toàn bộ tài sản hiện có của doanh nghiệp, hợp tác xã
- Giám sát, kiểm tra việc sử dụng tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã
- Đề nghị thẩm phán quyết định áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời để bảo toàn tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã trong trường hợp cần thiết
- Lập danh sách các chủ nợ và số nợ phải trả cho từng chủ nợ; những người mắc nợ và số nợ phải đòi của doanh nghiệp, hợp tác xã
- Thu hồi và quản lý tài sản, tài liệu, sổ kế toán và con dấu của doanh nghiệp, hợp tác xã bị áp dụng thủ tục thanh lý
- Thực hiện phương án phân chia tài sản theo quyết định của thẩm phán
- Phát hiện và đề nghị thẩm phán ra quyết định thu hồi lại tài sản, giá trị tài sản hay phân chênh lệch giá trị tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã bị áp dụng thủ tục thanh lý đã bán hoặc chuyển giao bất hợp pháp trong những trường hợp cần thiết.
- Thi hành quyết định của thẩm phán về việc bán đấu giá tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã bị áp dụng thủ tục thanh lý theo đúng quy định của pháp luật về bán đấu giá
- Gửi các khoản tiền thu được từ những người mắc nợ và từ việc bán đấu giá tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã vào tài khoản mở tại ngân hàng
- Thi hành các quyết định khác của thẩm phán trong quá trình tiến hành thủ tục phá sản

Sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản, mọi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã vẫn được tiến hành bình thường nhưng phải chịu sự kiểm tra giám sát của thẩm phán và tổ quản lý, thanh

lý tài sản. Hoạt động kinh doanh vẫn đặt dưới sự điều hành của những người quản lý doanh nghiệp, hợp tác xã. Tuy vậy, hội nghị chủ nợ có thể đề nghị thẩm phán ra quyết định cử người khác quản lý, điều hành hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã khi xét thấy cần thiết cho việc bảo toàn tài sản.

Doanh nghiệp, hợp tác xã, kể từ ngày nhận được quyết định mở thủ tục phá sản, bị cấm hoặc hạn chế một số hoạt động như: cất giấu; tẩu tán tài sản; thanh toán nợ không có bảo đảm; từ bỏ hoặc giảm bớt quyền đòi nợ; chuyển các khoản nợ không có đảm bảo thành có đảm bảo bằng tài sản của doanh nghiệp. Một số hoạt động khác chỉ được tiến hành khi có sự đồng ý bằng văn bản của thẩm phán như: cầm cố, thế chấp, chuyển nhượng, bán, tặng, cho, cho thuê tài sản; nhận tài sản từ một hợp đồng chuyển nhượng; chấm dứt thực hiện hợp đồng đã có hiệu lực; vay tiền; bán, chuyển đổi cổ phần hoặc chuyển quyền sở hữu tài sản; thanh toán các khoản nợ mới phát sinh từ hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã và trả lương cho người lao động.

Trong thời hạn sáu mươi ngày, kể từ ngày cuối cùng đăng báo về quyết định của tòa án mở thủ tục phá sản, các chủ nợ phải gửi giấy đòi nợ cho tòa án, trong đó phải nêu cụ thể các khoản nợ, số nợ đến hạn và chưa đến hạn và phân định rõ các loại nợ. Kèm theo giấy đòi nợ phải có các tài liệu về những khoản nợ đó. Hết thời hạn luật định, các chủ nợ không gửi giấy đòi nợ đến tòa án thì được coi là từ bỏ quyền đòi nợ. Giấy đòi nợ là cơ sở để tổ quản lý, thanh lý tài sản lập danh sách chủ nợ. Trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày hết hạn gửi giấy đòi nợ, tổ quản lý, thanh lý tài sản phải lập xong danh sách chủ nợ, trong đó xác định rõ số nợ của mỗi loại, nợ đến hạn, nợ chưa đến hạn.

## **3.2 Tổ chức hội nghị chủ nợ và thủ tục phục hồi kinh doanh**

### **3.2.1 Hội nghị chủ nợ**

Hội nghị chủ nợ là cơ quan duy nhất của các chủ nợ được thành lập để giải quyết một cách công bằng các vấn đề liên quan đến lợi ích chủ nợ. Bản thân con nợ có được tiếp tục tồn tại để hoạt động kinh doanh nữa hay không tùy thuộc vào ý chí của các chủ nợ. Các chủ nợ sẽ biểu hiện ý chí này thông qua hội nghị chủ nợ. Pháp luật của các quốc gia đều coi trọng vai trò của chủ nợ cũng như hội nghị chủ nợ trong quá trình giải quyết

phá sản. Theo Luật phá sản của Việt Nam, hội nghị chủ nợ chính là chủ thể quan trọng tham gia vào quá trình giải quyết phá sản. Thẩm phán được phân công phụ trách giải quyết vụ phá sản là người có thẩm quyền triệu tập hội nghị chủ nợ.

Thành phần hội nghị chủ nợ bao gồm người có quyền và nghĩa vụ tham gia. Người có quyền tham gia hội nghị chủ nợ gồm các chủ nợ có tên trong danh sách chủ nợ; đại diện cho người lao động, đại diện công đoàn được người lao động ủy quyền; người bảo lãnh sau khi đã trả nợ thay cho doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản trở thành chủ nợ không bảo đảm và có quyền tham gia hội nghị chủ nợ. Người có nghĩa vụ tham gia hội nghị chủ nợ là người đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản (nếu người nộp đơn là chủ doanh nghiệp, đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã; đại diện chủ sở hữu của công ty nhà nước, cổ đông công ty cổ phần, thành viên hợp danh của công ty hợp danh). Hội nghị chủ nợ do thẩm phán phụ trách tiến hành thủ tục phá sản chủ trì.

Điều kiện để hội nghị chủ nợ hợp lệ là phải có quá nửa số chủ nợ không có đảm bảo đại diện cho từ 2/3 tổng số nợ không có bảo đảm trở lên và có sự tham gia của người có nghĩa vụ tham gia.

Việc triệu tập hội nghị chủ nợ có thể được tiến hành một lần hoặc phải tiến hành hai lần phụ thuộc vào điều kiện hợp lệ của hội nghị chủ nợ hoặc theo ý kiến của đa số chủ nợ có mặt ở hội nghị biểu quyết hoãn hội nghị chủ nợ. Hội nghị phải được triệu tập lại chậm nhất sau ba mươi ngày, kể từ ngày hoãn hội nghị chủ nợ. Giấy triệu tập hội nghị chủ nợ phải được gửi cho người có quyền và nghĩa vụ tham gia chậm nhất là mười lăm ngày trước ngày khai mạc hội nghị. Kèm theo giấy triệu tập phải có chương trình, nội dung của hội nghị và các tài liệu khác (nếu có).

Thẩm phán phải triệu tập hội nghị chủ nợ lần thứ nhất trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày lập xong danh sách chủ nợ. Nếu việc kiểm kê tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã kết thúc sau ngày lập danh sách chủ nợ thì thời hạn này tính từ ngày kiểm kê xong tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã.

Hội nghị chủ nợ lần thứ nhất thực hiện những công việc cụ thể như sau:

- Tổ trưởng tổ quản lý, thanh lý tài sản thông báo cho hội nghị chủ nợ về tình hình kinh doanh, thực trạng tài chính của doanh nghiệp, hợp tác xã

lâm vào tình trạng phá sản; kết quả kiểm kê tài sản; danh sách chủ nợ, danh sách những người mắc nợ và các nội dung khác nếu thấy cần thiết.

- Chủ doanh nghiệp hoặc người đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã trình bày ý kiến về các nội dung do tổ quản lý, thanh lý tài sản đã thông báo cho hội nghị; đề xuất phương án, giải pháp tổ chức lại hoạt động kinh doanh, khả năng và thời hạn thanh toán nợ.

- Hội nghị chủ nợ thảo luận về các nội dung do tổ trưởng tổ quản lý, thanh lý tài sản đã thông báo và các ý kiến của chủ doanh nghiệp, đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã.

- Hội nghị thông qua nghị quyết. Nghị quyết được lập thành văn bản và phải được quá nửa số chủ nợ không có bảo đảm có mặt tại hội nghị đại diện cho từ 2/3 tổng số nợ không có bảo đảm trở lên thông qua. Nghị quyết của hội nghị chủ nợ có hiệu lực ràng buộc đối với tất cả các chủ nợ.

- Trường hợp hội nghị chủ nợ xét thấy cần phải thay thế người đại diện cho các chủ nợ trong thành phần tổ quản lý, thanh lý tài sản thì hội nghị bầu người thay thế.

- Đề nghị thẩm phán ra quyết định cử người quản lý, điều hành hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản.

Trong quá trình giải quyết phá sản, các hội nghị chủ nợ tiếp theo có thể được thẩm phán triệu tập vào bất kỳ ngày làm việc nào của quá trình tiến hành thủ tục phá sản nếu có đề nghị của tổ trưởng tổ quản lý, thanh lý tài sản hoặc của các chủ nợ đại diện cho ít nhất 1/3 tổng số nợ không có bảo đảm. Như vậy, có thể hiểu là hội nghị chủ nợ sẽ được tổ chức một cách linh hoạt trong thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh hoặc trong thủ tục thanh lý tài sản với các chương trình, nội dung do thẩm phán phụ trách tiến hành thủ tục phá sản quyết định. Những hội nghị này được tổ chức khi cần thiết tùy thuộc vào từng vụ phá sản trong thực tế và đều hướng tới mục đích tăng tối đa khả năng thu hồi nợ cho chủ nợ.

### 3.2.2 Thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh

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

Theo quy định, 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, hợp tác xã đó xây dựng hoặc có thể do bất cứ chủ nợ hay 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. Trong phương án phục hồi hoạt động kinh doanh phải nêu rõ các biện pháp cần thiết để phục hồi hoạt động kinh doanh, các điều kiện, thời hạn và kế hoạch thanh toán các khoản nợ. Các biện pháp cần thiết để phục hồi hoạt động kinh doanh được quy định trong Luật phá sản.

Thời hạn xây dựng phương án phục hồi hoạt động kinh doanh là ba mươi ngày, kể từ ngày hội nghị chủ nợ lần thứ nhất thông qua nghị quyết. Trường hợp cần phải có thời gian dài hơn để xây dựng phương án phục hồi thì phải có văn bản đề nghị thẩm phán gia hạn nhưng cũng không gia hạn quá ba mươi ngày.

Trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày nhận được phương án phục hồi hoạt động kinh doanh, thẩm phán phải nghiên cứu để quyết định đưa phương án ra hội nghị chủ nợ xem xét, quyết định hoặc đề nghị sửa đổi bổ sung phương án đó nếu thấy chưa đảm bảo các nội dung của một phương án phục hồi hoạt động kinh doanh.

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. Hội nghị chủ nợ lần này được tổ chức trong thời hạn mười ngày, kể từ ngày thẩm phán quyết định đưa phương án phục hồi hoạt động kinh doanh ra hội nghị chủ nợ. Sau khi có nghị quyết của hội nghị chủ nợ về phương án phục hồi hoạt động kinh doanh, thẩm phán phải ra quyết định công nhận nghị quyết đó. Nghị quyết này có hiệu lực đối với tất cả các bên có liên quan.

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

Trong thời gian hoạt động kinh doanh theo phương án phục hồi, cứ sáu tháng một 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. Chính vì thế, các chủ nợ phải 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 ba 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.

Phương án phục hồi hoạt động kinh doanh cũng có thể được các chủ nợ, doanh nghiệp, hợp tác xã thỏa thuận để sửa đổi, bổ sung trong quá trình thực hiện và được thẩm phán ra quyết định công nhận. Các bên có quyền thỏa thuận thay đổi phương án phục hồi vì thực chất thủ tục giải quyết phá sản nói chung và thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh nói riêng có mục đích vực dậy con nợ khi còn có thể và tăng tối đa khả năng thanh toán nợ.

### *3.2.2.3 Đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh*

Thẩm phán sẽ 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 khi xuất hiện 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 đảm bảo đại diện cho từ hai phần ba tổng số nợ không có đảm bảo trở lên chưa thanh toán đồng ý đình chỉ.

Tòa án phải gửi 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 lâm vào tình trạng phá sản nữa.

Ngay sau khi ra quyết định đình chỉ thủ tục phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, việc thi hành án dân sự hoặc việc giải quyết vụ án đã bị đình chỉ khi có quyết định mở thủ tục phá sản của tòa án sẽ được tiếp tục tiến hành. Trong thời hạn ba ngày, kể từ ngày ra quyết định, tòa án phải thông báo bằng văn bản cho cơ quan thi hành án dân sự để tiếp tục thi hành án dân sự theo quy định của pháp luật. Kèm theo thông báo là các giấy tờ, tài liệu có liên quan đến việc thi hành án dân sự (nếu có). Cũng trong thời hạn này, tòa án phải gửi trả lại hồ sơ vụ án cho tòa án có thẩm quyền để giải quyết vụ việc theo quy định của pháp luật.

### **3.3 Thủ tục thanh lý tài sản và thanh toán nợ**

#### ***3.3.1 Các trường hợp tòa án ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản***

***Trường hợp thứ nhất, quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản trong trường hợp đặc biệt***

Trường hợp doanh nghiệp hoạt động kinh doanh bị thua lỗ nghiêm trọng đã được nhà nước áp dụng biện pháp đặc biệt để phục hồi hoạt động kinh doanh, nhưng vẫn không phục hồi được và không thanh toán được các khoản nợ đến hạn khi chủ nợ có yêu cầu thì tòa án ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp mà không cần phải triệu tập hội nghị chủ nợ để xem xét việc áp dụng thủ tục phục hồi.

***Trường hợp thứ hai, quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản khi hội nghị chủ nợ không thành***

Thẩm phán ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản khi hội nghị chủ nợ không thành trong những trường hợp sau:

- Chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã không tham gia hội nghị chủ nợ mà không có lý do chính đáng hoặc sau khi hội nghị chủ nợ đã được hoãn một lần mà vẫn không tham gia hội nghị chủ nợ được triệu tập lại nếu người nộp đơn yêu cầu mở thủ



tục phá sản là chủ nợ không có bảo đảm hoặc có bảo đảm một phần hoặc người lao động.

- Không đủ số chủ nợ tham gia hội nghị chủ nợ sau khi hội nghị chủ nợ đã hoãn một lần nếu người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản là chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã hoặc người nộp đơn yêu cầu là chủ sở hữu công ty nhà nước, cổ đông công ty cổ phần, thành viên hợp danh của công ty hợp danh, công ty trách nhiệm hữu hạn.

***Trường hợp thứ ba, quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản sau khi có Nghị quyết của hội nghị chủ nợ lần thứ nhất***

Sau khi hội nghị chủ nợ lần thứ nhất thông qua nghị quyết đồng ý với dự kiến các giải pháp tổ chức lại hoạt động kinh doanh, kế hoạch thanh toán nợ cho các chủ nợ và yêu cầu doanh nghiệp, hợp tác xã phải xây dựng phương án phục hồi hoạt động kinh doanh, nếu có một trong các trường hợp sau đây thì thẩm phán ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã:

- Doanh nghiệp, hợp tác xã không xây dựng được phương án phục hồi hoạt động kinh doanh trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày hội nghị chủ nợ lần thứ nhất thông qua nghị quyết. Nếu cần thời gian dài hơn để xây dựng phương án phục hồi thì có thể được thẩm phán gia hạn thêm không quá ba mươi ngày nhưng doanh nghiệp, hợp tác xã vẫn không xây dựng được phương án phục hồi đó.

- Hội nghị chủ nợ không thông qua phương án phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã.

- Doanh nghiệp, hợp tác xã thực hiện không đúng hoặc không thực hiện được phương án phục hồi hoạt động kinh doanh, trừ trường hợp các bên liên quan có thỏa thuận khác. Đây là trường hợp doanh nghiệp, hợp tác xã đã có phương án phục hồi hoạt động kinh doanh được hội nghị chủ nợ thông qua nhưng trong quá trình thực hiện đã vi phạm các nghĩa vụ được thỏa thuận tại phương án phục hồi đó.

### *3.3.2 Nội dung của quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản*

Quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của tòa án phải có các nội dung chính sau đây:

- Ngày, tháng, năm ra quyết định
- Tên của tòa án; họ và tên thẩm phán phụ trách tiến hành thủ tục phá sản
- Tên, địa chỉ của doanh nghiệp, hợp tác xã bị áp dụng thủ tục thanh lý tài sản
- Căn cứ của việc áp dụng thủ tục thanh lý tài sản
- Phương án phân chia tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã
- Quyền khiếu nại, kháng nghị và thời hạn khiếu nại, kháng nghị

Quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản phải được tòa án gửi và thông báo công khai như khi có quyết định mở thủ tục phá sản.

### *3.3.3 Khiếu nại, kháng nghị và giải quyết khiếu nại kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản*

Doanh nghiệp, hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản, các chủ nợ có quyền khiếu nại, viện kiểm sát nhân dân cùng cấp có quyền kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản; những người mắc nợ doanh nghiệp, hợp tác xã có quyền khiếu nại phản quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã có liên quan đến nghĩa vụ trả nợ của mình trong thời hạn hai mươi ngày, kể từ ngày cuối cùng đăng báo về quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản.

Trong thời hạn năm ngày, kể từ ngày hết thời hạn khiếu nại, kháng nghị, tòa án đã ra quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã phải gửi hồ sơ về phá sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị cho tòa án cấp trên trực tiếp để xem xét giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản. Khi nhận được hồ sơ về phá sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị,

chánh án tòa án cấp trên trực tiếp chỉ định một tổ ba thẩm phán xem xét giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản.

Trong thời hạn sáu mươi ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ về phá sản, tổ thẩm phán phải xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản. Tổ thẩm phán có quyền ra một trong các quyết định hoặc không chấp nhận khiếu nại, kháng nghị và giữ nguyên quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của tòa án cấp dưới hoặc sửa quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của tòa án cấp dưới hoặc hủy quyết định mở thủ tục thanh lý tài sản của tòa cấp dưới và giao hồ sơ về phá sản về cho tòa án cấp dưới tiếp tục thủ tục phục hồi theo quy định của Luật phá sản. Quyết định giải quyết khiếu nại, kháng nghị của tòa cấp trên trực tiếp là quyết định cuối cùng và có hiệu lực pháp luật kể từ ngày ra quyết định.

#### *3.3.4. Phân chia tài sản*

Khi tham gia vào một vụ giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản, vấn đề các chủ nợ đặc biệt quan tâm là việc thanh toán các tài sản còn lại của doanh nghiệp, hợp tác xã sẽ được tiến hành như thế nào. Sự công bằng, chính xác trong phân chia tài sản còn lại của chủ thể bị phá sản cho các đối tượng theo thứ tự ưu tiên có một ý nghĩa rất lớn trong việc ổn định trật tự chung, tạo nên tâm lý an toàn pháp lý cho các chủ nợ, chính vì thế, pháp luật phải chỉ định chủ thể gánh vác công việc khó khăn này. Trong khi pháp luật của một số nước giao cho tòa án tổ chức luôn cả việc phân chia tài sản còn lại của doanh nghiệp bị phá sản thì Luật phá sản của Việt Nam lại giao quyền phân chia tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã cho tổ quản lý, thanh lý tài sản.

Tổ trưởng tổ quản lý, thanh lý tài sản có trách nhiệm xây dựng phương án phân chia tài sản, kế hoạch trả nợ để thẩm phán xem xét, quyết định; tổ chức thực hiện phương án phân chia tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã bị mở thủ tục thanh lý tài sản cho các chủ nợ phải theo đúng quyết định của thẩm phán và thứ tự ưu tiên theo quy định. Trong khi thực hiện phương án phân chia tài sản, theo đề nghị của tổ quản lý, thanh lý tài sản, thẩm phán có thể ra quyết định cho phép doanh nghiệp, hợp tác xã thực hiện một số hoạt động cần thiết cho việc thanh lý hoặc làm tăng thêm khối tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã nhằm tăng thêm khả năng thanh toán nợ. Tổ quản lý, thanh lý tài sản, theo quyết định của thẩm phán, tiến hành việc bán đấu giá

tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã bị áp dụng thủ tục thanh lý tài sản theo quy định của pháp luật bán đấu giá.

Đối với các doanh nghiệp đã được nhà nước áp dụng các biện pháp đặc biệt về tài sản để phục hồi hoạt động kinh doanh, nhưng vẫn không phục hồi được mà phải áp dụng thủ tục thanh lý thì tòa án phải quyết định hoàn trả trị giá tài sản đã được áp dụng biện pháp đặc biệt cho nhà nước.

Khi có quyết định mở thủ tục thanh lý đối với doanh nghiệp, hợp tác xã thì các khoản nợ có bảo đảm và có bảo đảm một phần bằng tài sản thế chấp hoặc cầm cố xác lập trước khi tòa án thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản được ưu tiên thanh toán trước và thanh toán bằng tài sản đó. Nếu trị giá tài sản thế chấp hoặc cầm cố không đủ thanh toán nợ thì phần nợ còn lại sẽ được thanh toán trong quá trình thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã; nếu trị giá tài sản thế chấp hoặc cầm cố lớn hơn số nợ thì phần chênh lệch được nhập vào trị giá tài sản còn lại của doanh nghiệp, hợp tác xã.

Việc phân chia trị giá tài sản còn lại của doanh nghiệp, hợp tác xã được thực hiện theo thứ tự ưu tiên đã được thẩm phán quyết định trong phương án phân chia tài sản. Thứ bậc ưu tiên được xác định như sau:

*Bậc ưu tiên thứ nhất*, trị giá tài sản còn lại của doanh nghiệp, hợp tác xã được dùng để thanh toán chi phí phá sản.

*Bậc ưu tiên thứ hai*, trị giá tài sản còn lại của doanh nghiệp, hợp tác xã được dùng để trả cho các khoản nợ của người lao động (gồm nợ lương, trợ cấp thôi việc, bảo hiểm xã hội...) theo quy định của pháp luật và các quyền lợi khác theo thỏa ước lao động tập thể và hợp đồng lao động đã ký kết.

*Bậc ưu tiên thứ ba*, trị giá tài sản còn lại của doanh nghiệp, hợp tác xã được dùng để trả cho khoản nợ không có bảo đảm của các chủ nợ trong danh sách chủ nợ theo nguyên tắc, nếu trị giá tài sản còn lại đủ để thanh toán các khoản nợ thì mỗi chủ nợ đều được thanh toán đủ số nợ của mình; nếu như trị giá tài sản còn lại không đủ để thanh toán các khoản nợ thì mỗi chủ nợ chỉ được thanh toán một phần khoản nợ của mình theo tỷ lệ tương ứng.

Đối với các khoản nợ chưa đến hạn vào thời điểm mở thủ tục thanh lý được xử lý như các khoản nợ đến hạn và không được tính lãi đối với

thời gian chưa đến hạn. Các khoản nợ thuế đối với nhà nước được hiểu là các khoản nợ không có bảo đảm và được thanh toán ở bậc ưu tiên này.

Trường hợp trị giá tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã sau khi đã thanh toán đủ các khoản trên mà vẫn còn thì phần còn lại này thuộc về xã viên hợp tác xã; chủ doanh nghiệp tư nhân; các thành viên của công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty hợp danh; các cổ đông của công ty cổ phần; chủ sở hữu công ty nhà nước.

### *3.3.5. Đình chỉ thủ tục thanh lý*

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.

## **3.4 Tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản**

### *3.4.1 Các trường hợp ra quyết định tuyên bố phá sản*

Thẩm phán ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản đồng thời với việc ra quyết định đình chỉ thủ tục thanh lý tài sản.

Trong một số trường hợp đặc biệt sau, tòa án có thể ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản mà không cần phải triệu tập hội nghị chủ nợ, không cần áp dụng thủ tục phục hồi hay thủ tục thanh lý tài sản:

- Trong thời hạn ba mươi ngày, kể từ ngày hết thời hạn nộp tiền tạm ứng phí phá sản do tòa án ấn định, chủ doanh nghiệp hoặc đại diện hợp pháp của doanh nghiệp, hợp tác xã yêu cầu mở thủ tục phá sản không có tiền và tài sản khác để nộp tiền tạm ứng phí phá sản thì tòa án ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.
- Sau khi thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản và nhận các tài liệu, giấy tờ do các bên có liên quan gửi đến, tòa án ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản, nếu doanh nghiệp hoặc hợp tác xã lâm vào tình trạng phá sản không còn tài sản hoặc còn nhưng không đủ để thanh toán phí phá sản.

Có thể thấy rằng, như vậy, dựa vào thực trạng tài chính hết sức khó khăn của doanh nghiệp, hợp tác xã bị yêu cầu mở thủ tục phá sản, tòa án

có quyền giải quyết tình trạng đó bằng việc áp dụng một thủ tục phá sản nhanh gọn ngay sau khi có đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản hoặc sau khi thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản.

Trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản, tòa án phải gửi và thông báo công khai quyết định đó như khi ra quyết định mở thủ tục phá sản.

### *3.4.2. Khiếu nại, kháng nghị và giải quyết khiếu nại kháng nghị quyết định tuyên bố phá sản*

Doanh nghiệp, hợp tác xã, các chủ nợ có quyền khiếu nại; viện kiểm sát nhân dân cùng cấp có quyền kháng nghị quyết định tuyên bố phá sản trong thời hạn hai mươi ngày, kể từ ngày cuối cùng đăng báo về quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.

Trong thời hạn năm ngày, kể từ ngày hết thời hạn khiếu nại, kháng nghị, tòa án đã ra quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản phải gửi hồ sơ về phá sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị cho tòa cấp trên trực tiếp để xem xét, giải quyết khiếu nại kháng nghị quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.

Ngay sau khi nhận được hồ sơ về phá sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị, chánh án tòa án cấp trên trực tiếp chỉ định một tổ gồm ba thẩm phán xem xét giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản.

Trong thời hạn bốn mươi lăm ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ về phá sản kèm theo đơn khiếu nại, quyết định kháng nghị, tổ thẩm phán phải xem xét, giải quyết khiếu nại, kháng nghị quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản. Tổ thẩm phán có quyền ra một trong các quyết định: không chấp nhận khiếu nại, kháng nghị và giữ nguyên quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản của tòa án cấp dưới hoặc hủy quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản của tòa án cấp dưới và giao hồ sơ về phá sản cho tòa án cấp dưới tiếp tục tiến hành thủ tục phá sản.

Quyết định giải quyết khiếu nại, kháng nghị của tòa án cấp trên trực tiếp là quyết định cuối cùng và có hiệu lực pháp luật kể từ ngày ra quyết định. Quyết định tuyên bố doanh nghiệp, hợp tác xã bị phá sản không bị

khieu nại kháng nghị có hiệu lực pháp luật kể từ ngày hết thời hạn khieu nại, kháng nghị.

Trong thời hạn mười ngày, kể từ ngày ra 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 trong sổ đăng ký kinh doanh; trong trường hợp Tòa án nhân dân tối cao ra quyết định giải quyết khieu nại, kháng nghị thì thời hạn có thể dài hơn nhưng không quá hai mươi lăm ngày.

# **NHỮNG VẤN ĐỀ PHÁP LÝ CĂN BẢN VỀ HỢP ĐỒNG**

## **1. KHÁI NIỆM HỢP ĐỒNG**

### **1.1. Định nghĩa hợp đồng**

Thuật ngữ “hợp đồng”, “khế ước” được sử dụng rất phổ biến trong các quan hệ dân sự giữa các cá nhân, tổ chức với nhau. Có nhiều định nghĩa khác nhau về hợp đồng, nhưng tựu trung hợp đồng được xem là một giao ước theo đó các bên bị ràng buộc về mặt pháp lý với nhau bởi các quyền và nghĩa vụ. Như vậy, hợp đồng phải là một loại giao ước được điều chỉnh bởi pháp luật. Nói đến điều này vì trong thực tế cuộc sống có nhiều giao ước nhưng không phải tất cả đều là hợp đồng. Chẳng hạn, các giao ước về việc sẽ tặng thưởng nếu trúng xổ số, giao ước về việc tổ chức kỳ nghỉ của nhóm bạn,... Trong thực tiễn đời sống hiện nay, có nhiều mối quan hệ như mua bán hàng hoá, trao đổi, vay mượn, và ngày càng có nhiều loại giao dịch khác do tính chất phát triển đa dạng của các quan hệ xã hội. Trong lĩnh vực hoạt động kinh doanh, các giao dịch đều đòi hỏi phải được thực hiện bằng hợp đồng. Vậy hợp đồng là gì?

Truyền thống pháp luật của hầu hết các quốc gia trên thế giới, không có sự phân biệt về mặt pháp lý giữa hợp đồng dân sự và hợp đồng kinh doanh. Trong Luật thương mại Pháp có một vài phân biệt liên quan đến quyền lựa chọn luật khi có tranh chấp trong các quan hệ hỗn hợp giữa một bên có mục đích kinh doanh còn bên kia thì không.



Theo đó, nếu nguyên đơn là người không phải là thương nhân thì có quyền khởi kiện bị đơn (thương nhân) tại toà thương mại hoặc toà dân sự; còn ngược lại thì chỉ có thể khởi kiện tại toà dân sự. Điều này cũng lần đầu tiên được thể hiện tại Luật Thương mại 2005 của nước ta. Điều 1, Khoản 3 Luật Thương mại quy định phạm vi điều chỉnh bao gồm: hoạt động không nhằm mục đích sinh lợi của một bên trong giao dịch với thương nhân thực hiện trên lãnh thổ nước Cộng hoà XHCN Việt Nam trong trường hợp bên thực hiện hoạt động không nhằm mục đích sinh lợi đó chọn áp dụng Luật thương mại. Ở Việt Nam trong nhiều năm tồn tại song song hai văn bản pháp luật điều chỉnh về hợp đồng: Bộ Luật Dân sự (1995) và Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế (1989). Năm 1997, khi ban hành Luật Thương mại, vấn đề cũng không cải thiện đáng kể vì phạm vi điều chỉnh của Luật Thương mại lúc bấy giờ chỉ bao gồm 14 hành vi thương mại, chủ yếu điều chỉnh quan hệ mua bán hàng hoá và các tác vụ liên quan trực tiếp đến mua bán.

Có một nguyên tắc chung là các quy định của pháp luật về hợp đồng dân sự được áp dụng cho hợp đồng trong kinh doanh, thương mại. Trong thực tiễn xét xử, nếu khi các quy định của luật thương mại không đầy đủ hoặc không phù hợp với những nguyên tắc của luật dân sự, toà án có thể xét xử trên những căn cứ của luật dân sự. Vì vậy, cần bắt đầu khảo sát các quy định về hợp đồng trong kinh doanh bằng quy phạm nền tảng của luật dân sự. Theo Điều 388 Bộ Luật dân sự (2005) thì: *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.*

Thoả thuận ý chí giữa các bên là một điều kiện quan trọng của hợp đồng. Thường có thể diễn đạt theo cung cách như sau: một bên đưa ra lời chào và bên kia đáp ứng lại bằng lời nhận. Vậy có hai vấn đề đặt ra: đó là năng lực của các bên tham gia thoả thuận như thế nào và giá trị của thoả thuận giữa các bên? Câu hỏi thứ nhất thuộc về việc xác định năng lực chủ thể, còn câu hỏi thứ hai thuộc về hiệu lực của thoả thuận. Thường để xem một chủ thể có năng lực giao kết hợp đồng

hay không và qua đó xác định giá trị pháp lý của hợp đồng, người ta căn cứ trên năng lực hành vi của chủ thể. Theo đó, một người có năng lực hành vi dân sự đầy đủ có quyền tham gia các giao dịch dân sự và do vậy, đảm bảo được tính pháp lý của hợp đồng; còn những người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự thì chỉ thực hiện trong một số trường hợp luật định. Việc xem xét hiệu lực của thoả thuận trong hợp đồng chỉ ra nhận định rằng khi một bên không được tự do ý chí, tức là bị bắt buộc, cưỡng ép, hoặc có sự gian trá, bạo hành của bên kia thì hợp đồng có thể bị xem là vô hiệu. Tuy nhiên, trong học lý, sự tự do ý chí này không thể bộc lộ nếu thiếu một hành vi: đó là việc giao kết hợp đồng – được hiểu là hành vi pháp lý nhằm kết nối các chủ thể có lợi ích khác nhau, dung hoà chúng trong một thoả thuận, qua đó các bên chủ thể tìm kiếm được sự thoả mãn những nhu cầu của mình. Tất nhiên, quyền lợi và nghĩa vụ của các chủ thể trong hợp đồng không thể hiểu là “bằng nhau” theo ý nghĩa định lượng. Chẳng hạn, việc phải trả chi phí cao hơn bình thường cho những dịch vụ trong các kỳ lễ, tết, hoặc do sự tính toán thiếu chính xác, một thương nhân có thể mua đắt, bán rẻ. Đôi khi có những giao dịch mang tính chất cảm tính hay nhận thức mà nhiều khi việc xác định sự ngang bằng về quyền và nghĩa vụ chỉ có tính ước lệ, như việc mua đấu giá một bức tranh nổi tiếng chẳng hạn. Vấn đề là ở chỗ sự thoả thuận ý chí và việc thoả mãn của các bên trong quan hệ hợp đồng. Luật Cạnh tranh (2004) có đề cập đến các hành vi cạnh tranh không lành mạnh và các biện pháp xử lý. Theo đó, một người có thể khởi kiện yêu cầu cơ quan quản lý về cạnh tranh hoặc hội đồng cạnh tranh xử lý người vi phạm nếu có đủ chứng cứ chứng minh bị ép buộc, gây khó khăn trong kinh doanh bởi những đối thủ lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, lạm dụng vị trí độc quyền hoặc nâng giá, ép giá gây thiệt hại về quyền lợi hợp pháp và chính đáng của mình. Trường hợp này, ngoài những chế tài hành chính hay hình sự, người vi phạm có thể bị buộc phải điều chỉnh lại hợp đồng hoặc huỷ hợp đồng để bảo vệ quyền lợi chính đáng của bên bị vi

phạm. Như vậy, sự thể hiện ý chí ở đây cần phải hiểu là sự thống nhất trên cả hai bình diện: bản chất và hình thức thể hiện.

*Xác lập, thay đổi hay chấm dứt quyền và nghĩa vụ* là một đặc trưng chủ yếu của hợp đồng; theo đó khi tham gia một giao dịch như mua bán hàng hoá chẳng hạn, giữa các bên hình thành các quyền và nghĩa vụ đối ứng. Hệ quả của điều này là việc chuyển giao quyền sở hữu như trong hợp đồng mua bán chẳng hạn; hoặc có thể là việc thực hiện nghĩa vụ trả nợ trong hợp đồng vay; cũng có thể là việc một bên phải thực thi một công việc, dịch vụ nhằm đáp ứng nhu cầu của bên kia.... Trong khoa học pháp lý, người ta thường gọi đây là “nghĩa vụ ước tạo” để phân biệt với những nghĩa vụ mà một chủ thể phải thực thi do hành vi vi phạm pháp luật. Nghĩa vụ được xác lập là kết quả của một thoả thuận ý chí giữa các bên. Trong Bộ Luật Dân sự của Cộng hoà Pháp ( điều 1101) cũng diễn đạt quan niệm này khi cho rằng hợp đồng là một sự thoả thuận giữa hai hay nhiều bên về việc chuyển giao một vật, làm hay không làm một công việc.

Nhìn chung, hợp đồng là sự thoả thuận qua đó xác lập và tạo nên sự ràng buộc quyền và nghĩa vụ giữa các bên chủ thể kết ước; tuy nhiên trong một số trường hợp, còn có ảnh hưởng đến người thứ ba. Đó là các giao dịch bảo đảm như thế chấp, bảo lãnh tài sản, hoặc các dịch vụ như logistics, dịch vụ mua bán hàng qua sổ giao dịch hàng hoá, dịch vụ đấu giá, v.v...

## **1.2. Phân loại hợp đồng**

Có thể dựa vào nhiều tiêu chí khác nhau để phân loại hợp đồng. Theo quan niệm của Bộ Luật Dân sự, hợp đồng được chia thành các loại sau:

1.2.1. Dựa vào đặc điểm, nội dung của quan hệ pháp luật về quyền và nghĩa vụ chủ thể, có thể chia thành hợp đồng song vụ và hợp đồng đơn vụ. *Hợp đồng song vụ* là hợp đồng mà mỗi bên đều có nghĩa vụ đối với nhau; nói cách khác, loại hợp đồng này làm phát sinh nghĩa

vụ qua lại giữa các bên giao kết, chẳng hạn như hợp đồng mua bán hàng hoá. *Hợp đồng đơn vụ* là loại hợp đồng chỉ làm phát sinh nghĩa vụ đối với một bên giao kết, tức là chỉ một bên có nghĩa vụ, chẳng hạn như hợp đồng tặng, cho tài sản.

1.2.2. Hợp đồng có đền bù và hợp đồng không đền bù: Bộ Luật Dân sự năm 2005 không phân loại hợp đồng này; tuy nhiên có truyền thống phân biệt hai loại hợp đồng này nhằm làm rõ hơn mức độ đối ứng về quyền và nghĩa vụ. Theo đó, hợp đồng có đền bù là loại hợp đồng mà mỗi bên chủ thể sau khi thực hiện cho bên kia một quyền lợi sẽ nhận lại một quyền lợi tương ứng; chẳng hạn, hợp đồng tặng, cho tài sản kèm theo một ràng buộc nghĩa vụ mà người thụ nhận phải đáp ứng. Hợp đồng không đền bù là loại hợp đồng mà theo đó một bên thực hiện cho bên kia một quyền lợi mà không nhận lại từ bên kia một quyền lợi nào; chẳng hạn hợp đồng cho mượn tài sản, cho vay không lãi suất, hợp đồng tặng, cho tài sản.

1.2.3. Căn cứ vào vị trí trong quan hệ của các hợp đồng, có thể chia thành hợp đồng chính và hợp đồng phụ. Hợp đồng chính là loại hợp đồng mà hiệu lực không phụ thuộc vào hợp đồng phụ; hợp đồng phụ là loại hợp đồng mà hiệu lực phụ thuộc vào hợp đồng chính. Cách định nghĩa trên đây của Bộ Luật dân sự cần phải được minh hoạ bằng một ví dụ; chẳng hạn hợp đồng hứa thưởng và thi có giải. Trong trường hợp này, cam kết thưởng chỉ được thực hiện một khi hợp đồng chính đã được một bên thực hiện thành công. Tương tự, đó là những hợp đồng thuê mua trong quan hệ kinh doanh. Cần phân biệt hợp đồng phụ với phụ lục hợp đồng, tức là văn bản quy định chi tiết một số điều khoản của hợp đồng. Nội dung của phụ lục hợp đồng không được trái với nội dung của hợp đồng.

1.2.4. Ngoài ra, trong Bộ Luật Dân sự 2005 còn đề cập đến loại *hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba*, đó là trường hợp các bên giao kết hợp đồng đều phải thực hiện nghĩa vụ và người thứ ba được hưởng lợi từ việc thực hiện nghĩa vụ, chẳng hạn, hợp đồng giữa đơn vị thi công

với người hiến tặng để xây dựng nhà tình nghĩa cho các đối tượng chính sách. *Hợp đồng có điều kiện* là loại hợp đồng mà việc thực hiện phụ thuộc vào việc phát sinh, thay đổi, hoặc chấm dứt một sự kiện nhất định; như hợp đồng thuê trung tâm bán đấu giá tổ chức bán tài sản của bên thế chấp, cầm cố nếu khi đến hạn bên này không thực hiện được nghĩa vụ trả nợ.

1.2.5. Một cách phân loại hợp đồng cũng khá phổ biến là dựa trên hình thức thể hiện của hợp đồng, có thể phân chia thành hợp đồng bằng văn bản và hợp đồng được thể hiện dưới hình thức giao kết bằng lời nói. Thật ra, trong hình thức văn bản cần phân biệt hai loại: đó là những hợp đồng trọng thức, đòi hỏi phải tuân thủ theo hình thức đã được quy định (cả về hình thức thể hiện lẫn thể thức giao kết). Các hợp đồng mua bán nhà, chuyển nhượng quyền sử dụng đất, mua bán ô-tô,... nhất thiết phải là hợp đồng trọng thức mới bảo đảm có giá trị pháp lý. Ngoài các loại hợp đồng trọng thức, các bên có thể giao kết bằng loại văn bản hợp đồng thường, tức là không đòi hỏi phải theo một thể thức trang trọng quy định, miễn là đảm bảo những nội dung cần thiết và hợp pháp thể hiện ý chí giao kết của các bên.

Vấn đề khá lý thú là tính đa dạng trong các hình thức thể hiện của hợp đồng. Công ước quốc tế về mua bán hàng hoá (CISG), còn gọi tắt là công ước Vienna 1980 quy định rằng: *Hợp đồng mua bán không cần phải được ký kết hoặc xác nhận bằng văn bản hay phải tuân thủ một yêu cầu nào khác về hình thức của hợp đồng. Hợp đồng có thể chứng minh bằng mọi cách, kể cả những lời khai của nhân chứng.* (Điều 11). Công ước cũng đề ngỏ quyền bảo lưu của các quốc gia thành viên đối với một số điều khoản của Công ước; tuy nhiên hầu hết các quốc gia hiện nay đều nhìn nhận quan điểm này và chuyển hoá thành những quy định pháp luật về hợp đồng. Luật Thương mại 2005 quy định: hợp đồng mua bán hàng hoá được thể hiện bằng lời nói, bằng văn bản hoặc bằng hành vi cụ thể (trừ những hợp đồng mà pháp luật quy định phải lập bằng văn bản – Điều 24). Luật Thương mại cũng thể hiện sự

cập nhật với việc thừa nhận những thông điệp dữ liệu như là một hình thức văn bản của hợp đồng. Luật Giao dịch điện tử đã được ban hành, hứa hẹn một phương thức giao dịch phổ biến, là công cụ hữu hiệu trong hội nhập kinh tế quốc tế.

1.2.6. Phân biệt hợp đồng theo chủng loại: Đây là cách phân loại phổ biến hiện nay và mang yếu tố kinh tế – kỹ thuật nhiều hơn là yếu tố pháp lý. Căn cứ theo Bộ Luật Dân sự thì hiện nay có các loại hợp đồng sau:

- Hợp đồng mua bán tài sản (gồm cả bán đấu giá tài sản);
- Hợp đồng mua bán nhà;
- Hợp đồng trao đổi tài sản;
- Hợp đồng tặng cho tài sản;
- Hợp đồng vay tài sản;
- Hợp đồng thuê tài sản (thuê nhà, thuê khoán tài sản);
- Hợp đồng mượn tài sản;
- Hợp đồng dịch vụ;
- Hợp đồng vận chuyển (người và tài sản);
- Hợp đồng gia công;
- Hợp đồng gửi giữ;
- Hợp đồng bảo hiểm;
- Hợp đồng uỷ quyền;
- Hứa thưởng và thi có giải.

Nhiều năm qua, ở Việt Nam thường quan niệm về thương mại theo nghĩa “*hợp*”, tức chỉ bao gồm hành vi mua bán hàng hoá, các dịch vụ liên quan, hỗ trợ mua bán hàng hoá và các dịch vụ xúc tiến thương

mại. Trong thực tiễn pháp lý, quan niệm này gây nên một số trở ngại trong cách hiểu và vận dụng luật trong điều kiện hội nhập. Tình huống sau đây là một dẫn chứng:

*Năm 1995, công ty TNHH Tyco Ltd. ký kết hợp đồng với công ty TNHH Leighton Ltd. về việc xây dựng một khu nghỉ mát tại miền Trung VN. Hai bên thoả thuận tranh chấp sẽ do trọng tài thương mại Queensland (Úc) giải quyết. Trọng tài Queensland đã thụ lý vụ kiện và phán quyết theo hướng có lợi cho Tyco và sau đó được chuyển về đề nghị công nhận và thi hành tại VN. Ngày 23/5/2002, Toà kinh tế TP HCM đã công nhận phán quyết trọng tài. Tuy nhiên công ty Leighton không chấp nhận thi hành vì cho rằng hợp đồng tranh chấp là hợp đồng xây dựng và không phải là quan hệ thương mại theo Luật Thương mại 1997 (xây dựng không phải là hành vi thương mại). Toà án TP Hồ chí Minh bác lý lẽ của công ty Leighton và giải thích rằng hợp đồng được ký kết trước khi Luật Thương mại 1997 có hiệu lực, do đó không thể kết luận là các giao dịch trong hợp đồng không phải mang bản chất thương mại vào thời điểm ký hợp đồng. Công ty Leighton khiếu nại lên Toà phúc thẩm TANDTC tại TP HCM, còn công ty Tyco đề nghị Bộ Tư pháp giải thích tính áp dụng của Luật Thương mại 1997. Tháng 8/2002, Bộ Tư pháp có ý kiến rằng: trước Luật Thương Mại 1997, không có sự phân biệt về pháp luật giữa hành vi thương mại và hành vi phi thương mại, do đó không thể cho rằng các giao dịch trong hợp đồng ký năm 1995 không có bản chất thương mại. Theo quan điểm của Bộ Tư pháp, phán quyết trọng tài đủ điều kiện công nhận và cho thi hành tại VN. Tháng 01/2003, TANDTC tại TP HCM đã nghe lại vụ việc và bác quyết định của tòa sơ thẩm. TANDTC phán quyết rằng các giao dịch trong hợp đồng năm 1995 liên quan tới hoạt động xây dựng và không mang bản chất thương mại theo pháp luật VN khi đó cũng như theo Luật Thương mại 1997 và như vậy phán quyết trọng tài Queensland không đủ điều kiện để được công nhận và thi hành tại Việt Nam.*

Tình huống trên cho thấy sự khó khăn trong việc phân định đâu là hợp đồng kinh tế, đâu là hợp đồng thương mại. Vấn đề không chỉ là

xác định nội hàm của một khái niệm mà, quan trọng hơn, là những hệ quả pháp lý liên quan như vấn đề toà án giải quyết tranh chấp, thời hiệu tố tụng, các biện pháp bảo đảm có thể được áp dụng,... Luật Thương mại 2005 định nghĩa hoạt động thương mại theo nghĩa bao quát nhất của từ này, đó là: những hoạt động nhằm mục đích sinh lợi, bao gồm mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ; đầu tư, xúc tiến thương mại và các hoạt động nhằm mục đích sinh lợi khác. Tuy nhiên, trong nội dung điều chỉnh cụ thể, Luật Thương mại 2005 cũng chỉ tập trung vào các hoạt động mua bán và một số tác vụ khác có liên quan như: dịch vụ logistics; nhượng quyền thương mại; còn những loại hoạt động thương mại khác được điều chỉnh bởi các luật chuyên ngành. Quan niệm thương mại vừa nêu tỏ ra phù hợp với những chuẩn mực quốc tế về khái niệm hoạt động thương mại. Chẳng hạn, trong Hiệp định thương mại Việt Nam – Hoa Kỳ (BTA) quy định bốn lĩnh vực thương mại mà hiệp định điều chỉnh, bao gồm: thương mại sở hữu trí tuệ; thương mại đầu tư; thương mại hàng hoá và thương mại dịch vụ. Pháp lệnh trọng tài thương mại 2003 cũng đã đi trước một bước với việc quy định *hoạt động thương mại* bao gồm: việc thực hiện một hay một số hoạt động thương mại như 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; li-xăng; đầu tư; tài chính, ngân hàng; bảo hiểm; thăm dò; khai thác; vận chuyển hàng hoá, hành khách bằng đường hàng không, đường biển, đường sắt, đường bộ và các hành vi thương mại khác theo quy định của pháp luật.

### **1.3. Pháp luật điều chỉnh về hợp đồng**

Sự tồn tại thực tế của các quan hệ dân sự, kinh tế trong xã hội buộc các nhà nước phải xây dựng quy phạm pháp luật để điều chỉnh lĩnh vực hợp đồng. Nhà nước Việt Nam không ở vào trường hợp ngoại lệ. Quy định pháp luật về hợp đồng của nhà nước XHCN Việt Nam được ghi nhận ra đời từ rất sớm. Trong nỗ lực thoát khỏi những quy định không còn phù hợp của pháp luật thời kỳ cũ vẫn còn tồn tại trong



ứng xử của xã hội, ngày 22 tháng 5 năm 1950, nhà nước Việt Nam đã ban hành sắc lệnh số 97-SL quy định một số sửa đổi về quyền dân sự, trong đó có điều khoản quy định về hợp đồng: “Khi lập ước mà có sự tổn thất do bóc lột của một bên vì điều kiện kinh tế của hai bên chênh lệch thì khế ước có thể coi là vô hiệu”. Không có bình luận gì nhiều về quy định vừa nêu ngoài việc nó cho thấy quan điểm của nhà nước về sự can thiệp vào quan hệ hợp đồng nhằm bảo vệ quyền lợi của người bị bóc lột. Điều ấy là tất nhiên, nếu xét đến bối cảnh ra đời của sắc lệnh.

Năm 1956 Chính phủ ban hành bản Điều lệ tạm thời về hoạt động kinh doanh (10-4-1956) trong đó quy định khá rõ về hợp đồng như định nghĩa về hợp đồng, nguyên tắc xây dựng bản hợp đồng, chủ thể của hợp đồng, nội dung hợp đồng và trách nhiệm thi hành hợp đồng..... Hợp đồng trong bản Điều lệ được định nghĩa là “mối quan hệ giữa hai hay nhiều đơn vị kinh doanh tự nguyện cam kết với nhau thực hiện một số nhiệm vụ nhất định, trong những thời gian nhất định, nhằm mục đích phát triển kinh doanh công thương nghiệp góp phần thực hiện kế hoạch của nhà nước”. Đây có thể coi là định nghĩa pháp lý đầu tiên về hợp đồng kinh doanh của nước ta. Xu hướng chung của quan niệm hợp đồng thời gian này vẫn là thừa nhận quyền tự do giao kết giữa các chủ thể nhưng phải đảm bảo các yêu cầu có tính nguyên tắc của nhà nước dân chủ nhân dân như: không lợi dụng các quan hệ hợp đồng để thực hiện bóc lột; đảm bảo thực hiện kế hoạch của nhà nước. Ngày 04-01-1960 Chính phủ ban hành bản Điều lệ tạm thời về chế độ hợp đồng kinh tế giữa các xí nghiệp quốc doanh và các cơ quan nhà nước. Do chính sách kinh tế thời kỳ này chỉ xác định hai thành phần kinh tế chủ yếu là quốc doanh và tập thể, đồng thời áp dụng cơ chế kế hoạch hoá tập trung, bao cấp nên một số nguyên tắc chung của hợp đồng không còn được quy định như trước. Điều này thể hiện rõ nhất trong các quy định về hợp đồng là có tính pháp lệnh, là kỷ luật bắt buộc trong quan hệ kinh tế giữa các xí nghiệp quốc doanh. Cơ sở của việc ký kết hợp đồng là chỉ tiêu kế hoạch của nhà nước. Khái

niệm hợp đồng kinh tế theo chỉ tiêu pháp lệnh ra đời, trong đó các yếu tố thể hiện quyền tự do ý chí của chủ thể không được thừa nhận. Chẳng hạn, các bên không có quyền lựa chọn đối tác, hợp đồng theo quy định của pháp luật cả về nội dung lẫn hình thức thể hiện; ý chí chủ thể trong quá trình thực hiện hợp đồng cũng không được nhìn nhận. Các quy định về chế độ hợp đồng kinh tế được ban hành những năm về sau chỉ nhằm cụ thể hoá các nguyên tắc hợp đồng đã ra đời trước đó.

Khi chuyển sang nền kinh tế thị trường, mà đặc trưng chủ yếu là việc thừa nhận sự tồn tại của nhiều thành phần kinh tế khác nhau, dựa trên những nguyên tắc của thị trường như tự do kinh doanh, quyền cạnh tranh, quyền tự chủ kinh doanh, v.v... chế độ pháp lý về hợp đồng kinh tế trước đây rõ ràng là không phù hợp nữa. Ngay các quy định về chế độ hợp đồng dân sự cũng không thể quan niệm như trước. Xuất phát từ cách phân biệt truyền thống giữa kinh tế và dân sự, Nhà nước đã ban hành hai văn bản về hợp đồng: đó là Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế (1989) và Pháp lệnh Hợp đồng dân sự (1991).

“Hợp đồng kinh tế là sự thoả thuận bằng văn bản, tài liệu giao dịch giữa các bên ký kết về việc thực hiện công việc sản xuất, trao đổi hàng hoá, dịch vụ, nghiên cứu tiến bộ khoa học kỹ thuật và các thoả thuận khác có mục đích kinh doanh với sự quy định rõ ràng về quyền và nghĩa vụ của mỗi bên để xây dựng và thực hiện kế hoạch của mình” (Điều 1 – Pháp lệnh HĐKT)”.

Hợp đồng dân sự được hiểu là sự thoả thuận của các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền và nghĩa vụ của các bên trong mua bán, thuê, vay mượn, tặng cho tài sản, làm hay không làm một việc, dịch vụ hoặc các thoả thuận khác mà trong đó một hoặc các bên nhằm đáp ứng nhu cầu sinh hoạt, tiêu dùng. (Điều 1, Pháp lệnh Hợp đồng dân sự).

Như vậy, sự phân biệt căn bản giữa quan niệm pháp lý về hợp đồng kinh tế và hợp đồng dân sự là ở chỗ một loại nhằm mục đích

kinh doanh, còn một loại nhằm mục đích sinh hoạt, tiêu dùng (là mục đích của một hoặc cả hai bên). Cơ sở của sự phân biệt này xuất phát từ yêu cầu quản lý của nhà nước nhiều hơn là bản chất khoa học pháp lý của vấn đề.

Định nghĩa pháp lý về hợp đồng kinh tế cho thấy những đặc điểm của hợp đồng kinh tế theo quan niệm lúc bấy giờ như sau:

+ *Mục đích* của các chủ thể hợp đồng là nhằm kinh doanh thu lợi nhuận. Thuật ngữ “*kinh doanh*” ở đây được hiểu là một hoạt động có tính chất nghề nghiệp thường xuyên và là phương tiện sinh sống chủ yếu của chủ thể. Điều 3 Luật Doanh nghiệp 1999 định nghĩa: kinh doanh là việc thực hiện một, một số hoặc tất cả các công đoạn của quá trình đầu tư từ sản xuất đến tiêu thụ sản phẩm hoặc thực hiện dịch vụ trên thị trường nhằm mục đích sinh lợi.

+ *Chủ thể* hợp đồng là pháp nhân hoặc cá nhân có đăng ký kinh doanh; đó là các doanh nghiệp thuộc các thành phần kinh tế như doanh nghiệp nhà nước, công ty, doanh nghiệp tư nhân. Cũng được xem là hợp đồng kinh tế trường hợp hợp đồng ký kết giữa pháp nhân với các hộ kinh tế gia đình với điều kiện không nhằm mục đích sinh hoạt, tiêu dùng, thuê lao động. Cần lưu ý là tại Điều 2 của Pháp lệnh quy định hợp đồng kinh tế được ký kết giữa pháp nhân với pháp nhân hoặc giữa pháp nhân với cá nhân có đăng ký kinh doanh. Như vậy, điều kiện là một bên chủ thể luôn luôn là một pháp nhân. Điều này trong thực tế loại bỏ các hợp đồng giữa các doanh nghiệp tư nhân, hoặc giữa các doanh nghiệp tư nhân với các hộ kinh tế cá thể ra khỏi phạm trù hợp đồng kinh tế và các tranh chấp giữa họ – nếu có – không áp dụng các chuẩn mực của pháp lệnh hợp đồng kinh tế để giải quyết dù thực chất đó là các quan hệ kinh tế.

+ *Hình thức văn bản* là hình thức bắt buộc của hợp đồng kinh tế; ngoài ra, điện báo, telex, fax, thư điện tử... cũng được xem là văn bản hợp đồng.

Luật thương mại Việt Nam 1997 (tại các Điều 46 đến 82) đề cập đến các quy định về hợp đồng mua bán. Nếu so sánh với ba dấu hiệu trên, có thể nêu nhận xét như sau: Ngoài điểm giống nhau về mục đích kinh doanh của các bên tham gia hợp đồng, chủ thể hợp đồng mua bán trong Luật Thương mại rộng hơn, bao gồm cả thương nhân (cá nhân, tổ chức) và cả trường hợp một bên chủ thể hợp đồng không phải là thương nhân (Điều 47). Điều 49 Khoản 1 (LTM) quy định “Hợp đồng mua bán hàng hoá được thể hiện bằng lời nói, bằng văn bản hoặc hành vi cụ thể”. Đây là sự mở rộng dựa theo tập quán giao kết phổ biến trên thế giới, đã được Công ước LHQ về mua bán quốc tế hàng hoá 1980 thừa nhận. Mặc dù vậy Luật Thương mại Việt Nam cũng đã quy định rõ tại Điều 81 Khoản 4: Hợp đồng mua bán với thương nhân nước ngoài phải được lập thành văn bản.

Luật Thương mại 2005 tiếp tục quan niệm về hình thức hợp đồng như Luật 1997, tuy nhiên cũng bắt đầu đề cập đến *thông điệp dữ liệu* là những thông tin được tạo ra, gửi đi, nhận và lưu giữ bằng phương tiện điện tử.

Sự phân biệt truyền thống giữa pháp luật điều chỉnh hợp đồng kinh tế và hợp đồng dân sự dần dần có sự thay đổi. Theo đó, Luật Dân sự là những quy phạm nền tảng của tất cả các loại hợp đồng, bao gồm cả những hợp đồng trong kinh doanh vốn mang một số đặc thù. Các quy phạm pháp luật điều chỉnh hợp đồng kinh doanh không mâu thuẫn với các quy phạm về hợp đồng trong dân sự; mặt khác, nếu những tình huống kinh doanh xảy ra mà chưa được dự liệu trong các đạo luật về kinh doanh, thương mại thì các bên tranh chấp, toà án hoặc trọng tài thương mại có thể vận dụng các quy định trong luật dân sự để giải quyết.

## **2. KÝ KẾT HỢP ĐỒNG**

### **2.1. Nguyên tắc ký kết hợp đồng**

Bộ Luật Dân sự quy định hai nguyên tắc ký kết hợp đồng; đó là nguyên tắc:

- Tự do giao kết hợp đồng nhưng không được trái pháp luật, và đạo đức xã hội;

- Tự nguyện, bình đẳng, thiện chí, hợp tác, trung thực và ngay thẳng.

### *2.1.1. Nguyên tắc tự do giao kết hợp đồng*

Như đã phân tích, bản chất của hợp đồng là sự thoả thuận ý chí giữa các bên, qua đó làm phát sinh các nghĩa vụ pháp lý; do đó yêu cầu quan trọng là các bên giao kết phải có tự do ý chí. Tự do ý chí thường được thể hiện ở ba khía cạnh: tự do chọn đối tác, tự do xác lập nội dung giao kết và tự do lựa chọn hình thức giao kết. Ngoài hình thức giao kết hợp đồng đã được đề cập đến ở phần trên, có thể thấy rằng, tự do lựa chọn đối tác là biểu hiện rõ ràng của quyền tự do ý chí; theo đó một người có thể quyết định việc xác lập hợp đồng với một hay nhiều người khác. Tuy nhiên, trong một số trường hợp pháp luật có sự hạn chế, chẳng hạn, hợp đồng được ký kết giữa công ty với một thành viên công ty, hoặc với những người có liên quan như vợ, chồng, cha, mẹ, con,... của những người đang quản lý công ty chỉ được ký kết sau khi đã đáp ứng yêu cầu về thủ tục do luật doanh nghiệp và do điều lệ công ty quy định. Luật Doanh nghiệp 2005 quy định: các hợp đồng kinh tế, dân sự của công ty cổ phần ký với thành viên hội đồng quản trị, giám đốc, cổ đông sở hữu trên 35% tổng số cổ phần phổ thông và với người có liên quan với họ chỉ được ký kết sau khi có sự chấp thuận của đại hội đồng cổ đông hoặc của hội đồng quản trị. Luật doanh nghiệp nhà nước 2003 quy định chủ tịch hội đồng quản trị, tổng giám đốc hoặc giám đốc không được có các quan hệ hợp đồng kinh tế với các doanh nghiệp tư nhân, công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần do vợ hoặc chồng, bố mẹ, con giữ các chức danh quản lý điều hành.

Về nội dung của hợp đồng, nguyên tắc tự do giao kết cho phép các bên tự do thoả thuận những điều khoản nội dung của hợp đồng. Nhưng muốn cho hợp đồng có hiệu lực trước pháp luật thì những điều khoản nội dung của hợp đồng không được trái với pháp luật và đạo

đức xã hội. Khái niệm trái pháp luật cần phải được hiểu trên hai khía cạnh. Có thể trong nội dung hợp đồng, các bên thoả thuận những điều bị cấm như hợp đồng mua bán pháo, hợp đồng mua bán thuốc lá ngoại nhập; có thể hai bên thoả thuận dẫn chiếu trong hợp đồng một điều khoản mà theo quy định của pháp luật hiện hành là không phù hợp. Ví dụ, hai bên thoả thuận trong hợp đồng về việc sử dụng luật nước ngoài hoặc giải quyết tranh chấp tại một toà án nước ngoài trong khi cả hai bên đều là những doanh nghiệp nội địa. Tương tự, hai bên thoả thuận thanh toán bằng ngoại tệ trong khi một hoặc cả hai bên không được phép sử dụng ngoại tệ trong giao dịch. Trường hợp này, hợp đồng sẽ bị coi là vô hiệu.

### *2.1.2. Nguyên tắc tự nguyện, bình đẳng, thiện chí, hợp tác, trung thực và ngay thẳng*

Hợp đồng là thoả thuận giữa các bên để tạo ra một ràng buộc pháp lý. Pháp luật nhìn nhận quyền thoả thuận của các bên về quyền và nghĩa vụ trong hợp đồng. Việc thoả thuận này phải đặt nền tảng trên nguyên tắc tự nguyện, bình đẳng, nghĩa là các bên phải được xem là ngang nhau trong việc thoả thuận các điều khoản hợp đồng; không bên nào được phép giành nhiều quyền hơn trong khi thực thi nghĩa vụ ít hơn; và buộc bên đối tác phải thực hiện nghĩa vụ nhiều hơn trong khi quyền được hưởng lại ít hơn. Nói cách khác, quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng phải tương xứng nhau, hay cách nói của thời trước là “đăng đối” nhau. Thực ra khái niệm *tương xứng* hay *đăng đối* là những khái niệm hạn chế; chúng chỉ phản ánh cách nhìn nhận về quyền lợi của các chủ thể trong giao kết và thực hiện hợp đồng. Chẳng hạn, trong trường hợp hợp đồng gửi giữ tài sản, người gửi phải thực thi một nghĩa vụ có thể tính bằng một đại lượng vật chất, bằng một khoản tiền, nhưng quyền họ được hưởng là một ý niệm trừu tượng, một sự an tâm chứ không phải là một quyền vật chất cụ thể. Trong một trường hợp khác, người bán hàng vì có cảm tình nên bán rẻ một món hàng cho người mua; trường hợp này, người mua được hưởng một quyền nhiều hơn nghĩa vụ mà anh ta thực thi; trường hợp này liệu có được xem là đăng đối về quyền

và nghĩa vụ? Vấn đề là ý chí của các bên chủ thể và sự cảm nhận tính chất tương xứng mà họ được hưởng.

Trong truyền thống pháp luật của các quốc gia Anh, Mỹ (thuộc hệ common law) có đề cập đến khái niệm “consideration” - một khái niệm hiện chưa có thuật ngữ pháp lý tương thích ở Việt Nam. Khái niệm “consideration” phản ánh tính chất đối ứng của các quyền và nghĩa vụ. Nó được xem là yếu tố cơ bản cấu thành hợp đồng. Nói theo ngữ điệu này, một hợp đồng hình thành, ngoài những yếu tố như ý chí giao kết, năng lực chủ thể, chào hàng và chấp nhận chào hàng, còn phải có sự trao đổi giá trị giữa các bên. Điều này được hiểu là mỗi bên phải trao một cái gì hay phải thực hiện một điều gì cho bên kia. Ví dụ trong hợp đồng mua bán hàng hoá, người mua phải có nghĩa vụ đối ứng là phải trả cho người bán một khoản tiền. Nghĩa vụ đối ứng này có thể là một lời cam kết sẽ thực thi nghĩa vụ (chẳng hạn, lời hứa thanh toán tiền mua hàng) hoặc là một hành vi mà không cần có sự cam kết trước (chẳng hạn một người trả lại tài sản cho người mất sau khi nghe thông báo thưởng tiền cho người nhặt được).

Nguyên tắc tự nguyện, bình đẳng trong giao ước loại trừ trường hợp các bên bị ép buộc ký kết hợp đồng hoặc bị bên thứ ba áp đặt ý chí vào việc ký hợp đồng. Trong Luật Cạnh tranh 2004, có đề cập đến hành vi bị coi là hạn chế cạnh tranh, đó là trường hợp một bên lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, lạm dụng vị trí độc quyền hoặc tập trung kinh tế nhằm buộc đối tác phải chấp nhận những điều kiện hoặc một số ràng buộc khi ký kết hợp đồng.

Ý niệm về sự tự nguyện, bình đẳng trong giao kết hợp đồng dẫn đến việc quy định về thái độ *thiện chí, hợp tác, trung thực và ngay thẳng* của các bên. Có ý kiến cho rằng trong các khái niệm vừa kể đến, hàm lượng đạo đức nhiều hơn hàm lượng pháp lý – điều này có vẻ không phù hợp với nguyên tắc pháp lý về hợp đồng. Quan niệm này là cực đoan. Trong thực tế, không phải mọi cách hành xử của các bên chủ thể đều có thể soi rọi dưới ánh sáng của các quy định pháp luật; trái lại, nhiều khi

sự bất lực của pháp luật lại là điểm khởi đầu cho những nhận định và xử lý vấn đề trên nền tảng đạo đức, tập quán vốn là những hiện tượng pháp lý cần thiết cho kinh doanh. Luật thương mại 2005 cũng bắt đầu chú trọng đến những tính chất này khi đưa ra định nghĩa về thói quen thương mại và tập quán thương mại trong quá trình xem xét các giao dịch kinh doanh. Một thương nhân không tìm thấy lợi nhuận trong giao kết và thực hiện một hợp đồng; họ dễ dàng từ chối thực hiện một khi các yêu cầu thay đổi vài điều khoản ngõ hầu giảm thiểu thiệt hại bị bên kia từ chối. Sự thiếu thiện chí và hợp tác đó đẩy hợp đồng đến chỗ bế tắc. Kết quả là, món lợi mà phía bên kia ngỡ là có được thực ra chỉ là “ảo” do bị từ chối thực hiện hợp đồng. Trong trường hợp này, nguyên tắc được đưa ra trong Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế (1989) xem ra phản ánh chính xác hơn; đó là: “nguyên tắc tự nguyện, bình đẳng và cùng có lợi”.

## **2.2. Năng lực chủ thể và người đại diện**

Xác định năng lực chủ thể là một yếu tố cần thiết để đánh giá tính hiệu lực của một hợp đồng. Chúng ta vừa nói đến sự tự do ý chí; song điều này chỉ có thể diễn ra ở những con người bình thường về mặt thể chất, và hội đủ một số điều kiện về độ tuổi có thể tham gia đầy đủ vào các quan hệ pháp luật. Trong trường hợp chủ thể là một tổ chức thì tính hợp pháp của sự tồn tại phải được nhìn nhận bởi luật pháp như việc cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh chẳng hạn. Mỗi loại chủ thể khác nhau có những tính chất pháp lý khác nhau dù chúng đều chi phối đến tính chất hiệu lực hay vô hiệu của một hợp đồng. Vì vậy, pháp luật dân sự khảo sát hai loại chủ thể chủ yếu:

### **2.2.1. Chủ thể là cá nhân**

Theo quy định tại Bộ Luật Dân sự, tất cả những cá nhân có đầy đủ năng lực pháp luật và năng lực hành vi đều có quyền ký hợp đồng. Như vậy về mặt luật pháp, mọi người đều có quyền ký hợp đồng chỉ trừ những người không có năng lực hành vi hoặc bị hạn chế năng lực hành vi. Chẳng hạn, người chưa đủ sáu tuổi, chưa có năng lực hành vi vì chưa có đủ trí



không thể nhận thức được hành vi của mình do đó không được ký hợp đồng. Trường hợp này, mọi hợp đồng đều phải do người đại diện theo pháp luật xác lập, thực hiện.

Người từ đủ sáu tuổi đến chưa đủ mười tám tuổi năng lực hành vi còn hạn chế, do đó chỉ được ký hợp đồng dân sự khi có sự đồng ý của cha mẹ hoặc người giám hộ.

Trường hợp người từ đủ mười lăm tuổi đến chưa đủ mười tám tuổi nếu có tài sản riêng để bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ thì có thể ký hợp đồng dân sự mà không đòi hỏi phải có sự đồng ý của người đại diện theo pháp luật là cha mẹ hoặc người giám hộ.

Người mắc bệnh tâm thần hoặc mắc các bệnh khác mà không thể nhận thức, làm chủ được hành vi của mình, do vậy, bị xem là mất năng lực hành vi dân sự, thì không được ký hợp đồng.

Điều 23 Bộ Luật Dân sự 2005 quy định: người nghiện ma túy hoặc nghiện các chất kích thích khác dẫn đến phá sản tài sản của gia đình, toà án có thể ra quyết định là người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự theo yêu cầu của người thân của họ hoặc của cơ quan, tổ chức; trường hợp này, mọi hợp đồng do người hạn chế năng lực hành vi dân sự ký phải có sự đồng ý của người đại diện theo pháp luật.

Trong hoạt động kinh doanh, cá nhân ký kết hợp đồng, ngoài những yêu cầu chung của Bộ luật dân sự, còn phải đảm bảo hội đủ các điều kiện của một thương nhân, nhà kinh doanh như: phải có đăng ký kinh doanh và hoạt động đúng ngành nghề đã đăng ký; phải đảm bảo những điều kiện hành nghề theo quy định trong trường hợp ngành nghề thuộc loại kinh doanh có điều kiện như: điều kiện về an ninh, trật tự, điều kiện an toàn phòng cháy chữa cháy; vệ sinh môi trường, an toàn thực phẩm,....

### 2.2.2. Chủ thể là tổ chức

Trong quan niệm của Pháp lệnh hợp đồng kinh tế, chỉ có hai loại chủ thể giao kết hợp đồng là pháp nhân và cá nhân có đăng ký kinh doanh. Quan niệm này trong thực tế không phản ánh hết tính chất đa dạng của các loại hình tổ chức kinh doanh trong nền kinh tế thị trường. Bộ Luật Dân sự 1995 đề cập đến hai loại chủ thể đặc thù là các tổ hợp tác và các hộ gia đình. Đây là những tổ chức, nhưng lại không chứa đựng đầy đủ các yếu tố của một pháp nhân. Luật Thương mại 1997, quy định có bốn loại thương nhân là: cá nhân, pháp nhân, hộ gia đình, tổ hợp tác. Luật Thương mại 1997 nhấn mạnh đến tính chất *có đăng ký kinh doanh* và hoạt động thương mại một cách *độc lập, thường xuyên*, xem đó là dấu hiệu cơ bản để xác lập tư cách thương nhân. Điều này thực tế dẫn đến mâu thuẫn trong việc xác định tư cách thương nhân và hành vi thương mại của họ so với Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế 1989. Chẳng hạn: Hai cá nhân có đăng ký kinh doanh ký kết hợp đồng mua bán, hoặc một thương nhân là cá nhân ký hợp đồng đại lý thương mại với một hộ gia đình (là những hành vi thuộc sự điều chỉnh của Luật Thương mại) thì được xem là quan hệ hợp đồng thương mại và các bên có quyền dẫn chiếu đến các quy phạm pháp luật thương mại để giải quyết. Ngược lại cũng chính những chủ thể này, khi giao kết các hợp đồng như: xây dựng, vận tải, vay mượn (vốn không thuộc phạm vi điều chỉnh của Luật Thương mại 1997) thì không được xem là quan hệ thương mại và cũng không thể điều chỉnh bởi Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế vì không hội đủ điều kiện về chủ thể, tức là các pháp nhân hoặc cá nhân có đăng ký kinh doanh như Điều 2 của Pháp lệnh quy định.

Bộ Luật Dân sự 2005 một mặt tiếp tục thừa nhận hai loại chủ thể là hộ gia đình và tổ hợp tác, đồng thời để mở khả năng tổ hợp tác trở thành pháp nhân một khi hội đủ các điều kiện luật định. Luật Thương mại 2005 quy định thương nhân là những tổ chức kinh tế được thành lập một cách hợp pháp, cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên và có đăng ký kinh doanh. Vấn đề là, không giống

như thời kỳ của Bộ Luật Dân sự 1995 và Luật Thương mại 1997, Bộ Luật Dân sự 2005 và Luật Thương mại 2005 chấm dứt hiệu lực của Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế 1989.

Đối với các pháp nhân kinh tế, ngoài những dấu hiệu chung của một pháp nhân theo Bộ Luật Dân sự, còn mang một dấu hiệu đặc thù là: có quyền quyết định một cách độc lập đối với hoạt động, sản xuất, kinh doanh của mình. Dấu hiệu này rất quan trọng, liên quan đến tính chất tự chủ, tự chịu trách nhiệm của doanh nghiệp. Pháp nhân là các tổ chức kinh tế bao gồm các loại hình doanh nghiệp như: doanh nghiệp nhà nước; doanh nghiệp của tổ chức chính trị, tổ chức chính trị – xã hội; hợp tác xã; công ty.

### 2.2.3. Người đại diện ký hợp đồng

Các bên giao kết có thể tự mình trực tiếp ký hợp đồng hoặc cử người khác ký thay. Đó là người đại diện ký kết hợp đồng. Cần phân biệt người đại diện ký hợp đồng với trường hợp đại diện thương mại được xem là hành vi thương mại giữa các thương nhân, theo đó *một thương nhân nhận uỷ nhiệm của thương nhân khác để thực hiện các hoạt động thương mại với danh nghĩa, theo sự chỉ dẫn của thương nhân đó và được hưởng thù lao về việc đại diện.*

Có hai loại người đại diện :

#### 2.2.3.1. Người đại diện theo pháp luật

Đại diện theo pháp luật là người đại diện do pháp luật qui định hoặc cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định.

Người đại diện theo pháp luật gồm :

1. Cha, mẹ đối với con chưa thành niên.

2. Người giám hộ đối với người được giám hộ.

3. Người được toà án chỉ định đối với người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự

4. Người đứng đầu pháp nhân theo qui định của điều lệ pháp nhân hoặc quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

5. Chủ hộ gia đình đối với hộ gia đình

6. Tổ trưởng tổ hợp tác đối với tổ hợp tác.

7. Những người khác theo qui định của pháp luật.

#### *2.2.3.2. Đại diện theo uỷ quyền*

Đại diện theo uỷ quyền là đại diện được xác lập theo sự uỷ quyền giữa người đại diện và người được đại diện. Thông thường việc uỷ quyền phải được lập thành văn bản, trong đó xác định rõ phạm vi uỷ quyền, thời hạn uỷ quyền. Người uỷ quyền phải chịu trách nhiệm đối với hợp đồng do người được uỷ quyền ký như chính mình tham gia ký kết vậy. Ngược lại, trong trường hợp người được uỷ quyền có hành động vượt quyền hoặc lạm quyền, gây thiệt hại cho người uỷ quyền hoặc cho người thứ ba thì phải bồi thường thiệt hại. Trường hợp người thứ ba biết có việc vượt quyền hay lạm quyền, mà vẫn ký hợp đồng, thì người thứ ba phải liên đới chịu trách nhiệm.

Cần lưu ý, việc chấm dứt tư cách đại diện theo uỷ quyền của cá nhân xảy ra khi thời hạn uỷ quyền đã hết hoặc công việc được uỷ quyền đã hoàn thành. Cũng có khi chấm dứt là do người uỷ quyền hủy bỏ việc uỷ quyền hoặc người được uỷ quyền từ chối việc uỷ quyền. Uỷ quyền cũng mặc nhiên chấm dứt khi người uỷ quyền hoặc người được uỷ quyền chết, mất năng lực hành vi dân sự, bị hạn chế hành vi dân sự, bị toà án tuyên bố là đã chết.

Đối với pháp nhân, tư cách của người đại diện theo pháp luật chấm dứt một khi pháp nhân đó chấm dứt hoạt động. Chính vì vậy, những hợp đồng do giám đốc công ty ký sau khi công ty đã giải thể hoặc bị toà án tuyên bố phá sản đều bị xem là hợp đồng vô hiệu, có khả năng lừa đảo. Việc chấm dứt tư cách đại diện theo uỷ quyền của pháp nhân cũng xảy ra trong những trường hợp sau: thời hạn uỷ quyền

đã hết hoặc công việc được ủy quyền đã hoàn thành; người đại diện theo pháp luật của pháp nhân huỷ bỏ việc ủy quyền hoặc người được ủy quyền từ chối việc ủy quyền; pháp nhân chấm dứt hoạt động hoặc người được ủy quyền chết, mất năng lực hành vi dân sự, bị hạn chế hành vi dân sự, bị toà án tuyên bố là đã chết.

### 2.3. Phương thức ký kết hợp đồng

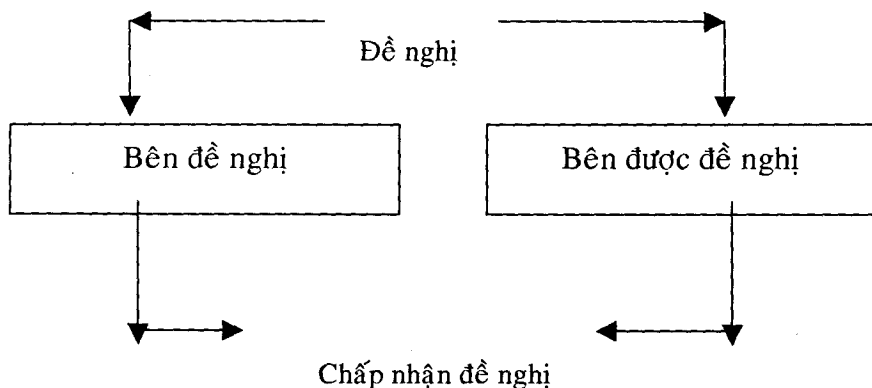
Bộ Luật Dân sự 2005 và Luật Thương mại 2005 không đề cập một cách cụ thể, tuy nhiên theo truyền thống pháp lý người ta ghi nhận có hai phương thức ký kết hợp đồng: trực tiếp và gián tiếp.

*Ký kết hợp đồng trực tiếp* là việc các bên cử người đại diện của mình tham gia bàn bạc, thoả thuận về nội dung của hợp đồng và hình thành một văn bản hợp đồng; đại diện của các bên cùng ký vào văn bản. Hợp đồng được coi là hình thành và có giá trị pháp lý từ thời điểm bên sau cùng ký vào văn bản hợp đồng. Dấu hiệu *cùng ký vào một bản hợp đồng* rất quan trọng, nó cho thấy các bên có thể dùng các hình thức giao kết như chuyển fax – vốn trở nên rất phổ biến trong hoạt động thương mại hiện nay - cũng được coi là trực tiếp nếu có hai chữ ký cùng xuất hiện trên một bản hợp đồng.

*Ký kết hợp đồng gián tiếp* là việc ký kết thông qua những tài liệu giao dịch như đơn chào hàng, đơn đặt hàng, công văn, điện báo,... trong đó chứa đựng nội dung của công việc cần giao dịch. Bộ Luật Dân sự 2005 xây dựng các quy phạm liên quan đến phương thức giao kết này, phù hợp với những quy định tại Công ước Vienna 1980. Theo đó, trình tự ký kết hợp đồng có thể diễn đạt qua sơ đồ sau:

Đề nghị giao kết hợp đồng là việc một bên thể hiện rõ ý định giao kết hợp đồng bằng cách đưa ra những điều khoản cơ bản của hợp đồng như đối tượng, số lượng, chất lượng, giá cả, thanh toán và giao nhận,... và chịu sự ràng buộc pháp lý đối với bên được đề nghị. Nói khác, nếu đề nghị được chấp nhận thì bên đề nghị không được thay đổi ý kiến, không được đề nghị với một chủ thể khác về những nội dung

như đã đề nghị với bên kia. Đề nghị giao kết hợp đồng cần ghi rõ thời hạn trả lời.



Bên đề nghị giao kết hợp đồng có thể thay đổi, rút lại đề nghị giao kết hợp đồng nếu bên được đề nghị nhận được thông báo thay đổi hoặc rút đề nghị trước hoặc cùng thời điểm nhận được đề nghị. Trường hợp này, thông báo thay đổi được coi như một đề nghị mới. Đây cũng chính là quy định tại điều 15 công ước Vienna 1980. Đề nghị giao kết hợp đồng cũng có thể bị huỷ nếu thông báo huỷ đề nghị được bên kia nhận trước khi chấp nhận đề nghị được gửi đi. Đề nghị giao kết hợp đồng chấm dứt khi bên nhận đề nghị trả lời không chấp nhận; hết thời hạn trả lời; khi thông báo về việc thay đổi, rút lại đề nghị hoặc thông báo huỷ có hiệu lực; cũng có khi việc chấm dứt này là do thỏa thuận của hai bên.

Đối với bên được đề nghị; sự chọn lựa có thể là từ chối giao kết, chấp nhận giao kết hoặc đưa ra các đề nghị bổ sung. Trong trường hợp bên được đề nghị *từ chối*, sự im lặng có thể hiểu như là biểu thị của sự từ chối; tuy nhiên điều 404 Bộ Luật Dân sự quy định: hợp đồng dân sự cũng được xem như giao kết khi hết thời hạn trả lời mà bên nhận được đề nghị vẫn im lặng, nếu có thỏa thuận im lặng là sự chấp nhận giao kết. *Chấp nhận* đề nghị giao kết là việc bên được đề nghị đồng ý hoàn

toàn về tất cả những nội dung đề nghị. Từ thời điểm này, hợp đồng được hình thành và có giá trị pháp lý, quyền và nghĩa vụ được thừa nhận là đã phát sinh. Một vấn đề không kém phần quan trọng là trong trường hợp đề nghị được chấp nhận, thời điểm giao kết hợp đồng được xác định vào lúc nào? Ở đây có hai lý thuyết, là thuyết *tiếp nhận* (receipt rule) và thuyết *tổng phát* (còn gọi là thuyết hộp thư – mailbox rule). Dẫn chứng một tình huống sau:

*Công ty X, quốc tịch Việt Nam gửi chào hàng cho công ty Y, của Hoa Kỳ đề nghị ký hợp đồng bán 500 tấn gạo theo điều kiện CIF-Incoterms 2000. Công ty Y đã gửi chấp nhận chào hàng bằng thư máy bay nhưng công ty X không nhận được bản chấp nhận này. Công ty Y đã phát đơn kiện công ty X tại Trọng tài Hồng Kông, khiếu nại công ty X đã không thực hiện hợp đồng mua bán với lập luận rằng theo luật của Hoa Kỳ thì hợp đồng đã ký kết.*

Ở đây rõ ràng có hai cách hiểu khác nhau về thời điểm ký kết hợp đồng. Theo Bộ Luật Dân sự 2005, hợp đồng được giao kết vào thời điểm bên đề nghị nhận được trả lời chấp nhận giao kết. Như vậy, pháp luật Việt Nam tiếp cận vấn đề theo thuyết tiếp nhận. Điều này cũng phù hợp với quy định của Công ước Vienna: Chấp nhận chào hàng có hiệu lực từ khi người chào hàng nhận được chấp nhận (Điều 18). Hoa Kỳ hiện nay theo thuyết tổng phát với lập luận rằng hợp đồng được coi là đã giao kết từ khi chấp nhận chào hàng được gửi đi. Ở đây không bàn đến việc hợp lý hay không của các nguyên tắc vừa kể. Vấn đề là trong các quan hệ thương mại có yếu tố nước ngoài cần phải lưu ý để tránh những rắc rối có thể xảy ra trong quá trình ký kết và thực hiện hợp đồng.

Bên được đề nghị có thể đưa ra những *sửa đổi, bổ sung* đề nghị. Điều 395 Bộ Luật Dân sự 2005 quy định : khi bên được đề nghị đã chấp nhận giao kết hợp đồng, nhưng có nêu điều kiện hoặc sửa đổi đề nghị thì coi như người này đã đưa ra đề nghị mới. Bộ Luật Dân sự cũng như Luật Thương mại 2005 đều không diễn đạt rõ tính chất của những đề nghị bổ sung chi phối như thế nào đến việc thừa nhận hay từ chối giao

kết. Trong Công ước Vienna, vấn đề này lại được diễn giải một cách chi tiết. Điều 19 Công ước quy định: một sự phúc đáp có khuynh hướng chấp nhận chào hàng nhưng có chứa đựng những điểm bổ sung, hay các sửa đổi khác thì được coi là từ chối chào hàng và hình thành một chào hàng ngược lại. Tuy nhiên một sự phúc đáp có khuynh hướng chấp nhận chào hàng nhưng có chứa đựng những điểm bổ sung, hay các điều khoản khác mà không làm biến đổi một cách cơ bản nội dung của chào hàng thì được coi là chấp nhận chào hàng, trừ phi người chào hàng từ chối ngay những sửa đổi đó.

## **2.4. Nội dung của hợp đồng**

Nội dung hợp đồng là những điều khoản do hai bên thoả thuận. Nội dung của hợp đồng có vai trò quan trọng trong việc xác định quyền và nghĩa vụ của các bên, quyết định hiệu lực và tính khả thi của hợp đồng. Thông thường trong một hợp đồng có các nội dung sau:

- + Đối tượng của hợp đồng (hàng hoá, công việc);
- + Số lượng, chất lượng;
- + Giá cả và phương thức thanh toán;
- + Bảo hành;
- + Điều kiện nghiệm thu, giao nhận;
- + Các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng;
- + Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng;
- + Các thoả thuận khác.

Qua các nội dung trên có thể phân chia các điều khoản hợp đồng ra làm ba loại:

- - *Những điều khoản chủ yếu:* Là những điều khoản mà thiếu chúng thì hợp đồng chưa hoàn chỉnh và chưa tạo nên sự ràng buộc pháp lý. Pháp luật hiện hành không quy định những điều khoản chủ



yếu; nhưng trong thực tiễn thương mại, các điều khoản chủ yếu bao gồm: tên hàng; số lượng; quy cách, chất lượng; giá cả; phương thức thanh toán; địa điểm và thời gian giao nhận hàng .

- *Những điều khoản thường lệ*: là những điều khoản luật định, dù các bên có dẫn chiếu đến chúng trong hợp đồng hay không cũng phải mặc nhiên thừa nhận và phải thực hiện. Ví dụ điều khoản về trách nhiệm pháp lý do vi phạm hợp đồng.

- *Những điều khoản tùy nghi*: là những điều khoản mà trong khuôn khổ của pháp luật hai bên có thể tự thỏa thuận về mức độ hoặc điều kiện thực hiện (ví dụ điều khoản về khen thưởng vật chất).

### **3. THỰC HIỆN HỢP ĐỒNG**

Khi tham gia giao kết hợp đồng, các chủ thể đều nhằm thoả mãn mục đích kinh doanh hay dân sự của mình. Mục đích này chỉ có thể đạt được qua việc nghiêm túc thực hiện nghĩa vụ của bên kia. Thực hiện hợp đồng là việc mỗi bên thực hiện những nghĩa vụ đã thoả thuận trong hợp đồng, chẳng hạn trả tiền khi mua hàng, giao hàng hoá cho người mua trong quan hệ mua bán, thực hiện dịch vụ theo thoả thuận với người thuê dịch vụ,... Việc thực hiện hợp đồng cần phải dựa trên các nguyên tắc luật định và được bảo đảm bằng các biện pháp tài sản như thế chấp, cầm cố. Ngoài ra, trong quá trình thực hiện hợp đồng có thể phát sinh việc sửa đổi, huỷ bỏ, chấm dứt hợp đồng.

#### **3.1. Các nguyên tắc thực hiện hợp đồng**

Nguyên tắc thực hiện hợp đồng là những yêu cầu mà các bên tham gia giao kết phải tuân thủ nhằm bảo đảm các quyền và lợi ích hợp pháp của bên kia được thực hiện trong thực tế. Cần biết rằng, các cam kết, thoả thuận hợp pháp trở thành « luật » đối với các bên, chúng có hiệu lực bắt buộc thực hiện đối với các bên và phải được các chủ thể khác tôn trọng. Một khi cam kết được xem như là « luật », các bên phải nghiêm chỉnh thực hiện nghĩa vụ của mình và phải chịu trách

nhiệm nếu không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ; nếu không tự nguyện thực hiện thì có thể bị cưỡng chế. Điều này đặc biệt quan trọng trong các quan hệ kinh doanh, thương mại, tức là những quan hệ liên quan đến những nghĩa vụ phức tạp, liên quan đến nhiều đối tượng và thường có giá trị lớn. Các quy định trong luật thương mại và các luật chuyên ngành khác thường chỉ nêu ra những quy định có tính chất *khung*, để trên cơ sở đó các bên xây dựng các thoả thuận cụ thể, phù hợp với thực tế quan hệ của mình. Vì vậy khi có tranh chấp, cơ quan tài phán thường trước hết dựa vào nội dung thoả thuận trong hợp đồng để đánh giá mức độ sai phạm của một bên và đưa ra biện pháp giải quyết. Chỉ khi nào các bên không có thoả thuận cụ thể hoặc thoả thuận vi phạm pháp luật thì mới căn cứ vào các quy định khung để giải quyết.

Khảo sát các quy định pháp luật về nguyên tắc thực hiện hợp đồng, có thể thấy những điểm cơ bản giống nhau. Chẳng hạn, Điều 22 Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế quy định: các bên có nghĩa vụ thực hiện đúng và đầy đủ cam kết trong hợp đồng kinh tế trên tinh thần hợp tác, tôn trọng lợi ích của nhau. Trong quá trình thực hiện hợp đồng kinh tế, nếu một bên gặp khó khăn có thể dẫn đến vi phạm thì phải thông báo ngay cho bên kia biết, đồng thời phải tìm mọi biện pháp khắc phục. Bên nhận được thông báo, tùy theo khả năng của mình, góp phần khắc phục khó khăn đó và tìm mọi biện pháp hạn chế những thiệt hại có thể xảy ra. Những tính chất như: *thực hiện đúng và đầy đủ cam kết; tinh thần hợp tác, tôn trọng lợi ích của nhau; bảo vệ lợi ích nhà nước, lợi ích công cộng, quyền và lợi ích hợp pháp của người khác; v.v...* là những tính chất phổ biến trong quá trình thực hiện mọi giao kết.

Điều 412 Bộ Luật Dân sự 2005 đề cập đến các nguyên tắc sau đây :

- Thực hiện đúng hợp đồng, đúng đối tượng, chất lượng, số lượng, chủng loại, thời hạn, phương thức và các thoả thuận khác;

- Thực hiện một cách trung thực, theo tinh thần hợp tác và có lợi nhất cho các bên, bảo đảm tin cậy lẫn nhau;

- Không được xâm phạm đến lợi ích nhà nước, lợi ích công cộng, quyền, lợi ích hợp pháp của người khác.

### **3.2. Những nội dung của việc thực hiện hợp đồng**

Là hành vi các bên phải thực hiện để hoàn thành nghĩa vụ hợp đồng. Tùy thuộc vào từng loại hợp đồng khác nhau mà nội dung thực hiện cũng khác nhau (*sẽ đề cập cụ thể ở chương Các loại hợp đồng thông dụng trong kinh doanh*). Tuy nhiên, nhìn chung, có thể thấy một số nội dung thực hiện hợp đồng chủ yếu sau:

-*Thực hiện đúng điều khoản về đối tượng*: Đối tượng hợp đồng, như đã nói, là những sản phẩm, hàng hoá hoặc là những công việc, dịch vụ mà hai bên cam kết thực hiện. Việc lựa chọn đối tượng hợp đồng là tùy thuộc vào nhu cầu của các bên kết ước ; tuy nhiên, thường để tránh những tranh chấp không đáng có, các bên cần tuân thủ quy định về tính hợp pháp của hàng hoá, công việc thoả thuận. Trong hợp đồng kinh doanh, các bên cần chú ý cả việc bảo đảm có đăng ký kinh doanh và ký kết thoả thuận đúng với chức năng kinh doanh của mình.

-*Thực hiện đúng điều khoản về số lượng*: Số lượng trong hợp đồng chính là số sản phẩm hàng hoá giao dịch hoặc khối lượng công việc. Cần phải xác định rõ tên hàng hoá, công việc, số lượng, đơn vị đo lường, phương thức đo lường và phải có nghĩa vụ thực hiện đúng những cam kết. Trong thực tế, nhiều khi phương thức đo khác nhau dẫn đến những kết quả khác nhau. Ví dụ sau đây là một dẫn chứng:

*Công ty A (Việt Nam) ký hợp đồng bán cho Công ty B (Hàn Quốc) 4000 tấn gỗ tròn bông vàng. Điều kiện giao nhận thoả thuận như sau: Khi lên hàng tại Cảng Sài Gòn, Vinacontrol sẽ kiểm tra khối lượng bằng cách đo mức nước tàu và lập chứng thư giám định rồi fax trước cho OMIC (một tổ chức tương tự ở Hàn Quốc). Khi hàng đến nơi OMIC sẽ đo mức nước tàu theo tiến độ bốc dỡ và cũng fax số liệu sang cho*

*Vinacontrol. Nếu số liệu của hai bên có sự chênh lệch nhau thì bên bán và bên mua sẽ chia đôi phần chênh lệch đó. Viancontrol thực hiện đúng nhiệm vụ. Nhưng khi tàu đã đến nơi, đang bốc dỡ thì có tin là sắp có bão, thuyền trưởng quyết định vừa dỡ gỗ vừa bốc hàng mới lên tàu; OMIC không đo được theo mớn nước tàu nên quyết định cân theo từng xe và cộng dồn. Kết quả số liệu của OMIC hụt so với số liệu của Vinacontrol khoảng 400 tấn. Giữa hai bên phát sinh tranh chấp.*

Ở đây loại trừ yếu tố gian dối của các bên, chính sự lựa chọn cách thức đo lường khác nhau sẽ dẫn đến những kết quả khác nhau.

- *Thực hiện đúng điều khoản về chất lượng:* Chất lượng của hàng hóa, công việc do các bên thoả thuận được ghi rõ trong hợp đồng. Chất lượng này có thể căn cứ trên những tiêu chuẩn kỹ thuật của nhà nước hoặc tiêu chuẩn chất lượng mà các bên đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Nếu một bên vi phạm điều khoản về chất lượng, bên kia có quyền không tiếp tục thực hiện hợp đồng và buộc bên vi phạm phải chịu các trách nhiệm pháp lý theo quy định của pháp luật hoặc theo thoả thuận.

- *Thực hiện đúng điều khoản về giá cả, phương thức thanh toán :* Hiện nay nhà nước không trực tiếp định giá hàng hoá sản phẩm, trừ một số hàng hoá, dịch vụ quan trọng. Do vậy, về nguyên tắc các bên có quyền thoả thuận về giá cả. Tuy nhiên, khi đối tượng hợp đồng là những sản phẩm, dịch vụ mà nhà nước đã định giá hoặc có khung giá thì các bên chỉ được thoả thuận trong khung giá qui định. Nguyên tắc thực hiện đúng điều khoản về giá không loại trừ khả năng cho phép các bên có thể thoả thuận việc điều chỉnh giá khi có sự biến động trên thị trường; đây chính là việc thực hiện nguyên tắc hợp tác, thiện chí của các bên nhằm làm cho hợp đồng được thực hiện đạt hiệu quả tốt nhất. Các bên cũng có thể thoả thuận về phương thức thanh toán trong hợp đồng và phải thực hiện đúng thoả thuận. Tuy nhiên, trong thanh toán cần chú ý tuân thủ các quy định của pháp luật liên quan đến việc sử dụng ngoại tệ và việc thanh toán không dùng tiền mặt.

- *Thực hiện đúng điều khoản về thời gian:* Bộ Luật Dân sự 2005 không quy định việc thực hiện điều khoản về thời gian trong phần tổng quát về hợp đồng, mà dẫn chiếu theo quy định về thời hạn thực hiện nghĩa vụ dân sự tại Điều 285 và cụ thể hoá trong từng loại hợp đồng. Chẳng hạn, tại Điều 432 về hợp đồng mua bán nói rõ: thời hạn thực hiện hợp đồng mua bán do các bên thoả thuận. Bên bán phải giao tài sản cho bên mua đúng thời hạn thoả thuận; bên bán chỉ được giao tài sản trước hoặc sau thời hạn nếu được bên mua đồng ý. Khi các bên không thoả thuận về thời hạn giao tài sản thì bên mua có quyền yêu cầu bên bán giao tài sản và bên bán cũng có quyền yêu cầu bên mua nhận tài sản bất cứ lúc nào, nhưng phải báo trước cho nhau trong một thời gian hợp lý. Khi các bên không có thoả thuận về thời hạn thanh toán thì bên mua phải thanh toán ngay khi nhận tài sản. Luật không nói rõ *thời gian hợp lý* là như thế nào. Trong thực tiễn thương mại, thời gian hợp lý thường được xác định dựa trên nhiều yếu tố, ví dụ như sự phát triển kỹ thuật thông tin, tập quán giao dịch giữa các bên v.v.... Luật Thương mại, trái lại, quy định khá chi tiết về *thời hạn* và *thời điểm* thực hiện hợp đồng. Điều 37 quy định: bên bán phải giao hàng đúng thời điểm giao hàng thoả thuận trong hợp đồng. Trường hợp chỉ có thoả thuận về *thời hạn* giao hàng mà không xác định *thời điểm* giao hàng cụ thể, thì bên bán có quyền giao hàng vào bất kỳ thời điểm nào trong thời hạn đó và phải thông báo trước cho bên mua. Trường hợp không có thoả thuận về thời hạn giao hàng thì bên bán phải giao hàng trong một thời hạn hợp lý sau khi giao kết hợp đồng.

Thực hiện đúng về thời hạn là điều quan trọng. Vì vậy để ràng buộc các bên trong việc nghiêm túc thực hiện cam kết, pháp luật luôn có những quy định dành cho bên bị vi phạm quyền áp dụng các biện pháp chế tài đối với bên vi phạm.

- *Thực hiện đúng điều khoản về địa điểm:* Địa điểm thực hiện hợp đồng thường là do các bên thoả thuận. Nếu các bên không thoả thuận, thì địa điểm thực hiện hợp đồng thường được xác lập dựa trên một số nguyên tắc sau:

+ Nếu đối tượng hợp đồng là bất động sản thì địa điểm thực hiện hợp đồng là nơi tọa lạc của bất động sản ;

+ Nếu đối tượng hợp đồng không phải là bất động sản thì địa điểm thực hiện hợp đồng là nơi cư trú hoặc nơi có trụ sở của bên có quyền.

### **3.3. Sửa đổi, chấm dứt hợp đồng**

#### **3.3.1. Sửa đổi hợp đồng**

Trong quá trình thực hiện hợp đồng dân sự, nếu xuất hiện những tình huống mới, các bên có thể thoả thuận sửa đổi một phần nội dung hợp đồng. Cần lưu ý rằng việc sửa đổi nói ở đây chỉ được hiểu là việc thoả thuận điều chỉnh một số nội dung trong hợp đồng mà không làm thay đổi bản chất của hợp đồng. Nếu sự thay đổi vượt quá giới hạn này, các bên phải tìm kiếm cách thức xử lý khác, như thoả thuận chấm dứt hợp đồng và ký kết lại một hợp đồng mới. Luật Dân sự quy định một số yêu cầu có tính bắt buộc trong trường hợp sửa đổi hợp đồng. Các quy định này không nhằm mục đích nào khác là tạo ra sự an toàn cho các bên trong quan hệ hợp đồng. Cụ thể:

- Các bên có thể thoả thuận sửa đổi hợp đồng và giải quyết hậu quả của việc sửa đổi, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác. Nói cách khác, nếu việc sửa đổi tuân theo những quy định của luật pháp thì phần sửa đổi này có giá trị ràng buộc các bên như điều khoản hợp đồng. Mặt khác, các nội dung không sửa đổi vẫn có giá trị thực hiện.

- 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.

#### **3.3.2. Chấm dứt hợp đồng**

Theo quan điểm của luật dân sự, chấm dứt hợp đồng là dấu hiệu chỉ báo quyền và nghĩa vụ của các bên không còn tồn tại. Thông thường, hợp đồng chấm dứt khi nghĩa vụ của các bên đã được hoàn

thành hoặc cũng có thể việc chấm dứt là do thoả thuận giữa các bên. Trong hai trường hợp trên, ý chí, sự chủ động của các bên trong việc chấm dứt quyền và nghĩa vụ là khá rõ ràng và phổ biến. Cũng có khi việc đình chỉ là do quy định của pháp luật. Vì lợi ích chung hoặc vì lợi ích của những người tham gia hợp đồng, nhà nước có thể ra quyết định đình chỉ một hợp đồng mà không quan tâm đến ý chí của các chủ thể. Chẳng hạn, một hợp đồng nhập khẩu thực phẩm chưa qua kiểm dịch.

Chấm dứt hợp đồng cũng xảy ra khi cá nhân giao kết hợp đồng chết, pháp nhân hoặc chủ thể khác chấm dứt mà hợp đồng phải do chính cá nhân, pháp nhân, chủ thể đó thực hiện. Chẳng hạn, khi một công ty giải thể thì những hợp đồng đã và đang thực hiện sẽ chấm dứt và công ty phải giải quyết những hậu quả pháp lý với người thứ ba. Thực tế, pháp luật về doanh nghiệp luôn quy định những thủ tục để bảo vệ quyền lợi chính đáng của những người có quan hệ hợp đồng với công ty giải thể, như buộc phải đăng bố cáo giải thể, phải thông báo công khai thời hạn xử lý nợ, quyền khởi kiện của những người quan hệ với công ty, v.v. .. Hợp đồng cũng chấm dứt khi đối tượng của hợp đồng không còn tồn tại, ví dụ căn nhà hai bên thoả thuận mua bán bị cháy do một sự kiện rủi ro.

Có hai trường hợp dẫn đến chấm dứt hợp đồng gắn với nhiều hậu quả pháp lý phức tạp; đó là việc hợp đồng bị huỷ bỏ hoặc bị đơn phương chấm dứt thực hiện. Bộ Luật Dân sự 2005 và Luật Thương mại 2005 đều có những quy định chi tiết về việc huỷ hoặc đơn phương chấm dứt hợp đồng (Luật Thương mại gọi là đình chỉ hợp đồng). Nguyên tắc chung của việc huỷ hợp đồng hoặc đơn phương chấm dứt hợp đồng là phải có sự thoả thuận trước giữa các bên và phải thông báo kịp thời cho bên bị huỷ hoặc bị đình chỉ. Sự thoả thuận này thường là một điều khoản trong hợp đồng, theo đó các bên ghi nhận rằng nếu bên nào vi phạm vào một điều khoản của hợp đồng (thường là các điều khoản chủ yếu) thì bên kia có quyền huỷ hoặc chấm dứt hợp đồng. Đồng thời pháp luật cũng ghi nhận rằng bên có lỗi trong việc

huỷ bỏ hoặc đơn phương chấm dứt hợp đồng phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại gây ra.

### **3.4. Các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng**

Quan hệ hợp đồng thường làm phát sinh quyền và nghĩa vụ đối ứng giữa các chủ thể. Tuy nhiên trong thực tế quyền và nghĩa vụ này không diễn ra cùng lúc, trừ một số giao dịch có tính chất tức thời như mua một chai nước uống: người mua trả tiền và lấy hàng; người bán giao hàng và lấy tiền. Quan hệ giữa hai bên mãn kết ngay sau khi thực hiện xong nghĩa vụ. Trong kinh doanh, điều này rõ ràng hơn cả. Bên mua có thể ứng trước cho bên bán một khoản tiền và hai bên có thể thoả thuận một thời gian sau khi nhận hàng bên bán mới phải trả tiền. Hoặc trong hợp đồng tín dụng, hợp đồng đại lý, một bên thực thi nghĩa vụ nhưng chỉ được hưởng quyền sau một thời gian theo thoả thuận. Vậy có gì bảo đảm các bên thực hiện nghiêm túc nghĩa vụ; và nếu một bên không thực hiện hay thực hiện không đúng nghĩa vụ cam kết, thì bên kia bảo vệ quyền lợi của mình như thế nào? Điều này cho thấy sự cần thiết của việc áp dụng những biện pháp bảo đảm trong việc thực hiện hợp đồng. Theo Bộ Luật dân sự 2005, có các biện pháp bảo đảm sau :

- Thế chấp tài sản,
- Cầm cố tài sản,
- Bảo lãnh,
- Đặt cọc,
- Ký cược,
- Ký quỹ,
- Tín chấp.

Trong lĩnh vực kinh doanh, hiện nay căn cứ vào các quy định của pháp luật về giao dịch bảo đảm, có ba hình thức chủ yếu là: thế chấp, cầm cố và bảo lãnh.



### 3.4.1. Thế chấp tài sản

Thế chấp tài sản là việc một bên (bên thế chấp) dùng tài sản thuộc sở hữu của mình để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ đối với bên kia (bên nhận thế chấp) và không chuyển giao tài sản đó cho bên nhận thế chấp.

Tài sản dùng thế chấp bao gồm:

- + Nhà ở, công trình xây dựng gắn liền với đất, kể cả các tài sản gắn liền với nhà ở, công trình xây dựng; các tài sản khác gắn liền với đất.

- + Quyền sử dụng đất mà pháp luật về đất đai quy định được thế chấp.

- + Hoa lợi, lợi tức, khoản tiền bảo hiểm và các quyền phát sinh từ bất động sản thuộc tài sản thế chấp nếu các bên có thoả thuận hoặc pháp luật có quy định.

- + Trường hợp thế chấp toàn bộ bất động sản có vật phụ thì vật phụ thuộc tài sản thế chấp. Trường hợp khác, nếu thế chấp một phần bất động sản có vật phụ thì vật phụ thuộc tài sản thế chấp hay không do hai bên thoả thuận.

- + Tàu biển, tàu bay bay theo quy định của pháp luật có liên quan.

Theo Bộ Luật Dân sự năm 1995, tài sản dùng trong thế chấp được xác định là bất động sản. Bộ Luật Dân sự 2005 không bắt buộc phải là bất động sản mà chỉ nhấn mạnh đến tính chất *không chuyển giao tài sản cho bên nhận thế chấp*. Điều này phù hợp với thực tiễn kinh doanh hiện nay, theo đó việc thế chấp các loại động sản như máy móc, thiết bị, phương tiện, vận chuyển, hàng hoá ngày càng trở nên phổ biến.

Tài sản thế chấp phải đảm bảo các yêu cầu như: thuộc quyền sở hữu của bên thế chấp; được phép giao dịch và không có tranh chấp; bên thế chấp mua bảo hiểm đối với tài sản mà pháp luật quy định phải được bảo hiểm.

Thế chấp tài sản phải được lập thành văn bản cam kết hoặc hợp đồng thế chấp. Đối với tài sản mà pháp luật quy định đăng ký quyền sở hữu thì khi thế chấp phải đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền; bên nhận thế chấp giữ bản gốc giấy tờ về quyền sở hữu tài sản. Một hợp đồng thế chấp có các nội dung sau:

- + Tên, địa chỉ của các bên
- + Họ tên và địa chỉ của người đại diện đủ thẩm quyền của các bên
- + Số ngày, tháng, năm của hợp đồng (trong đó có nghĩa vụ cần thế chấp)
- + Số tài khoản và ngân hàng giao dịch
- + Loại tài sản thế chấp (ghi rõ số lượng và giá trị tài sản)
- + Nội dung của giấy tờ về quyền sử dụng đất
- + Nội dung của giấy tờ về sở hữu tài sản
- + Số tiền vay, nợ
- + Thời gian thế chấp
- + Phương thức xử lý tài sản thế chấp
- + Quyền và nghĩa vụ của các bên trong việc thực hiện hợp đồng thế chấp
- + Cam kết của hai bên thực hiện nghĩa vụ của mình.

HĐ thế chấp cần có chứng nhận của cơ quan công chứng nhà nước hoặc chứng thực bởi cơ quan có thẩm quyền.

Một vấn đề cần lưu ý là việc thế chấp quyền sử dụng đất. Chế độ sở hữu về đất đai ở Việt Nam là chế độ sở hữu toàn dân, do nhà nước thống nhất quản lý. Các tổ chức kinh tế, hộ gia đình, cá nhân được nhà nước giao quyền sử dụng đất. Do vậy việc thế chấp quyền sử dụng đất trong kinh doanh được quy định như sau:

Trước hết cần phân biệt rõ ba hình thức giao đất; đó là:

- Giao đất không thu tiền sử dụng đất trong các dự án cải tạo môi trường, trồng rừng, khai hoang,...
- Giao đất có thu tiền sử dụng đất, hoặc đất nhận chuyển nhượng hợp pháp;
- Giao đất theo hình thức cho thuê.

Mỗi hình thức giao đất tạo cho đối tượng được giao có những mức độ quyền hạn khác nhau. Điều này sẽ ảnh hưởng lớn đến tính chất bảo đảm thực hiện nghĩa vụ hợp đồng trong trường hợp thế chấp quyền sử dụng đất. Thường để tránh những rắc rối mà nhiều khi các chủ thể tham gia hợp đồng không thể biết hết được, các bên cần tuân thủ các quy định về thủ tục. Chẳng hạn, hiện nay mọi giao dịch về quyền sử dụng đất nhất thiết phải được công chứng, chứng thực bởi cơ quan có thẩm quyền và phải đăng ký tại cơ quan đăng ký giao dịch quyền sử dụng đất được lập tại cơ quan quản lý nhà nước về tài nguyên môi trường.

Tính chất bảo đảm thực hiện hợp đồng nằm ở chỗ, trong trường hợp bên thế chấp không thực hiện được nghĩa vụ như đã thoả thuận thì sẽ bị áp dụng biện pháp xử lý tài sản thế chấp. Thông thường có hai cách là: hoặc bên nhận thế chấp nhận chính tài sản thế chấp để trừ nợ (người ta gọi theo thói quen là gán nợ) hoặc tổ chức bán đấu giá tài sản để bên nhận thế chấp thu hồi nợ.

Trường hợp bên thế chấp là doanh nghiệp bị phá sản thì tài sản thế chấp được xử lý theo quy định của Luật Phá sản doanh nghiệp về các khoản nợ có bảo đảm.

### *3.4.2. Cầm cố tài sản*

Cầm cố tài sản là việc một bên chủ thể hợp đồng (bên cầm cố) *giao* tài sản thuộc quyền sở hữu của mình cho bên kia (bên nhận cầm cố) để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ.

Thông thường bên cầm cố giao tài sản cho bên nhận cầm cố. Tuy nhiên nếu tài sản là loại pháp luật có quy định đăng ký quyền sở hữu hoặc có giấy tờ chứng minh quyền sở hữu thì các bên có thể thỏa thuận bên cầm cố vẫn giữ tài sản cầm cố (chỉ giao giấy tờ chứng nhận quyền sở hữu tài sản).

Luật Dân sự không quy định rõ loại tài sản dùng trong cầm cố, nhưng theo lẽ thường, tài sản cầm cố luôn luôn là những động sản vì tính chất *giao* tài sản của người cầm cố cho bên nhận cầm cố. Khi khảo sát hoạt động của một tiệm cầm đồ chúng ta thấy rõ tính chất bảo đảm của biện pháp cầm cố liên quan đến các động sản. Tài sản dùng để cầm cố bao gồm:

- + Các động sản có giá trị, chuyển nhượng hoặc mua bán được dễ dàng bao gồm: phương tiện vận tải, phương tiện đi lại, công cụ lao động, máy móc thiết bị, vật tư hàng hoá và các động sản khác.

- + Giấy tờ trị giá được bằng tiền đang còn thời hạn hiệu lực thanh toán như sổ tiết kiệm, kỳ phiếu, trái phiếu...

- + Kim loại quý, đá quý

- + Quyền đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp; quyền khai thác tài nguyên thiên nhiên.

- + Tàu biển, tàu bay trong trường hợp được cầm cố.

- + Lợi tức, các quyền phát sinh từ tài sản cầm cố.

Theo quy định của pháp luật, việc cầm cố phải được lập thành hợp đồng bằng văn bản. Nội dung của hợp đồng cầm cố tài sản cũng giống như hợp đồng thế chấp. Đối với tài sản mà pháp luật quy định phải đăng ký quyền sở hữu thì việc cầm cố tài sản cũng phải đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Hợp đồng cầm cố tài sản cần có chứng nhận của cơ quan công chứng theo những quy định giống như trường hợp thế chấp. Tuy theo tính chất của từng loại tài sản cầm cố, các bên phải tổ chức định giá tài sản trước khi tiến hành cầm cố. Điều

này giúp bảo đảm cho việc thanh toán các nghĩa vụ trong hợp đồng có liên quan.

### *3.4.3. Bảo lãnh tài sản*

Bảo lãnh là trường hợp 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 hạn mà bên này không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ. Thông thường, trong học lý người ta thường xem bảo lãnh là bảo đảm đối nhân và phân biệt nó với bảo đảm đối vật là thế chấp hay cầm cố tài sản. Nói thế là nhấn mạnh đến vai trò của người thứ ba tham gia làm nhân tố bảo đảm cho việc thực hiện hợp đồng chính. Trong thực tế, bên bảo lãnh cũng phải thực hiện việc bảo lãnh bằng tài sản của mình hoặc các bên có thể thoả thuận bên bảo lãnh phải thế chấp, cầm cố tài sản cho bên nhận bảo lãnh.

Việc bảo lãnh phải được lập thành văn bản với những nội dung sau:

- + Tên các bên và người đại diện hợp pháp.
- + Số tài khoản ngân hàng của bên bảo lãnh
- + Số, ngày tháng năm của hợp đồng của bên được bảo lãnh
- + Số, ngày tháng năm của hợp đồng thế chấp, cầm cố tài sản (nếu hai bên thoả thuận bên bảo lãnh phải thế chấp, cầm cố tài sản)
- + Danh mục và giá trị tài sản dùng bảo lãnh
- + Cam kết của bên bảo lãnh về việc thực hiện nghĩa vụ thay và xử lý tài sản bảo lãnh của mình để thực hiện nghĩa vụ thay cho người bảo lãnh.

Hợp đồng bảo lãnh cần có chứng nhận của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Mọi giá trị tài sản ghi trên hợp đồng bảo lãnh nhất thiết phải công chứng.

Như đã nói, mục đích của việc áp dụng các biện pháp bảo đảm trong thực hiện hợp đồng là khả năng thực thi quyền về tài sản của một bên nhằm đảm bảo sự nghiêm túc thực hiện nghĩa vụ của bên kia. Vì vậy, pháp luật có những quy định nghiêm ngặt về tính chất pháp lý của các tài sản dùng trong thế chấp, cầm cố hay bảo lãnh. Cụ thể, những loại tài sản sau không được dùng làm tài sản bảo đảm:

- Tài sản nhà nước quy định cấm kinh doanh, mua bán, chuyển nhượng;
- Tài sản đang còn tranh chấp;
- Tài sản không thuộc sở hữu hợp pháp của người thế chấp, cầm cố, bảo lãnh;
- Tài sản đi thuê, đi mượn;
- Tài sản đang bị cơ quan có thẩm quyền tạm giữ, niêm phong, phong tỏa; tài sản đang làm thủ tục giải thể, phá sản doanh nghiệp;
- Tài sản đang thế chấp, cầm cố hoặc bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ khác;
- Tài sản khó cất giữ, bảo quản, kiểm định, định giá;
- Đất đai và tài sản gắn liền với đất đai thuộc diện không được thế chấp theo quy định (ví dụ đất không giấy tờ, đất quy hoạch...), ...

## **4. TRÁCH NHIỆM PHÁP LÝ TRONG QUAN HỆ HỢP ĐỒNG**

### **4.1. Trách nhiệm pháp lý do giao kết hợp đồng trái pháp luật**

Hợp đồng được ký kết theo ý chí của các bên; song ý chí đó phải tuân thủ các quy định của pháp luật. Trong các nguyên tắc ký kết hợp đồng, nhà làm luật luôn nhấn mạnh đến quyền tự do ý chí, đồng thời đặt quyền tự do ấy trong khuôn khổ luật pháp, không được ký kết những hợp đồng vi phạm pháp luật. Trách nhiệm pháp lý trong vi

phạm pháp luật về hợp đồng được hiểu là những hậu quả bất lợi đối với các chủ thể đã ký kết, thực hiện hợp đồng trái pháp luật; thể hiện sự phê phán của nhà nước và xã hội đối với các hành vi đó. Trách nhiệm pháp lý còn có thể áp dụng đối với những cá nhân trực tiếp thực hiện hợp đồng.

Theo cách gọi phổ biến, hợp đồng trái pháp luật gọi là hợp đồng vô hiệu. Bộ Luật Dân sự quy định hợp đồng vô hiệu theo những quy định chung áp dụng cho những giao dịch dân sự. Theo đó, một giao dịch dân sự có hiệu lực khi hội đủ các điều kiện sau:

- Người tham gia giao dịch có năng lực hành vi dân sự;
- Mục đích và nội dung của giao dịch không vi phạm điều cấm của pháp luật, không trái đạo đức xã hội;
- Người tham gia giao dịch hoàn toàn tự nguyện;
- Tuân thủ các quy định về hình thức của hợp đồng đối với những loại hợp đồng trọng thức.

Khi một hợp đồng dân sự vi phạm các điều kiện trên thì bị xem là hợp đồng vô hiệu. Tùy theo mức độ vi phạm mà pháp luật chia thành vô hiệu toàn bộ và vô hiệu từng phần. Vô hiệu từng phần là trường hợp hợp đồng có một số nội dung vô hiệu nhưng không ảnh hưởng đến hiệu lực của phần còn lại của hợp đồng. Việc xác định một hợp đồng là vô hiệu toàn bộ hay từng phần thường là do toà án quyết định khi thụ lý vụ tranh chấp giữa các bên.

Hậu quả pháp lý của hợp đồng dân sự vô hiệu là không làm phát sinh, thay đổi, chấm dứt các quyền và nghĩa vụ dân sự của các bên kể từ thời điểm xác lập hợp đồng. Điều này có nghĩa là nếu các bên đã hoặc đang thực hiện hợp đồng thì phải đình chỉ thực hiện và tiến hành khôi phục lại tình trạng ban đầu. Phải hoàn trả cho nhau những tài sản đã nhận (trừ trường hợp tài sản bị tịch thu theo quy định); nếu không

hoàn trả được bằng hiện vật thì phải hoàn trả lại bằng tiền. Bên có lỗi gây thiệt hại phải chịu trách nhiệm bồi thường.

Cần lưu ý là sự vô hiệu của hợp đồng chính làm chấm dứt hợp đồng phụ trừ trường hợp các bên có thoả thuận hợp đồng phụ được thay thế hợp đồng chính. Quy định này không áp dụng đối với các hợp đồng trong các trường hợp áp dụng biện pháp bảo đảm như thế chấp, cầm cố, bảo lãnh,... Ngược lại, sự vô hiệu của hợp đồng phụ không làm chấm dứt hợp đồng chính trừ trường hợp các bên thoả thuận hợp đồng phụ là một phần không thể tách rời của hợp đồng chính.

Người ký kết hợp đồng vô hiệu toàn bộ, người thực hiện hợp đồng vô hiệu toàn bộ thì theo mức độ vi phạm có thể bị xử lý kỷ luật, xử phạt hành chính, hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự theo qui định của pháp luật. Đối với hợp đồng vô hiệu từng phần, các bên phải sửa đổi các điều khoản trái pháp luật, khôi phục các quyền và lợi ích ban đầu và có thể phải chịu một hậu quả pháp lý nhất định.

## **4.2. Trách nhiệm pháp lý do vi phạm hợp đồng**

### **4.2.1. Khái niệm , ý nghĩa**

Như đã trình bày ở phần trước, hợp đồng được giao kết một cách tự nguyện, các bên có quyền tự do ý chí trong giao kết, nhằm thoả mãn các lợi ích vật chất của mình. Do vậy, một khi hợp đồng đã ký kết và có hiệu lực pháp luật, hợp đồng trở thành “luật” đối với các bên. Thực hiện đầy đủ và nghiêm chỉnh hợp đồng là nghĩa vụ của các bên. Trong quá trình thực hiện hợp đồng, nếu một bên có hành vi vi phạm nghĩa vụ và gây ra cho bên kia những thiệt hại vật chất thì bên vi phạm phải gánh chịu những hậu quả bất lợi theo qui định của pháp luật. Hậu quả pháp lý bất lợi đó pháp luật hợp đồng gọi là *trách nhiệm pháp lý do vi phạm hợp đồng*.

Như vậy, xét tên bình diện tổng quát, trách nhiệm pháp lý – với tính cách là những hậu quả bất lợi – thể hiện cách nhìn nhận của pháp



luật về thái độ và hành vi cần phải có của chủ thể. Học lý quan niệm có nhiều loại trách nhiệm pháp lý tùy thuộc vào bản chất của hành vi vi phạm, như trách nhiệm hình sự, trách nhiệm hành chính, v.v... Trong vi phạm hợp đồng dân sự, người ta gọi là trách nhiệm dân sự. Theo Pháp lệnh hợp đồng kinh tế 1989, hậu quả của hành vi vi phạm hợp đồng kinh tế được gọi là trách nhiệm vật chất. Cách diễn đạt này tuy chính xác nhưng chưa phản ánh đầy đủ các hình thức của trách nhiệm dân sự được áp dụng khi một bên vi phạm hợp đồng. Chẳng hạn, các hình thức trách nhiệm như buộc thực hiện hợp đồng, huỷ hợp đồng, v.v... không chỉ mang ý nghĩa vật chất mà còn phản ánh những hành vi bắt buộc chủ thể vi phạm phải thực hiện. Trên khía cạnh này, quan niệm về các loại chế tài áp dụng trong Luật Thương mại 2005 rõ ràng là phù hợp hơn. Luật Thương mại không tách bạch các loại chế tài theo nghĩa vật chất hay không, mà chỉ nêu các loại biện pháp xử lý đối với thương nhân vi phạm nghĩa vụ hợp đồng như: chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng, phạt, bồi thường thiệt hại, tạm ngừng thực hiện hợp đồng, đình chỉ, huỷ bỏ hợp đồng. Các hình thức xử lý về vật chất được xem như là những hệ quả phái sinh của quá trình áp dụng các chế tài trên.

Tuy nhiên, dù dưới hình thức nào, trách nhiệm pháp lý do vi phạm hợp đồng cũng mang ý nghĩa chung là nhằm bảo đảm các bên thực hiện đúng và nghiêm chỉnh hợp đồng. Bằng cách buộc bên vi phạm phải chịu những hậu quả bất lợi, việc quy định về trách nhiệm pháp lý góp phần tăng cường ý thức tôn trọng pháp luật, ngăn ngừa hành vi vi phạm hợp đồng, bảo đảm trật tự kỷ cương trong hoạt động kinh tế của xã hội. Mặt khác, trách nhiệm pháp lý trong vi phạm hợp đồng còn có tác dụng khôi phục lợi ích về tài sản cho bên bị vi phạm, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể khi tham gia quan hệ hợp đồng.

#### 4.2.2. Các loại trách nhiệm pháp lý do vi phạm hợp đồng

Bộ Luật Dân sự 2005 quy định trách nhiệm dân sự do vi phạm hợp đồng dựa theo những nguyên tắc sau:

- 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;
- Nếu vi phạm nghĩa vụ do nguyên nhân là 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;
- Bên có nghĩa vụ không phải chịu trách nhiệm dân sự nếu chứng minh nghĩa vụ không thực hiện được là hoàn toàn do lỗi của bên có quyền.

Những nguyên tắc này, như chúng ta sẽ thấy, cũng là những nguyên tắc chung trong việc xác định trách nhiệm pháp lý đối với các hợp đồng trong kinh doanh, thương mại. Luật Thương mại 2005 xây dựng các quy phạm về trách nhiệm pháp lý do vi phạm hợp đồng, được gọi là *chế tài trong thương mại*. Theo Luật có các loại chế tài sau:

- Buộc thực hiện đúng hợp đồng;
- Phạt vi phạm;
- Buộc bồi thường thiệt hại;
- Tạm ngừng thực hiện hợp đồng;
- Đình chỉ thực hiện hợp đồng;
- Huỷ bỏ hợp đồng.
- Các biện pháp khác do các bên thoả thuận không trái với nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam, điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên, tập quán thương mại quốc tế.

Luật Thương mại phân biệt hai mức độ vi phạm hợp đồng: vi phạm cơ bản và vi phạm không cơ bản. *Vi phạm cơ bản là sự vi phạm*

*hợp đồng của một bên gây thiệt hại cho bên kia đến mức làm cho bên kia không đạt được mục đích của việc giao kết hợp đồng.* Trừ trường hợp có thoả thuận khác, bên bị vi phạm không được áp dụng chế tài tạm ngừng thực hiện hợp đồng, đình chỉ thực hiện hợp đồng, huỷ bỏ hợp đồng đối với những vi phạm không cơ bản.

*Buộc thực hiện đúng hợp đồng* là việc bên bị vi phạm yêu cầu bên vi phạm thực hiện đúng hợp đồng hoặc dùng các biện pháp khác để hợp đồng được thực hiện và bên vi phạm phải chịu chi phí phát sinh. Chẳng hạn nếu bên bán giao thiếu hàng hoặc cung ứng dịch vụ không đúng, bên mua có quyền yêu cầu bên bán phải giao đủ hoặc phải cung ứng dịch vụ theo đúng thoả thuận. Nếu giao hàng hoặc cung ứng dịch vụ kém chất lượng thì phải khắc phục khuyết tật hoặc thiếu sót hoặc giao hàng khác đúng chất lượng. Nếu bên vi phạm vẫn không thể khắc phục, bên bị vi phạm có quyền mua hàng hoặc nhận dịch vụ thay thế của người khác và bên vi phạm phải chịu các khoản tiền chênh lệch và các chi phí khác liên quan nếu có. Trong trường hợp bên bị vi phạm tự sửa chữa khuyết tật thì bên vi phạm phải trả các chi phí thực tế và hợp lý. Trừ trường hợp có những thoả thuận khác, trong thời gian áp dụng chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng bên bị vi phạm có quyền yêu cầu phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại nhưng không được áp dụng các chế tài khác. Việc áp dụng các chế tài khác chỉ được thực hiện khi bên vi phạm vẫn không thực hiện chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng như đã nêu.

*Phạt vi phạm* là việc bên bị vi phạm yêu cầu bên vi phạm phải trả một khoản tiền phạt do vi phạm hợp đồng *nếu trong hợp đồng có thoả thuận* (trừ trường hợp được miễn trách). Cần lưu ý là, chế tài phạt chỉ được áp dụng nếu các bên có thoả thuận trong hợp đồng; mức phạt cũng do các bên thoả thuận nhưng không quá 8% giá trị phần nghĩa vụ bị vi phạm. Đây là điểm khác biệt so với các quy định trong Pháp lệnh hợp đồng kinh tế.

Bồi thường thiệt hại là việc bên vi phạm bồi thường những tổn thất do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra cho bên bị vi phạm. Giá trị bồi thường bao gồm giá trị những tổn thất thực tế, hợp lý và trực tiếp mà bên bị vi phạm phải chịu cũng như những khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng. Trong trường hợp vi phạm nghĩa vụ thanh toán thì mức bồi thường được tính theo mức lãi suất nợ quá hạn tương ứng với thời gian chậm trả.

Nguyên tắc chung là bên yêu cầu bồi thường phải có nghĩa vụ chứng minh tính hợp lý, thực tế của những tổn thất; đồng thời phải chứng minh việc đã áp dụng các biện pháp hạn chế tổn thất; nếu không, bên vi phạm có quyền yêu cầu giảm bớt giá trị bồi thường thiệt hại bằng mức tổn thất đáng lẽ có thể hạn chế được. Quy định này phản ánh nguyên tắc thiện chí, hợp tác trong ký kết và thực hiện hợp đồng.

Khác với Pháp lệnh, Luật Thương mại quy định: trường hợp các bên không có thoả thuận phạt vi phạm thì bên bị vi phạm chỉ có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại. Nếu có thoả thuận phạt vi phạm thì bên bị vi phạm có quyền yêu cầu áp dụng cả hai chế tài phạt và bồi thường thiệt hại.

*Tạm ngừng thực hiện hợp đồng và Đình chỉ thực hiện hợp đồng* là hai chế tài khác nhau nhưng có cùng căn cứ và hậu quả pháp lý về quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại của bên bị vi phạm. Tạm ngừng thực hiện hợp đồng là việc một bên *tạm thời* không thực hiện nghĩa vụ hợp đồng, còn đình chỉ thực hiện hợp đồng là việc một bên *chấm dứt* thực hiện nghĩa vụ hợp đồng. Căn cứ tạm ngừng và đình chỉ thực hiện hợp đồng là do:

- Xảy ra hành vi vi phạm mà các bên thoả thuận là điều kiện để tạm ngừng hoặc đình chỉ thực hiện nghĩa vụ;

- Một bên vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng.

Sự khác biệt giữa hai chế tài này là ở chỗ: khi hợp đồng bị đình chỉ thực hiện thì *hợp đồng chấm dứt từ thời điểm một bên nhận được*

*thông báo đình chỉ*. Các bên không phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ hợp đồng. Bên đã thực hiện nghĩa vụ có quyền yêu cầu bên kia thanh toán hoặc thực hiện nghĩa vụ đối ứng. Trong khi đó hợp đồng bị *tạm ngừng thực hiện thì hợp đồng vẫn còn hiệu lực*; có nghĩa là các ràng buộc nghĩa vụ còn tồn tại và sẽ tiếp tục thực hiện khi giải quyết xong những hậu quả của việc tạm ngừng gây ra.

*Hủy hợp đồng* (bao gồm hủy toàn bộ hoặc hủy một phần hợp đồng) là việc bãi bỏ hoàn toàn (hoặc một phần) việc thực hiện hợp đồng. Căn cứ để hủy bỏ hợp đồng cũng giống như trường hợp tạm ngừng hoặc đình chỉ thực hiện hợp đồng. Việc hủy bỏ một phần hợp đồng thường được áp dụng trong trường hợp giao hàng hoặc cung ứng dịch vụ từng phần. Trường hợp này các phần còn lại trong hợp đồng vẫn còn hiệu lực. Hậu quả pháp lý của việc hủy bỏ hợp đồng là *sau khi hủy bỏ, hợp đồng không có hiệu lực từ thời điểm giao kết*, các bên không phải tiếp tục thực hiện các nghĩa vụ đã thỏa thuận trong hợp đồng, trừ thỏa thuận về các quyền và nghĩa vụ sau khi hủy bỏ hợp đồng và về vấn đề giải quyết tranh chấp. Sau khi hợp đồng bị hủy bỏ, các bên có quyền đòi lại lợi ích do việc thực hiện nghĩa vụ với bên kia; nếu hai bên đều có nghĩa vụ hoàn trả thì việc hoàn trả phải tiến hành đồng thời. Bên bị vi phạm trong trường hợp hủy bỏ hợp đồng có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại theo luật định.

Luật Thương mại một mặt thừa nhận quyền tự do ý chí của các chủ thể trong việc thực hiện các quyền về tạm ngừng, đình chỉ thực hiện, hủy bỏ hợp đồng khi một bên vi phạm nghĩa vụ; tuy nhiên, khi quyết định thực hiện những biện pháp này, bên bị vi phạm phải có trách nhiệm thông báo ngay cho bên kia biết quyết định áp dụng các chế tài vừa kể. Trường hợp không thông báo ngay mà gây thiệt hại cho bên kia thì phải bồi thường thiệt hại.

#### *4.2.3. Những căn cứ phát sinh trách nhiệm pháp lý do vi phạm hợp đồng*

Căn cứ để xác định trách nhiệm pháp lý do vi phạm hợp đồng cũng dựa trên những căn cứ chung về vi phạm pháp luật và trách nhiệm pháp lý; đó là các căn cứ sau:

- Có hành vi trái pháp luật;
- Có thiệt hại vật chất;
- Có mối liên hệ nhân quả giữa hành vi trái pháp luật và thiệt hại vật chất xảy ra.
- Có lỗi của bên vi phạm nghĩa vụ.

*Hành vi trái pháp luật* ở đây được hiểu là hành vi vi phạm các thoả thuận trong hợp đồng hoặc vi phạm các quy định của pháp luật liên quan đến việc thực hiện hợp đồng như: không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ hợp đồng về số lượng, chất lượng, thời gian, địa điểm, thanh toán,... Việc vi phạm hợp đồng đã gây ra *thiệt hại về vật chất* cho bên bị vi phạm. Cần lưu ý, trách nhiệm pháp lý ở đây chỉ gắn với những thiệt hại vật chất chứ không phải thiệt hại về tinh thần và chúng có thể tính toán, xác định được mức độ. Bên vi phạm phải chịu phạt và bồi thường thiệt hại khi hành vi vi phạm nghĩa vụ hợp đồng của mình là *có quan hệ nhân quả* với thiệt hại vật chất gây ra. Mối liên hệ nhân quả này phải xem xét ở tính chất trực tiếp, thực tế và hợp lý. Bên vi phạm hợp đồng phải *có lỗi*. Lỗi là thái độ chủ quan của bên vi phạm thể hiện ở sự cố ý hoặc vô ý trong việc vi phạm hợp đồng. Trong quan hệ kinh doanh, pháp luật giả định các chủ thể hợp đồng đều có năng lực hành vi. Vì vậy yếu tố lỗi trong vi phạm hợp đồng là yếu tố suy đoán. Nói cách khác bên vi phạm hợp đồng bị coi là có lỗi nếu không chứng minh được là mình không có lỗi.

#### 4.2.4. Những trường hợp miễn, giảm trách nhiệm pháp lý

Việc xem xét yếu tố *lỗi* trong vi phạm hợp đồng và trách nhiệm pháp lý liên quan đặt ra vấn đề là: có phải mọi vi phạm hợp đồng đều có yếu tố lỗi của chủ thể vi phạm hay không và do vậy mức độ trách

nhiệm pháp lý của bên vi phạm có thay đổi không? Học lý từ lâu nhìn nhận rằng khi một chủ thể không biết hoặc không tiên liệu nguyên nhân dẫn đến vi phạm thì sẽ được xem xét và miễn trách. Công ước Vienna 1980 quan niệm rằng: Một bên không chịu trách nhiệm về việc không thực hiện bất kỳ một nghĩa vụ nào đó của họ nếu chứng minh được rằng việc không thực hiện ấy do một trở ngại nằm ngoài sự kiểm soát của họ và người ta không thể chờ đợi một cách hợp lý rằng họ phải tính tới trở ngại đó vào lúc ký kết hợp đồng hoặc tránh được hay khắc phục các hậu quả của nó (Điều 79 Khoản 1). Trong ngôn ngữ pháp lý của nước ta, khái niệm *sự kiện bất khả kháng* được dùng để chỉ những sự kiện mang các dấu hiệu sau: là sự kiện không lường trước được; là sự kiện không thể khắc phục được; là sự kiện xảy ra từ những nguyên nhân bên ngoài ý thức, ý chí của chủ thể. Khi một hợp đồng không thể thực hiện được mà nguyên nhân là từ sự kiện bất khả kháng thì bên vi phạm sẽ được miễn giảm trách nhiệm.

Luật Thương mại 2005 quy định bên vi phạm hợp đồng được miễn trách nhiệm trong các trường hợp:

- 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 ký kết hợp đồng.

Để được miễn trách do những nguyên nhân vừa nêu, chủ thể vi phạm phải có nghĩa vụ chứng minh các trường hợp hợp miễn trách và phải thông báo ngay bằng văn bản cho bên kia về trường hợp được miễn trách nhiệm và những hậu quả có thể xảy ra, kể cả khi trường hợp miễn trách nhiệm chấm dứt. Nếu không thông báo hoặc thông báo không kịp thời thì phải chịu trách nhiệm bồi thường.

# **MỘT SỐ HỢP ĐỒNG THÔNG DỤNG TRONG KINH DOANH**

## **1. HỢP ĐỒNG MUA BÁN HÀNG HOÁ**

### **1.1. Khái niệm**

Trước khi khảo sát về khái niệm hợp đồng mua bán hàng hoá, cần tìm hiểu về mua bán hàng hoá. *Mua bán hàng hoá là một hành vi thương mại, theo đó người bán có nghĩa vụ giao hàng, chuyển quyền sở hữu hàng hoá cho người mua và nhận tiền; người mua có nghĩa vụ nhận hàng và trả tiền cho người bán theo sự thỏa thuận của hai bên.*

Theo quan niệm của Luật Thương mại, *hàng hóa bao gồm tất cả các loại động sản, kể cả động sản hình thành trong tương lai; những vật gắn liền với đất đai.* Mua bán hàng hoá là một loại quan hệ pháp luật, phản ánh quan hệ *hàng – tiền* trong kinh tế học. Người bán thực hiện việc chuyển giao quyền sở hữu một vật, tài sản cho người mua và đổi lại được nhận một khoản tiền tương ứng với giá trị tài sản đã chuyển giao. Ở phía ngược lại, người mua phải trả một khoản tiền để đổi lại việc được nhận một tài sản. Tính chất *có qua có lại* về quyền lợi được hiểu dưới góc độ luật dân sự là hợp đồng đền bù.

Mua bán hàng hóa, do vậy, khác với quan hệ thuê mướn tài sản, vì ở đây có việc chuyển giao quyền sở hữu; còn quan hệ thuê tài sản chỉ chuyển giao quyền chiếm hữu và quyền sử dụng chứ không thay đổi chủ sở hữu tài sản. Mua bán hàng hoá cũng khác với quan hệ dịch vụ giao nhận, vì việc giao nhận không làm thay đổi người sở hữu tài



sản, nó chỉ tham gia vào quá trình dịch chuyển quyền sở hữu theo ý chí của các chủ thể. Quan hệ mua bán hàng hoá dẫn đến việc chuyển quyền sở hữu; thời điểm xác định việc chuyển quyền sở hữu thường là thời điểm hàng hoá được chuyển giao, tuy nhiên các bên có thể có những thoả thuận khác hoặc sau khi đáp ứng một số điều kiện khác. Hiện nay việc chuyển quyền sở hữu còn gắn với một số yêu cầu như việc bảo đảm quyền sở hữu trí tuệ đối với hàng hoá chuyển giao, chuyển dịch rủi ro, v.v...

Mua bán hàng hóa luôn được thể hiện dưới hình thức hợp đồng. Theo quan niệm của luật dân sự, hợp đồng là *sự thoả thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự*. Như vậy, thoả thuận ý chí giữa các bên là một điều kiện quan trọng của hợp đồng. Vấn đề là tư cách pháp lý của các bên tham gia. Thường thì việc xác lập tư cách thương nhân bảo đảm cho giá trị của hợp đồng; tuy nhiên theo quy định của luật thương mại, tư cách thương nhân gắn với việc đăng ký kinh doanh và ngành nghề thương nhân kê khai khi đăng ký. Đây là vấn đề liên quan đến chủ thể của hợp đồng thương mại.

Hợp đồng mua bán hàng hoá do hầu hết được giao kết giữa các thương nhân nên người ta thường xem yếu tố mục đích kinh doanh như là một dấu hiệu căn bản của hợp đồng. Thực tế có nhiều trường hợp mục đích kinh doanh chỉ tồn tại ở một bên chủ thể hợp đồng. Luật Thương mại 1997 và 2005 đều nhìn nhận và điều chỉnh trường hợp này.

Thông thường, hợp đồng là sự thể hiện ý chí của các bên; do vậy việc lựa chọn hình thức hợp đồng tùy thuộc vào ý chí và thói quen giao kết giữa các bên. Tuy nhiên, cần lưu ý có một số trường hợp, pháp luật quy định phải lập thành văn bản và phải tuân theo những thể thức nhất định. Chẳng hạn, hợp đồng mua bán xe hơi, mua bán nhà,... Theo Luật Thương mại thì hợp đồng mua bán hàng hoá được thể hiện bằng lời nói, bằng văn bản hoặc được xác lập bằng hành vi cụ thể. Tuy nhiên, đối với các loại hợp đồng mua bán hàng hoá mà pháp luật quy định phải được lập thành văn bản thì phải tuân theo các quy định đó.

Nhìn chung, vấn đề hình thức của hợp đồng mua bán hàng hoá được Luật Thương mại quy định cụ thể hơn theo hướng tiếp cận các thành tựu khoa học kỹ thuật hiện đại. Trên quan điểm này, các hình thức có giá trị tương đương văn bản bao gồm điện báo, telex, fax, thông điệp dữ liệu và các hình thức khác theo quy định của pháp luật. Thông điệp dữ liệu là thông tin được tạo ra, gửi đi, nhận và lưu giữ bằng phương tiện điện tử. Trong bối cảnh nhà nước vừa ban hành Luật Giao dịch điện tử, điều này rất có ý nghĩa.

## **1.2. Chủ thể của hợp đồng mua bán hàng hoá**

Chủ thể của hợp đồng mua bán hàng hoá là thương nhân, tức là những tổ chức hoặc cá nhân có đăng ký kinh doanh hoạt động thương mại. Tuy nhiên, Luật Thương mại cũng nhìn nhận chủ thể hợp đồng trong trường hợp người không phải là thương nhân giao kết hợp đồng với thương nhân. Điều 1 khoản 3 Luật Thương mại 2005 cũng điều chỉnh trường hợp hoạt động không nhằm mục đích sinh lợi của một bên trong giao dịch với thương nhân thực hiện trên lãnh thổ Việt Nam trong trường hợp bên hoạt động không nhằm mục đích sinh lợi đó chọn áp dụng Luật Thương mại. Liên quan đến vấn đề tư cách pháp lý của các bên chủ thể trong hợp đồng mua bán hàng hoá, pháp luật Việt Nam hiện quy định chủ thể phải đăng ký kinh doanh và phải thực hiện hợp đồng trong phạm vi ngành nghề đã đăng ký.

Khi tiến hành ký kết hợp đồng mua bán hàng hoá, mỗi bên tham gia quan hệ hợp đồng cử đại diện ký kết. Tùy theo tính chất, vị trí của người đại diện trong doanh nghiệp, khoa học pháp lý phân chia thành:

*Người đại diện theo pháp luật, bao gồm:*

- Người đứng đầu pháp nhân theo quy định của Điều lệ pháp nhân hoặc quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền
- Chủ hộ gia đình đối với hộ gia đình
- Tổ trưởng tổ hợp tác đối với tổ hợp tác

- Những người khác theo quy định của pháp luật

*Người đại diện theo uỷ quyền*, trường hợp người đại diện theo pháp luật không ký hợp đồng thì có thể uỷ quyền cho một người khác tham gia ký kết. Trong pháp luật về hợp đồng, uỷ quyền bao giờ cũng phải được làm thành văn bản ghi rõ phạm vi uỷ quyền và thời gian uỷ quyền. Người đại diện theo uỷ quyền phải có năng lực hành vi. Cần lưu ý, đại diện theo uỷ quyền của cá nhân chấm dứt khi :

+ Thời hạn uỷ quyền đã hết hoặc công việc được uỷ quyền đã hoàn thành

+ Người uỷ quyền hủy bỏ việc uỷ quyền hoặc người được uỷ quyền từ chối việc uỷ quyền

+ Người uỷ quyền hoặc người được uỷ quyền chết, mất năng lực hành vi dân sự, bị hạn chế năng lực hành vi dân sự, bị tòa án tuyên bố là đã chết.

Người được uỷ quyền chỉ được thực hiện những công việc trong phạm vi uỷ quyền và không được uỷ quyền lại cho người khác. Trong phạm vi uỷ quyền, người uỷ quyền phải chịu trách nhiệm về hành vi của người được uỷ quyền như hành vi của chính mình.

### **1.3. Ký kết hợp đồng mua bán hàng hoá**

#### **1.3.1. Nguyên tắc ký kết**

Nguyên tắc ký kết hợp đồng mua bán là những yêu cầu có tính chất bắt buộc đối với các bên khi tham gia ký kết và thực hiện hợp đồng. Luật Thương mại chỉ đề cập đến những nguyên tắc chung trong hoạt động thương mại chứ không quy định riêng những nguyên tắc trong giao kết hợp đồng mua bán hàng hoá; tuy nhiên, có thể chỉ ra một số nguyên tắc trong ký kết và thực hiện hợp đồng mua bán hàng hoá sau:

### ➤ *Nguyên tắc tự nguyện*

Theo nguyên tắc này thì hợp đồng mua bán được hình thành hoàn toàn dựa trên cơ sở tự nguyện, tức là tự do ý chí của các bên, không có sự áp đặt ý chí của một cơ quan hay một tổ chức hay một cá nhân nào đó.

Khi xác lập hợp đồng mua bán hàng hoá các bên hoàn toàn tự do ý chí, tự nguyện trong thoả thuận, bày tỏ ý chí và thống nhất ý chí nhằm đạt tới mục đích nhất định. Nguyên tắc tự nguyện thể hiện ở việc các bên có quyền tự do lựa chọn bạn hàng, xác lập nội dung và hình thức ký kết. Vì vậy, nếu một bên chứng minh được việc giao kết hợp đồng mua bán là do sự ép buộc hoặc lừa đảo của một bên thì hợp đồng có thể bị xem là vô hiệu. Cần lưu ý, nguyên tắc tự nguyện, tự do giao kết hợp đồng phải bảo đảm không được trái với các quy định của pháp luật. Chẳng hạn, mua bán những mặt hàng đang bị cấm lưu thông, đưa vào hợp đồng những thoả thuận trái pháp luật và đạo đức v.v...

### ➤ *Nguyên tắc bình đẳng và cùng có lợi*

Nội dung của nguyên tắc này đòi hỏi các bên khi tham gia quan hệ hợp đồng mua bán hàng hoá phải chú ý đến tính chất bình đẳng về quyền và nghĩa vụ. Tính bình đẳng này không phụ thuộc vào tư cách của chủ thể ký kết hợp đồng, nghĩa là dù các bên thuộc thành phần kinh tế nào thì vẫn phải được đối xử ngang bằng nhau về quyền và nghĩa vụ. Trong thực tế, nếu việc thực hiện hợp đồng chỉ mang lại lợi ích cho một bên, còn bên kia chỉ có thiệt hại, chắc chắn hợp đồng sẽ không được thực hiện nghiêm túc. Nguyên tắc bình đẳng, cùng có lợi được luật dân sự diễn đạt một cách đầy đủ hơn; đó là nguyên tắc: *bình đẳng, thiện chí, hợp tác, trung thực và ngay thẳng*.

#### *1.3.2. Cách thức ký kết hợp đồng mua bán hàng hoá*

Có hai cách thức ký kết hợp đồng:

**Ký kết hợp đồng trực tiếp**, là cách thức ký kết đơn giản, nhanh chóng. Theo cách này, các bên cử đại diện bàn bạc, thoả thuận thống

nhất ý chí để xác định các điều khoản của hợp đồng và cùng ký vào bản hợp đồng.

**Ký kết hợp đồng gián tiếp**, là cách thức mà các bên tiến hành gửi cho nhau tài liệu giao dịch (công văn, điện báo, đơn chào hàng, đơn đặt hàng). Việc ký kết này phải tuân theo một trình tự nhất định, ít nhất là qua hai bước sau:

**Bước một:** Một bên lập dự thảo (đề nghị) hợp đồng trong đó đưa ra những yêu cầu về nội dung giao dịch (tên hàng, công việc, số lượng, chất lượng, thời gian, địa điểm, phương thức giao nhận, phương thức, thời gian thanh toán....) và gửi cho bên kia.

**Bước hai:** Bên nhận được đề nghị hợp đồng tiến hành trả lời cho bên đề nghị hợp đồng bằng văn bản, trong đó ghi rõ nội dung chấp nhận, nội dung không chấp nhận, những đề nghị bổ sung...

Trong trường hợp ký kết theo cách thức gián tiếp, hợp đồng được coi là hình thành và có giá trị pháp lý từ khi các bên nhận được tài liệu giao dịch thể hiện sự thỏa thuận xong những điều khoản chủ yếu của hợp đồng.

### **1.3.3. Nội dung của hợp đồng mua bán hàng hoá**

Nội dung của hợp đồng là toàn bộ những điều khoản mà các bên thỏa thuận, thể hiện quyền và nghĩa vụ ràng buộc giữa các bên. Tùy thuộc vào vị trí của từng điều khoản trong hợp đồng, người ta có thể chia thành ba loại điều khoản: điều khoản chủ yếu, điều khoản thường lệ, điều khoản tùy nghi. Thực tế, sự phân chia này mang ý nghĩa học thuật nhiều hơn là thực tiễn. Thường người ta phân chia các điều khoản của hợp đồng theo sự cần thiết của chúng trong quan hệ giao dịch. Cụ thể, một hợp đồng thường có các điều khoản sau:

- Ngày, tháng năm ký kết hợp đồng; tên địa chỉ, số tài khoản và ngân hàng giao dịch của các bên; họ tên người đại diện, người đứng tên đăng ký kinh doanh;

- Đối tượng của hợp đồng tính bằng số lượng, khối lượng hoặc giá trị quy ước đã thỏa thuận;

- Chất lượng, chủng loại, quy cách, phẩm chất, tính đồng bộ của sản phẩm hàng hóa hoặc yêu cầu kỹ thuật của công việc;

- Giá cả;

- Bảo hành;

- Điều khoản nghiệm thu, giao nhận;

- Phương thức thanh toán;

- Chế tài do vi phạm hợp đồng;

- Thời hạn, hiệu lực của hợp đồng;

- Các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng;

- Các thỏa thuận khác,...

#### *1.3.4. Những điều kiện để đảm bảo hợp đồng có hiệu lực*

Luật Thương mại không nêu ra những điều kiện hiệu lực của hợp đồng mua bán hàng hoá. Điều này có thể hiểu rằng nhà làm luật quan niệm tính chất hiệu lực của hợp đồng mua bán hàng hoá được xác lập theo những nguyên tắc chung của luật dân sự. Nói cách khác, một hợp đồng mua bán hàng hoá phải thoả mãn ba điều sau để bảo đảm tính hiệu lực của hợp đồng. Đó là:

- Nội dung thỏa thuận không vi phạm pháp luật.

- Phải đảm bảo điều kiện chủ thể của hợp đồng.

- Đại diện ký kết hợp đồng phải đúng thẩm quyền.

Nếu không đảm bảo một trong các điều kiện này, hợp đồng sẽ trở thành vô hiệu.

## **1.4. Quyền và nghĩa vụ chủ thể (bên bán và bên mua) trong hợp đồng mua bán hàng hoá**

### **1.4.1. Quyền và nghĩa vụ của bên bán**

- Bên bán phải giao hàng, chứng từ theo thỏa thuận trong hợp đồng về số lượng, chất lượng, cách thức đóng gói, bảo quản và các quy định khác trong hợp đồng.

Nếu trong hợp đồng các bên không có thỏa thuận cụ thể, bên bán có nghĩa vụ giao hàng và chứng từ liên quan theo quy định của Luật Thương mại. Chẳng hạn, nếu không có thỏa thuận về thời hạn, địa điểm giao chứng từ liên quan đến hàng hoá cho bên mua thì bên bán phải giao chứng từ liên quan đến hàng hoá cho bên mua trong thời hạn và tại địa điểm hợp lý để bên mua có thể nhận hàng.

- Về nghĩa vụ của bên bán trong việc giao hàng theo địa điểm. Bên bán có nghĩa vụ giao hàng đúng địa điểm đã thỏa thuận. Trường hợp không có thỏa thuận về địa điểm giao hàng thì địa điểm giao hàng được xác định như sau:

a) Nếu hàng hoá là vật gắn liền với đất đai thì bên bán phải giao hàng tại nơi có hàng hoá đó;

b) Nếu trong hợp đồng có quy định về vận chuyển hàng hoá thì bên bán có nghĩa vụ giao hàng cho người vận chuyển đầu tiên;

c) Nếu trong hợp đồng không có quy định về vận chuyển hàng hoá, nhưng vào thời điểm giao kết hợp đồng, các bên biết được địa điểm kho chứa hàng, địa điểm xếp hàng hoặc nơi sản xuất, chế tạo hàng hoá thì bên bán phải giao hàng tại địa điểm đó;

d) Trong các trường hợp khác, bên bán phải giao hàng tại địa điểm kinh doanh của bên bán, nếu không có địa điểm kinh doanh thì phải giao hàng tại nơi cư trú của bên bán được xác định tại thời điểm giao kết hợp đồng mua bán.

- Về thời hạn giao hàng, Luật Thương mại phân biệt hai khái niệm: *thời hạn giao hàng* và *thời điểm giao hàng*. Theo đó, Luật quy định, bên bán phải giao hàng vào đúng *thời điểm* giao hàng đã thỏa thuận trong hợp đồng. Trường hợp chỉ có thỏa thuận về *thời hạn giao hàng* mà không xác định *thời điểm giao hàng* cụ thể thì bên bán có quyền giao hàng vào bất kỳ thời điểm nào trong thời hạn đó và phải thông báo trước cho bên mua. Trường hợp không có thỏa thuận về thời hạn giao hàng thì bên bán phải giao hàng trong một thời hạn hợp lý sau khi giao kết hợp đồng.

Việc phân biệt thời điểm và thời hạn giúp xác định rõ hơn trách nhiệm pháp lý trong trường hợp giao hàng trễ hoặc sớm hơn thời hạn thỏa thuận trong hợp đồng. Chẳng hạn, nếu bên bán giao hàng trước thời hạn đã thỏa thuận thì bên mua có quyền nhận hoặc không nhận hàng nếu các bên không có thỏa thuận khác.

- Thực hiện đúng nội dung hợp đồng là một vấn đề quan trọng. Rất nhiều trường hợp vi phạm liên quan đến nội dung hợp đồng. Thông thường vi phạm hợp đồng thường xảy ra trong việc thực hiện điều khoản về số lượng và chất lượng. Luật Thương mại quy định khá chi tiết về vấn đề này. Trường hợp giao thiếu hàng, giao hàng không phù hợp với hợp đồng thì bên bán vẫn có thể giao phần hàng còn thiếu hoặc thay thế hàng hoá cho phù hợp với hợp đồng hoặc khắc phục sự không phù hợp của hàng hoá trong thời hạn còn lại (nếu bên bán giao hàng trước khi hết thời hạn giao hàng). Nếu bên mua có bằng chứng về việc bên bán đã giao hàng không phù hợp với hợp đồng thì có quyền tạm ngừng thanh toán cho đến khi bên bán đã khắc phục sự không phù hợp đó.

- Giao thừa hàng cũng là một thực tế thường xảy ra. Luật Thương mại quy định: Nếu bên bán giao thừa hàng thì bên mua có quyền từ chối hoặc chấp nhận số hàng thừa đó. Trường hợp bên mua chấp nhận số hàng thừa thì phải thanh toán theo giá thỏa thuận trong hợp đồng nếu các bên không có thỏa thuận khác.



Việc xác định hàng hoá phù hợp hay không phù hợp với hợp đồng là vấn đề nhiều khi dẫn đến tranh chấp. Do quan niệm của các bên khác nhau, nhất là những vấn đề về tiêu chí đánh giá chất lượng, các phương thức tính toán, mục đích sử dụng,... làm cho cách hiểu và thực hiện hợp đồng có sự khác biệt dẫn đến tranh chấp. Luật Thương mại đưa ra một số tiêu chí để xác định như sau:

Trong trường hợp hợp đồng không có quy định cụ thể thì hàng hoá được coi là không phù hợp với hợp đồng khi hàng hoá đó thuộc một trong các trường hợp sau đây:

a) Không phù hợp với mục đích sử dụng thông thường của các hàng hoá cùng chủng loại;

b) Không phù hợp với bất kỳ mục đích cụ thể nào mà bên mua đã cho bên bán biết hoặc bên bán phải biết vào thời điểm giao kết hợp đồng;

c) Không bảo đảm chất lượng như chất lượng của mẫu hàng hoá mà bên bán đã giao cho bên mua;

d) Không được bảo quản, đóng gói theo cách thức thông thường đối với loại hàng hoá đó hoặc không theo cách thức thích hợp để bảo quản hàng hoá trong trường hợp không có cách thức bảo quản thông thường.

Bên mua có quyền từ chối nhận hàng nếu hàng hoá không phù hợp với hợp đồng trong các trường hợp vừa nêu.

Xác định hàng không phù hợp với hợp đồng sẽ giúp xác định trách nhiệm của các bên. Thông thường, bên bán sẽ không chịu trách nhiệm về bất kỳ khiếm khuyết nào của hàng hoá nếu vào thời điểm giao kết hợp đồng bên mua đã biết hoặc phải biết về những khiếm khuyết đó; trường hợp ngược lại, bên bán phải chịu trách nhiệm về bất kỳ khiếm khuyết nào của hàng hoá đã có trước thời điểm chuyển rủi ro cho bên mua, kể cả trường hợp khiếm khuyết đó được phát hiện sau thời điểm chuyển rủi ro.

Bên bán cũng phải chịu trách nhiệm về khiếm khuyết của hàng hóa phát sinh sau thời điểm chuyển rủi ro nếu khiếm khuyết đó do bên bán vi phạm hợp đồng.

Trong thực tiễn, để hạn chế những tranh chấp liên quan đến số lượng và chất lượng hàng hoá, các bên cần quan tâm đến việc kiểm tra hàng hoá trước khi giao hàng.

Thường các bên có thể thoả thuận để bên mua hoặc đại diện của bên mua tiến hành kiểm tra hàng hoá trước khi giao hàng; trường hợp này, bên bán phải bảo đảm cho bên mua hoặc đại diện của bên mua có điều kiện tiến hành việc kiểm tra. Ngược lại, bên mua hoặc đại diện của bên mua phải kiểm tra hàng hóa trong một thời gian ngắn nhất mà hoàn cảnh thực tế cho phép để không ảnh hưởng đến tiến độ giao hàng của bên bán. Nếu đã có thoả thuận mà bên mua hoặc đại diện của bên mua không thực hiện việc kiểm tra hàng hóa trước khi giao hàng thì bên bán có quyền giao hàng theo hợp đồng. Việc các bên tích cực hỗ trợ trong việc kiểm tra hàng hoá sẽ giúp xác định trách nhiệm dễ dàng hơn khi có sự cố xảy ra. Chẳng hạn, bên bán không phải chịu trách nhiệm về những khiếm khuyết của hàng hoá mà bên mua hoặc đại diện của bên mua đã biết hoặc phải biết nhưng không thông báo cho bên bán trong thời hạn hợp lý sau khi kiểm tra hàng hoá. Trường hợp khác, bên bán phải chịu trách nhiệm về những khiếm khuyết của hàng hoá mà bên mua hoặc đại diện của bên mua đã kiểm tra nếu các khiếm khuyết của hàng hoá không thể phát hiện được trong quá trình kiểm tra bằng biện pháp thông thường và bên bán đã biết hoặc phải biết về các khiếm khuyết đó nhưng không thông báo cho bên mua.

- Nghĩa vụ bảo đảm quyền sở hữu đối với hàng hoá:

Luật Thương mại quy định bên bán phải bảo đảm quyền sở hữu của bên mua đối với hàng hóa đã bán không bị tranh chấp bởi bên thứ ba; Hàng hóa mua bán đó phải hợp pháp; và việc chuyển giao hàng hoá là

hợp pháp. Trong quan hệ mua bán hàng hoá, nhất là các hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế, các hợp đồng mua bán có liên quan đến hoạt động gia công, xuất hiện nghĩa vụ của bên bán trong việc bảo đảm quyền sở hữu trí tuệ đối với hàng hoá. Luật Thương mại quy định:

1. Bên bán không được bán những hàng hóa vi phạm quyền sở hữu trí tuệ của tổ chức, cá nhân khác; đồng thời phải chịu trách nhiệm trong trường hợp có tranh chấp liên quan đến quyền sở hữu trí tuệ đối với hàng hóa đã bán.

2. Trường hợp bên mua yêu cầu bên bán phải tuân theo bản vẽ kỹ thuật, thiết kế, công thức hoặc những số liệu chi tiết do bên mua cung cấp thì bên mua phải chịu trách nhiệm về các khiếu nại liên quan đến những vi phạm quyền sở hữu trí tuệ phát sinh từ việc bên bán đã tuân thủ những yêu cầu của bên mua.

Liên quan đến việc bảo đảm quyền sở hữu hàng hoá là việc xác định thời điểm chuyển quyền sở hữu hàng hoá. Theo Luật Thương mại hiện hành, quyền sở hữu được chuyển từ bên bán sang bên mua kể từ thời điểm hàng hóa được chuyển giao. Như vậy, thông thường việc chuyển giao hàng hoá phải đi kèm với việc chuyển giao các chứng từ xác lập quyền sở hữu của bên mua. Điều này mang một ý nghĩa quan trọng, nhất là khi bên mua phải xuất trình với cơ quan có thẩm quyền về tính chất hợp pháp của hàng hoá đang vận chuyển. Tuy nhiên, nếu pháp luật có quy định khác hoặc các bên có thỏa thuận khác thì việc xác định thời điểm chuyển quyền sở hữu hàng hoá có thể không nhất thiết là thời điểm giao hàng.

- Nghĩa vụ bảo hành hàng hoá của bên bán được quy định như sau:

1. Trường hợp hàng hoá mua bán có bảo hành thì bên bán phải chịu trách nhiệm bảo hành hàng hoá đó theo nội dung và thời hạn đã thỏa thuận.

2. Bên bán phải thực hiện nghĩa vụ bảo hành trong thời gian ngắn nhất mà hoàn cảnh thực tế cho phép.

3. Bên bán phải chịu các chi phí về việc bảo hành, trừ trường hợp có thoả thuận khác.

#### 1.4.2. Quyền và nghĩa vụ của bên mua

- Nghĩa vụ nhận hàng:

Bên mua có nghĩa vụ nhận hàng theo thoả thuận và thực hiện những công việc hợp lý để giúp bên bán giao hàng. Luật không quy định rõ thế nào là *công việc hợp lý*; vì vậy thường các bên phải dự liệu trong hợp đồng về những nghĩa vụ của bên mua nhằm giúp cho việc giao nhận hàng được nhanh chóng, thuận lợi.

- Nghĩa vụ thanh toán tiền mua hàng:

Bên mua có nghĩa vụ thanh toán tiền mua hàng và nhận hàng theo thoả thuận.

Bên mua phải tuân thủ các phương thức thanh toán, thực hiện việc thanh toán theo trình tự, thủ tục đã thoả thuận và theo quy định của pháp luật. Trong trường hợp hàng hoá mất mát, hư hỏng sau thời điểm rủi ro được chuyển từ bên bán sang bên mua, thì bên mua vẫn phải thanh toán tiền mua hàng, trừ trường hợp mất mát, hư hỏng do lỗi của bên bán gây ra.

Liên quan đến việc thanh toán, có hai vấn đề là thời gian và địa điểm thanh toán. Luật Thương mại quy định như sau:

1. Về địa điểm thanh toán, nếu không có thoả thuận về địa điểm thanh toán cụ thể thì bên mua phải thanh toán cho bên bán tại địa điểm kinh doanh của bên bán được xác định vào thời điểm giao kết hợp đồng, nếu không có địa điểm kinh doanh thì tại nơi cư trú của bên bán. Nếu việc thanh toán được tiến hành đồng thời với việc giao hàng hoặc giao chứng từ, thì địa điểm thanh toán là địa điểm giao hàng hoặc giao chứng từ.

2. Thời hạn thanh toán, Luật Thương mại quy định: Trừ trường hợp có thoả thuận khác, bên mua phải thanh toán cho bên bán vào thời điểm bên bán giao hàng hoặc giao chứng từ liên quan đến hàng hoá. Bên mua không có nghĩa vụ thanh toán cho đến khi có thể kiểm tra xong hàng hoá trong trường hợp có thoả thuận về việc bên mua kiểm tra hàng hoá trước khi giao hàng (Điều 44 Luật Thương mại).

- Quyền ngừng thanh toán tiền mua hàng:

Trừ trường hợp có thoả thuận khác, việc ngừng thanh toán tiền mua hàng được quy định như sau:

1. Bên mua có bằng chứng về việc bên bán lừa dối thì có quyền tạm ngừng việc thanh toán;

2. Bên mua có bằng chứng về việc hàng hóa đang là đối tượng bị tranh chấp thì có quyền tạm ngừng thanh toán cho đến khi việc tranh chấp đã được giải quyết;

3. Bên mua có bằng chứng về việc bên bán đã giao hàng không phù hợp với hợp đồng thì có quyền tạm ngừng thanh toán cho đến khi bên bán đã khắc phục sự không phù hợp đó;

4. Trong các trường hợp tạm ngừng thanh toán vừa nêu, nếu bằng chứng do bên mua đưa ra không xác thực, gây thiệt hại cho bên bán thì bên mua phải bồi thường thiệt hại đó và chịu các chế tài khác theo quy định của Luật thương mại.

Trong việc xác định các quyền và nghĩa vụ của bên bán và bên mua liên quan đến việc giao nhận hàng hoá, chuyển rủi ro cũng là một vấn đề được quy định trong Luật Thương mại khá chặt chẽ. Cụ thể, có các trường hợp chuyển rủi ro như sau:

- Chuyển rủi ro trong trường hợp có địa điểm giao hàng xác định:

Trừ trường hợp có thoả thuận khác, nếu bên bán có nghĩa vụ giao hàng cho bên mua tại một địa điểm nhất định thì rủi ro về mất

mất hoặc hư hỏng hàng hoá được chuyển cho bên mua khi hàng hoá đã được giao cho bên mua hoặc người được bên mua uỷ quyền đã nhận hàng tại địa điểm đó, kể cả trong trường hợp bên bán được uỷ quyền giữ lại các chứng từ xác lập quyền sở hữu đối với hàng hoá.

- Chuyển rủi ro trong trường hợp không có địa điểm giao hàng xác định:

Trường hợp có thoả thuận khác, nếu hợp đồng có quy định về việc vận chuyển hàng hoá và bên bán không có nghĩa vụ giao hàng tại một địa điểm nhất định thì rủi ro về mất mát hoặc hư hỏng hàng hoá được chuyển cho bên mua khi hàng hoá đã được giao cho người vận chuyển đầu tiên.

- Chuyển rủi ro trong trường hợp giao hàng cho người nhận hàng để giao mà không phải là người vận chuyển:

Trường hợp có thoả thuận khác, nếu hàng hoá đang được người nhận hàng để giao nắm giữ mà không phải là người vận chuyển thì rủi ro về mất mát hoặc hư hỏng hàng hoá được chuyển cho bên mua thuộc một trong các trường hợp sau đây:

1. Khi bên mua nhận được chứng từ sở hữu hàng hoá;

2. Khi người nhận hàng để giao xác nhận quyền chiếm hữu hàng hoá của bên mua.

- Chuyển rủi ro trong trường hợp mua bán hàng hoá đang trên đường vận chuyển:

Trường hợp có thoả thuận khác, nếu đối tượng của hợp đồng là hàng hoá đang trên đường vận chuyển thì rủi ro về mất mát hoặc hư hỏng hàng hoá được chuyển cho bên mua kể từ thời điểm giao kết hợp đồng.

- Chuyển rủi ro trong các trường hợp khác:

Trường hợp có thoả thuận khác, việc chuyển rủi ro trong các trường hợp khác được quy định như sau:

1. Ngoài những trường hợp vừa nêu, rủi ro về mất mát hoặc hư hỏng hàng hoá được chuyển cho bên mua, kể từ thời điểm hàng hóa thuộc quyền định đoạt của bên mua và bên mua vi phạm hợp đồng do không nhận hàng;

2. Rủi ro về mất mát hoặc hư hỏng hàng hoá không được chuyển cho bên mua, nếu hàng hoá không được xác định rõ ràng bằng ký mã hiệu, chứng từ vận tải, không được thông báo cho bên mua hoặc không được xác định bằng bất kỳ cách thức nào khác.

## **2. HỢP ĐỒNG MUA BÁN HÀNG HOÁ VỚI THƯƠNG NHÂN NƯỚC NGOÀI**

### **2.1. Khái niệm**

Mua bán hàng hoá với thương nhân nước ngoài (hay còn gọi là mua bán quốc tế, hoạt động xuất nhập khẩu) là hành vi mua bán hàng hoá được thực hiện giữa một bên là thương nhân Việt Nam với một bên là thương nhân nước ngoài.

Theo Luật Thương mại Việt Nam, việc mua bán hàng hoá quốc tế được thực hiện dưới các hình thức xuất khẩu, nhập khẩu, tạm nhập, tái xuất, tạm xuất, tái nhập và chuyển khẩu. Mua bán hàng hoá quốc tế phải được thực hiện trên cơ sở hợp đồng bằng văn bản hoặc bằng hình thức khác có giá trị pháp lý tương đương.

Xuất khẩu hàng hóa là việc hàng hoá được đưa ra khỏi lãnh thổ Việt Nam hoặc đưa vào khu vực đặc biệt nằm trên lãnh thổ Việt Nam được coi là khu vực hải quan riêng theo quy định của pháp luật.

Nhập khẩu hàng hóa là việc hàng hoá được đưa vào lãnh thổ Việt Nam từ nước ngoài hoặc từ khu vực đặc biệt nằm trên lãnh thổ Việt Nam được coi là khu vực hải quan riêng theo quy định của pháp luật.

## **2.2. Hợp đồng mua bán hàng hoá với thương nhân nước ngoài**

Hợp đồng mua bán hàng hoá với thương nhân nước ngoài trước hết cũng là một hợp đồng mua bán hàng hoá nói chung theo sự điều chỉnh của Luật Thương mại. Điểm khác biệt ở đây là tính chất quốc tế của quan hệ hợp đồng. Thường ở Việt Nam , qua các quy định pháp luật, có thể chỉ ra ba tiêu chuẩn để một hợp đồng được xem là có tính chất quốc tế:

- Chủ thể của hợp đồng là các bên có quốc tịch khác nhau;
- Hàng hoá là đối tượng của hợp đồng được di chuyển từ nước này sang nước khác;
- Đồng tiền dùng trong thanh toán là ngoại tệ đối với một hoặc cả hai bên.

Thực ra, cả ba tiêu chuẩn trên đều có tính chất tương đối. Chẳng hạn, vấn đề quốc tịch của thương nhân, nhất là những thương nhân là pháp nhân, thường pháp luật xác định theo nơi mà pháp nhân đó được đăng ký kinh doanh. Hoặc tiêu chuẩn hàng hoá di chuyển từ nước này qua nước khác sẽ không tương thích với quy định về mua bán hàng hoá giữa thương nhân trong các khu chế xuất với các thương nhân nội địa.

## **2.3. Luật điều chỉnh hợp đồng mua bán hàng hoá với thương nhân nước ngoài**

Khác với các hợp đồng mua bán hàng hoá trong nước thông thường, hợp đồng mua bán hàng hoá với thương nhân nước ngoài có các nguồn luật điều chỉnh sau đây:

- Nguồn luật quốc tế: Khái niệm luật quốc tế ở đây hiểu theo nghĩa hẹp, tức là các điều ước quốc tế về thương mại có liên quan như công ước về mua bán hàng hoá quốc tế ( còn gọi là CISG 1980, công



ước Vienna 1980). Ngoài ra còn có các điều ước quốc tế đa phương hoặc song phương có liên quan.

- Nguồn luật quốc gia: Đây là những quy định của pháp luật của nước người bán hoặc nước người mua. Thường luật quốc gia được áp dụng khi không có điều ước quốc tế hoặc điều ước quốc tế không quy định đầy đủ về quyền và nghĩa vụ của các bên. Các bên ký kết cũng có thể thoả thuận trong hợp đồng về việc chọn luật của một quốc gia làm căn cứ giải quyết tranh chấp (nếu có) giữa các bên.

- Các tập quán quốc tế về thương mại: Hiện nay trong mua bán hàng hoá ngoại thương, phổ biến nhất là tập quán về giao nhận, còn gọi là Incoterms.

## **2.4. Các điều kiện để một hợp đồng mua bán hàng hoá với thương nhân nước ngoài có hiệu lực**

Luật Thương mại 2005 không xây dựng một chế định riêng về hợp đồng mua bán hàng hoá ngoại thương. Tuy nhiên, có thể chỉ ra các điều kiện có hiệu lực của loại hợp đồng này qua các quy định trong các văn bản hiện hành. Cụ thể:

*2.4.1. Điều kiện đối với chủ thể:* Luật Thương mại hiện hành không giới hạn tư cách chủ thể tham gia hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế như trước đây. Nói cách khác, tư cách chủ thể trong quan hệ mua bán trong nước và quốc tế cơ bản như nhau. Đối với bên chủ thể Việt Nam, phải đáp ứng các yêu cầu như có đăng ký kinh doanh và kinh doanh đúng ngành nghề đã đăng ký. Đối với bên nước ngoài, phải bảo đảm tư cách chủ thể theo luật pháp của quốc gia mà thương nhân đó mang quốc tịch. Trước đây, pháp luật Việt Nam quy định khá chặt chẽ về điều kiện kinh doanh xuất nhập khẩu của thương nhân Việt Nam. Chẳng hạn, các quy định về xuất nhập khẩu uỷ thác, xuất khẩu đầu mối, các quy định về việc tuân thủ điều kiện đăng ký kinh doanh. Trong số những quy định này, các quy định bất hợp lý dần dần được dỡ bỏ. Hiện nay, theo Nghị định số 12/CP ngày 23 tháng 01 năm

2006 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành Luật Thương mại thì: trừ hàng hoá thuộc danh mục cấm xuất khẩu, cấm nhập khẩu; thương nhân được xuất khẩu nhập khẩu hàng hoá không phụ thuộc vào ngành nghề đăng ký kinh doanh.

*2.4.2. Điều kiện đối với hàng hoá - đối tượng của hợp đồng:* Luật Thương mại quy định: Căn cứ vào điều kiện kinh tế - xã hội của từng thời kỳ và điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên, Chính phủ quy định cụ thể danh mục hàng hóa cấm xuất khẩu, cấm nhập khẩu, danh mục hàng hóa xuất khẩu, nhập khẩu theo giấy phép của cơ quan nhà nước có thẩm quyền và thủ tục cấp giấy phép. Như vậy không phải mọi hàng hoá lưu thông trong nước đều có thể xuất khẩu hoặc mọi hàng hoá lưu thông tại thị trường nước ngoài đều được nhập khẩu vào Việt Nam.

*Cụ thể, hàng hoá cấm xuất khẩu gồm:* vũ khí, đạn dược, vật liệu nổ (trừ vật liệu nổ công nghiệp); di vật, cổ vật, bảo vật quốc gia; các loại văn hoá phẩm thuộc diện cấm phổ biến và lưu hành tại Việt Nam; gỗ tròn, gỗ xẻ từ gỗ rừng tự nhiên trong nước; nông vật, thực vật hoang quý hiếm và giống vật nuôi, cây trồng quý hiếm; các loài thủy sản quý hiếm; các loại máy chuyên dụng về các chương trình phần mềm trong phạm vi bảo vệ bí mật nhà nước; hoá chất độc hại quy định trong công ước cấm vũ khí hoá học.

*Hàng hoá cấm nhập khẩu bao gồm:* vũ khí, đạn dược, vật liệu nổ (trừ vật liệu nổ công nghiệp); pháo các loại; hàng tiêu dùng đã qua sử dụng gồm: hàng dệt may, quần áo; hàng điện tử, điện lạnh; hàng điện gia dụng; thiết bị y tế; hàng trang trí nội thất; hàng gia dụng bằng gốm sành sứ, thủy tinh, kim loại, cao su; các loại văn hoá phẩm cấm phổ biến và lưu hành ở Việt Nam; phương tiện vận tải tay lái bên phải trừ các loại phương tiện hoạt động trong phạm vi hẹp gồm: xe cùn cầu; xe quét đường, xe đào rãnh; vật tư, phương tiện đã qua sử dụng, gồm: máy, khung, sầm, lốp, phụ tùng, động cơ của ô tô, máy kéo và xe hai bánh, ba bánh gắn máy; xe đạp; ô tô các loại đã thay đổi kết cấu,

chuyển đổi công năng, đục sửa khung, số máy; phế liệu, phế thải, thiết bị làm lạnh sử dụng C.F.C; sản phẩm, vật liệu cũ chứa amiăng thuộc nhóm amfiole; hoá chất độc Bảng I được quy định trong Công ước vũ khí hoá học.

Ngoài hàng hoá cấm nhập khẩu và xuất khẩu vừa nêu, pháp luật hiện hành còn quy định về hàng hoá xuất nhập khẩu phải có giấy phép, hàng hoá xuất nhập khẩu phải đảm bảo các quy định về kiểm dịch động, thực vật, về vệ sinh an toàn thực phẩm.

Liên quan đến hàng hoá trong hợp đồng mua bán với thương nhân nước ngoài cần lưu ý phải bảo đảm các yêu cầu của pháp luật về nhãn hàng hoá và tên gọi xuất xứ hàng hoá.

Nhãn hàng hoá là bản viết, bản in, bản vẽ, bản chụp của chữ, hình vẽ, hình ảnh được dán, in, đính, đúc, chạm, khắc trực tiếp trên hàng hoá, bao bì thương phẩm của hàng hoá hoặc trên các chất liệu khác được gắn lên hàng hoá, bao bì thương phẩm của hàng hoá. Hàng hóa lưu thông trong nước, hàng hóa xuất khẩu, nhập khẩu phải có nhãn hàng hóa, trừ một số trường hợp theo quy định của pháp luật.

Hàng hoá xuất khẩu, nhập khẩu phải có giấy chứng nhận xuất xứ nếu hàng hóa được hưởng ưu đãi về thuế hoặc ưu đãi khác theo quy định của pháp luật Việt Nam hoặc điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên.

*2.4.3. Điều kiện về nội dung của hợp đồng:* Việc xác định các nội dung chủ yếu của hợp đồng mua bán hàng hoá với thương nhân nước ngoài là điều kiện quan trọng, ảnh hưởng đến hiệu lực của hợp đồng. Thông thường trong hợp đồng thương mại của Việt Nam, các điều khoản sau được xem là chủ yếu:

- Tên hàng;
- Số lượng;
- Quy cách, chất lượng;

- Giá cả;
- Phương thức thanh toán;
- Địa điểm và thời hạn giao nhận hàng.

**2.4.4. Điều kiện về hình thức của hợp đồng:** Hình thức của hợp đồng mua bán hàng hoá với thương nhân nước ngoài theo quy định phải lập thành văn bản. Luật Thương mại 2005 quy định: Hợp đồng mua bán hàng hoá có thể được thể hiện bằng lời nói, bằng văn bản hoặc được xác lập bằng hành vi cụ thể. Tuy nhiên Luật cũng quy định: đối với các loại hợp đồng mua bán hàng hoá mà pháp luật quy định phải được lập thành văn bản thì phải tuân theo các quy định đó.

Trong giao kết hợp đồng hiện nay ở nước ta, pháp luật cũng nới rộng các hình thức giá trị tương đương văn bản bao gồm điện báo, telex, fax, thông điệp dữ liệu và các hình thức khác theo quy định của pháp luật.

Quan điểm mới của Luật Thương mại trong quy định về hình thức của hợp đồng là việc nhìn nhận các thông điệp dữ liệu, tức là những thông tin được tạo ra, gửi đi, nhận và lưu giữ bằng phương tiện điện tử. Lần đầu tiên, bằng một điều luật, các nhà lập pháp Việt Nam đã thừa nhận giá trị pháp lý của thông điệp dữ liệu trong hoạt động thương mại, nếu các thông điệp dữ liệu này đáp ứng các điều kiện, tiêu chuẩn kỹ thuật theo quy định của pháp luật.

### **3. HỢP ĐỒNG ĐẠI LÝ**

#### **3.1. Khái niệm**

Đại lý thương mại là hoạt động thương mại, theo đó bên giao đại lý và bên đại lý thoả thuận việc bên đại lý nhân danh chính mình mua, bán hàng hoá cho bên giao đại lý hoặc cung ứng dịch vụ của bên giao đại lý cho khách hàng để hưởng thù lao.

Quan hệ đại lý trong thương mại rất phổ biến. Nó hỗ trợ đắc lực trong việc hình thành mạng lưới tiêu thụ hàng hoá mà bất kỳ nhà kinh doanh nào cũng phải chú trọng đến trong chiến lược phát triển kinh doanh. Quan hệ đại lý khác cơ bản với quan hệ mua bán hàng hoá ở chỗ trong quan hệ này chưa xuất hiện việc chuyển quyền sở hữu. Nói cách khác bên giao đại lý vẫn là chủ sở hữu đối với hàng hoá (trong đại lý bán hàng) hoặc tiền (trong đại lý mua hàng) giao cho bên đại lý. Quan hệ đại lý hình thành giữa hai bên: bên giao đại lý và bên đại lý. Bên giao đại lý là thương nhân giao hàng hoá cho đại lý bán hoặc giao tiền mua hàng cho đại lý mua hoặc là thương nhân uỷ quyền thực hiện dịch vụ cho đại lý cung ứng dịch vụ. Bên đại lý là thương nhân nhận hàng hoá để làm đại lý bán, nhận tiền mua hàng để làm đại lý mua hoặc là bên nhận uỷ quyền cung ứng dịch vụ.

Thù lao đại lý là khoản tiền mà bên giao đại lý trả cho bên đại lý. Trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác, thù lao đại lý thường được trả dưới hình thức hoa hồng hoặc tiền chênh lệch giá. Tuy nhiên, tùy thuộc vào sự thoả thuận mà cách tính thù lao có sự khác nhau. Chẳng hạn:

- Trường hợp bên giao đại lý ấn định giá mua, giá bán hàng hóa hoặc giá cung ứng dịch vụ cho khách hàng thì bên đại lý được hưởng hoa hồng tính theo tỷ lệ phần trăm trên giá mua, giá bán hàng hóa hoặc giá cung ứng dịch vụ.

- Trường hợp bên giao đại lý không ấn định giá mua, giá bán hàng hoá hoặc giá cung ứng dịch vụ cho khách hàng mà chỉ ấn định giá giao đại lý cho bên đại lý thì bên đại lý được hưởng chênh lệch giá. Mức chênh lệch giá được xác định là mức chênh lệch giữa giá mua, giá bán, giá cung ứng dịch vụ cho khách hàng so với giá do bên giao đại lý ấn định cho bên đại lý.

Việc thanh toán trong đại lý được áp dụng theo nguyên tắc tiền hàng, tiền cung ứng dịch vụ và thù lao đại lý được thực hiện theo từng

đợt sau khi bên đại lý hoàn thành việc mua, bán một khối lượng hàng hoá hoặc cung ứng một khối lượng dịch vụ nhất định, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác.

### **3.2. Các hình thức đại lý**

Luật Thương mại quy định các hình thức đại lý sau:

1. Đại lý bao tiêu là hình thức đại lý mà bên đại lý thực hiện việc mua, bán trọn vẹn một khối lượng hàng hoá hoặc cung ứng đầy đủ một dịch vụ cho bên giao đại lý.

2. Đại lý độc quyền là hình thức đại lý mà tại một khu vực địa lý nhất định bên giao đại lý chỉ giao cho một đại lý mua, bán một hoặc một số mặt hàng hoặc cung ứng một hoặc một số loại dịch vụ nhất định.

3. Tổng đại lý mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ là hình thức đại lý mà bên đại lý tổ chức một hệ thống đại lý trực thuộc để thực hiện việc mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ cho bên giao đại lý.

Tổng đại lý đại diện cho hệ thống đại lý trực thuộc. Các đại lý trực thuộc hoạt động dưới sự quản lý của tổng đại lý và với danh nghĩa của tổng đại lý.

4. Các hình thức đại lý khác mà các bên thỏa thuận.

### **3.3. Hợp đồng đại lý**

Quan hệ đại lý phải được lập thành hợp đồng. Luật Thương mại quy định hợp đồng đại lý phải được lập thành văn bản hoặc bằng hình thức khác có giá trị pháp lý tương đương. Nội dung của hợp đồng đại lý gồm:

- Tên và địa chỉ của các bên;
- Hàng hoá đại lý;
- Hình thức đại lý;
- Thù lao đại lý;

- Thời hạn hiệu lực của hợp đồng đại lý.

### **3.4. Quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng đại lý**

#### **3.4.1. Quyền của bên giao đại lý**

Trường hợp có thỏa thuận khác, bên giao đại lý có các quyền sau đây:

1. Ấn định giá mua, giá bán hàng hoá, giá cung ứng dịch vụ đại lý cho khách hàng;
2. Ấn định giá giao đại lý;
3. Yêu cầu bên đại lý thực hiện biện pháp bảo đảm theo quy định của pháp luật;
4. Yêu cầu bên đại lý thanh toán tiền hoặc giao hàng theo hợp đồng đại lý;
5. Kiểm tra, giám sát việc thực hiện hợp đồng của bên đại lý.

#### **3.4.2. Nghĩa vụ của bên giao đại lý**

Trường hợp có thỏa thuận khác, bên giao đại lý có các nghĩa vụ sau đây:

1. Hướng dẫn, cung cấp thông tin, tạo điều kiện cho bên đại lý thực hiện hợp đồng đại lý;
2. Chịu trách nhiệm về chất lượng hàng hóa của đại lý mua bán hàng hóa, chất lượng dịch vụ của đại lý cung ứng dịch vụ;
3. Trả thù lao và các chi phí hợp lý khác cho bên đại lý;
4. Hoàn trả cho bên đại lý tài sản của bên đại lý dùng để bảo đảm (nếu có) khi kết thúc hợp đồng đại lý;
5. Liên đới chịu trách nhiệm về hành vi vi phạm pháp luật của bên đại lý, nếu nguyên nhân của hành vi vi phạm pháp luật đó có một phần do lỗi của mình gây ra.

### 3.4.3. Quyền của bên đại lý

Trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác, bên đại lý có các quyền sau đây:

1. Giao kết hợp đồng đại lý với một hoặc nhiều bên giao đại lý, trừ trường hợp pháp luật có quy định cụ thể về việc bên đại lý chỉ được giao kết hợp đồng đại lý với một bên giao đại lý đối với một loại hàng hóa hoặc dịch vụ nhất định thì phải tuân thủ quy định của pháp luật đó.

2. Yêu cầu bên giao đại lý giao hàng hoặc tiền theo hợp đồng đại lý; nhận lại tài sản dùng để bảo đảm (nếu có) khi kết thúc hợp đồng đại lý;

3. Yêu cầu bên giao đại lý hướng dẫn, cung cấp thông tin và các điều kiện khác có liên quan để thực hiện hợp đồng đại lý;

4. Quyết định giá bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ cho khách hàng đối với đại lý bao tiêu;

5. Hưởng thù lao, các quyền và lợi ích hợp pháp khác do hoạt động đại lý mang lại.

### 3.4.4. Nghĩa vụ của bên đại lý

Trừ trường hợp có thỏa thuận khác, bên đại lý có các nghĩa vụ sau đây:

1. Mua, bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ cho khách hàng theo giá hàng hóa, giá cung ứng dịch vụ do bên giao đại lý ấn định;

2. Thực hiện đúng các thỏa thuận về giao nhận tiền, hàng với bên giao đại lý;

3. Thực hiện các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự theo quy định của pháp luật;



4. Thanh toán cho bên giao đại lý tiền bán hàng đối với đại lý bán; giao hàng mua đối với đại lý mua; tiền cung ứng dịch vụ đối với đại lý cung ứng dịch vụ;

5. Bảo quản hàng hoá sau khi nhận đối với đại lý bán hoặc trước khi giao đối với đại lý mua; liên đới chịu trách nhiệm về chất lượng hàng hóa của đại lý mua bán hàng hóa, chất lượng dịch vụ của đại lý cung ứng dịch vụ trong trường hợp có lỗi do mình gây ra;

6. Chịu sự kiểm tra, giám sát của bên giao đại lý và báo cáo tình hình hoạt động đại lý với bên giao đại lý;

7. Trường hợp pháp luật có quy định cụ thể về việc bên đại lý chỉ được giao kết hợp đồng đại lý với một bên giao đại lý đối với một loại hàng hóa hoặc dịch vụ nhất định thì phải tuân thủ quy định của pháp luật đó.

### *3.5. Thời hạn đại lý*

1. Trừ trường hợp có thoả thuận khác, thời hạn đại lý chỉ chấm dứt sau một thời gian hợp lý nhưng không sớm hơn sáu mươi ngày, kể từ ngày một trong hai bên thông báo bằng văn bản cho bên kia về việc chấm dứt hợp đồng đại lý.

2. Trừ trường hợp có thỏa thuận khác, nếu bên giao đại lý thông báo chấm dứt hợp đồng thì bên đại lý có quyền yêu cầu bên giao đại lý bồi thường một khoản tiền cho thời gian mà mình đã làm đại lý cho bên giao đại lý đó. Giá trị của khoản bồi thường là một tháng thù lao đại lý trung bình trong thời gian nhận đại lý cho mỗi năm mà bên đại lý làm đại lý cho bên giao đại lý. Trong trường hợp thời gian đại lý dưới một năm thì khoản bồi thường được tính là một tháng thù lao đại lý trung bình trong thời gian nhận đại lý.

3. Trường hợp hợp đồng đại lý được chấm dứt trên cơ sở yêu cầu của bên đại lý thì bên đại lý không có quyền yêu cầu bên giao đại lý bồi thường cho thời gian mà mình đã làm đại lý cho bên giao đại lý.

## 4. HỢP ĐỒNG ĐẤU GIÁ VÀ ĐẤU THẦU HÀNG HOÁ

### 4.1. Đấu giá hàng hoá

#### 4.1.1. Khái niệm

Đấu giá hàng hoá là hoạt động thương mại, theo đó người bán hàng tự mình hoặc thuê người tổ chức đấu giá thực hiện việc bán hàng hoá công khai để chọn người mua trả giá cao nhất. Việc đấu giá hàng hoá trong thương mại phải được thực hiện theo nguyên tắc công khai, trung thực, bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp của các bên tham gia.

Đấu giá hàng hoá được thực hiện theo một trong hai phương thức sau đây:

a) *Phương thức trả giá lên* là phương thức bán đấu giá, theo đó người trả giá cao nhất so với giá khởi điểm là người có quyền mua hàng;

b) *Phương thức đặt giá xuống* là phương thức bán đấu giá, theo đó người đầu tiên chấp nhận ngay mức giá khởi điểm hoặc mức giá được hạ thấp hơn mức giá khởi điểm là người có quyền mua hàng.

Trong quan hệ đấu giá hàng hoá có các loại chủ thể sau:

- *Người tổ chức đấu giá* là thương nhân có đăng ký kinh doanh dịch vụ đấu giá hoặc là người bán hàng của mình trong trường hợp người bán hàng tự tổ chức đấu giá..

- *Người bán hàng* là chủ sở hữu hàng hoá, người được chủ sở hữu hàng hoá uỷ quyền bán hoặc người có quyền bán hàng hoá của người khác theo quy định của pháp luật.

- *Người tham gia đấu giá hàng hoá* là tổ chức, cá nhân đăng ký tham gia cuộc đấu giá.

- *Người điều hành đấu giá* là người tổ chức đấu giá hoặc người được người tổ chức đấu giá uỷ quyền điều hành bán đấu giá.

#### 4.1.2. Quyền và nghĩa vụ của người tổ chức đấu giá:

Người tổ chức đấu giá có các *quyền* sau đây:

1. Yêu cầu người bán hàng cung cấp đầy đủ, chính xác, kịp thời các thông tin cần thiết liên quan đến hàng hoá đấu giá, tạo điều kiện cho người tổ chức đấu giá hoặc người tham gia đấu giá kiểm tra hàng hoá đấu giá và giao hàng hoá được bán đấu giá cho người mua hàng trong trường hợp người tổ chức đấu giá không phải là người bán hàng đấu giá;

2. Xác định giá khởi điểm trong trường hợp người tổ chức đấu giá là người bán hàng đấu giá hoặc được người bán hàng uỷ quyền;

3. Tổ chức cuộc đấu giá;

4. Yêu cầu người mua hàng thực hiện việc thanh toán;

5. Nhận thù lao dịch vụ đấu giá do người bán hàng trả theo quy định .

Người tổ chức đấu giá có các *nghĩa vụ* sau đây:

1. Tổ chức đấu giá hàng hoá theo đúng nguyên tắc, thủ tục do pháp luật quy định và theo phương thức đấu giá thoả thuận với người bán hàng.

2. Thông báo, niêm yết công khai, đầy đủ, chính xác các thông tin cần thiết có liên quan đến hàng hoá đấu giá.

3. Bảo quản hàng hoá đấu giá khi được người bán hàng giao giữ.

4. Trưng bày hàng hoá, mẫu hàng hóa hoặc tài liệu giới thiệu về hàng hóa cho người tham gia đấu giá xem xét.

5. Lập văn bản bán đấu giá hàng hoá và gửi đến người bán hàng, người mua hàng và các bên có liên quan .

6. Giao hàng hóa đấu giá cho người mua phù hợp với hợp đồng tổ chức dịch vụ đấu giá hàng hoá.

7. Làm thủ tục chuyển quyền sở hữu đối với hàng hoá bán đấu giá phải đăng ký quyền sở hữu theo quy định của pháp luật, trừ trường hợp có thỏa thuận khác với người bán hàng.

8. Thanh toán cho người bán hàng tiền hàng đã bán, kể cả khoản tiền chênh lệch thu được từ người rút lại giá đã trả hoặc trả lại hàng hoá không bán được cho người bán hàng theo thỏa thuận. Trường hợp không có thỏa thuận thì phải thanh toán tiền cho người bán hàng chậm nhất là ba ngày làm việc sau khi nhận được tiền của người mua hàng hoặc phải trả lại ngay hàng hoá trong thời hạn hợp lý sau cuộc đấu giá.

#### *4.1.3. Hợp đồng dịch vụ tổ chức đấu giá hàng hoá:*

1. Hợp đồng dịch vụ tổ chức đấu giá hàng hoá phải được lập thành văn bản hoặc bằng hình thức khác có giá trị pháp lý tương đương.

2. Trường hợp hàng hoá được đấu giá là đối tượng cầm cố, thế chấp thì hợp đồng dịch vụ tổ chức đấu giá phải được sự đồng ý của bên nhận cầm cố, thế chấp và bên bán phải thông báo cho các bên tham gia đấu giá về hàng hóa đang bị cầm cố, thế chấp.

3. Trường hợp trong hợp đồng cầm cố, thế chấp có thỏa thuận về việc bán đấu giá mà người cầm cố, thế chấp vắng mặt không có lý do chính đáng hoặc từ chối giao kết hợp đồng dịch vụ tổ chức đấu giá hàng hoá thì hợp đồng dịch vụ tổ chức đấu giá được giao kết giữa người nhận cầm cố, thế chấp với người tổ chức đấu giá.

#### *4.1.4. Trình tự, thủ tục đấu giá hàng hoá*

- Trước hết, người tổ chức đấu giá phải thông báo cho người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan đến hàng hóa là đối tượng cầm cố, thế chấp. Trường hợp hàng hoá là đối tượng cầm cố, thế chấp, thì đồng thời với việc niêm yết đấu giá hàng hoá, người tổ chức đấu giá phải thông báo cho những người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan trong thời hạn chậm nhất là bảy ngày làm việc trước khi tiến hành bán đấu giá.

Thông báo và niêm yết đấu giá hàng hóa phải có đầy đủ các nội dung sau đây:

1. Thời gian, địa điểm đấu giá;
2. Tên, địa chỉ của người tổ chức đấu giá;
3. Tên, địa chỉ của người bán hàng;
4. Danh mục hàng hoá, số lượng, chất lượng hàng hóa;
5. Giá khởi điểm;
6. Thông tin cần thiết liên quan đến hàng hoá;
7. Địa điểm, thời gian trưng bày hàng hoá;
8. Địa điểm, thời gian tham khảo hồ sơ hàng hoá;
9. Địa điểm, thời gian đăng ký mua hàng hoá.

Thông thường người bán hàng phải xác định giá khởi điểm hoặc uỷ quyền cho người tổ chức đấu giá xác định giá khởi điểm.

Trường hợp hàng hoá đấu giá là đối tượng cầm cố, thế chấp thì người nhận cầm cố, thế chấp phải thoả thuận với người cầm cố, thế chấp xác định giá khởi điểm.

Trường hợp trong hợp đồng cầm cố, thế chấp có thoả thuận về việc bán đấu giá mà người cầm cố, thế chấp vắng mặt không có lý do chính đáng hoặc từ chối giao kết hợp đồng dịch vụ tổ chức đấu giá hàng hoá thì giá khởi điểm do người nhận cầm cố, thế chấp xác định.

- *Đăng ký tham gia đấu giá:* Người tổ chức đấu giá có thể yêu cầu người muốn tham gia đấu giá phải đăng ký tham gia trước khi bán đấu giá. Thường người tham gia đấu giá phải nộp một khoản tiền đặt trước, nhưng không quá 2% giá khởi điểm của hàng hoá được đấu giá. Nếu người tham gia đấu giá mua được hàng hoá bán đấu giá thì khoản tiền đặt trước được trừ vào giá mua, nếu không mua được thì khoản tiền đặt trước được trả lại cho người đã nộp khoản tiền đặt trước đó

ngay sau khi cuộc đấu giá kết thúc. Nếu đã nộp khoản tiền đặt trước nhưng sau đó không dự cuộc đấu giá thì người tổ chức đấu giá có quyền thu khoản tiền đặt trước đó.

Cần lưu ý, để hạn chế tiêu cực trong đấu giá, Luật Thương mại quy định những người sau đây không được tham gia đấu giá: những người làm việc trong tổ chức bán đấu giá hàng hoá; cha, mẹ, vợ, chồng, con của những người đó; người đã trực tiếp thực hiện việc giám định hàng hoá bán đấu giá; cha, mẹ, vợ, chồng, con của người đó.

*- Tiến hành cuộc đấu giá:*

Cuộc đấu giá được tiến hành theo trình tự sau đây:

1. Người điều hành đấu giá điểm danh người đã đăng ký tham gia đấu giá hàng hoá;

2. Người điều hành đấu giá giới thiệu từng hàng hoá bán đấu giá, nhắc lại giá khởi điểm, trả lời các câu hỏi của người tham gia đấu giá và yêu cầu người tham gia đấu giá trả giá;

3. Đối với phương thức trả giá lên, người điều hành đấu giá phải nhắc lại một cách rõ ràng, chính xác giá đã trả sau cùng cao hơn giá người trước đã trả ít nhất là ba lần, mỗi lần cách nhau ít nhất ba mươi giây. Người điều hành đấu giá chỉ được công bố người mua hàng hoá bán đấu giá, nếu sau ba lần nhắc lại giá người đó đã trả mà không có người nào trả giá cao hơn;

4. Đối với phương thức đặt giá xuống, người điều hành đấu giá phải nhắc lại một cách rõ ràng, chính xác từng mức giá được hạ xuống thấp hơn giá khởi điểm ít nhất là ba lần, mỗi lần cách nhau ít nhất ba mươi giây. Người điều hành đấu giá phải công bố ngay người đầu tiên chấp nhận mức giá khởi điểm hoặc mức giá hạ thấp hơn mức giá khởi điểm là người có quyền mua hàng hóa đấu giá;

5. Trường hợp có nhiều người đồng thời trả mức giá cuối cùng đối với phương thức trả giá lên hoặc mức giá đầu tiên đối với phương

thức đặt giá xuống, người điều hành đấu giá phải tổ chức rút thăm giữa những người đó và công bố người rút trúng thăm được mua là người mua hàng hoá bán đấu giá;

6. Người điều hành đấu giá phải lập văn bản bán đấu giá hàng hoá ngay tại cuộc đấu giá, kể cả trong trường hợp đấu giá không thành. Văn bản bán đấu giá phải ghi rõ kết quả đấu giá, có chữ ký của người điều hành đấu giá, người mua hàng và hai người chứng kiến trong số những người tham gia đấu giá; đối với hàng hoá bán đấu giá phải có công chứng nhà nước theo quy định của pháp luật thì văn bản bán đấu giá cũng phải được công chứng. Văn bản bán đấu giá hàng hoá được dùng làm căn cứ để chuyển quyền sở hữu đối với hàng hoá đấu giá mà theo quy định của pháp luật phải đăng ký quyền sở hữu.

#### *4.1.5. Một số tình huống trong quá trình bán đấu giá*

- *Bán đấu giá không thành:* Cuộc đấu giá được coi là không thành khi không có người tham gia đấu giá, trả giá hoặc giá cao nhất đã trả thấp hơn mức giá khởi điểm đối với phương thức trả giá lên.

- *Rút lại giá đã trả:* Trường hợp đấu giá theo phương thức trả giá lên, nếu người trả giá cao nhất rút ngay lại giá đã trả thì cuộc đấu giá vẫn được tiếp tục từ giá của người trả giá liền kề trước đó. Trường hợp bán đấu giá theo phương thức đặt giá xuống, nếu người đầu tiên chấp nhận mức giá rút ngay lại giá đã chấp nhận thì cuộc đấu giá vẫn được tiếp tục từ giá đã đặt liền kề trước đó. Trong trường hợp này, người rút lại giá đã trả hoặc người rút lại việc chấp nhận giá không được tiếp tục tham gia đấu giá.

Trường hợp giá bán hàng hoá thấp hơn giá mà người rút lại giá đã trả đối với phương thức trả giá lên hoặc giá mà người rút lại việc chấp nhận đối với phương thức đặt giá xuống thì người đó phải trả khoản tiền chênh lệch cho người tổ chức đấu giá, nếu hàng hoá bán được giá cao hơn thì người rút lại không được hưởng khoản tiền chênh lệch đó.

Trường hợp cuộc đấu giá không thành thì người rút lại giá đã trả phải chịu chi phí cho việc bán đấu giá và không được hoàn trả khoản tiền đặt trước.

- *Từ chối mua*: Trừ trường hợp có thỏa thuận khác, sau khi tuyên bố kết thúc cuộc đấu giá, người mua hàng bị ràng buộc trách nhiệm; nếu sau đó người mua hàng từ chối mua hàng thì phải được người bán hàng chấp thuận, nhưng phải chịu mọi chi phí liên quan đến việc tổ chức bán đấu giá. Trong trường hợp người mua được hàng hoá đấu giá đã nộp một khoản tiền đặt trước mà từ chối mua thì không được hoàn trả khoản tiền đặt trước đó. Khoản tiền đặt trước đó thuộc về người bán hàng.

## **4.2. Đấu thầu hàng hoá, dịch vụ**

### **4.2.1. Khái niệm**

Đấu thầu hàng hoá, dịch vụ là hoạt động thương mại, theo đó một bên mua hàng hoá, dịch vụ thông qua mời thầu (gọi là bên mời thầu) nhằm lựa chọn trong số các thương nhân tham gia đấu thầu (gọi là bên dự thầu) thương nhân đáp ứng tốt nhất các yêu cầu do bên mời thầu đặt ra và được lựa chọn để ký kết và thực hiện hợp đồng (gọi là bên trúng thầu).

Các quy định về đấu thầu đề cập trong Luật Thương mại hiện hành không áp dụng đối với đấu thầu mua sắm công theo quy định của pháp luật.

### **4.2.2. Hình thức đấu thầu và phương thức đấu thầu**

4.2.2.1. *Hình thức đấu thầu*: việc đấu thầu hàng hoá, dịch vụ được thực hiện theo một trong hai hình thức sau đây:

a) *Đấu thầu rộng rãi* là hình thức đấu thầu mà bên mời thầu không hạn chế số lượng các bên dự thầu;

b) *Đấu thầu hạn chế* là hình thức đấu thầu mà bên mời thầu chỉ mời một số nhà thầu nhất định dự thầu.



Việc chọn hình thức đấu thầu rộng rãi hoặc đấu thầu hạn chế do bên mời thầu quyết định.

*4.2.2.2. Phương thức đấu thầu:* bao gồm *đấu thầu một túi hồ sơ* và *đấu thầu hai túi hồ sơ*.

Đấu thầu một túi hồ sơ là phương thức, theo đó bên dự thầu nộp hồ sơ dự thầu gồm đề xuất về kỹ thuật, đề xuất về tài chính trong một túi hồ sơ theo yêu cầu của hồ sơ mời thầu và việc mở thầu được tiến hành một lần. Đấu thầu hai túi hồ sơ là phương thức đấu thầu, theo đó bên dự thầu nộp hồ sơ dự thầu gồm đề xuất về kỹ thuật, đề xuất về tài chính trong từng túi hồ sơ riêng biệt được nộp trong cùng một thời điểm và việc mở thầu được tiến hành hai lần. Hồ sơ đề xuất về kỹ thuật sẽ được mở trước.

Việc lựa chọn phương thức đấu thầu nào là quyền của bên mời thầu và họ phải thông báo trước cho các bên dự thầu. Trong một số trường hợp, bên mời thầu có thể tổ chức sơ tuyển dự thầu nhằm lựa chọn những bên dự thầu có khả năng đáp ứng các điều kiện mà bên mời thầu đưa ra.

#### *4.2.3. Thủ tục, trình tự đấu thầu hàng hoá*

- Trước hết bên mời thầu tiến hành thông báo mời thầu. Thông báo mời thầu phải gồm các nội dung chủ yếu sau đây:

- a) Tên, địa chỉ của bên mời thầu;
- b) Tóm tắt nội dung đấu thầu;
- c) Thời hạn, địa điểm và thủ tục nhận hồ sơ mời thầu;
- d) Thời hạn, địa điểm, thủ tục nộp hồ sơ dự thầu;
- đ) Những chỉ dẫn để tìm hiểu hồ sơ mời thầu.

Bên mời thầu có trách nhiệm thông báo rộng rãi trên các phương tiện thông tin đại chúng đối với trường hợp đấu thầu rộng rãi hoặc gửi

thông báo mời đăng ký dự thầu đến các nhà thầu đủ điều kiện trong trường hợp đấu thầu hạn chế.

Bên mời thầu có trách nhiệm chỉ dẫn cho bên dự thầu về các điều kiện dự thầu, các thủ tục được áp dụng trong quá trình đấu thầu và giải đáp các câu hỏi của bên dự thầu.

- Nộp hồ sơ dự thầu và các quy định bảo đảm dự thầu: Khi nhận được thông báo mời thầu, người muốn tham gia dự thầu phải mua và nộp hồ sơ dự thầu trong thời gian và địa điểm do bên mời thầu quy định và thực hiện việc bảo đảm dự thầu. Bảo đảm dự thầu được thực hiện dưới hình thức đặt cọc, ký quỹ hoặc bảo lãnh dự thầu. Bên mời thầu có thể yêu cầu bên dự thầu nộp tiền đặt cọc, ký quỹ hoặc bảo lãnh dự thầu khi nộp hồ sơ dự thầu. Tỷ lệ tiền đặt cọc, ký quỹ dự thầu do bên mời thầu quy định, nhưng không quá 3% tổng giá trị ước tính của hàng hoá, dịch vụ đấu thầu. Bên mời thầu quy định hình thức, điều kiện đặt cọc, ký quỹ hoặc bảo lãnh dự thầu. Trong trường hợp đặt cọc, ký quỹ thì tiền đặt cọc, ký quỹ dự thầu được trả lại cho bên dự thầu không trúng thầu trong thời hạn bảy ngày làm việc, kể từ ngày công bố kết quả đấu thầu. Ngược lại, bên dự thầu không được nhận lại tiền đặt cọc, ký quỹ dự thầu trong trường hợp rút hồ sơ dự thầu sau thời điểm hết hạn nộp hồ sơ dự thầu (gọi là thời điểm đóng thầu), không ký hợp đồng hoặc từ chối thực hiện hợp đồng trong trường hợp trúng thầu.

Bên mời thầu có trách nhiệm phải bảo mật thông tin đấu thầu.

- Mở thầu: Mở thầu là việc tổ chức mở hồ sơ dự thầu tại thời điểm đã được ấn định hoặc trong trường hợp không có thời điểm được ấn định trước thì thời điểm mở thầu là ngay sau khi đóng thầu. Những hồ sơ dự thầu nộp đúng hạn phải được bên mời thầu mở công khai. Các bên dự thầu có quyền tham dự mở thầu.

- Xét hồ sơ dự thầu khi mở thầu:

Trước hết, bên mời thầu xét tính hợp lệ của hồ sơ dự thầu; yêu cầu các bên dự thầu giải thích những nội dung chưa rõ trong hồ sơ dự thầu.

Khi mở thầu, bên mời thầu và các bên dự thầu có mặt phải ký vào biên bản mở thầu. Biên bản mở thầu phải có các nội dung sau đây:

- a) Tên hàng hoá, dịch vụ đấu thầu;
- b) Ngày, giờ, địa điểm mở thầu;
- c) Tên, địa chỉ của bên mời thầu, các bên dự thầu;
- d) Giá bỏ thầu của các bên dự thầu;
- đ) Các nội dung sửa đổi, bổ sung và các nội dung có liên quan, nếu có.

- Đánh giá và so sánh hồ sơ dự thầu:

Hồ sơ dự thầu được đánh giá và so sánh theo từng tiêu chuẩn làm căn cứ để đánh giá toàn diện. Các tiêu chuẩn đánh giá hồ sơ dự thầu do bên mời thầu quy định.

Các tiêu chuẩn được đánh giá bằng phương pháp cho điểm theo thang điểm hoặc phương pháp khác đã được ấn định trước khi mở thầu.

- Xếp hạng và lựa chọn nhà thầu:

Căn cứ vào kết quả đánh giá hồ sơ dự thầu, bên mời thầu phải xếp hạng và lựa chọn các bên dự thầu theo phương pháp đã được ấn định. Trong trường hợp có nhiều bên tham gia dự thầu có số điểm, tiêu chuẩn trúng thầu ngang nhau thì bên mời thầu có quyền chọn nhà thầu.

- Thông báo kết quả đấu thầu và ký kết hợp đồng:

Ngay sau khi có kết quả đấu thầu, bên mời thầu có trách nhiệm thông báo kết quả đấu thầu cho bên dự thầu. Bên mời thầu tiến hành hoàn thiện và ký kết hợp đồng với bên trúng thầu trên cơ sở sau đây:

- a) Kết quả đấu thầu;
- b) Các yêu cầu nêu trong hồ sơ mời thầu;
- c) Nội dung nêu trong hồ sơ dự thầu.

Thông thường, bên trúng thầu phải đặt cọc, ký quỹ hoặc được bảo lãnh để bảo đảm thực hiện hợp đồng. Số tiền đặt cọc, ký quỹ do bên mời thầu quy định, nhưng không quá 10% giá trị hợp đồng. Bên trúng thầu được nhận lại tiền đặt cọc, ký quỹ bảo đảm thực hiện hợp đồng khi thanh lý hợp đồng. Bên trúng thầu không được nhận lại tiền đặt cọc, ký quỹ bảo đảm thực hiện hợp đồng nếu từ chối thực hiện hợp đồng sau khi hợp đồng được giao kết. Sau khi nộp tiền đặt cọc, ký quỹ bảo đảm thực hiện hợp đồng, bên không trúng thầu được hoàn trả tiền đặt cọc, ký quỹ dự thầu.

## **CHƯƠNG 10**

# **GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP KINH DOANH, THƯƠNG MẠI TẠI TÒA ÁN**

### **1. CÁC KHÁI NIỆM**

Theo nghĩa khái quát nhất, *tranh chấp kinh tế* được hiểu là sự bất đồng, mâu thuẫn hay xung đột về quyền và nghĩa vụ liên quan chủ yếu đến lợi ích kinh tế, phát sinh giữa các chủ thể trong quá trình tiến hành các hoạt động kinh tế.

Theo nghĩa hẹp, tranh chấp kinh tế là những bất đồng, xung đột chủ yếu về lợi ích kinh tế giữa các chủ thể có liên quan đến lĩnh vực hợp đồng thương mại hoặc các hoạt động kinh tế khác *được pháp luật quy định là tranh chấp kinh tế*, thuộc thẩm quyền giải quyết của cơ quan tài phán kinh tế.

Từ ngày 01/01/2005, thời điểm bắt đầu có hiệu lực của Bộ Luật tố tụng dân sự, thuật ngữ «*Tranh chấp kinh doanh, thương mại*» đã được sử dụng thay cho «*Tranh chấp kinh tế*» và bao gồm các dạng tranh chấp cụ thể như sau:

✓ 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;

✓ Tranh chấp về quyền sở hữu trí tuệ, chuyển giao công nghệ giữa cá nhân, tổ chức với nhau và đều có mục đích lợi nhuận;

✓ Tranh chấp giữa công ty với các thành viên của công ty, giữa các thành viên của công ty với nhau liên quan đến việc thành lập, hoạt động, giải thể, sáp nhập, hợp nhất, chia, tách, chuyển đổi hình thức tổ chức của công ty;

✓ Các tranh chấp khác về kinh doanh, thương mại mà pháp luật có quy định.

Theo pháp luật hiện hành, thuật ngữ “*Hoạt động thương mại*” có nội hàm rất rộng, bao gồm mọi hoạt động nhằm mục đích sinh lợi như mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ, đầu tư, xúc tiến thương mại và các hoạt động nhằm mục đích sinh lợi khác. Hoạt động thương mại có thể do chủ thể có đăng ký kinh doanh hoặc không có đăng ký kinh doanh tiến hành. Khoản 3 Điều 2 Luật Thương mại 2005 có quy định về cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên không phải đăng ký kinh doanh.

Trong khi đó, hoạt động “*kinh doanh*” chỉ có thể được thực hiện (hợp pháp) bởi các chủ thể có đăng ký kinh doanh, vì theo Luật Doanh nghiệp thuật ngữ này được dùng để chỉ các hoạt động có mục đích sinh lợi của doanh nghiệp và của hộ kinh doanh theo quy định của Chính phủ.

Như vậy, tranh chấp kinh doanh, thương mại thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án không chỉ là các tranh chấp giữa các cá nhân, tổ chức có đăng ký kinh doanh với nhau mà còn bao gồm cả những tranh chấp phát sinh trong hoạt động kinh doanh, thương mại của chủ thể kinh doanh với các đối tượng không đăng ký kinh doanh nhưng có quyền lợi liên quan.

Tranh chấp kinh doanh thương mại, về cơ bản, có một số dấu hiệu đặc trưng như sau:

• *Thứ nhất*, tranh chấp về kinh doanh, thương mại nảy sinh trực tiếp từ các quan hệ kinh doanh và luôn gắn liền với hoạt động kinh doanh. Đó là hệ quả phát sinh từ quan hệ giữa các chủ thể kinh doanh với nhau hoặc giữa các bên có liên quan với chủ thể kinh doanh trong

quá trình tiến hành các hoạt động nhằm mục đích sinh lợi. Ví dụ tranh chấp phát sinh trong hoạt động sản xuất, mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ; hoặc tranh chấp liên quan đến đầu tư chứng khoán, sở hữu trí tuệ, ... và những hoạt động có mục đích sinh lợi khác.

• *Thứ hai*, giải quyết tranh chấp trong kinh doanh, thương mại là vấn đề do các bên tranh chấp tự định đoạt. Trên nguyên tắc, Nhà nước không được can thiệp trừ khi các tranh chấp đó xâm phạm đến trật tự công cộng, hoặc khi các chủ thể không thể tự thương lượng, hòa giải được với nhau và đã có đơn yêu cầu cơ quan tài phán có thẩm quyền giải quyết.

Chính vì tranh chấp về kinh doanh, thương mại nảy sinh từ những quan hệ được thiết lập trên cơ sở tự nguyện, bình đẳng và thỏa thuận giữa các bên (thuộc lĩnh vực của luật tư), cho nên các bên có toàn quyền quyết định các vấn đề liên quan đến việc giải quyết tranh chấp. Họ có quyền tự thỏa thuận với nhau để lựa chọn phương thức giải quyết phù hợp; được tự quyết định về nội dung tranh chấp; tự thương lượng và hòa giải với nhau ngay cả khi đã đưa vụ tranh chấp ra một cơ quan tài phán giải quyết.

• *Thứ ba*, các bên tranh chấp thường là chủ thể kinh doanh, có tư cách *thương nhân* hoặc tư cách *nhà kinh doanh*. Đó chính là những pháp nhân, cá nhân có đăng ký kinh doanh, có năng lực hành vi và được Nhà nước công nhận quyền hoạt động kinh doanh. Ngoài ra, cũng có trường hợp một bên tranh chấp không phải chủ thể kinh doanh mà chỉ là tổ chức, cá nhân có hoạt động liên quan đến thương mại; hoặc là cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên không phải đăng ký kinh doanh (Điều 2 Luật Thương mại).

Là người kinh doanh, về nguyên tắc họ thông hiểu pháp luật và tập quán kinh doanh thương mại, biết coi trọng “chữ tín” và cũng có ý thức duy trì quan hệ hợp tác với các đối tác. Do vậy, giải quyết tranh chấp kinh

doanh, thương mại bằng con đường “hòa bình” (thương lượng hoặc hòa giải) là phương thức thường được các bên tranh chấp sử dụng có hiệu quả.

- *Thứ tư*, tranh chấp kinh doanh, thương mại là những tranh chấp mang yếu tố vật chất và thường có giá trị lớn.

Tranh chấp kinh doanh, thương mại phản ánh những xung đột về lợi ích kinh tế của các bên trong một quan hệ kinh tế nhất định. Yếu tố vật chất và lợi ích kinh tế trong nội dung tranh chấp là đặc điểm riêng giúp phân biệt tranh chấp kinh tế với các loại tranh chấp khác trong đời sống xã hội. Trong cơ chế thị trường, tranh chấp kinh tế có thể có giá trị tranh chấp rất lớn, hoặc có liên quan đến nhiều chủ thể khác nhau. Do vậy, cơ chế giải quyết tranh chấp phải nhanh, gọn, hiệu quả để bảo vệ kịp thời các quyền lợi kinh tế của các bên liên quan. Ngược lại, nếu việc giải quyết tranh chấp không triệt để, không dứt điểm sẽ dễ gây ra hậu quả tổn thất có tính dây chuyền, không chỉ ảnh hưởng bất lợi cho quá trình hoạt động kinh doanh của chủ thể tranh chấp mà còn tác động xấu đến lợi ích của các đối tượng khác như nhà đầu tư, người lao động, khách hàng, ... và làm xáo trộn đời sống kinh tế xã hội nói chung.

*Giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại* là việc các bên tranh chấp thông qua hình thức, thủ tục thích hợp tiến hành các giải pháp nhằm loại bỏ những mâu thuẫn, xung đột, bất đồng về lợi ích kinh tế nhằm bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của mình.

*Giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại tại tòa án* là hình thức giải quyết tranh chấp thông qua hoạt động của cơ quan tài phán nhà nước, nhân danh quyền lực nhà nước để đưa ra phán quyết buộc các bên phải chấp hành, kể cả bằng sức mạnh cưỡng chế. Các đương sự thường tìm đến sự trợ giúp của tòa án như một giải pháp cuối cùng để bảo vệ các quyền và lợi ích của mình khi họ bế tắc trong việc sử dụng cơ chế thương lượng hoặc hòa giải, đồng thời cũng không muốn vụ tranh chấp được giải quyết bằng con đường trọng tài. Phương thức giải quyết tranh chấp này có một số đặc điểm cơ bản như:



✓ Tòa án là cơ quan tài phán nhân danh nhà nước để giải quyết tranh chấp. Do đó, phán quyết của tòa án được bảo đảm thi hành bằng sức mạnh cưỡng chế nhà nước. Cơ quan thi hành án là một cơ quan chuyên trách có đầy đủ bộ máy, phương tiện để thi hành các bản án đã có hiệu lực pháp luật. Đặc điểm này có lẽ là yếu tố hấp dẫn nhất khiến các bên tranh chấp thường tìm đến phương thức giải quyết tranh chấp tại tòa án.

✓ Việc giải quyết tranh chấp của tòa án phải tuân thủ nghiêm ngặt các quy định mang tính hình thức của pháp luật tố tụng. Đặc điểm này có thể gây trở ngại cho các bên tranh chấp vì tính chất của hoạt động kinh doanh, thương mại đòi hỏi mọi thủ tục phải rất linh hoạt và mềm dẻo.

✓ Tòa án giải quyết tranh chấp theo nguyên tắc xét xử công khai. Điều này xuất phát từ bản chất của hoạt động xét xử là bảo vệ pháp chế và duy trì công lý đã được luật pháp quy định, xã hội thừa nhận. Mặt khác, hoạt động xét xử công khai của tòa án còn có tác dụng giáo dục ý thức chấp hành pháp luật của người dân và răn đe, cảnh báo những hành vi vi phạm pháp luật. Tuy nhiên, trong một số trường hợp đặc biệt, cần giữ bí mật nhà nước hoặc bí mật nghề nghiệp theo yêu cầu chính đáng của đương sự, tòa án có thể xét xử kín nhưng phải tuyên án công khai.

✓ Việc giải quyết tranh chấp tại tòa án có thể qua nhiều cấp xét xử.

Toà án thực hiện chế độ hai cấp xét xử: sơ thẩm và phúc thẩm. Bản án kinh tế sơ thẩm của toà án chưa có hiệu lực thi hành trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày được tuyên. Nếu bản án sơ thẩm bị kháng cáo, kháng nghị thì tòa án cấp trên trực tiếp có thẩm quyền xử lại theo thủ tục phúc thẩm. Trong một số trường hợp cụ thể, bản án đã có hiệu lực pháp luật còn có thể được xét lại theo thủ tục đặc biệt là: giám đốc thẩm hoặc tái thẩm.

Nguyên tắc nhiều cấp xét xử bảo đảm cho quyết định của tòa án được chính xác, công bằng, khách quan, đúng pháp luật. Tuy nhiên, nguyên tắc này sẽ khiến vụ việc có thể bị kéo dài, xử đi xử lại nhiều lần gây bất lợi cho đương sự, nhất là các tranh chấp kinh tế có giá trị lớn đòi hỏi phải giải quyết nhanh chóng, dứt điểm. Việc dây dưa, kéo dài vụ việc sẽ gây căng thẳng tâm lý, làm mất thời giờ (cũng tức là tiền bạc) của doanh nghiệp và có khi phải bỏ lỡ một cách đáng tiếc các cơ hội kinh doanh.

✓ Tòa án giải quyết các tranh chấp theo nguyên tắc xét xử tập thể và quyết định theo đa số. Hội đồng xét xử sơ thẩm vụ án dân sự gồm một thẩm phán và hai hội thẩm nhân dân. Trong trường hợp đặc biệt thì hội đồng xét xử sơ thẩm có thể gồm hai thẩm phán và ba hội thẩm nhân dân. Hội đồng xét xử phúc thẩm vụ án dân sự gồm ba thẩm phán. Phiên xử sơ thẩm các vụ án dân sự phải luôn luôn có hội thẩm nhân dân tham gia cùng với thẩm phán. Khi xét xử, hội thẩm ngang quyền với thẩm phán.

## **2. KHÁI QUÁT VỀ CÁC TÒA ÁN CÓ THẨM QUYỀN GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP KINH DOANH, THƯƠNG MẠI Ở NƯỚC TA**

### **2.1. Cơ cấu tổ chức của tòa án nhân dân các cấp**

*Toà án nhân dân cấp huyện* có chánh án, một hoặc hai phó chánh án, thẩm phán, hội thẩm nhân dân, thư ký tòa án. Cơ cấu tổ chức của tòa án nhân dân cấp huyện có bộ máy giúp việc.

*Toà án nhân dân cấp tỉnh* có chánh án, các phó chánh án, thẩm phán, hội thẩm nhân dân, thư ký tòa án. Cơ cấu tổ chức của tòa án nhân dân cấp tỉnh gồm có:

✓ Ủy ban thẩm phán là cơ quan có quyền xét xử theo thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm những vụ án mà bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của tòa án cấp dưới bị kháng nghị; Ủy ban thẩm phán gồm có chánh án, các phó chánh án tòa án cấp tỉnh, một số thẩm phán tòa án cấp tỉnh do chánh án tòa án nhân dân tối cao quyết định

theo đề nghị của chánh án toà án cấp tỉnh. Tổng số thành viên ủy ban thẩm phán không quá 9 người.

✓ Các toà chuyên trách (toà hình sự, toà dân sự, toà kinh tế, toà lao động, toà hành chính). Trong mỗi toà chuyên trách đều có chánh toà, phó chánh toà, thẩm phán, thư ký toà án.

✓ Bộ máy giúp việc.

*Toà án nhân dân tối cao* có chánh án, các phó chánh án, thẩm phán và thư ký toà án. Cơ cấu tổ chức của toà án nhân dân tối cao gồm có:

✓ Hội đồng thẩm phán toà án nhân dân tối cao: là cơ quan xét xử cao nhất theo thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm. Hội đồng thẩm phán toà án nhân dân tối cao gồm có: chánh án, các phó chánh án và một số thẩm phán toà án nhân dân tối cao. Tổng số thành viên hội đồng thẩm phán không quá 17 người.

✓ Toà án quân sự trung ương, các Toà chuyên trách (Toà hình sự, Toà dân sự, Toà kinh tế, Toà lao động, Toà hành chính) và các Toà phúc thẩm. Trong mỗi Toà chuyên trách và Toà phúc thẩm đều có Chánh toà, các Phó Chánh toà, Thẩm phán, Thư ký Toà án.

✓ Bộ máy giúp việc.

## **2.2. Sơ lược về tòa kinh tế**

Ở nước ta, tòa kinh tế là một tòa chuyên trách của tòa án nhân dân, được thành lập theo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Tổ chức tòa án nhân dân ngày 28/12/1993. Tòa kinh tế chỉ được tổ chức ở hai cấp:

- *Ở trung ương*: Tòa kinh tế được thành lập trong Tòa án nhân dân tối cao, bên cạnh các tòa phúc thẩm, tòa án quân sự trung ương, tòa hình sự, tòa dân sự, tòa lao động và tòa hành chính.

- **Ở địa phương:** Tòa kinh tế chỉ được tổ chức ở cấp tỉnh. Đó là một trong năm tòa chuyên trách thuộc cơ cấu của tòa án nhân dân cấp tỉnh, tồn tại bên cạnh các tòa hình sự, tòa dân sự, tòa lao động và tòa hành chính.

Là cơ quan tài phán của nhà nước, tòa kinh tế cũng như các tòa chuyên trách khác (tòa hình sự, tòa dân sự, tòa lao động, tòa hành chính) được thành lập theo một hệ thống từ trung ương đến địa phương. Giữa các cấp tòa án có mối liên hệ chặt chẽ với nhau về mặt tổ tụng. Các thẩm phán do nhà nước đào tạo, bổ nhiệm và hưởng lương từ ngân sách nhà nước. Các nhân viên của tòa án như thư ký và các cán bộ khác đều là công chức nhà nước.

### **2.3. Chức năng của tòa án**

Tòa kinh tế nói riêng và tòa án nhân dân nói chung đều là cơ quan xét xử của nước ta, nằm trong cấu trúc hệ thống các cơ quan nhà nước, hoạt động bằng nguồn kinh phí được cấp từ ngân sách nhà nước. Tòa án nhân dân nhà nước để giải quyết các vụ án và các việc khác do pháp luật quy định, có vai trò bảo vệ trật tự công cộng, bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của chủ thể kinh doanh và bảo vệ pháp chế XHCN.

### **2.4. Thẩm quyền của tòa án**

Trong việc giải quyết các tranh chấp kinh doanh, thương mại, giữa tòa án các cấp có sự phân cấp về thẩm quyền như sau:

✓ *Tòa án nhân dân huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh* (gọi là tòa án cấp huyện) có thẩm quyền sơ thẩm các vụ án theo quy định của pháp luật tố tụng.

✓ *Tòa kinh tế tòa án nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương* (gọi là tòa án cấp tỉnh) có thẩm quyền:

- Sơ thẩm những vụ án kinh tế theo quy định của pháp luật tố tụng;

Phúc thẩm những vụ án kinh tế mà bản án, quyết định sơ thẩm chưa có hiệu lực pháp luật của toà án cấp dưới bị kháng cáo, kháng nghị theo quy định của pháp luật tố tụng;

✓ *Ủy ban thẩm phán toà án cấp tỉnh* có thẩm quyền giám đốc thẩm, tái thẩm những vụ án kinh tế mà bản án đã có hiệu lực pháp luật của toà án cấp dưới bị kháng nghị;

✓ *Toà phúc thẩm toà án nhân dân tối cao* (thông qua hoạt động của các thẩm phán chuyên trách về kinh tế) có thẩm quyền phúc thẩm những vụ án kinh tế mà bản án sơ thẩm của toà án cấp dưới trực tiếp bị kháng cáo, kháng nghị theo quy định của pháp luật tố tụng.

✓ *Toà kinh tế toà án nhân dân tối cao* có thẩm quyền giám đốc thẩm, tái thẩm những vụ án mà bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật bị kháng nghị theo quy định của pháp luật tố tụng.

✓ *Hội đồng thẩm phán toà án nhân dân tối cao* là cơ quan xét xử cao nhất theo thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm, có thẩm quyền giám đốc thẩm, tái thẩm những vụ án mà bản án đã có hiệu lực pháp luật bị kháng nghị theo quy định của pháp luật tố tụng.

### **3. CÁC CHỦ THỂ TRONG TỔ TỤNG KINH DOANH, THƯƠNG MẠI**

**3.1. Chủ thể tiến hành tố tụng:** gồm có cơ quan tiến hành tố tụng và người tiến hành tố tụng.

✓ Cơ quan tiến hành tố tụng: toà án nhân dân, viện kiểm sát nhân dân.

✓ Người tiến hành tố tụng: chánh-án toà án, thẩm phán, hội thẩm nhân dân, thư ký toà án; Viện trưởng viện kiểm sát, kiểm sát viên.

*Chánh án toà án nhân dân tối cao* do Quốc hội bầu, miễn nhiệm và bãi nhiệm theo đề nghị của Chủ tịch nước. Nhiệm kỳ của chánh án toà án nhân dân tối cao theo nhiệm kỳ của Quốc hội. Khi Quốc hội hết

nhệm kỳ, chánh án toà án nhân dân tối cao tiếp tục làm nhiệm vụ cho đến khi Quốc hội khoá mới bầu chánh án mới.

*Chánh án các toà án nhân dân địa phương* do chánh án toà án nhân dân tối cao bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức sau khi thống nhất với thường trực hội đồng nhân dân địa phương. Khi chánh án vắng mặt, một phó chánh án được chánh án uỷ nhiệm thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của chánh án. Phó chánh án chịu trách nhiệm trước Chánh án về nhiệm vụ được giao.

*Thẩm phán toà án nhân dân tối cao* do Chủ tịch nước bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức.

*Thẩm phán các toà án nhân dân địa phương* do chánh án toà án nhân dân tối cao bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức theo đề nghị của các hội đồng tuyển chọn thẩm phán.

Nhiệm kỳ của thẩm phán toà án nhân dân tối cao, chánh án và thẩm phán toà án nhân dân địa phương là 5 năm.

Người được bổ nhiệm làm thẩm phán phải là công dân Việt Nam; trung thành với Tổ quốc và Hiến pháp nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam, có tinh thần kiên quyết bảo vệ pháp chế XHCN; có phẩm chất đạo đức tốt, liêm khiết và trung thực, không bị truy cứu trách nhiệm hình sự; có trình độ cử nhân luật và đã được đào tạo về nghiệp vụ xét xử, có năng lực làm công tác xét xử; có sức khoẻ bảo đảm hoàn thành nhiệm vụ được giao; và phải có thời gian công tác thực tiễn như sau:

- Đối với thẩm phán tòa án nhân dân huyện: thời gian làm công tác pháp luật từ 4 năm trở lên;
- Đối với thẩm phán tòa án nhân dân tỉnh: đã là thẩm phán tòa án cấp huyện ít nhất là 5 năm hoặc đã có thời gian làm công tác pháp luật từ 10 năm trở lên;

- Đối với thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao: đã là thẩm phán tòa án nhân dân tỉnh ít nhất là 5 năm hoặc đã có thời gian làm công tác pháp luật từ 15 năm trở lên.

*Hội thẩm* toà án nhân dân địa phương do hội đồng nhân dân cùng cấp bầu theo sự giới thiệu của ủy ban mặt trận tổ quốc cùng cấp và do hội đồng nhân dân cùng cấp miễn nhiệm, bãi nhiệm theo đề nghị của chánh án toà án nhân dân cùng cấp sau khi thống nhất với ủy ban mặt trận tổ quốc cùng cấp. Nhiệm kỳ của hội thẩm nhân dân toà án nhân dân địa phương theo nhiệm kỳ của hội đồng nhân dân cùng cấp.

Cá nhân được bầu hoặc cử làm hội thẩm, phải là công dân Việt Nam; trung thành với Tổ quốc và Hiến pháp nước Cộng hoà XHCN Việt Nam; có phẩm chất, đạo đức tốt, liêm khiết và trung thực; có kiến thức pháp lý, có tinh thần kiên quyết bảo vệ pháp chế XHCN; có sức khỏe bảo đảm hoàn thành nhiệm vụ được giao.

Nhiệm vụ, quyền hạn của hội thẩm nhân dân là:

- ✓ Nghiên cứu hồ sơ vụ án trước khi mở phiên toà.
- ✓ Đề nghị chánh án toà án, thẩm phán ra các quyết định cần thiết thuộc thẩm quyền.
- ✓ Tham gia xét xử các vụ án dân sự.
- ✓ Tiến hành các hoạt động tố tụng và biểu quyết những vấn đề thuộc thẩm quyền của hội đồng xét xử khi xét xử vụ án dân sự.

*Thư ký tòa án* là công chức tòa án, có nhiệm vụ: chuẩn bị các công tác nghiệp vụ cần thiết trước khi khai mạc phiên toà, phổ biến nội quy phiên toà, báo cáo với hội đồng xét xử danh sách những người được triệu tập đến phiên toà, ghi biên bản phiên toà, thực hiện các hoạt động tố tụng khác theo quy định của Bộ Luật Tố tụng dân sự.

*Viện kiểm sát nhân dân* là cơ quan thực hành quyền công tố và kiểm sát các hoạt động tư pháp, góp phần bảo đảm cho pháp luật được chấp hành nghiêm chỉnh và thống nhất.

Khi kiểm sát việc giải quyết các vụ án dân sự và những việc khác theo quy định của pháp luật, viện kiểm sát nhân dân có các nhiệm vụ và quyền hạn sau đây:

- ◇ Kiểm sát việc thụ lý, lập hồ sơ vụ án; yêu cầu toà án hoặc tự mình xác minh những vấn đề cần làm sáng tỏ nhằm giải quyết đúng đắn vụ án;

- ◇ Khởi tố vụ án theo quy định của pháp luật;

- ◇ Tham gia các phiên toà và phát biểu quan điểm của viện kiểm sát nhân dân về việc giải quyết vụ án;

- ◇ Kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong hoạt động xét xử của toà án;

- ◇ Kiểm sát việc tuân theo pháp luật của những người tham gia tố tụng;

- ◇ Kiểm sát các bản án và quyết định của toà án;

- ◇ Yêu cầu toà án nhân dân áp dụng những biện pháp khẩn cấp tạm thời theo quy định của pháp luật;

- ◇ Yêu cầu toà án nhân dân cùng cấp và cấp dưới chuyển hồ sơ những vụ án dân sự, hôn nhân và gia đình, hành chính, kinh tế, lao động và những việc khác theo quy định của pháp luật để xem xét, quyết định việc kháng nghị.

Ngoài ra, viện kiểm sát nhân dân còn có *quyền kháng nghị* theo thủ tục phúc thẩm, giám đốc thẩm, tái thẩm các bản án, quyết định của toà án nhân dân theo quy định của pháp luật; *kiến nghị* với toà án nhân dân cùng cấp và cấp dưới khắc phục những vi phạm pháp luật trong việc giải quyết các vụ án; nếu có dấu hiệu tội phạm thì *khởi tố về hình sự*.



*Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao* do Quốc hội bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm theo đề nghị của Chủ tịch nước. Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao có nhiệm vụ quản lý thống nhất đội ngũ kiểm sát viên và công tác đào tạo, bồi dưỡng kiểm sát viên viện kiểm sát nhân dân các cấp.

*Kiểm sát viên* là người được bổ nhiệm theo quy định của pháp luật để làm nhiệm vụ thực hành quyền công tố và kiểm sát các hoạt động tư pháp. Nhiệm kỳ của kiểm sát viên là 5 năm, kể từ ngày được bổ nhiệm.

Kiểm sát viên Viện kiểm sát nhân dân tối cao do Chủ tịch nước bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức theo đề nghị của Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao. Kiểm sát viên Viện kiểm sát nhân dân địa phương do Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức.

Người được bổ nhiệm làm kiểm sát viên phải là công dân Việt Nam, có trình độ cử nhân luật, đã được đào tạo về nghiệp vụ kiểm sát, có thời gian làm công tác thực tiễn tương tự như yêu cầu đối với thẩm phán cùng cấp.

**3.2. Chủ thể tham gia tố tụng:** bao gồm các đương sự (nguyên đơn, bị đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan) và những người tham gia tố tụng khác (người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự, người làm chứng, người giám định, người phiên dịch, người đại diện).

- *Nguyên đơn* là người khởi kiện để yêu cầu toà án giải quyết khi cho rằng quyền và lợi ích hợp pháp của mình bị xâm phạm.

- *Bị đơn* là người bị nguyên đơn khởi kiện, được giả định đã xâm phạm quyền và lợi ích hợp pháp của nguyên đơn.

- *Người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan* là người tuy không khởi kiện, không bị kiện, nhưng việc giải quyết vụ án có liên quan đến

quyền lợi, nghĩa vụ của họ nên họ được *tự mình đề nghị hoặc có đương sự khác đề nghị và được toà án chấp nhận đưa họ vào tham gia tố tụng* với tư cách là người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan.

- *Người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự* là người được đương sự nhờ và được toà án chấp nhận để tham gia tố tụng bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự.

- *Người làm chứng* là người biết các tình tiết có liên quan đến nội dung vụ án, được toà án triệu tập tham gia tố tụng.

- *Người giám định* là người có kiến thức, kinh nghiệm cần thiết về lĩnh vực có đối tượng cần giám định, được các bên đương sự thoả thuận lựa chọn hoặc được toà 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 thoả thuận lựa chọn và được toà án chấp nhận hoặc được Toà án yêu cầu để phiên dịch.

- *Người đại diện* trong tố tụng dân sự bao gồm người đại diện theo pháp luật và người đại diện theo uỷ quyền.

## **4. THẨM QUYỀN GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP KINH DOANH, THƯƠNG MẠI CỦA TÒA ÁN**

### **4.1. Thẩm quyền theo nội dung tranh chấp**

Những tranh chấp về kinh doanh, thương mại có nội dung như sau sẽ thuộc thẩm quyền giải quyết của toà án:

- 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 thuỷ nội địa; vận chuyển hàng hoá, hành khách bằng đường hàng không, đường biển; mua bán cổ phiếu, trái phiếu và giấy tờ có giá khác; đầu tư, tài chính, ngân hàng; bảo hiểm; thăm dò, khai thác.

- Tranh chấp về quyền sở hữu trí tuệ, chuyển giao công nghệ giữa cá nhân, tổ chức với nhau và đều có *mục đích lợi nhuận*.

- Tranh chấp giữa công ty với các thành viên của công ty, giữa các thành viên của công ty với nhau liên quan đến việc *thành lập, hoạt động, giải thể, sáp nhập, hợp nhất, chia, tách, chuyển đổi hình thức tổ chức của công ty*.

- Các tranh chấp khác về kinh doanh, thương mại mà pháp luật có quy định, chẳng hạn tranh chấp hợp đồng ủy thác, giám định, đấu thầu, đấu giá, ....

Ngoài thẩm quyền giải quyết tranh chấp vụ án kinh tế, tòa án cũng có chức năng giải quyết những yêu cầu khác về kinh doanh, thương mại như:

o 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.

o Yêu cầu công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định kinh doanh, thương mại của toà án nước ngoài hoặc không công nhận bản án, quyết định kinh doanh, thương mại của toà án nước ngoài mà không có yêu cầu thi hành tại Việt Nam.

o Yêu cầu công nhận và cho thi hành tại Việt Nam quyết định kinh doanh, thương mại của trọng tài nước ngoài.

o Các yêu cầu khác về kinh doanh, thương mại mà pháp luật có quy định.

Nếu vụ việc đã được thụ lý mà không thuộc thẩm quyền giải quyết của tòa án đã thụ lý thì tòa án đó phải ra quyết định chuyển hồ sơ cho tòa án có thẩm quyền và xoá sổ thụ lý.

## **4.2. Thẩm quyền theo cấp tòa án:**

Các tranh chấp về kinh doanh, thương mại có thể được xét xử sơ thẩm tại tòa án cấp huyện hoặc tòa án cấp tỉnh. Theo quy định của Bộ Luật Tố tụng dân sự 2004, thẩm quyền của các cấp tòa án được phân định như sau:

- *Tòa án nhân dân cấp huyện* có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp về kinh doanh, thương mại phát sinh từ hoạt động 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 trường hợp** có đương sự hoặc tài sản ở nước ngoài hoặc cần phải uỷ thác tư pháp cho cơ quan lãnh sự của Việt Nam ở nước ngoài, cho tòa án nước ngoài.

- *Tòa án nhân dân cấp tỉnh* có thẩm quyền giải quyết tất cả các tranh chấp kinh doanh còn lại (bao gồm cả những tranh chấp có yếu tố nước ngoài) trừ những tranh chấp thuộc thẩm quyền giải quyết của tòa án nhân dân cấp huyện. Cụ thể, đó là các tranh chấp liên quan đến hoạt động vận chuyển hàng hoá, hành khách bằng đường hàng không, đường biển; mua bán cổ phiếu, trái phiếu và giấy tờ có giá khác; đầu tư, tài chính, ngân hàng; bảo hiểm; thăm dò, khai thác; tranh chấp về quyền sở hữu trí tuệ, chuyển giao công nghệ; tranh chấp giữa công ty với các thành viên của công ty, giữa các thành viên của công ty với nhau; các tranh chấp khác về kinh doanh, thương mại mà pháp luật có quy định.

Ngoài ra, tòa án nhân cấp tỉnh còn có thể lấy các vụ án thuộc thẩm quyền của tòa án nhân dân cấp huyện lên để giải quyết trong những trường hợp cần thiết.

### **4.3. Thẩm quyền theo lãnh thổ**

Vấn đề xác định thẩm quyền của tòa án theo lãnh thổ chỉ được đặt ra khi các bên tranh chấp có trụ sở hoặc nơi cư trú khác địa phương. Về nguyên tắc, các bên không được lựa chọn tòa án giải quyết mà pháp luật tố tụng sẽ quy định loại thẩm quyền này. Tuy nhiên, trong một số trường hợp nhất định, pháp luật cho phép các bên được thỏa thuận với nhau hoặc nếu không có sự thỏa thuận trước đó thì bên nguyên đơn có quyền đơn phương chọn lựa tòa án. Điều này nhằm đảm bảo tính khả thi của quyền khởi kiện và giúp quá trình giải quyết tranh chấp được thuận lợi, tiết kiệm thời gian, công sức và tiền bạc cho các bên tham gia. Việc xác định thẩm quyền của tòa án phải dựa trên các nguyên tắc sau:

#### *Thứ nhất, xác định thẩm quyền của tòa án theo luật định*

Khi phát sinh tranh chấp, nguyên đơn phải khởi kiện tại tòa án có thẩm quyền là:

- Tòa 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 có thẩm quyền giải quyết theo thủ tục sơ thẩm những tranh chấp về kinh doanh, thương mại
- Tòa án nơi có bất động sản có thẩm quyền giải quyết những tranh chấp về bất động sản.

***Đối với các yêu cầu khác về kinh doanh, thương mại, thẩm quyền của tòa án được xác định như sau:***

- Tòa án nơi người phải thi hành (bản án, quyết định kinh doanh, thương mại của tòa án nước ngoài) cư trú, làm việc, hoặc có trụ sở hoặc nơi có tài sản liên quan đến việc thi hành (bản án, quyết định của tòa án nước ngoài) có thẩm quyền giải quyết yêu cầu công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định kinh doanh, thương mại của tòa án nước ngoài;

- Toà án nơi người gửi đơn cư trú, làm việc hoặc có trụ sở có thẩm quyền giải quyết yêu cầu không công nhận bản án, quyết định kinh doanh, thương mại của toà án nước ngoài không có yêu cầu thi hành tại Việt Nam;

- Toà án nơi người phải thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài cư trú, làm việc, có trụ sở hoặc nơi có tài sản liên quan đến việc thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài có thẩm quyền giải quyết yêu cầu công nhận và cho thi hành tại Việt Nam quyết định của trọng tài nước ngoài;

- Thẩm quyền của toà án theo lãnh thổ giải quyết các yêu cầu liên quan đến việc trọng tài thương mại Việt Nam giải quyết các vụ tranh chấp được thực hiện theo quy định của pháp luật về trọng tài thương mại.

*Thứ hai, xác định thẩm quyền của toà án theo sự lựa chọn của nguyên đơn*

Nguyên đơn chỉ có quyền lựa chọn toà án giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại khi xảy ra một trong các trường hợp sau đây:

✓ Nếu không biết nơi cư trú, làm việc, trụ sở của bị đơn thì nguyên đơn có thể yêu cầu toà án nơi bị đơn cư trú, làm việc, có trụ sở cuối cùng hoặc nơi bị đơn có tài sản 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 về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng thì nguyên đơn có thể yêu cầu Toà án nơi mình cư trú, làm việc, có trụ sở hoặc nơi xảy ra việc gây thiệt hại 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 cư trú, làm việc, có trụ sở giải quyết;

✓ Nếu tranh chấp bất động sản mà bất động sản có ở nhiều địa phương khác nhau thì nguyên đơn có thể yêu cầu toà án nơi có một trong các bất động sản giải quyết.

*Thứ ba, xác định thẩm quyền của tòa án theo sự thỏa thuận của các bên tranh chấp*

Các đương sự chỉ có quyền tự thỏa thuận với nhau bằng văn bản yêu cầu toà án nơi cư trú, làm việc của nguyên đơn (nếu nguyên đơn là cá nhân) hoặc nơi có trụ sở của nguyên đơn (nếu nguyên đơn là cơ quan, tổ chức) giải quyết những tranh chấp về kinh doanh, thương mại.

Nếu có tranh chấp về thẩm quyền giữa các tòa án cấp huyện trong cùng một tỉnh thì chánh án tòa án nhân dân cấp tỉnh giải quyết ; nếu tranh chấp giữa các tòa án cùng là cấp huyện nhưng khác tỉnh hoặc giữa các tòa án cấp tỉnh với nhau thì chánh án tòa án nhân dân tối cao giải quyết.

## **5. CÁC NGUYÊN TẮC CƠ BẢN TRONG GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP KINH DOANH THƯƠNG MẠI TẠI TÒA ÁN**

Việc giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại của tòa án phải tuân theo một số nguyên tắc chung giống như giải quyết các vụ án khác. Chẳng hạn các nguyên tắc: bảo đảm pháp chế; có hội thẩm nhân dân tham gia xét xử; thẩm phán và hội thẩm nhân dân xét xử độc lập và chỉ tuân theo pháp luật; bảo đảm tính khách quan, vô tư trong hoạt động xét xử; nguyên tắc bảo đảm chức năng kiểm sát hoạt động tư pháp của viện kiểm sát; bảo đảm quyền khiếu nại, tố cáo trong tố tụng dân sự,...

Tuy nhiên, giải quyết các vụ án dân sự nói chung, cũng như giải quyết các tranh chấp phát sinh trong hoạt động kinh doanh, thương mại nói riêng có một số nguyên tắc đặc thù như : nguyên tắc tự định đoạt của các đương sự, nguyên tắc tòa án không tiến hành điều tra mà chỉ xác minh thu thập chứng cứ, ... Dưới đây là một số nguyên tắc cơ bản:

### **5.1. Nguyên tắc tôn trọng quyền tự định đoạt của đương sự**

Nguyên tắc này được quy định tại Điều 5 Bộ Luật Tố tụng dân sự. Đây là một nguyên tắc rất cơ bản của tố tụng dân sự, theo đó nhằm bảo đảm quyền tự do kinh doanh, tự do hợp đồng của chủ thể kinh doanh, nhà nước không can thiệp vào những hoạt động kinh doanh đúng pháp luật. Cơ chế kinh tế thị trường vốn dĩ đã dung nạp nhiều phương thức giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại khác nhau như: thương lượng, hòa giải, giải quyết thông qua trọng tài hoặc theo phương thức tố tụng tòa án. Các bên tranh chấp hoàn toàn có quyền tự do lựa chọn một phương thức giải quyết có lợi nhất cho mình. Các cơ quan tài phán, dù là của nhà nước hay tổ chức phi chính phủ, không được tự tiện đưa tranh chấp giữa các bên ra để phán quyết. Tòa án chỉ giải quyết khi đương sự có yêu cầu. Tuy nhiên, tòa án sẽ không được quyền thụ lý khi các đương sự đã có thỏa thuận áp dụng phương thức trọng tài, trừ trường hợp thỏa thuận trọng tài vô hiệu.

Khi tranh chấp xảy ra, đương sự có quyền tự quyết định việc khởi kiện, chủ động đề xuất các yêu cầu, phạm vi, mức độ quyền và lợi ích cần được bảo vệ. Ngay cả khi đã đưa vụ tranh chấp ra giải quyết tại tòa án rồi, các bên vẫn có quyền thay đổi nội dung yêu cầu, tự hòa giải với nhau hoặc rút đơn kiện.

Quyền tự định đoạt của đương sự còn được thể hiện ở chỗ các đương sự có thể ủy quyền cho luật sư hoặc người khác thay mình mà không cần trực tiếp tham gia tố tụng.



## 5. 2. Nguyên tắc hòa giải

Xuất phát từ một trong những đặc điểm của tranh chấp kinh doanh, thương mại là phản ánh những xung đột về lợi ích kinh tế của các chủ thể kinh doanh (lợi ích tư), nên hòa giải là biện pháp luôn được ưu tiên áp dụng trước khi các bên tranh chấp phải nhờ tới các cơ quan có thẩm quyền tài phán. Nguyên tắc này được xây dựng, trước tiên là do yêu cầu của chính các doanh nghiệp. Chỉ khi nào không thể hòa giải được, các chủ thể ấy mới cần có sự can thiệp của nhà nước. Tuy vậy, ngay khi đã có yêu cầu tòa án giải quyết, các đương sự vẫn có thể tiến hành hòa giải với sự hướng dẫn và công nhận của tòa án.

Cơ sở của nguyên tắc này là Điều 10 và Điều 180 Bộ Luật Tố tụng dân sự. toà 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 tranh chấp. Chỉ khi hòa giải không thành, tòa án mới đưa vụ án ra xét xử. Như vậy, hoà giải phải được tiến hành trước khi quyết định mở phiên toà sơ thẩm.

Khi hòa giải, tòa án phải tôn trọng sự tự nguyện thoả thuận của các đương sự, không được dùng vũ lực hoặc đe dọa dùng vũ lực, bắt buộc các đương sự phải thoả thuận không phù hợp với ý chí của mình. Đồng thời, nội dung thoả thuận giữa các đương sự không được trái pháp luật hoặc trái đạo đức xã hội.

Ngược lại, có trường hợp pháp luật quy định tòa án không được hòa giải vì lý do trật tự công cộng, liên quan đến những vụ án phát sinh từ giao dịch trái pháp luật hoặc trái đạo đức xã hội. Các giao dịch này thuộc loại giao dịch dân sự vô hiệu, nên về mặt pháp lý quyền và nghĩa vụ giữa các bên không được nhà nước thừa nhận và bảo vệ. Chính vì thế, tòa án không cần thiết và cũng không được phép hòa giải.

Ngoài ra, nếu ở vào hoàn cảnh không thể tiến hành hòa giải được, tòa án cũng có thể quyết định đưa vụ án ra xét xử mà không nhất thiết

phải thực hiện thủ tục hòa giải giữa các bên. Đó là khi xảy ra một trong hai trường hợp sau:

✓ Bị đơn đã được toà án triệu tập hợp lệ đến lần thứ hai mà vẫn cố tình vắng mặt.

✓ Đương sự không thể tham gia hoà giải được vì có lý do chính đáng.

### **5.3. Nguyên tắc đương sự có nghĩa vụ chứng minh**

Nguyên tắc này được ghi nhận tại Điều 6 Bộ Luật Tố tụng dân sự, theo đó khi giải quyết vụ án kinh tế, tòa án chủ yếu căn cứ vào các chứng cứ mà đương sự đưa ra. Bên nào yêu cầu toà án bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình, thì có nghĩa vụ cung cấp chứng cứ để chứng minh cho yêu cầu của mình là có căn cứ và hợp pháp. Đương sự phản đối yêu cầu của người khác đối với mình thì phải chứng minh sự phản đối đó là có căn cứ và đưa ra chứng cứ để chứng minh. Nếu đương sự không đưa ra được hoặc không đưa ra đủ chứng cứ thì phải gánh chịu hậu quả do việc không chứng minh được hoặc chứng minh không đầy đủ đó.

Tòa án thực hiện việc xét xử vụ án kinh tế bằng cách nghe các đương sự trình bày. Tòa án chỉ hỏi đương sự về những vấn đề mà chính đương sự (hoặc người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự) trình bày chưa rõ, có mâu thuẫn với nhau, mâu thuẫn với những lời khai của họ trước đó hoặc mâu thuẫn với yêu cầu của các bên liên quan. Tòa án không thực hiện việc xét hỏi như trong tố tụng hình sự.

Các bên có quyền và nghĩa vụ trình bày những gì mà họ cho là cần thiết. Tòa án không bắt buộc phải thu thập thêm chứng cứ mà chỉ tiến hành xác minh, thu thập thêm chứng cứ khi thấy cần thiết để đảm bảo giải quyết vụ án được chính xác.

#### **5.4. Nguyên tắc bình đẳng về quyền và nghĩa vụ trong tố tụng dân sự**

Quyền bình đẳng trước pháp luật là một quyền cơ bản của công dân đã được ghi nhận tại Điều 52 Hiến pháp. Quyền này cũng được cụ thể hóa trong nhiều văn bản luật, trong đó có Bộ Luật Tố tụng dân sự (Điều 8). Việc cụ thể hóa quyền bình đẳng trong tố tụng dân sự có ý nghĩa đặc biệt quan trọng vì nó còn thể hiện sự bình đẳng về pháp lý giữa các thành phần kinh tế.

Khi tham gia tố tụng kinh tế, các đương sự bình đẳng về quyền và nghĩa vụ trong việc thực hiện các hành vi tố tụng. Trước Tòa án, không có sự phân biệt đối xử giữa các bên tranh chấp theo hình thức tổ chức, hình thức sở hữu hay thành phần kinh tế. Các chủ thể đều có quyền ngang nhau trong việc đưa ra yêu cầu và phản đối yêu cầu của bên kia ; đều có nghĩa vụ thu thập, cung cấp chứng cứ nhằm bảo vệ lợi ích của mình ; có quyền sử dụng tiếng nói, chữ viết của dân tộc mình trong quan hệ tố tụng, .... Tòa án có trách nhiệm tạo điều kiện để các đương sự thực hiện quyền và nghĩa vụ theo quy định của pháp luật tố tụng.

#### **5.5. Nguyên tắc bảo đảm quyền bảo vệ của đương sự**

Cơ sở của nguyên tắc này là Điều 132 Hiến pháp và Điều 9 Bộ Luật Tố tụng dân sự. Đương sự có quyền tự bảo vệ hoặc nhờ luật sư hay người khác có đủ điều kiện theo quy định của pháp luật bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình. Trong quá trình giải quyết, đương sự có quyền đưa ra chứng cứ, có quyền được đối chất và khi bị kiện thì có quyền yêu cầu phản tố,... Tòa án có trách nhiệm bảo đảm cho đương sự thực hiện quyền bảo vệ của họ.

Trong quá trình giải quyết vụ án, đương sự, người đại diện hợp pháp của đương sự có quyền yêu cầu Tòa án đang giải quyết vụ án đó áp dụng một hoặc nhiều biện pháp khẩn cấp tạm thời để giải quyết yêu cầu cấp bách của đương sự, bảo vệ chứng cứ, bảo toàn tình trạng

hiện có, tránh gây thiệt hại không thể khắc phục được hoặc bảo đảm việc thi hành án. Người yêu cầu toà án áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời phải chịu trách nhiệm trước pháp luật về yêu cầu của mình. Trong trường hợp yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời không đúng mà gây thiệt hại cho người bị áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời hoặc cho người thứ ba thì phải bồi thường.

Đương sự cũng có quyền khiếu nại, tố cáo những việc làm trái pháp luật của người tiến hành tố tụng dân sự hoặc của bất cứ cá nhân, cơ quan, tổ chức nào trong hoạt động tố tụng dân sự.

## **6. THỦ TỤC GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP KINH DOANH, THƯƠNG MẠI TẠI TÒA ÁN**

Bộ Luật Tố tụng dân sự 2004 đã quy định thống nhất thủ tục giải quyết tranh chấp về kinh doanh, thương mại với thủ tục giải quyết các tranh chấp dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, và được gọi chung là thủ tục giải quyết vụ án dân sự. Thủ tục này bao gồm ba loại: thủ tục xét xử sơ thẩm, thủ tục xét xử phúc thẩm, thủ tục xét lại bản án đã có hiệu lực pháp luật.

### **6.1. Thủ tục xét xử sơ thẩm**

#### *6.1.1. Khởi kiện và thụ lý vụ án*

##### **Khởi kiện:**

Khởi kiện vụ án kinh tế là yêu cầu tòa án giải quyết các tranh chấp trong kinh doanh, thương mại. Quyền khởi kiện vụ án kinh tế thuộc về các chủ thể tham gia quan hệ pháp luật về kinh doanh, thương mại. Cá nhân, cơ quan, tổ chức có quyền tự mình hoặc thông qua người đại diện hợp pháp khởi kiện vụ án tại tòa án có thẩm quyền để yêu cầu bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình.

Một người có thể khởi kiện một hoặc nhiều người khác về một quan hệ pháp luật hoặc nhiều quan hệ pháp luật có liên quan với nhau để giải

quyết trong cùng một vụ án. Nhiều người cũng có thể cùng khởi kiện một người khác về một quan hệ pháp luật hoặc nhiều quan hệ pháp luật có liên quan với nhau để giải quyết trong cùng một vụ án.

Người khởi kiện vụ án phải làm đơn khởi kiện (kèm theo các tài liệu, chứng cứ có liên quan) gửi đến toà án có thẩm quyền, có thể nộp trực tiếp tại toà án hoặc gửi qua đường bưu điện, và phải đảm bảo thời hiệu khởi kiện. Ngày khởi kiện được tính từ ngày nộp đơn tại toà án hoặc ngày có dấu bưu điện nơi gửi.

Thời hiệu khởi kiện là thời hạn mà chủ thể được quyền khởi kiện, yêu cầu toà án giải quyết vụ án để bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp bị xâm phạm. Đối với vụ án kinh tế, thời hạn này là 2 năm, kể từ ngày quyền và lợi ích hợp pháp bị xâm phạm. Nếu để quá thời hạn đó, nguyên đơn sẽ mất quyền khởi kiện, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác (ví dụ thời hiệu khởi kiện về quyền thừa kế là 10 năm, kể từ thời điểm mở thừa kế).

Đơn khởi kiện là hình thức truyền đạt yêu cầu giải quyết tranh chấp của người khởi kiện đến toà án, nên phải thể hiện rõ nội dung vụ việc và những yêu cầu của người khởi kiện đối với toà án. Đây là cơ sở pháp lý quan trọng để toà án xem xét, quyết định thụ lý vụ án kinh tế. Nội dung đơn khởi kiện phải nêu rõ vấn đề cụ thể yêu cầu Toà án giải quyết đối với bị đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan; tài liệu, chứng cứ để chứng minh cho yêu cầu khởi kiện là có căn cứ và hợp pháp; các thông tin khác mà người khởi kiện thấy cần thiết cho việc giải quyết vụ án.

Khi nhận đơn khởi kiện, toà án phải ghi vào sổ nhận đơn.

Toà án trả lại đơn khởi kiện khi có một trong các trường hợp: 1) Thời hiệu khởi kiện đã hết; 2) Người khởi kiện không có quyền khởi kiện hoặc không có đủ năng lực hành vi tố tụng dân sự; 3) Sự việc đã được giải quyết bằng bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Toà án hoặc quyết định đã có hiệu lực của cơ quan nhà nước có thẩm

*quyền (trừ vụ án đòi tài sản cho thuê, cho mượn, đòi nhà cho thuê, cho mượn, cho ở nhờ mà tòa án chưa chấp nhận yêu cầu do chưa đủ điều kiện khởi kiện); 4) Hết thời hạn được thông báo mà người khởi kiện không đến tòa án làm thủ tục thụ lý vụ án, trừ trường hợp có lý do chính đáng; 5) Chưa có đủ điều kiện khởi kiện; 6) Vụ án không thuộc thẩm quyền giải quyết của tòa án.*

Khi trả lại đơn khởi kiện, tòa án phải có văn bản kèm theo ghi rõ lý do trả lại đơn.

Trong thời hạn 3 ngày làm việc kể từ ngày nhận được đơn khởi kiện và tài liệu, chứng cứ kèm theo do oà án trả lại, người khởi kiện có quyền khiếu nại với chánh án tòa án đã trả lại đơn khởi kiện. Trong thời hạn 3 ngày làm việc kể từ ngày nhận được khiếu nại về việc trả lại đơn khởi kiện, chánh án tòa án phải đưa ra một trong hai quyết định: *a) Giữ nguyên việc trả lại đơn khởi kiện; b) Nhận lại đơn khởi kiện và tài liệu, chứng cứ kèm theo để tiến hành việc thụ lý vụ án.*

### **Thụ lý vụ án:**

Thụ lý vụ án kinh tế là một thủ tục pháp lý khẳng định sự chấp nhận của tòa án đối với việc giải quyết vụ án. Sau khi nghiên cứu đơn khởi kiện và những tài liệu có liên quan, tòa án sẽ tiến hành thụ lý vụ án nếu xét thấy vụ án thuộc thẩm quyền giải quyết của mình và không thuộc các trường hợp phải trả lại đơn. Để tiến hành thụ lý vụ án, Tòa án phải dự tính số tiền tạm ứng án phí và thông báo cho người khởi kiện yêu cầu nộp tiền tạm ứng án phí.

Toà án chỉ thụ lý vụ án kể từ khi người khởi kiện đã nộp tiền tạm ứng án phí đúng thời hạn, trừ những trường hợp được miễn nộp theo quy định của pháp luật.

Sau khi thụ lý vụ án, tòa án phân công một thẩm phán giải quyết vụ án; đồng thời thông báo bằng văn bản (về việc đã thụ lý) cho bị đơn, cá nhân, cơ quan, tổ chức có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan và cho viện kiểm sát cùng cấp biết.

Trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày nhận được thông báo, người được thông báo phải nộp cho toà án văn bản ghi ý kiến của mình đối với yêu cầu của người khởi kiện và tài liệu, chứng cứ kèm theo, nếu có. Người được thông báo có quyền yêu cầu toà án cho xem, ghi chép, sao chụp đơn khởi kiện và tài liệu, chứng cứ kèm theo đơn khởi kiện.

Khi nộp cho toà án văn bản ghi ý kiến của mình, bị đơn có **quyền yêu cầu phản tố**. Đây là trường hợp bị đơn kiện lại nguyên đơn. Yêu cầu phản tố được chấp nhận khi có một trong các trường hợp sau đây:

- Yêu cầu phản tố để bù trừ nghĩa vụ với yêu cầu của nguyên đơn;
- Yêu cầu phản tố được chấp nhận dẫn đến loại trừ việc chấp nhận một phần hoặc toàn bộ yêu cầu của nguyên đơn;
- Giữa yêu cầu phản tố và yêu cầu của nguyên đơn có sự liên quan với nhau và nếu được giải quyết trong cùng một vụ án thì làm cho việc giải quyết vụ án được chính xác và nhanh hơn.

Trường hợp người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan không tham gia tố tụng (với bên nguyên đơn hoặc bị đơn) thì họ có **quyền yêu cầu độc lập** khi có các điều kiện sau đây:

- Việc giải quyết vụ án có liên quan đến quyền lợi, nghĩa vụ của họ;
- Yêu cầu độc lập của họ có liên quan đến vụ án đang được giải quyết;
- Yêu cầu độc lập của họ được giải quyết trong cùng một vụ án làm cho việc giải quyết vụ án được chính xác và nhanh hơn.

Thủ tục yêu cầu phản tố hoặc yêu cầu độc lập được thực hiện theo quy định của Bộ luật Tố tụng dân sự về thủ tục khởi kiện.

### *6.1.2. Hòa giải và chuẩn bị xét xử*

Thời hạn chuẩn bị xét xử được tính từ ngày tòa án thụ lý vụ án đến ngày tòa án ra quyết định đưa vụ án ra xét xử. Đây là

khoảng thời gian cần thiết để tòa án tiến hành lập hồ sơ vụ án, xác minh, thu thập chứng cứ, hòa giải giữa các bên tranh chấp và xem xét để đưa vụ án ra xét xử. Thời hạn chuẩn bị xét xử sơ thẩm là 2 tháng, kể từ ngày thụ lý vụ án. Đối với vụ án có tính chất phức tạp hoặc do trở ngại khách quan thì chánh án tòa án có thể quyết định gia hạn, nhưng không quá 1 tháng. Trong thời hạn chuẩn bị xét xử, tùy từng trường hợp, tòa án ra một trong các quyết định sau:

- ✓ Công nhận sự thỏa thuận của các đương sự;
- ✓ Tạm đình chỉ giải quyết vụ án;
- ✓ Đình chỉ giải quyết vụ án;
- ✓ Đưa vụ án ra xét xử.

Trong quá trình chuẩn bị xét xử sơ thẩm, tòa án phải tiến hành hòa giải vụ án. Mặc dù các đương sự có thể tự thỏa thuận trong suốt quá trình giải quyết vụ án, nhưng việc mở phiên hòa giải là cơ hội thuận lợi để các đương sự đạt được sự thỏa thuận với sự giúp đỡ và ghi nhận kịp thời của tòa án. Nếu vụ án có nhiều đương sự mà có đương sự vắng mặt trong phiên hoà giải, nhưng các đương sự có mặt vẫn đồng ý tiến hành hoà giải và việc hoà giải đó không ảnh hưởng đến quyền, nghĩa vụ của đương sự vắng mặt thì thẩm phán tiến hành hoà giải giữa các đương sự có mặt. Trường hợp thỏa thuận của họ có ảnh hưởng đến quyền, nghĩa vụ của đương sự vắng mặt thì thỏa thuận này chỉ có giá trị và được thẩm phán ra quyết định công nhận nếu được đương sự vắng mặt đồng ý bằng văn bản. Nếu các đương sự đề nghị hoãn phiên hoà giải, để có mặt tất cả các đương sự trong vụ án thì thẩm phán phải hoãn phiên hoà giải.

Khi phiên hòa giải kết thúc và các đương sự đã tự thỏa thuận được với nhau về vấn đề phải giải quyết trong vụ án thì tòa án lập biên bản hòa giải thành. Biên bản hòa giải phải có các nội dung chính như: *thời gian, địa điểm, thành phần tham gia, ý kiến của các đương sự hoặc người đại diện, nội dung đã được các đương sự thỏa thuận, không thỏa thuận; đồng thời phải có đầy đủ chữ ký hoặc điểm chỉ của các*



đương sự có mặt trong phiên hòa giải, chữ ký của thẩm phán, thư ký phiên hòa giải.

### **Công nhận sự thỏa thuận của các đương sự:**

Tòa án để cho các đương sự cân nhắc, suy nghĩ lại trong thời hạn 7 ngày, kể từ ngày lập biên bản hòa giải thành. Hết thời hạn này, nếu không có đương sự nào thay đổi ý kiến về sự thỏa thuận đó thì thẩm phán chủ trì phiên hòa giải (hoặc một thẩm phán được chánh án tòa án phân công) ra quyết định công nhận sự thỏa thuận của các đương sự. Thẩm phán chỉ ra quyết định công nhận sự thỏa thuận của các đương sự nếu các đương sự thỏa thuận được với nhau về việc giải quyết **toàn bộ vụ án**.

Quyết định công nhận sự thỏa thuận của các đương sự có hiệu lực pháp luật ngay sau khi được ban hành và không bị kháng cáo, kháng nghị theo thủ tục phúc thẩm. Quyết định này chỉ có thể bị kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm nếu có căn cứ cho rằng sự thỏa thuận đó là do bị nhầm lẫn, lừa dối, đe dọa hoặc trái pháp luật, trái đạo đức xã hội.

### **Tạm đình chỉ giải quyết vụ án:**

Quá trình giải quyết vụ án có thể gặp những trở ngại khách quan, làm cho việc giải quyết phải tạm thời dừng lại hoặc không thể giải quyết tiếp được. Khi ở vào các trường hợp này, tòa án phải ra quyết định tạm đình chỉ hoặc đình chỉ giải quyết vụ án.

Thẩm phán được phân công giải quyết vụ án có quyền ra quyết định *tạm đình chỉ giải quyết vụ án* khi có một trong các trường hợp sau:

1. 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.
2. 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.

3. Chấm dứt đại diện hợp pháp của đương sự mà chưa có người thay thế.

4. Cần 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 giải quyết được vụ án.

5. Các trường hợp khác mà pháp luật có quy định.

Sau khi tạm đình chỉ giải quyết vụ án, toà án không xoá tên vụ án trong sổ thụ lý mà chỉ ghi chú vào sổ thụ lý số và ngày, tháng, năm của quyết định tạm đình chỉ giải quyết vụ án đó. Tiền tạm ứng án phí mà đương sự đã nộp được gửi tại kho bạc nhà nước và được xử lý khi Toà án tiếp tục giải quyết vụ án dân sự.

Quyết định tạm đình chỉ giải quyết vụ án dân sự có thể bị kháng cáo, kháng nghị theo thủ tục phúc thẩm. Toà án tiếp tục giải quyết vụ án bị tạm đình chỉ khi lý do tạm đình chỉ không còn.

### **Đình chỉ giải quyết vụ án:**

Sau khi thụ lý vụ án thuộc thẩm quyền của mình, toà án có quyền ra quyết định *đình chỉ giải quyết vụ án* trong các trường hợp sau đây:

1. Nguyên đơn hoặc bị đơn là cá nhân đã chết mà quyền, nghĩa vụ của họ không được thừa kế;

2. 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;

3. Người khởi kiện rút đơn khởi kiện và được toà án chấp nhận hoặc người khởi kiện không có quyền khởi kiện; (\*)

4. 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;

5. Các đương sự đã tự thoả thuận và không yêu cầu toà án tiếp tục giải quyết vụ án;

6. Nguyên đơn đã được triệu tập hợp lệ đến lần thứ hai mà vẫn vắng mặt; (\*)

7. Đã có quyết định của toà 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; (\*)

8. Các trường hợp khác mà pháp luật có quy định.

Khi có quyết định đình chỉ giải quyết vụ án kinh tế, toà án ra quyết định đình chỉ tiến hành xoá tên vụ án trong sổ thụ lý. Đương sự không có quyền khởi kiện yêu cầu toà án giải quyết lại vụ án đó, nếu việc khởi kiện vụ án sau không có gì khác với vụ án trước về nguyên đơn, bị đơn và quan hệ pháp luật có tranh chấp; trừ các trường hợp 3, 6, 7 (\*) và trường hợp khác mà pháp luật có quy định. Tiền tạm ứng án phí mà đương sự đã nộp được sung vào công quỹ nhà nước.

Quyết định đình chỉ giải quyết vụ án dân sự có thể bị kháng cáo, kháng nghị theo thủ tục phúc thẩm.

### **Quyết định đưa vụ án ra xét xử:**

Khi việc hòa giải không thành và vụ án không bị tạm đình chỉ, đình chỉ giải quyết trong giai đoạn chuẩn bị xét xử thì toà án phải ra quyết định đưa vụ án ra xét xử. Quyết định này phải được gửi cho các đương sự, viện kiểm sát cùng cấp ngay sau khi ra quyết định.

Trong thời hạn 1 tháng kể từ ngày đưa vụ án ra xét xử, toà án phải mở phiên toà sơ thẩm. Trường hợp có lý do chính đáng thì thời hạn này là hai tháng.

#### **6.1.3. Phiên tòa sơ thẩm**

#### **Thành phần tham gia phiên tòa sơ thẩm:**

Hội đồng xét xử sơ thẩm gồm có 1 thẩm phán và 2 hội thẩm nhân dân, trường hợp đặc biệt thì có thể gồm 2 thẩm phán và 3 hội thẩm nhân dân. Trước khi mở phiên tòa cũng như trong lúc phiên tòa đang diễn ra, thẩm phán và hội thẩm nhân dân có thể bị thay đổi theo các quy định của Bộ Luật Tố tụng dân sự (xem thêm các Điều 46, 47 và 198 Bộ Luật Tố tụng dân sự).

### ***Sự có mặt của đương sự tại phiên tòa sơ thẩm:***

Đương sự phải có mặt tại phiên tòa khi tòa án xét xử vụ án. Tuy nhiên, trên thực tế vì một số nguyên nhân khách quan nên họ không thể có mặt tại phiên tòa. Trường hợp họ vắng mặt lần thứ nhất có lý do chính đáng thì *tòa án phải hoãn phiên tòa để bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của họ*. Khi ấy, đương sự phải có đơn đề nghị tòa án xét xử vắng mặt, hoặc đã có người đại diện hợp pháp cho họ tại phiên tòa. Tuy nhiên, cũng có trường hợp đương sự cố tình vắng mặt để trốn tránh nghĩa vụ, nên sự vắng mặt của các đương sự đến lần thứ hai cần phải được xem xét một cách cụ thể.

- Nếu nguyên đơn đã được triệu tập hợp lệ đến lần thứ hai mà vẫn vắng mặt thì bị coi là *từ bỏ việc khởi kiện*, và tòa án ra quyết định đình chỉ giải quyết vụ án. Trong trường hợp này, nguyên đơn có quyền *khởi kiện lại*, nếu thời hiệu khởi kiện vẫn còn.

- Nếu bị đơn đã được triệu tập hợp lệ đến lần thứ hai mà vẫn vắng mặt thì tòa án vẫn tiến hành xét xử vắng mặt họ.

- Người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đã được triệu tập hợp lệ đến lần thứ hai mà vẫn vắng mặt thì tòa án vẫn tiến hành xét xử vắng mặt họ.

Trường hợp người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan có yêu cầu độc lập đã được triệu tập hợp lệ đến lần thứ hai mà vẫn vắng mặt thì bị coi là *từ bỏ yêu cầu độc lập của mình*, và tòa án *chỉ ra quyết định đình chỉ giải quyết* vụ án đối với yêu cầu độc lập của người đó nếu nguyên đơn và bị đơn đều đồng ý. Khi ấy, người có quyền lợi, nghĩa

vụ liên quan có quyền *khởi kiện lại* đối với yêu cầu độc lập đó, nếu thời hiệu khởi kiện vẫn còn.

### ***Sự có mặt của kiểm sát viên***

Kiểm sát viên chỉ bắt buộc phải tham gia phiên tòa kinh tế đối với những vụ án do tòa án thu thập chứng cứ, mà đương sự có khiếu nại.

Trong trường hợp kiểm sát viên bị thay đổi tại phiên tòa hoặc không thể tiếp tục tham gia phiên tòa xét xử, nhưng có kiểm sát viên dự khuyết thì người này được tham gia phiên tòa xét xử tiếp vụ án nếu họ có mặt tại phiên tòa từ đầu. Nếu không có kiểm sát viên dự khuyết để thay thế, thì hội đồng xét xử quyết định hoãn phiên tòa và thông báo cho viện trưởng viện kiểm sát nhân dân cùng cấp.

### **Trình tự của phiên tòa sơ thẩm:**

Phiên tòa sơ thẩm bao gồm các bước: *thủ tục bắt đầu phiên tòa, xét hỏi tại phiên tòa, tranh luận tại phiên tòa, nghị án và tuyên án*

Trước khi khai mạc phiên tòa, thư ký tòa án phải tiến hành một số công việc chuẩn bị để khai mạc. Đây là một thủ tục bắt buộc để bảo đảm phiên tòa diễn ra có sự tham dự đầy đủ của những người tham gia tố tụng, xem xét có trường hợp nào phải hoãn phiên tòa hay không, đồng thời xác lập trật tự của phiên tòa trước khi khai mạc. Trong khâu này, thư ký tòa án phổ biến nội quy phiên tòa, tiến hành kiểm tra, xác định sự có mặt, vắng mặt của những người tham gia phiên tòa theo giấy triệu tập, giấy báo của tòa án; nếu có người vắng mặt thì cần phải làm rõ lý do; đồng thời ổn định trật tự trong phòng xử án; yêu cầu mọi người trong phòng xử án đứng dậy khi hội đồng xét xử (HĐXX) vào phòng.

### **Bước 1: Thủ tục bắt đầu phiên tòa:**

- – Chủ tọa phiên tòa khai mạc phiên tòa và đọc quyết định đưa vụ án ra xét xử.

- Thư ký tòa án báo cáo với HĐXX về sự có mặt, vắng mặt của những người tham gia phiên tòa theo giấy triệu tập, giấy báo của tòa án và lý do vắng mặt.

- Chủ tọa phiên tòa kiểm tra lại sự có mặt của những người tham gia phiên tòa theo giấy triệu tập, giấy báo của tòa án và kiểm tra căn cước của đương sự; phổ biến quyền và nghĩa vụ của các đương sự và của những người tham gia tố tụng khác; giới thiệu họ, tên của những người tiến hành tố tụng, người giám định, người phiên dịch.

- Chủ tọa phiên tòa hỏi những người có quyền yêu cầu thay đổi những người tiến hành tố tụng, người giám định, người phiên dịch xem họ có yêu cầu thay đổi ai không. Trường hợp có người yêu cầu thay đổi người tiến hành tố tụng, người giám định, người phiên dịch thì hội đồng xét xử phải xem xét, quyết định sau khi nghe ý kiến của người bị yêu cầu thay đổi. HĐXX có thể chấp nhận hoặc không chấp nhận. Nếu chấp nhận thay đổi thì phải hoãn phiên tòa; trường hợp không chấp nhận thì phải nêu rõ lý do.

Khi có người tham gia tố tụng vắng mặt tại phiên tòa mà không thuộc trường hợp tòa án phải hoãn phiên tòa thì chủ tọa phiên tòa phải hỏi xem có ai đề nghị hoãn phiên tòa hay không; nếu có người đề nghị thì hội đồng xét xử xem xét, quyết định. HĐXX có thể chấp nhận hoặc không chấp nhận. Nếu chấp nhận thay đổi thì phải hoãn phiên tòa; trường hợp không chấp nhận thì phải nêu rõ lý do.

## **Bước 2: Xét hỏi tại phiên tòa:**

Yêu cầu của bước này là xem xét các chứng cứ trong vụ án thông qua việc hỏi những người tham gia tố tụng. Vì thế, HĐXX phải trực tiếp xác định những tình tiết của vụ án bằng cách hỏi và nghe lời trình bày của các đương sự và những người tham gia tố tụng khác.

Thủ tục xét hỏi được bắt đầu bằng việc chủ tọa phiên tòa hỏi nguyên đơn (bị đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan) có thay đổi, bổ sung, rút một phần hoặc toàn bộ yêu cầu khởi kiện (yêu cầu

phản tố, yêu cầu độc lập) hay không. HĐXX chấp nhận việc thay đổi, bổ sung yêu cầu của đương sự, nếu việc thay đổi, bổ sung yêu cầu của họ không vượt quá phạm vi yêu cầu ban đầu. Nếu có đương sự rút một phần hoặc toàn bộ yêu cầu của mình và việc rút yêu cầu của họ là tự nguyện, thì HĐXX chấp nhận và đình chỉ xét xử đối với phần yêu cầu hoặc toàn bộ yêu cầu mà đương sự đã rút.

Tôn trọng nguyên tắc hòa giải thể hiện xuyên suốt quá trình tố tụng, chủ tọa phiên tòa phải hỏi các đương sự xem họ có thỏa thuận được với nhau về việc giải quyết vụ án hay không. Nếu các đương sự thỏa thuận được và thỏa thuận của họ là tự nguyện, không trái pháp luật hoặc đạo đức xã hội thì HĐXX ra quyết định công nhận sự thỏa thuận của đương sự về việc giải quyết vụ án.

Trường hợp có đương sự vẫn giữ nguyên yêu cầu của mình và các bên không tự thỏa thuận được với nhau về việc giải quyết vụ án thì HĐXX bắt đầu thực hiện việc xét xử bằng việc **nghe lời trình bày** của các đương sự theo trình tự sau:

✓ Người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của nguyên đơn trình bày yêu cầu của nguyên đơn và chứng cứ để chứng minh cho yêu cầu đó là có căn cứ và hợp pháp. Nguyên đơn có quyền bổ sung ý kiến.

✓ Người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của bị đơn trình bày ý kiến của bị đơn đối với yêu cầu của nguyên đơn; yêu cầu phản tố, đề nghị của bị đơn và chứng cứ để chứng minh cho đề nghị đó là có căn cứ và hợp pháp. Bị đơn có quyền bổ sung ý kiến.

✓ Người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đối với yêu cầu, đề nghị của nguyên đơn, bị đơn; yêu cầu độc lập, đề nghị của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan và chứng cứ để chứng minh cho đề nghị đó là có căn cứ và hợp pháp. Người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan có quyền bổ sung ý kiến.

Nếu nguyên đơn, bị đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan không có người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho mình thì họ tự trình bày về yêu cầu, đề nghị của mình và chứng cứ để chứng minh cho yêu cầu, đề nghị đó là có căn cứ và hợp pháp.

Sau khi nghe xong lời trình bày của đương sự, **việc hỏi** được tiến hành với riêng từng người, từng vấn đề và được thực hiện theo thứ tự: chủ tọa phiên tòa 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 những người tham gia tố tụng khác. Trường hợp có kiểm sát viên tham gia phiên tòa thì Kiểm sát viên hỏi sau đương sự. Đây cũng chính là điểm khác biệt với thủ tục hỏi trong tố tụng hình sự, thể hiện nét đặc thù về vai trò của Kiểm sát viên trong phiên tòa dân sự.

Trong lúc tiến hành xét hỏi, vật chứng, ảnh hoặc biên bản xác nhận vật chứng được đưa ra để xem xét. *Khi cần thiết, hội đồng xét xử có thể cùng với các đương sự đến xem xét tại chỗ những vật chứng không thể đưa đến phiên tòa được.* Theo yêu cầu của kiểm sát viên, người tham gia tố tụng hoặc khi xét thấy cần thiết, hội đồng xét xử *cho nghe băng ghi âm, đĩa ghi âm, xem băng ghi hình, đĩa ghi hình tại phiên tòa*, trừ trường hợp đặc biệt cần giữ bí mật nhà nước, giữ gìn thuần phong mỹ tục của dân tộc, giữ bí mật nghề nghiệp, bí mật kinh doanh, bí mật đời tư của cá nhân theo yêu cầu của đương sự.

Việc xét xử phải bằng lời nói và được tiến hành liên tục, trừ thời gian nghỉ. Trong trường hợp đặc biệt, việc xét xử có thể tạm ngừng không quá 5 ngày làm việc. Hết thời hạn tạm ngừng, việc xét xử vụ án được tiếp tục.

Khi nhận thấy các tình tiết của vụ án đã được xem xét đầy đủ thì chủ tọa phiên tòa hỏi kiểm sát viên, đương sự, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự và những người tham gia tố tụng khác xem họ có yêu cầu hỏi vấn đề gì nữa không. Trường hợp có người yêu cầu và xét thấy yêu cầu đó là có căn cứ, chủ tọa phiên tòa quyết định tiếp tục việc



hỏi; nếu không có vấn đề gì nữa thì tuyên bố kết thúc việc hỏi và chuyển sang phần tranh luận tại phiên tòa.

### **Bước 3: Tranh luận tại phiên tòa**

Việc tranh luận nhằm mục đích để những người tham gia phiên tòa phân tích, đánh giá chứng cứ của vụ án để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình, đồng thời đề xuất quan điểm của mình về việc giải quyết vụ án. Trong bước này, các đương sự có quyền tranh luận, phân tích cho các lý lẽ của mình, có quyền đưa ra các chứng cứ bác bỏ lý lẽ của bên kia. Người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của nguyên đơn phát biểu trước, rồi đến nguyên đơn và các đương sự khác.

Quy định của Bộ Luật Tố tụng dân sự về thủ tục tranh luận đã cụ thể, rõ ràng hơn so với quy định trong các văn bản quy phạm pháp luật trước đây; qua đó phát huy được tính tích cực, chủ động và trách nhiệm của những người tham gia tố tụng, đặc biệt là các đương sự, tôn trọng và phát huy quyền tự định đoạt của đương sự. Quyền và khả năng tranh luận của các đương sự cũng như của người đại diện, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các bên đã được mở rộng hơn. Thời gian tranh luận cũng như số lần phát biểu ý kiến về một vấn đề không bị hạn chế. Khi phát biểu về đánh giá chứng cứ, đề xuất quan điểm của mình về việc giải quyết vụ án, người tham gia tranh luận phải căn cứ vào tài liệu, chứng cứ đã thu thập được và đã được xem xét, kiểm tra tại phiên tòa cũng như kết quả việc hỏi tại phiên tòa. Người tham gia tranh luận có quyền đáp lại ý kiến của người khác. *Chủ tọa phiên tòa không được hạn chế thời gian tranh luận, tạo điều kiện cho những người tham gia tranh luận trình bày hết ý kiến, nhưng cũng có quyền cắt những ý kiến không có liên quan đến vụ án.*

Trường hợp kiểm sát viên tham gia phiên tòa thì sau khi những người tham gia tố tụng phát biểu tranh luận và đối đáp xong, chủ tọa phiên tòa đề nghị kiểm sát viên phát biểu ý kiến của kiểm sát viên về việc giải quyết vụ án. Dấu hiệu này một lần nữa khẳng định vai

trò của kiểm sát viên trong phiên tòa dân sự hoàn toàn khác với phiên tòa hình sự.

Qua tranh luận, nếu xét thấy có tình tiết của vụ án chưa được xem xét, việc xem xét chưa được đầy đủ hoặc cần xem xét thêm chứng cứ thì hội đồng xét xử quyết định trở lại việc hỏi; sau khi hỏi xong phải tiếp tục tranh luận.

#### **Bước 4: Nghị án và tuyên án**

Đây là bước quyết định kết quả của việc xét xử. Chỉ có các thành viên của hội đồng xét xử mới có quyền nghị án. Khi nghị án, các thành viên của hội đồng xét xử phải giải quyết tất cả các vấn đề của vụ án bằng cách biểu quyết theo đa số về từng vấn đề.

Hội thẩm nhân dân biểu quyết trước, thẩm phán biểu quyết sau cùng. Khi thảo luận, nếu có những vấn đề không thống nhất thì người có ý kiến thiểu số được quyền trình bày ý kiến của mình bằng văn bản và được đưa vào hồ sơ vụ án. Việc nghị án chỉ được căn cứ vào tài liệu, chứng cứ đã được kiểm tra, xem xét tại phiên tòa, kết quả việc hỏi tại phiên tòa và phải xem xét đầy đủ ý kiến của những người tham gia tố tụng, kiểm sát viên.

Khi nghị án phải có biên bản ghi lại ý kiến đã thảo luận và quyết định của hội đồng xét xử. Biên bản nghị án phải được các thành viên hội đồng xét xử ký tên tại phòng nghị án trước khi tuyên án. Trường hợp vụ án có nhiều tình tiết phức tạp, việc nghị án đòi hỏi phải có thời gian dài thì hội đồng xét xử có thể quyết định thời gian nghị án, nhưng không quá 5 ngày làm việc kể từ khi kết thúc tranh luận tại phiên tòa. Qua nghị án, nếu xét thấy có tình tiết của vụ án chưa được xem xét, việc hỏi chưa đầy đủ hoặc cần xem xét thêm chứng cứ thì Hội đồng xét xử quyết định *trở lại việc hỏi và tranh luận*.

Quyết định của hội đồng xét xử phải được thể hiện bằng một bản án trình bày đầy đủ nội dung vụ án, những tình tiết được chứng minh, những chứng cứ, căn cứ pháp lý mà hội đồng xét xử dựa vào để

giải quyết các vấn đề trong vụ án. Bản án phải được hội đồng xét xử thảo luận và thông qua tại phòng nghị án. Bản án của Tòa án nhân dân nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam, do đó phải chính xác và có sức thuyết phục. Nội dung bản án gồm có ba phần: phần mở đầu, phần nội dung vụ án và nhận định của toà án, phần quyết định.

Sau khi bản án được thông qua, hội đồng xét xử trở lại phòng xét xử để tuyên án. Khi tuyên án, mọi người trong phòng xử án phải đứng dậy, trừ trường hợp đặc biệt được phép của chủ tọa phiên tòa. Chủ tọa phiên tòa hoặc một thành viên khác của hội đồng xét xử đọc bản án và sau khi đọc xong có thể giải thích thêm về việc thi hành bản án và quyền kháng cáo. Nếu có đương sự không biết tiếng Việt thì sau khi tuyên án, người phiên dịch phải dịch lại cho họ nghe toàn bộ bản án sang ngôn ngữ mà họ biết.

Trong thời hạn 3 ngày làm việc kể từ ngày kết thúc phiên tòa, các đương sự, cơ quan, tổ chức khởi kiện được tòa án cấp trích lục bản án. Trong thời hạn 10 ngày kể từ ngày tuyên án, tòa án phải giao hoặc gọi bản án cho các đương sự, cơ quan, tổ chức khởi kiện và viện kiểm sát cùng cấp.

## **6.2. Thủ tục xét xử phúc thẩm**

Xét xử phúc thẩm là việc tòa án cấp trên trực tiếp xét xử lại vụ án mà bản án của tòa án cấp sơ thẩm chưa có hiệu lực pháp luật bị kháng cáo hoặc kháng nghị.

### **6.2.1. Kháng cáo, kháng nghị**

#### **Người có quyền kháng cáo, kháng nghị**

Đương sự, người đại diện của đương sự, cơ quan, tổ chức khởi kiện có quyền làm đơn kháng cáo bản án của tòa án cấp sơ thẩm để tòa án cấp trên trực tiếp giải quyết lại theo thủ tục phúc thẩm. Đơn kháng cáo phải được gửi cho tòa án đã ra bản án sơ thẩm bị kháng cáo. Kèm theo đơn kháng cáo là tài liệu, chứng cứ bổ sung (nếu có) để chứng minh cho kháng

cáo của mình là có căn cứ và hợp pháp. Nếu đơn kháng cáo hợp lệ, người kháng cáo phải nộp tiền tạm ứng án phí phúc thẩm theo thông báo của tòa án. Việc không nộp tiền tạm ứng án phí đúng thời hạn được coi là người kháng cáo từ bỏ việc kháng cáo, trừ trường hợp có lý do chính đáng.

Viện trưởng viện kiểm sát cùng cấp và cấp trên trực tiếp có quyền kháng nghị bản án của tòa án cấp sơ thẩm để yêu cầu tòa án cấp trên trực tiếp giải quyết lại theo thủ tục phúc thẩm. Quyết định kháng nghị phải được gửi cho tòa án cấp sơ thẩm đã ra bản án bị kháng nghị để tòa án cấp sơ thẩm tiến hành các thủ tục pháp lý và gửi hồ sơ vụ án cho tòa án cấp phúc thẩm trong thời hạn luật định. Kèm theo quyết định kháng nghị là tài liệu, chứng cứ bổ sung, nếu có để chứng minh cho kháng nghị của viện kiểm sát là có căn cứ và hợp pháp.

### **Thời hạn kháng cáo, kháng nghị**

Thời hạn kháng cáo đối với bản án của tòa án cấp sơ thẩm là 15 ngày, kể từ ngày tuyên án. Nếu đương sự không có mặt tại phiên tòa thì thời hạn kháng cáo tính từ ngày bản án được giao cho họ hoặc được niêm yết. Trường hợp đơn kháng cáo gửi qua đường bưu điện thì ngày kháng cáo được tính căn cứ vào ngày bưu điện nơi gửi đóng dấu ở phong bì.

Thời hạn kháng nghị đối với bản án của tòa án cấp sơ thẩm của viện kiểm sát cùng cấp là 15 ngày, của viện kiểm sát cấp trên trực tiếp là 30 ngày, kể từ ngày tuyên án. Trường hợp kiểm sát viên không tham gia phiên tòa thì thời hạn kháng nghị được tính từ ngày viện kiểm sát cùng cấp nhận được bản án.

### **Hậu quả của việc kháng cáo, kháng nghị**

Những phần của bản án sơ thẩm bị kháng cáo, kháng nghị thì chưa được đưa ra thi hành. Bản án hoặc những phần của bản án sơ thẩm của bản án không bị kháng cáo, kháng nghị thì có hiệu lực pháp luật kể từ ngày hết thời hạn kháng cáo, kháng nghị.

### 6.2.2. Chuẩn bị xét xử phúc thẩm:

Ngay sau khi nhận được hồ sơ vụ án, kháng cáo, kháng nghị và tài liệu, chứng cứ kèm theo, toà án cấp phúc thẩm phải vào sổ thụ lý và thành lập hội đồng xét xử phúc thẩm.

Trong thời hạn hai tháng kể từ ngày thụ lý vụ án, tùy từng trường hợp, toà án cấp phúc thẩm ra một trong các quyết định sau đây:

- Tạm đình chỉ xét xử phúc thẩm vụ án;
- Đình chỉ xét xử phúc thẩm vụ án;
- Đưa vụ án ra xét xử phúc thẩm.

Đối với vụ án có tính chất phức tạp hoặc do trở ngại khách quan thì chánh án toà án cấp phúc thẩm có thể quyết định kéo dài thời hạn chuẩn bị xét xử, nhưng không được quá một tháng.

#### **Tạm đình chỉ xét xử phúc thẩm vụ án**

Toà án cấp phúc thẩm ra quyết định tạm đình chỉ xét xử phúc thẩm vụ án, hậu quả của việc tạm đình chỉ xét xử phúc thẩm vụ án và tiếp tục xét xử phúc thẩm vụ án được thực hiện tương tự như trong thủ tục xét xử sơ thẩm.

#### **Đình chỉ xét xử phúc thẩm vụ án**

Toà án cấp phúc thẩm ra quyết định đình chỉ xét xử phúc thẩm vụ án trong các trường hợp sau đây:

a) 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 người nào kế thừa quyền, nghĩa vụ tố tụng của cơ quan, tổ chức đó;

b) Người kháng cáo rút toàn bộ kháng cáo hoặc viện kiểm sát rút toàn bộ kháng nghị (khi ấy bản án sơ thẩm sẽ có hiệu lực pháp luật từ ngày toà án ra quyết định đình chỉ xét xử phúc thẩm);

c) Các trường hợp khác mà pháp luật có quy định.

### **Đưa vụ án ra xét xử phúc thẩm**

Nếu vụ án không bị tạm đình chỉ, đình chỉ giải quyết trong giai đoạn chuẩn bị xét xử thì tòa án phải ra quyết định đưa vụ án ra xét xử. Quyết định này phải được gửi cho viện kiểm sát cùng cấp và những người có liên quan đến kháng cáo, kháng nghị.

Trong thời hạn một tháng, kể từ ngày có quyết định đưa vụ án ra xét xử, tòa án phải mở phiên tòa phúc thẩm; trường hợp có lý do chính đáng thì thời hạn này là hai tháng.

#### *6.2.3. Phiên tòa phúc thẩm:*

#### **Thành phần tham dự phiên tòa phúc thẩm:**

- Hội đồng xét xử phúc thẩm gồm 3 thẩm phán.
- Người kháng cáo, đương sự, cá nhân, cơ quan, tổ chức có liên quan đến việc giải quyết kháng cáo, kháng nghị và người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự phải được triệu tập tham gia phiên tòa.
- Những người tham gia tố tụng khác cũng có thể được tòa án triệu tập tham gia phiên tòa nếu xét thấy cần thiết cho việc giải quyết kháng cáo, kháng nghị.
- Kiểm sát viên viện kiểm sát cùng cấp phải tham gia phiên tòa phúc thẩm trong trường hợp viện kiểm sát kháng nghị hoặc đã tham gia phiên tòa sơ thẩm.

#### **Trình tự của phiên tòa phúc thẩm:**

Tương tự như phiên tòa sơ thẩm, trình tự của phiên tòa phúc thẩm bao gồm 4 bước:

- Chuẩn bị khai mạc phiên tòa phúc thẩm và thủ tục bắt đầu phiên tòa

- Hỏi tại phiên toà
- Tranh luận tại phiên toà
- Nghị án và tuyên án

Tại phiên toà phúc thẩm, nếu có các căn cứ **tạm đình chỉ hoặc đình chỉ** như trong giai đoạn chuẩn bị xét xử phúc thẩm, thì tòa án ra quyết định tạm đình chỉ hoặc đình chỉ xét xử phúc thẩm vụ án.

Trước khi mở phiên toà hoặc tại phiên toà phúc thẩm, nếu nguyên đơn **rút đơn khởi kiện** thì hội đồng xét xử phúc thẩm phải hỏi bị đơn có đồng ý hay không và tùy từng trường hợp mà giải quyết như sau:

- Bị đơn không đồng ý thì không chấp nhận việc rút đơn khởi kiện của nguyên đơn;

- Bị đơn đồng ý thì chấp nhận việc rút đơn khởi kiện của nguyên đơn. Hội đồng xét xử phúc thẩm ra quyết định huỷ bản án sơ thẩm và **đình chỉ** giải quyết vụ án. Trong trường hợp này, các đương sự vẫn phải chịu án phí sơ thẩm theo quyết định của tòa án cấp sơ thẩm và phải chịu một nửa án phí phúc thẩm theo quy định của pháp luật; nguyên đơn có quyền khởi kiện lại vụ án nếu thời hiệu khởi kiện vẫn còn.

Tại phiên toà phúc thẩm, nếu các đương sự thoả thuận được với nhau về việc giải quyết vụ án và thoả thuận của họ là tự nguyện, không trái pháp luật hoặc đạo đức xã hội thì hội đồng xét xử phúc thẩm ra bản án phúc thẩm sửa bản án sơ thẩm, **công nhận sự thoả thuận của các đương sự**. Khi ấy, các đương sự tự thoả thuận với nhau về việc chịu án phí sơ thẩm; nếu không thoả thuận được thì Tòa án quyết định theo quy định của pháp luật.

Trường hợp có đương sự vẫn giữ kháng cáo hoặc viện kiểm sát vẫn giữ kháng nghị và các đương sự không thoả thuận được với nhau về việc giải quyết vụ án, thì hội đồng xét xử phúc thẩm bắt đầu xét xử vụ án. Thủ tục được tiến hành tương tự phiên toà sơ thẩm.

Nếu chỉ có viện kiểm sát kháng nghị thì kiểm sát viên trình bày về nội dung kháng nghị và các căn cứ của việc kháng nghị. Trường hợp vừa có kháng cáo, vừa có kháng nghị thì các đương sự trình bày về nội dung kháng cáo và các căn cứ của việc kháng cáo **trước, sau đó** Kiểm sát viên trình bày về nội dung kháng nghị và các căn cứ của việc kháng nghị.

### **Thẩm quyền của tòa án cấp phúc thẩm:**

Tòa án cấp phúc thẩm chỉ xem xét lại phần của bản án sơ thẩm có kháng cáo, kháng nghị hoặc có liên quan đến việc xem xét nội dung kháng cáo, kháng nghị. Kết thúc phiên xét xử, Hội đồng xét xử phúc thẩm có quyền quyết định:

- a) Giữ nguyên bản án sơ thẩm;
- b) Sửa bản án sơ thẩm;
- c) Huỷ bản án sơ thẩm và chuyển hồ sơ vụ án cho tòa án cấp sơ thẩm giải quyết lại;
- d) Huỷ bản án sơ thẩm và đình chỉ giải quyết vụ án.

✓ Việc sửa một phần hoặc toàn bộ bản án sơ thẩm được thực hiện nếu Tòa án cấp sơ thẩm quyết định không đúng pháp luật trong các trường hợp sau:

- Việc chứng minh và thu thập chứng cứ đã thực hiện đầy đủ và theo đúng quy định pháp luật;

- Việc chứng minh và thu thập chứng cứ chưa thực hiện đầy đủ ở cấp sơ thẩm nhưng tại phiên tòa phúc thẩm đã được bổ sung đầy đủ.

✓ Việc huỷ bản án sơ thẩm và chuyển hồ sơ vụ án cho tòa án cấp sơ thẩm giải quyết lại vụ án được tiến hành khi:

- Việc chứng minh và thu thập chứng cứ không đúng quy định của pháp luật hoặc chưa được thực hiện đầy đủ mà tại phiên tòa phúc thẩm không thể thực hiện bổ sung được;



- Thành phần của hội đồng xét xử sơ thẩm không đúng quy định của Bộ Luật tố tụng dân sự hoặc có vi phạm nghiêm trọng khác về thủ tục tố tụng.

✓ Việc huỷ bản án sơ thẩm và đình chỉ giải quyết vụ án sẽ được thực hiện nếu trong quá trình giải quyết vụ án tại toà án cấp sơ thẩm, có xảy ra một trong các trường hợp phải đình chỉ giải quyết vụ án.

Quyết định của hội đồng xét xử phúc thẩm phải được thể hiện bằng một bản án phúc thẩm nhân danh nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam, và có hiệu lực pháp luật kể từ ngày tuyên án.

Trên nguyên tắc, bản án của tòa án nhân dân đã có hiệu lực pháp luật phải được cơ quan, tổ chức và mọi công dân tôn trọng và nghiêm chỉnh chấp hành. Tuy nhiên, nếu phát hiện có sai lầm nghiêm trọng trong quá trình giải quyết thì vụ việc cần phải được xem xét lại. Thủ tục xem xét lại như vậy được gọi là giám đốc thẩm hoặc tái thẩm.

### **6.3. Thủ tục xét lại bản án đã có hiệu lực pháp luật**

#### **6.3.1. Thủ tục giám đốc thẩm**

Giám đốc thẩm là xét lại bản án, quyết định của tòa 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. Chỉ có phần quyết định của bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật bị kháng nghị hoặc có liên quan đến việc xem xét nội dung kháng nghị mới được xem xét lại. Tuy nhiên, hội đồng giám đốc thẩm có quyền xem xét cả phần quyết định của bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật không bị kháng nghị hoặc không có liên quan đến việc xem xét nội dung kháng nghị, nếu phần quyết định đó xâm phạm đến lợi ích của nhà nước, lợi ích của người thứ ba không phải là đương sự trong vụ án.

#### **a. Kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm:**

***Căn cứ kháng nghị:***

Bản án, quyết định của tòa án đã có hiệu lực pháp luật chỉ có thể bị kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm khi có một trong những căn cứ sau:

- Kết luận trong bản án, quyết định không phù hợp với những tình tiết khách quan của vụ án;
- Có vi phạm nghiêm trọng trong thủ tục tố tụng;
- Có sai lầm nghiêm trọng trong việc áp dụng pháp luật.

***Người có thẩm quyền kháng nghị:***

Chỉ một số công chức nhà nước được pháp luật quy định mới có quyền kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm, đó là:

a) Chánh án Tòa án nhân dân tối cao, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao có quyền kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của tòa án các cấp, trừ quyết định giám đốc thẩm của hội đồng thẩm phán tòa án nhân dân tối cao.

b) Chánh án tòa án nhân dân cấp tỉnh, viện trưởng viện kiểm sát nhân dân cấp tỉnh có quyền kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của tòa án nhân dân cấp huyện.

Đương sự hoặc cá nhân, cơ quan, tổ chức khác khi phát hiện dấu hiệu vi phạm pháp luật trong bản án, quyết định của tòa án đã có hiệu lực pháp luật chỉ có quyền thông báo bằng văn bản cho những người có thẩm quyền kháng nghị nêu trên. Trong trường hợp viện kiểm sát, tòa án phát hiện có vi phạm pháp luật trong bản án, quyết định của tòa án đã có hiệu lực pháp luật thì phải thông báo bằng văn bản cho những người có quyền kháng nghị biết.

***Thời hạn kháng nghị:***

Người có quyền kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm chỉ được tiến hành việc kháng nghị trong thời hạn ba năm, kể từ ngày bản án,

quyết định của toà án có hiệu lực pháp luật. Họ cũng có quyền **yêu cầu hoãn thi hành** bản án, quyết định bị kháng nghị để xem xét việc kháng nghị; hoặc ra quyết định **tạm đình chỉ thi hành** bản án, quyết định đó cho đến khi có quyết định giám đốc thẩm.

#### **b. Thẩm quyền giám đốc thẩm:**

Tùy thuộc vào bản án, quyết định đã có hiệu lực của cấp tòa án nào mà việc giải quyết theo thủ tục giám đốc thẩm sẽ do một trong ba cơ quan sau giải quyết:

- Ủy ban thẩm phán toà án nhân dân cấp tỉnh giám đốc thẩm những bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của toà án nhân dân cấp huyện bị kháng nghị.

- Toà kinh tế toà án nhân dân tối cao giám đốc thẩm những bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của toà án nhân dân cấp tỉnh bị kháng nghị.

- Hội đồng thẩm phán toà án nhân dân tối cao giám đốc thẩm những bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của các toà phúc thẩm, Toà kinh tế của toà án nhân dân tối cao bị kháng nghị.

#### **c. Phiên toà giám đốc thẩm:**

Trong thời hạn 4 tháng, kể từ ngày nhận được kháng nghị kèm theo hồ sơ vụ án, toà án có thẩm quyền giám đốc thẩm phải mở phiên toà để giám đốc thẩm vụ án.

Phiên toà giám đốc thẩm phải có sự tham gia của viện kiểm sát cùng cấp.

Trình tự phiên tòa trải qua các bước sau đây:

- Sau khi chủ tọa khai mạc phiên tòa, một thành viên của hội đồng giám đốc thẩm trình bày tóm tắt nội dung vụ án, quá trình xét xử vụ án, quyết định của bản án, quyết định của toà án đã có hiệu lực pháp luật bị kháng nghị, các căn cứ, nhận định của kháng nghị và đề

nghị của người kháng nghị. Đại diện viện kiểm sát phát biểu ý kiến của viện kiểm sát về quyết định kháng nghị.

- Trường hợp có người tham gia tố tụng hoặc người khác được toà án triệu tập tham gia phiên toà thì họ được trình bày ý kiến của mình về quyết định kháng nghị. Đại diện viện kiểm sát phát biểu ý kiến của viện kiểm sát về quyết định kháng nghị.

- Các thành viên của hội đồng giám đốc thẩm thảo luận và phát biểu ý kiến của mình về việc giải quyết vụ án. Đại diện viện kiểm sát phát biểu ý kiến của viện kiểm sát về việc giải quyết vụ án.

- Hội đồng giám đốc thẩm biểu quyết về việc giải quyết vụ án.

Quyết định giám đốc thẩm của ủy ban thẩm phán toà án nhân dân cấp tỉnh hoặc hội đồng thẩm phán toà án nhân dân tối cao phải được **quá nửa** tổng số thành viên của ủy ban thẩm phán hoặc hội đồng thẩm phán biểu quyết tán thành.

Ủy ban thẩm phán toà án nhân dân cấp tỉnh hoặc hội đồng Thẩm phán toà án nhân dân tối cao biểu quyết theo trình tự **tán thành, không tán thành** với kháng nghị và ý kiến khác; nếu không có trường hợp nào được quá nửa tổng số thành viên của ủy ban thẩm phán toà án nhân dân cấp tỉnh hoặc hội đồng thẩm phán toà án nhân dân tối cao biểu quyết tán thành thì phải **hoãn phiên toà**. Trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày ra quyết định hoãn phiên toà, ủy ban thẩm phán, hội đồng thẩm phán phải tiến hành xét xử lại với sự tham gia của toàn thể các thành viên.

#### **d. Thẩm quyền của hội đồng giám đốc thẩm:**

Giám đốc thẩm không phải là cấp xét xử thứ hai mà chỉ có tính chất “phá án”. Do vậy, để phù hợp với thực tiễn Việt Nam, phù hợp với pháp luật và thông lệ quốc tế, Bộ Luật Tố tụng dân sự *không quy định hội đồng giám đốc thẩm có quyền sửa bản án, quyết định của tòa*

án cấp dưới đã có hiệu lực pháp luật bị kháng nghị. Cơ quan này chỉ có quyền đưa ra một trong các quyết định sau đây:

- 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 hủy hoặc bị sửa;
- Hủy bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật để xét xử sơ thẩm lại hoặc xét xử phúc thẩm lại;
- Hủy 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 pháp luật kể từ ngày hội đồng giám đốc thẩm ra quyết định.

#### ***6.3.2. 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 căn bản nội dung của bản án, quyết định mà tòa án, các đương sự không biết được khi tòa án ra bản án, quyết định đó.

Đây cũng là một thủ tục đặc biệt nhằm xét lại bản án, quyết định của tòa án đã có hiệu lực pháp luật, nhưng khác với thủ tục giám đốc thẩm ở chỗ: các cơ quan tiến hành tố tụng đã làm hết trách nhiệm trong quá trình giải quyết vụ án và không có vi phạm pháp luật nghiêm trọng, các đương sự cũng đã xuất trình đầy đủ chứng cứ chứng minh cho yêu cầu của mình, nhưng sau khi vụ án đã được giải quyết xong mới phát hiện có tình tiết mới có ý nghĩa quyết định đến việc thay đổi một cách căn bản nội dung của bản án, quyết định đã tuyên.

#### **a. Kháng nghị theo thủ tục tái thẩm:**

##### ***Căn cứ kháng nghị:***

Bản án, quyết định của tòa án đã có hiệu lực pháp luật chỉ có thể bị kháng nghị theo thủ tục tái thẩm khi có một trong những căn cứ sau đây:

- 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 có sự giả mạo chứng cứ;
- Thẩm phán, hội thẩm nhân dân, kiểm sát viên cố ý làm sai lệch hồ sơ vụ án hoặc cố ý kết luận trái pháp luật;
- Bản án, quyết định của tòa án hoặc quyết định của cơ quan nhà nước mà tòa án căn cứ vào đó để giải quyết vụ án đã bị hủy bỏ.

### ***Thẩm quyền kháng nghị:***

Tương tự như trong thủ tục giám đốc thẩm, chỉ một số công chức nhà nước được pháp luật quy định mới có thẩm quyền kháng nghị theo thủ tục tái thẩm, cụ thể là:

- Chánh án Tòa án nhân dân tối cao, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao có quyền kháng nghị theo thủ tục tái thẩm bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của tòa án các cấp, trừ quyết định của Hội đồng thẩm phán tòa án nhân dân tối cao.
- Chánh án tòa án nhân dân cấp tỉnh, viện trưởng viện kiểm sát nhân dân cấp tỉnh có quyền kháng nghị bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của tòa án nhân dân cấp huyện.

Người đã kháng nghị bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật có quyền quyết định tạm đình chỉ thi hành bản án, quyết định đó cho đến khi có quyết định tái thẩm.

### ***Thời hạn kháng nghị:***

Thời hạn kháng nghị theo thủ tục tái thẩm là một năm, kể từ ngày người có thẩm quyền kháng nghị biết được căn cứ để kháng nghị. Trình tự

phiên tòa tái thẩm được thực hiện tương tự thủ tục giám đốc thẩm.

**b. Phiên tòa tái thẩm:**

Thẩm quyền tái thẩm, hội đồng tái thẩm, chế độ làm việc và nguyên tắc thông qua quyết định của thủ tục tái thẩm, về cơ bản, tương tự các quy định của thủ tục giám đốc thẩm.

Hội đồng tái thẩm có quyền:

- Không chấp nhận kháng nghị và giữ nguyên bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật;
- Hủy bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật để xét xử sơ thẩm lại;
- Hủy bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật và đình chỉ giải quyết vụ án.

## **CHƯƠNG**

## **II**

# **PHÁP LUẬT VỀ TRỌNG TÀI THƯƠNG MẠI**

Giải quyết tranh chấp thương mại bằng phương thức trọng tài là hình thức giải quyết tranh chấp thông qua hoạt động của các trọng tài viên, với tư cách là bên thứ ba độc lập, nhằm chấm dứt mâu thuẫn, xung đột bằng việc đưa ra phán quyết buộc các bên tranh chấp phải thi hành.

Giải quyết tranh chấp thương mại bằng phương thức trọng tài là hình thức rất phổ biến ở các nước trên thế giới, vì nếu so với phương thức giải quyết tranh chấp bằng tòa án thì phương thức trọng tài có những ưu điểm nổi bật sau :

Thứ nhất, thủ tục trọng tài đơn giản, nhanh chóng, các bên có thể chủ động về thời gian, địa điểm giải quyết tranh chấp, không trải qua nhiều cấp xét xử như ở tòa án, cho nên hạn chế tổn kém về thời gian và tiền bạc cho doanh nghiệp.

Thứ hai, khả năng chỉ định trọng tài viên thành lập Hội đồng trọng tài giải quyết vụ việc giúp các bên lựa chọn được trọng tài viên giỏi, nhiều kinh nghiệm, am hiểu sâu sắc vấn đề đang tranh chấp để từ đó họ có thể giải quyết tranh chấp nhanh chóng, chính xác.

Thứ ba, nguyên tắc trọng tài xét xử không công khai phần nào giúp các bên giữ được uy tín trên thương trường.



Thứ tư, các bên tranh chấp có khả năng tác động đến quá trình trọng tài, kiểm soát được việc cung cấp chứng cứ của mình và điều này giúp các bên giữ được bí quyết kinh doanh.

Thứ năm, trọng tài khi giải quyết tranh chấp nhân danh ý chí của các bên, không nhân danh quyền lực tư pháp của nhà nước, nên rất phù hợp để giải quyết các tranh chấp có nhân tố nước ngoài.

Về mặt lịch sử, trọng tài thương mại ra đời và phát triển rất sớm, qua nhiều thế kỷ trên thế giới. Thậm chí ở nhiều nước có nền kinh tế thị trường phát triển thì phần lớn các tranh chấp phát sinh trong hoạt động thương mại thường được giải quyết thông qua phương thức trọng tài. Hiện nay có một số trung tâm trọng tài nổi tiếng thế giới và khu vực như Tòa án trọng tài của Phòng thương mại quốc tế (ICC), Tòa án trọng tài quốc tế Luân Đôn (LCIA), Trung tâm quốc tế giải quyết các tranh chấp đầu tư (ICSID), Tòa án trọng tài thường trực (PCA – Hà Lan), Trung tâm trọng tài quốc tế Hồng Kông (HKIAC),....

Về hình thức giải quyết tranh chấp bằng phương thức trọng tài, nhìn chung, trên thế giới có hai hình thức phổ biến, đó là trọng tài vụ việc (ad-hoc) và trọng tài thường trực (arbitration committee)

**Trọng tài vụ việc (ad-hoc):** là trọng tài được các bên tranh chấp thỏa thuận lập ra để giải quyết một tranh chấp cụ thể và sẽ giải thể khi giải quyết xong tranh chấp đó. Trọng tài vụ việc không có bộ máy thường trực, không có quy tắc tổ tụng và không có danh sách trọng tài viên riêng của mình. Khi giải quyết tranh chấp các bên không bị giới hạn bởi bất kỳ một danh sách trọng tài viên nào

**Còn trọng tài thường trực (arbitration committee):** khác với trọng tài theo vụ việc (ad-hoc), trọng tài thường trực liên tục tồn tại để giải quyết tranh chấp. Trọng tài thường trực có trụ sở cố định, có bộ phận giúp việc, có danh sách trọng tài viên và có quy tắc tổ tụng riêng của mình và khi giải quyết tranh chấp thông qua trọng tài thường trực, các bên tranh chấp chỉ có thể lựa chọn trọng tài viên của mình theo

danh sách trọng tài viên của tổ chức trọng tài thường trực mà các bên đã thỏa thuận lựa chọn.

Ở Việt Nam, trước ngày 01/07/1994, trong cơ chế kinh tế tập trung quan liêu bao cấp đã từng tồn tại tổ chức Trọng tài kinh tế nhà nước với chức năng chủ yếu là giải quyết các tranh chấp hợp đồng kinh tế giữa các doanh nghiệp nhà nước. Khi đó, Trọng tài kinh tế nhà nước không hoạt động độc lập mà là cơ quan thuộc Chính phủ, được tổ chức ở hầu khắp tỉnh, thành trên cả nước nhằm thay mặt cho nhà nước để phân xử tranh chấp giữa các doanh nghiệp nhà nước với nhau. Trong giai đoạn này, ngoài Trọng tài kinh tế nhà nước, chúng ta còn có hai tổ chức trọng tài khác, đó là Hội đồng trọng tài ngoại thương (thành lập ngày 30/04/1963) và Hội đồng trọng tài hàng hải (thành lập ngày 05/10/1964) bên cạnh Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam, có chức năng giải quyết các tranh chấp thương mại và hàng hải có yếu tố nước ngoài.

Khi nước ta chuyển sang cơ chế kinh tế thị trường, cùng với xu hướng hội nhập kinh tế quốc tế và khu vực, với sự đa dạng của nhiều thành phần kinh tế, nhiều tranh chấp thương mại mới cũng phát sinh, đặc biệt là các tranh chấp có yếu tố nước ngoài, điều đó đặt ra yêu cầu cần thiết phải thay đổi phương thức giải quyết tranh chấp bằng trọng tài cho phù hợp. Thực hiện yêu cầu trên, ngày 28/04/1993 Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Quyết định số 204/TTg về việc thành lập Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam trên cơ sở hợp nhất Hội đồng trọng tài hàng hải và Hội đồng trọng tài ngoại thương với chức năng ban đầu là giải quyết các tranh chấp phát sinh từ quan hệ kinh tế quốc tế như : hợp đồng đầu tư, tín dụng, du lịch, ngân hàng, chuyển giao công nghệ. Đến ngày 16/02/1996, Thủ tướng Chính phủ ban hành tiếp Quyết định số 114/TTg về việc mở rộng thẩm quyền của Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam, theo đó, bên cạnh các chức năng như trước đây tại Quyết định 204/TTg, Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam

còn có thêm chức năng nữa là giải quyết tranh chấp phát sinh từ quan hệ kinh doanh trong nước.

Nhưng đáng kể nhất trong số các văn bản quy phạm pháp luật về trọng tài trước ngày 01/07/2003 là Nghị định số 116/CP do Chính phủ ban hành quy định về tổ chức và hoạt động của trọng tài kinh tế. Trọng tài kinh tế theo Nghị định 116/CP được xác định là tổ chức xã hội - nghề nghiệp, được tổ chức dưới hình thức trung tâm trọng tài, có chức năng giải quyết các tranh chấp hợp đồng kinh tế, các tranh chấp giữa công ty với thành viên, giữa các thành viên của công ty với nhau,... Tuy nhiên, sau gần 10 năm tồn tại, mặc dù đã có khoảng năm trung tâm trọng tài ra đời trên cả nước, với gần 100 trọng tài viên được cấp thẻ hành nghề nhưng thực tiễn giải quyết tranh chấp bằng trọng tài kinh tế lại không phát triển như mong đợi. Tổng số vụ việc tranh chấp kinh tế mà năm trung tâm trọng tài này thụ lý là 39 vụ, trong đó thực tế xét xử chỉ có 06 vụ! Một trong những nguyên nhân lớn nhất khiến cho phương thức giải quyết tranh chấp bằng trọng tài kinh tế không đạt được hiệu quả đề ra là do nhiều quy định tại Nghị định 116/CP (05/09/1994) còn vướng mắc và bất cập. Chẳng hạn, về hiệu lực thi hành phán quyết của trọng tài kinh tế thì tại Điều 31 Nghị định 116/CP lại quy định “Trong trường hợp quyết định trọng tài không được một bên chấp hành thì bên kia có quyền yêu cầu tòa án nhân dân có thẩm quyền xét xử theo thủ tục giải quyết các vụ án kinh tế”. Chính quy định bất hợp lý và thiếu khoa học này đã dẫn đến hệ quả làm vô hiệu hóa hầu như hoàn toàn phương thức giải quyết tranh chấp bằng trọng tài kinh tế ở Việt Nam trong gần 10 năm, đồng thời phản ánh sự khác biệt rất lớn của pháp luật về trọng tài ở Việt Nam so với pháp luật về trọng tài của nhiều nước trên thế giới. Điều đó một lần nữa đặt ra yêu cầu phải hoàn thiện pháp luật về trọng tài ở nước ta nhằm một mặt đáp ứng nhu cầu giải quyết tranh chấp thương mại ngày càng đa dạng, phức tạp, mặt khác, là để phù hợp với tiến trình hội nhập kinh tế quốc tế và khu vực.

Thực hiện yêu cầu trên, ngày 25/02/2003, Ủy Ban thường vụ Quốc hội Việt Nam đã ban hành Pháp lệnh Trọng tài thương mại, thay

thể cho Nghị định 116/CP (05/09/1994) của Chính phủ và các Quyết định 204/TTg (28/04/1993), Quyết định 114/TTg (16/02/1996) của Thủ tướng Chính phủ đã ban hành trước đó. Pháp lệnh Trọng tài thương mại đã được Chủ tịch nước ký Lệnh công bố ngày 10/03/2003 và chính thức có hiệu lực từ ngày 01/07/2003. Đồng thời nhằm hỗ trợ đưa Pháp lệnh Trọng tài thương mại nhanh chóng đi vào thực tiễn cuộc sống, ngày 31/07/2003 Hội đồng thẩm phán tòa án nhân dân tối cao cũng đã ban hành Nghị quyết số 05/2003/NQ-HĐTP về hướng dẫn thi hành một số điều của Pháp lệnh trọng tài thương mại, tiếp đó ngày 15/01/2004, Chính phủ Việt Nam cũng đã ban hành Nghị định số 25/CP về quy định chi tiết thi hành một số điều của Pháp lệnh Trọng tài thương mại. Đây được xem là những văn bản pháp lý quan trọng để chuyển phương thức giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại từ trọng tài kinh tế sang trọng tài thương mại, đồng thời đánh dấu một bước ngoặt mới trong lịch sử phát triển của pháp luật về trọng tài ở Việt Nam.

## **2. TỔ CHỨC CỦA TRỌNG TÀI THƯƠNG MẠI**

Trọng tài thương mại được tổ chức dưới hình thức trung tâm trọng tài. Trung tâm trọng tài là tổ chức phi chính phủ, có tư cách pháp nhân, có con dấu và tài khoản riêng.

Trong mỗi trung tâm trọng tài đều có ban điều hành và các trọng tài viên.

Ban điều hành trung tâm trọng tài gồm có chủ tịch, một hoặc các phó chủ tịch và có thể có Tổng thư ký do chủ tịch trung tâm trọng tài đề cử

Mỗi trung tâm trọng tài có tên gọi do các sáng lập viên thỏa thuận lựa chọn nhưng phải bao gồm cụm từ “trung tâm trọng tài” và phải bảo đảm không trùng, không gây nhầm lẫn với tên của trung tâm trọng tài đã được cấp giấy phép thành lập, không vi phạm truyền thống lịch sử, văn hóa, đạo đức và thuần phong mỹ tục của dân tộc.

Trung tâm trọng tài có thể có tên giao dịch và cũng có thể có biểu tượng nhưng không được sử dụng Quốc kỳ, Đảng kỳ, quốc huy, hình ảnh lãnh tụ, hình ảnh đồng tiền Việt Nam làm biểu tượng của mình.

Theo quy định tại Nghị định 25/CP (15/01/2004) của Chính phủ thì trung tâm trọng tài được thành lập tại TP Hà Nội, TP Đà Nẵng và TP Hồ Chí Minh.

Điều kiện thành lập trung tâm trọng tài phải có ít nhất năm sáng lập viên có đủ điều kiện làm trọng tài viên đề nghị và được Hội luật gia Việt Nam giới thiệu, Bộ trưởng Bộ Tư pháp xem xét quyết định cấp giấy phép thành lập trung tâm trọng tài.

Hiện nay, theo quy định tại Điều 12 Pháp lệnh Trọng tài thương mại thì bất kỳ công dân Việt Nam có đủ các điều kiện sau thì có thể trở thành trọng tài viên trọng tài thương mại :

- Có năng lực hành vi dân sự đầy đủ
- 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 năm năm trở lên.

Những đối tượng sau đây thì không được làm trọng tài viên : 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 hoặc thẩm phán, Kiểm sát viên, điều tra viên, chấp hành viên, công chức đang công tác tại tòa án nhân dân, viện kiểm sát nhân dân, cơ quan điều tra, cơ quan thi hành án thì cũng không được làm trọng tài viên.

Trọng tài viên trọng tài thương mại có các quyền và nghĩa vụ cơ bản sau :

***Quyền :***

- Chấp nhận hoặc từ chối giải quyết vụ tranh chấp

- Độc lập trong việc giải quyết vụ tranh chấp
- Từ chối cung cấp các thông tin liên quan đến vụ tranh chấp
- Hưởng thù lao

***Nghĩa vụ :***

- Tuân thủ các quy định của Pháp lệnh Trọng tài thương mại
- Vô tư, khách quan trong việc giải quyết vụ tranh chấp
- Từ chối giải quyết vụ tranh chấp trong trường hợp pháp luật có quy định.

Theo quy định tại Khoản 1 Điều 27 Pháp lệnh Trọng tài thương mại thì trọng tài viên phải từ chối giải quyết vụ tranh chấp và các bên tham gia tố tụng có quyền yêu cầu thay đổi trọng tài viên giải quyết tranh chấp trong các trường hợp sau :

- ✓ Trọng tài viên là người thân thích của một bên hoặc đại diện của bên đó
- ✓ Trọng tài viên có lợi ích trong vụ tranh chấp
- ✓ Có căn cứ rõ ràng cho thấy trọng tài viên không vô tư, khách quan trong khi làm nhiệm vụ

*Trung tâm trọng tài thương mại có các nhiệm vụ, quyền hạn cơ bản sau :*

+ Xây dựng điều lệ và quy tắc tố tụng của trung tâm trọng tài, nhưng không được trái với những quy định của Pháp lệnh Trọng tài thương mại

+ Mời những người có đủ điều kiện làm trọng tài viên theo quy định của Pháp lệnh Trọng tài thương mại làm trọng tài viên của trung tâm

+ Chỉ định trọng tài viên để thành lập hội đồng trọng tài theo quy định của Pháp lệnh Trọng tài thương mại

+ Cung cấp các dịch vụ hành chính, văn phòng cho các hội đồng trọng tài giải quyết các vụ tranh chấp.

+ Thu phí trọng tài, trả thù lao cho trọng tài viên theo điều lệ của trung tâm trọng tài.

+ Tổ chức rút kinh nghiệm, bồi dưỡng nâng cao trình độ và kỹ năng giải quyết tranh chấp của trọng tài viên.

+ Báo cáo định kỳ hoạt động của trung tâm trọng tài với Bộ Tư pháp, Hội luật gia Việt Nam và Sở Tư pháp nơi trung tâm trọng tài đăng ký hoạt động.

+ Xóa tên trọng tài viên trong danh sách trọng tài viên của trung tâm trọng tài khi trọng tài viên vi phạm nghiêm trọng các quy định của Pháp lệnh Trọng tài thương mại và điều lệ của trung tâm trọng tài.

+ Lưu trữ hồ sơ, cung cấp các bản sao quyết định trọng tài theo yêu cầu của các bên hoặc cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

*Về thẩm quyền của trọng tài thương mại*, theo quy định tại Điều 1 và Khoản 3 Điều 2 của Pháp lệnh Trọng tài thương mại thì trọng tài thương mại có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp phát sinh trong hoạt động thương mại theo sự thỏa thuận giữa các bên. Hoạt động thương mại ở đây được hiểu là việc thực hiện một hay nhiều hành vi thương mại của các nhân, tổ chức kinh doanh, cụ thể bao gồm các tranh chấp sau : mua bán hàng hóa; 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, li-xăng, đầu tư; tài chính, ngân hàng, bảo hiểm; thăm dò, khai thác, vận chuyển hàng hóa, hành khách bằng đường hàng không, đường biển, đường sắt, đường bộ và các hành vi thương mại khác theo quy định của pháp luật.

### **3. THÀNH LẬP VÀ CHẤM DỨT HOẠT ĐỘNG CỦA TRUNG TÂM TRỌNG TÀI**

Các sáng lập viên có đủ điều kiện làm trọng tài viên phải gửi hai bộ hồ sơ đề nghị thành lập đến Bộ Tư pháp. Hồ sơ gồm có các loại giấy tờ sau:

- Đơn xin phép thành lập trung tâm trọng tài, trong đó có nêu rõ ngày, tháng năm viết đơn, họ và tên, địa chỉ, nghề nghiệp của các sáng lập viên; lĩnh vực hoạt động của trung tâm trọng tài; địa điểm dự định đặt trụ sở của trung tâm trọng tài
- Sơ yếu lý lịch, bản sao có công chứng hoặc chứng thực hợp lệ bằng tô nghiệp đại học, giấy tờ xác nhận của cơ quan, tổ chức có thẩm quyền về việc đã qua thực tế công tác theo ngành học từ năm năm trở lên của các sáng lập viên
- Điều lệ của trung tâm trọng tài
- Văn bản giới thiệu của Hội luật gia

Trong thời hạn 45 ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ hợp lệ, Bộ trưởng Bộ Tư pháp cấp giấy phép thành lập và phê chuẩn điều lệ của trung tâm trọng tài; đồng thời có công văn thông báo kèm theo bản sao giấy phép thành lập trung tâm trọng tài đến Sở Tư pháp tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương nơi trung tâm trọng tài đặt trụ sở.

Trường hợp từ chối không cấp giấy phép thành lập, Bộ Tư pháp phải trả lời bằng văn bản và có nêu rõ lý do cho các sáng lập viên biết.

Trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được giấy phép thành lập, trung tâm trọng tài phải đăng ký hoạt động tại Sở Tư pháp nơi trung tâm trọng tài đặt trụ sở. Hồ sơ đăng ký gồm có:

- ✓ Đơn đăng ký hoạt động, trong đó ghi rõ địa điểm dự định đặt trụ sở của trung tâm trọng tài.



✓ Bản sao có công chứng hoặc chứng thực hợp lệ giấy phép thành lập trung tâm trọng tài.

✓ Danh sách trọng tài viên của trung tâm trọng tài.

Trong thời hạn bảy ngày kể từ ngày nhận được hồ sơ hợp lệ, Sở Tư pháp có trách nhiệm cấp giấy đăng ký hoạt động cho trung tâm trọng tài. Trung tâm trọng tài chỉ được hoạt động kể từ ngày được cấp giấy đăng ký hoạt động.

Trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày được cấp giấy đăng ký hoạt động, trung tâm trọng tài phải đăng báo hàng ngày của trung ương hoặc báo địa phương nơi đăng ký hoạt động trong ba số liên tiếp về những nội dung chủ yếu sau:

Tên, địa chỉ trụ sở của trung tâm trọng tài

✓ Lĩnh vực hoạt động của trung tâm trọng tài

✓ Số giấy đăng ký hoạt động, cơ quan cấp, ngày tháng năm cấp.

✓ Thời điểm bắt đầu hoạt động của trung tâm

Đồng thời với việc đăng báo, trung tâm trọng tài phải niêm yết tại trụ sở của mình những nội dung trên và danh sách trọng tài viên của trung tâm trọng tài.

Trung tâm trọng tài chấm dứt hoạt động trong các trường hợp sau

+ Các trường hợp quy định tại điều lệ trung tâm trọng tài

Trong trường hợp này thì chậm nhất là 30 ngày trước thời điểm dự kiến chấm dứt hoạt động, trung tâm trọng tài phải thông báo bằng văn bản về việc chấm dứt hoạt động cho Bộ Tư pháp, Hội luật gia Việt Nam và Sở Tư pháp nơi trung tâm trọng tài đăng ký hoạt động, đồng thời phải đăng báo hàng ngày của trung ương hoặc báo địa phương nơi đăng ký hoạt động trong ba số liên tiếp về việc chấm dứt hoạt động của trung tâm trọng tài.

Trước thời điểm chấm dứt hoạt động, trung tâm trọng tài phải thanh toán xong các khoản nợ và hoàn tất các vụ việc đã nhận, trừ trường hợp có thỏa thuận khác.

Trong thời hạn bảy ngày, kể từ ngày hoàn tất các thủ tục quy định nêu trên, trung tâm trọng tài báo cáo bằng văn bản về việc hoàn tất các thủ tục đó cho Bộ Tư pháp.

Trong thời hạn bảy ngày, kể từ ngày nhận được báo cáo của trung tâm trọng tài, Bộ Tư pháp ra quyết định về việc chấm dứt hoạt động của trung tâm. Trung tâm trọng tài nộp lại giấy phép thành lập cho Bộ Tư pháp, giấy đăng ký hoạt động cho sở Tư pháp nơi trung tâm trọng tài đăng ký hoạt động và nộp lại con dấu cho cơ quan có thẩm quyền.

+ Bị thu hồi giấy phép thành lập trung tâm trọng tài: theo quy định tại Khoản 2 Điều 18 Nghị định 25/CP (15/01/2004) của Chính phủ thì trường hợp nếu trung tâm trọng tài vi phạm các quy định của Pháp lệnh Trọng tài thương mại và Nghị định 25/CP (15/01/2004) mà nếu đã bị xử phạt hành chính mà còn tái phạm hoặc vi phạm nghiêm trọng thì ngoài việc bị xử phạt bằng hình thức cảnh cáo hoặc phạt tiền thì trung tâm trọng tài vi phạm đó còn có thể bị thu hồi giấy phép thành lập trung tâm

Trường hợp bị thu hồi giấy phép thành lập thì trong thời hạn 60 ngày, kể từ ngày có quyết định về việc thu hồi giấy phép thành lập, trung tâm trọng tài phải thanh toán xong các khoản nợ và hoàn tất các vụ việc đã nhận, trừ trường hợp có thỏa thuận khác.

Trong thời hạn mười ngày kể từ ngày có quyết định thu hồi giấy phép thành lập thì trung tâm trọng tài phải đăng báo hàng ngày của trung ương hoặc báo địa phương nơi đăng ký hoạt động trong ba số liên tiếp về việc chấm dứt hoạt động của trung tâm trọng tài.

Trong thời hạn bảy ngày, kể từ ngày hoàn tất các thủ tục pháp luật quy định, trung tâm trọng tài phải báo cáo bằng văn bản về việc hoàn tất các thủ tục nói trên cho Bộ Tư pháp, Hội luật gia Việt Nam

và sở Tư pháp nơi trung tâm trọng tài đăng ký hoạt động, nộp lại giấy phép thành lập cho Bộ Tư pháp, nộp lại giấy đăng ký hoạt động cho sở Tư pháp nơi trung tâm trọng tài đăng ký hoạt động và nộp lại con dấu cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

#### **4. CÁC NGUYÊN TẮC GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP BẰNG PHƯƠNG THỨC TRỌNG TÀI THƯƠNG MẠI VÀ PHÁP LUẬT ÁP DỤNG TRONG GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP**

Theo quy định tại Điều 3 Pháp lệnh Trọng tài thương mại (2003) thì trọng tài thương mại giải quyết tranh chấp tuân thủ hai nguyên tắc cơ bản sau :

**Thứ nhất, tranh chấp được giải quyết bằng trọng tài nếu trước hoặc sau khi xảy ra tranh chấp các bên có thỏa thuận trọng tài**

Vì trọng tài thương mại được xác định là tổ chức phi chính phủ, không nhân danh quyền lực tư pháp của nhà nước để xét xử, mà nhân danh ý chí của các bên, phương thức này dựa trên sự thỏa thuận tự nguyện hoàn toàn giữa các bên. Do đó nếu muốn cho trọng tài thụ lý và giải quyết tranh chấp cho các bên thì trước hết các bên phải lập thỏa thuận trọng tài.

*Thỏa thuận trọng tài được hiểu là thỏa thuận giữa các bên cam kết giải quyết tranh chấp có thể phát sinh hoặc đã phát sinh trong hoạt động thương mại.*

Thỏa thuận trọng tài phải được lập bằng văn bản. Thỏa thuận trọng tài thông qua các hình thức khác như thư, điện báo, telex, fax, thư điện tử hoặc hình thức văn bản khác thể hiện rõ ý chí của các bên giải quyết vụ tranh chấp bằng trọng tài thì cũng được coi là thỏa thuận trọng tài bằng văn bản.

Ngoài ra, thỏa thuận trọng tài cũng có thể được hiểu là điều khoản riêng trong hợp đồng hoặc là một thỏa thuận riêng. Trường hợp nếu trong hợp đồng mà có điều khoản trọng tài thì điều khoản trọng

tài tồn tại độc lập với hợp đồng. Việc thay đổi, gia hạn, hủy bỏ hợp đồng, sự vô hiệu của hợp đồng không ảnh hưởng đến hiệu lực của điều khoản trọng tài

Ở đây, cũng cần có sự phân biệt thẩm quyền giải quyết tranh chấp thương mại giữa tòa án và trọng tài thương mại. Theo quy định tại Nghị quyết 05/2003/NQ-HĐTP ngày 31/07/2003 của Hội đồng Thẩm phán TAND tối cao thì:

+ Khi có người khởi kiện yêu cầu tòa án giải quyết vụ tranh chấp phát sinh trong hoạt động thương mại thì tòa án yêu cầu người khởi kiện cho biết trước hoặc sau khi xảy ra tranh chấp các bên có thỏa thuận trọng tài hay không. Đồng thời tòa án kiểm tra, xem xét các tài liệu gửi kèm theo đơn kiện để xác định vụ tranh chấp đó các bên có thỏa thuận trọng tài hay không. Nếu có căn cứ cho thấy vụ tranh chấp đó các bên đã có thỏa thuận trọng tài thì tòa án căn cứ vào quy định tương ứng của pháp luật tố tụng để trả lại đơn kiện cho người khởi kiện.

Trường hợp sau khi thụ lý vụ án tòa án mới phát hiện được vụ tranh chấp đó các bên đã có thỏa thuận trọng tài, thì tòa án căn cứ vào quy định tương ứng của pháp luật tố tụng ra quyết định đình chỉ việc giải quyết vụ án, trả lại đơn kiện và các tài liệu gửi kèm theo đơn kiện cho đương sự

+ Trong các trường hợp sau, vụ tranh chấp tuy các bên có thỏa thuận trọng tài, nhưng thuộc thẩm quyền giải quyết của tòa án nhân dân:

- Thỏa thuận trọng tài bị vô hiệu theo các quy định tại Pháp lệnh Trọng tài thương mại

- Khi được nguyên đơn cho biết bằng văn bản sẽ khởi kiện yêu cầu tòa án giải quyết hoặc khi được tòa án thông báo về việc nguyên đơn đã nộp đơn kiện yêu cầu tòa án giải quyết vụ tranh chấp mà trong thời hạn bảy ngày làm việc, kể từ ngày nhận được văn bản của nguyên đơn hoặc thông báo của tòa án bị đơn không phản đối (được coi là các bên có thỏa

thuận mới lựa chọn tòa án giải quyết vụ tranh chấp thay cho thỏa thuận trọng tài) hoặc bị đơn có phản đối nhưng không xuất trình được tài liệu, chứng cứ để chứng minh là trước đó các bên đã có thỏa thuận trọng tài (trường hợp này được coi là không có thỏa thuận trọng tài)

▪ Có quyết định của tòa án hủy quyết định trọng tài, nếu các bên không có thỏa thuận khác

*Tuy nhiên, nếu thỏa thuận trọng tài mà các bên lập thuộc vào một trong các trường hợp sau thì bị coi là vô hiệu:*

➤ Tranh chấp phát sinh không thuộc hoạt động thương mại thuộc thẩm quyền của trọng tài thương mại theo quy định tại Pháp lệnh trọng tài thương mại (2003)

➤ Người ký thỏa thuận trọng tài không có thẩm quyền ký kết theo quy định của pháp luật. Tuy nhiên, khi phát sinh tranh chấp mà một bên có yêu cầu tòa án giải quyết, thì tòa án yêu cầu người có thẩm quyền ký kết thỏa thuận trọng tài cho biết ý kiến bằng văn bản có chấp nhận thỏa thuận trọng tài do người không có thẩm quyền ký kết trước đó hay không. Nếu họ chấp nhận thì trong trường hợp này thỏa thuận trọng tài không vô hiệu và vụ tranh chấp thuộc thẩm quyền giải quyết của hội đồng trọng tài theo thủ tục chung

➤ Một bên ký thỏa thuận trọng tài không có năng lực hành vi dân sự đầy đủ. Người không có năng lực hành vi dân sự đầy đủ là người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự hoặc người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự. Trong trường hợp này để chứng minh người ký thỏa thuận trọng tài không có năng lực hành vi dân sự đầy đủ thì phải có giấy tờ, tài liệu chứng minh ngày tháng năm sinh hoặc kết luận của cơ quan có thẩm quyền hoặc quyết định của tòa án tuyên bố người đó mất năng lực hành vi hoặc bị hạn chế năng lực hành vi dân sự

➤ Thỏa thuận trọng tài không quy định hoặc quy định không rõ đối tượng tranh chấp, tổ chức trọng tài có thẩm quyền giải quyết vụ

tranh chấp mà sau đó các bên không có thỏa thuận bổ sung.. Điều này có nghĩa là là theo thỏa thuận trọng tài thì không thể xác định được đối tượng tranh chấp cụ thể là gì hoặc không thể xác định được hội đồng trọng tài nào, trung tâm trọng tài nào của Việt Nam có thẩm quyền giải quyết vụ tranh chấp này, nếu sau đó các bên không có thỏa thuận hoặc không thỏa thuận bổ sung được về việc xác định đối tượng tranh chấp cụ thể hoặc hội đồng trọng tài cụ thể nào của Việt Nam có thẩm quyền giải quyết. Chẳng hạn, trong thỏa thuận trọng tài các bên chỉ thỏa thuận "Trong trường hợp có tranh chấp nếu không giải quyết được bằng thương lượng thì yêu cầu trọng tài giải quyết theo quy định của pháp luật Việt Nam" – Trường hợp này thỏa thuận trọng tài bị vô hiệu bởi các bên không thỏa thuận rõ việc giải quyết vụ tranh chấp do hội đồng trọng tài các bên thành lập hay do trọng tài viên duy nhất hay do hội đồng trọng tài của một trung tâm trọng tài cụ thể của Việt Nam, trừ trường hợp sau đó các bên có thỏa thuận bổ sung về việc xác định hội đồng trọng tài cụ thể của Việt Nam có thẩm quyền giải quyết

➤ Thỏa thuận trọng tài không được lập theo đúng hình thức văn bản mà Pháp lệnh Trọng tài thương mại 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. Trong trường hợp này thời hiệu yêu cầu tuyên bố thỏa thuận trọng tài vô hiệu là sáu tháng, kể từ ngày ký kết thỏa thuận trọng tài, nhưng phải trước ngày Hội đồng trọng tài mở phiên họp đầu tiên giải quyết vụ tranh chấp theo quy định tại Pháp lệnh trọng tài thương mại.

**+ Thứ hai, khi giải quyết tranh chấp, trọng tài viên phải độc lập, khách quan, vô tư, phải căn cứ vào pháp luật và tôn trọng thỏa thuận giữa các bên**

Trong quá trình tố tụng trọng tài, các bên có thể tự hòa giải. Trong trường hợp hòa giải thành 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. Trong trường hợp hòa giải thành thì các bên có thể yêu cầu hội đồng trọng tài lập biên bản hòa giải thành và ra quyết định công nhận hòa giải thành. Biên bản hòa giải thành phải được các bên và các trọng tài viên ký. Quyết định công nhận hòa giải thành của hội đồng trọng tài là chung thẩm và được thi hành theo quy định chung tại Pháp lệnh Trọng tài thương mại.

***Về pháp luật áp dụng để giải quyết tranh chấp :***

+ Đối với vụ tranh chấp giữa các bên Việt Nam, hội đồng trọng tài áp dụng pháp luật của Việt Nam để giải quyết tranh chấp

+ Đối với vụ tranh chấp có yếu tố nước ngoài, hội đồng trọng tài áp dụng pháp luật do các bên lựa chọn. Việc lựa chọn pháp luật nước ngoài và việc áp dụng pháp luật nước ngoài không được trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam

+ Trường hợp nếu các bên không lựa chọn được pháp luật để giải quyết vụ tranh chấp thì hội đồng trọng tài quyết định.

**5. TRÌNH TỰ, THỦ TỤC TỔ TỤNG TẠI TRỌNG TÀI THƯƠNG MẠI**

Về hình thức giải quyết tranh chấp bằng trọng tài, theo quy định tại Pháp lệnh trọng tài thương mại thì có hai hình thức :

+ Giải quyết tại hội đồng trọng tài do trung tâm trọng tài tổ chức

+ Giải quyết tại hội đồng trọng tài do các bên thành lập theo quy định của Pháp lệnh trọng tài.

Các bên có quyền lựa chọn một trong hai hình thức trên để nhờ trọng tài thương mại giải quyết tranh chấp cho mình.

***Về thời hiệu khởi kiện*** được xác định như sau :

▪ Đối với vụ tranh chấp mà pháp luật có quy định thời hiệu khởi kiện thì thực hiện theo quy định đó của pháp luật

▪ Đối với vụ tranh chấp mà pháp luật không quy định thời hiệu khởi kiện thì thời hiệu khởi kiện giải quyết vụ tranh chấp bằng trọng tài là hai năm, kể từ ngày xảy ra tranh chấp, trừ trường hợp bất khả kháng.

Để giải quyết vụ tranh chấp tại trung tâm trọng tài thì trước hết nguyên đơn phải làm đơn kiện gửi đến trung tâm trọng tài. Trường hợp giải quyết vụ tranh chấp tại hội đồng trọng tài do các bên thành lập thì nguyên đơn phải làm đơn kiện gửi cho bị đơn.

Đơn kiện gồm có những nội dung chủ yếu sau :

- ✓ Ngày, tháng năm viết đơn
- ✓ Tên và địa chỉ của các bên
- ✓ Tóm tắt nội dung vụ tranh chấp
- ✓ Các yêu cầu của nguyên đơn
- ✓ Trị giá tài sản mà nguyên đơn yêu cầu
- ✓ Trọng tài viên của trung tâm trọng tài mà nguyên đơn chọn

Kèm theo đơn kiện nguyên đơn phải gửi bản chính hoặc bản sao thỏa thuận trọng tài, bản chính hoặc bản sao các tài liệu, chứng cứ. Nếu là bản sao thì phải có chứng thực hợp lệ.

Khi nộp đơn kiện, nguyên đơn phải nộp tạm ứng phí trọng tài, nếu các bên không có thỏa thuận khác.

Phí trọng tài sẽ do bên thua kiện trả, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác.

Trường hợp giải quyết vụ tranh chấp tại trung tâm trọng tài thì ban điều hành trung tâm trọng tài sẽ ấn định phí trọng tài theo điều lệ của trung tâm. Nhưng nếu giải quyết vụ tranh chấp tại hội đồng trọng tài do các bên thành lập thì phí trọng tài sẽ do hội đồng trọng tài ấn định.



Tổ tụng trọng tài bắt đầu khi trung tâm trọng tài nhận được đơn kiện của nguyên đơn hoặc từ khi bị đơn nhận được đơn kiện của nguyên đơn, nếu vụ tranh chấp được giải quyết tại hội đồng trọng tài do các bên thành lập.

Trong thời hạn năm ngày làm việc, kể từ khi nhận được đơn kiện, trung tâm trọng tài phải gửi cho bị đơn bản sao đơn kiện của nguyên đơn và những tài liệu kèm theo.

Đối với vụ tranh chấp mà các bên đã chọn trung tâm trọng tài để giải quyết, nếu các bên không có thỏa thuận khác thì trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được đơn kiện và các tài liệu kèm theo của nguyên đơn do trung tâm trọng tài gửi đến, bị đơn phải gửi cho trung tâm trọng tài Bản tự bảo vệ. Còn đối với vụ tranh chấp được giải quyết tại hội đồng trọng tài do các bên thành lập, nếu không có thỏa thuận khác thì trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được đơn kiện của nguyên đơn và các tài liệu kèm theo theo quy định pháp luật thì bị đơn phải gửi cho nguyên đơn Bản tự bảo vệ và tên trọng tài viên mà mình chọn.

Bản tự bảo vệ phải gồm có những nội dung chính sau :

- Ngày, tháng, năm viết bản tự bảo vệ

- Tên và địa chỉ của bị đơn

- Lý lẽ và chứng cứ để tự bảo vệ trong đó bao gồm việc phản bác một phần hoặc toàn bộ nội dung đơn kiện của nguyên đơn. Ngoài nội dung trên, nếu bị đơn cho rằng vụ tranh chấp không thuộc thẩm quyền giải quyết của trọng tài, không có thỏa thuận trọng tài hoặc thỏa thuận trọng tài vô hiệu thì có quyền nêu ra trong Bản tự bảo vệ.

Về phần nguyên đơn, nguyên đơn có thể sửa đổi, bổ sung, rút lại đơn kiện của mình trước khi hội đồng trọng tài ra quyết định trọng tài.

Về phần bị đơn, bị đơn có quyền kiện lại nguyên đơn về những vấn đề có liên quan đến yêu cầu của nguyên đơn.

Đơn kiện lại của bị đơn phải được gửi cho hội đồng trọng tài, đồng thời được gửi cho nguyên đơn trước ngày mở phiên họp của hội đồng trọng tài giải quyết đơn kiện của nguyên đơn.

Trong trường hợp này, nguyên đơn phải có bản trả lời đơn kiện lại trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được đơn kiện lại. Bản trả lời phải được gửi cho bị đơn và hội đồng trọng tài.

Thủ tục kiện lại của bị đơn được tiến hành như thủ tục giải quyết đơn kiện của nguyên đơn và do hội đồng trọng tài giải quyết cùng một lúc

**Về cách thức tiến hành tố tụng**, các bên có thể lựa chọn một trong hai cách sau:

+ *Thành lập hội đồng trọng tài tại trung tâm trọng tài.*

Trong trường hợp các bên không có thỏa thuận khác thì trong thời hạn năm ngày làm việc, kể từ ngày nhận được đơn kiện, trung tâm trọng tài phải gửi cho bị đơn bản sao đơn kiện, tên trọng tài viên mà nguyên đơn chọn và các tài liệu kèm theo cùng với danh sách trọng tài viên của trung tâm trọng tài. Nếu các bên không có thỏa thuận khác thì trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được đơn kiện và các tài liệu kèm theo do trung tâm trọng tài gửi đến, bị đơn phải chọn trọng tài viên có tên trong danh sách trọng tài viên của trung tâm trọng tài và báo cho trung tâm trọng tài biết hoặc yêu cầu chủ tịch trung tâm trọng tài chỉ định trọng tài viên cho mình. Hết thời hạn này, nếu bị đơn không chọn trọng tài viên hoặc không yêu cầu chủ tịch trung tâm trọng tài chỉ định trọng tài viên thì trong thời hạn bảy ngày làm việc, kể từ ngày hết hạn theo các quy định nêu trên, chủ tịch trung tâm trọng tài chỉ định trọng tài viên có tên trong danh sách trọng tài viên của trung tâm trọng tài cho bị đơn.

Trong trường hợp vụ tranh chấp mà có nhiều bị đơn thì các bị đơn phải thống nhất chọn một trọng tài viên trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được yêu cầu chọn trọng tài viên của trung tâm trọng tài. Hết thời hạn này nếu các bị đơn không chọn được trọng tài viên thì trong thời

hạn bảy ngày làm việc, kể từ ngày nhận được yêu cầu, chủ tịch trung tâm trọng tài chỉ định trọng tài viên có tên trong danh sách trọng tài viên của trung tâm trọng tài cho các bị đơn.

Trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày hai trọng tài viên được các bên chọn hoặc được chủ tịch trung tâm trọng tài chỉ định, các trọng tài viên này phải chọn trọng tài viên thứ ba có tên trong danh sách trọng tài viên của trung tâm trọng tài làm chủ tịch hội đồng trọng tài. Hết thời hạn này hai trọng tài viên được chọn hoặc được chỉ định không chọn được trọng tài viên thứ ba thì trong thời hạn bảy ngày làm việc kể từ ngày hết hạn, theo yêu cầu của một bên hoặc các bên, chủ tịch trung tâm trọng tài chỉ định trọng tài viên thứ ba có tên trong danh sách trọng tài viên của trung tâm trọng tài làm chủ tịch hội đồng trọng tài.

Trong trường hợp các bên thỏa thuận vụ tranh chấp do trọng tài viên duy nhất của trung tâm trọng tài giải quyết nhưng không chọn được trọng tài viên thì theo yêu cầu của một bên, chủ tịch trung tâm trọng tài chỉ định trọng tài viên duy nhất cho các bên trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày nhận được yêu cầu và thông báo cho các bên.

Trọng tài viên duy nhất làm nhiệm vụ như một hội đồng trọng tài. Quyết định của trọng tài viên duy nhất có hiệu lực thi hành như quyết định của hội đồng trọng tài.

*+ Giải quyết tại hội đồng trọng tài do các bên thành lập*

Trong trường hợp các bên không có thỏa thuận khác thì trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nguyên đơn gửi đơn kiện cho bị đơn, bị đơn phải chọn trọng tài viên và thông báo cho nguyên đơn biết trọng tài viên mà mình chọn. Hết thời hạn này nếu bị đơn không thông báo cho nguyên đơn tên trọng tài viên mà mình chọn, thì nguyên đơn có quyền yêu cầu tòa án cấp tỉnh nơi bị đơn có trụ sở hoặc nơi cư trú chỉ định trọng tài viên cho bị đơn. Trong thời hạn 07 ngày làm việc, kể từ ngày nhận được đơn yêu cầu, chánh án tòa án giao cho một thẩm phán chỉ định trọng tài viên cho bị đơn và thông báo cho các bên.

Trong trường hợp vụ tranh chấp có nhiều bị đơn thì các bị đơn phải thống nhất chọn một trọng tài viên trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được đơn kiện của nguyên đơn và các tài liệu kèm theo. Hết thời hạn này, các bị đơn không chọn được trọng tài viên thì nguyên đơn có quyền yêu cầu tòa án cấp tỉnh nơi có trụ sở hoặc cư trú của một trong các bị đơn chỉ định trọng tài viên cho các bị đơn. Trong thời hạn bảy ngày làm việc, kể từ ngày nhận được đơn yêu cầu, chánh án tòa án giao cho một thẩm phán chỉ định trọng tài viên theo yêu cầu của nguyên đơn và thông báo cho các bên.

Trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày hai trọng tài viên được chọn hoặc được tòa án chỉ định, các trọng tài viên này phải thống nhất chọn trọng tài viên thứ ba làm chủ tịch hội đồng trọng tài. Hết thời hạn này nếu hai trọng tài viên được chọn hoặc được chỉ định không chọn được trọng tài viên thứ ba, các bên có quyền yêu cầu tòa án nhân dân cấp tỉnh nơi bị đơn có trụ sở hoặc cư trú chỉ định trọng tài viên thứ ba. Trong thời hạn bảy ngày làm việc kể từ ngày nhận được yêu cầu, chánh án tòa án giao cho một thẩm phán chỉ định trọng tài viên thứ ba làm chủ tịch hội đồng trọng tài và thông báo cho các bên.

Trọng tài viên do các bên chọn hoặc do tòa án chỉ định có thể là trọng tài viên trong danh sách hoặc ngoài danh sách trọng tài viên của các trung tâm trọng tài của Việt Nam.

Trong trường hợp các bên thỏa thuận vụ tranh chấp do trọng tài viên duy nhất giải quyết nhưng không chọn được trọng tài viên duy nhất thì theo yêu cầu của một bên, Chánh án tòa án cấp tỉnh nơi bị đơn có trụ sở hoặc cư trú giao cho một thẩm phán chỉ định trọng tài viên duy nhất cho các bên trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày nhận được yêu cầu và thông báo cho các bên.

Trọng tài viên duy nhất làm nhiệm vụ như một hội đồng trọng tài. Quyết định của trọng tài viên duy nhất có hiệu lực thi hành như quyết định của hội đồng trọng tài.

*Về địa điểm để tiến hành tố tụng trọng tài* : do các bên thỏa thuận. Nếu các bên không có thỏa thuận thì hội đồng trọng tài quyết định, nhưng phải bảo đảm thuận tiện cho các bên trong việc giải quyết.

*Về thời gian mở phiên họp giải quyết tranh chấp* cũng do các bên thỏa thuận, nếu các bên không có thỏa thuận khác thì sẽ do chủ tịch hội đồng trọng tài quyết định.

Giấy triệu tập các bên tham dự phiên họp giải quyết tranh chấp phải được gửi cho các bên chậm nhất là 30 ngày trước ngày mở phiên họp, nếu các bên không có thỏa thuận khác.

Phiên họp giải quyết tranh chấp bằng phương thức trọng tài thương mại diễn ra không công khai. Trong trường hợp có sự đồng ý của các bên, hội đồng trọng tài có thể cho phép những người khác tham dự phiên họp.

Về thành phần tham gia tố tụng trọng tài, các bên có thể trực tiếp hoặc ủy quyền cho người đại diện tham dự phiên họp giải quyết tranh chấp. Các bên có quyền mời nhân chứng, luật sư bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình.

Nguyên đơn phải có mặt tại phiên họp giải quyết vụ tranh chấp. Trường hợp nguyên đơn đã được triệu tập tham dự phiên họp giải quyết vụ tranh chấp mà không tham dự phiên họp không có lý do chính đáng hoặc bỏ phiên họp mà không được hội đồng trọng tài đồng ý thì được coi là đã rút đơn kiện. Trong trường hợp này, hội đồng trọng tài tiếp tục giải quyết vụ tranh chấp nếu bị đơn có yêu cầu hoặc có đơn kiện ngược lại theo quy định tại Pháp lệnh Trọng tài thương mại.

Trường hợp phải vắng mặt vì lý do chính đáng thì các bên vẫn có thể yêu cầu hội đồng trọng tài hoãn phiên họp giải quyết vụ tranh chấp. Ngược lại hội đồng trọng tài cũng có thể hoãn phiên họp giải quyết vụ tranh chấp nếu xét thấy chưa đủ cơ sở để giải quyết vụ tranh chấp.

Đặc biệt 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 các bên có mặt.

Quyết định trọng tài của hội đồng trọng tài được lập theo nguyên tắc đa số, trừ trường hợp vụ tranh chấp do trọng tài viên duy nhất giải quyết. Ý kiến của thiểu số được ghi vào biên bản phiên họp.

Quyết định trọng tài phải có các nội dung chủ yếu sau:

✓ Ngày, tháng, năm và địa điểm ra quyết định trọng tài. Trong trường hợp việc giải quyết vụ tranh chấp do trung tâm trọng tài tổ chức thì quyết định trọng tài phải có tên 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 những 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

Trường hợp nếu có trọng tài viên không ký vào quyết định trọng tài, thì chủ tịch hội đồng trọng tài phải ghi việc này trong quyết định trọng tài và nêu rõ lý do.

Các bên có quyền yêu cầu hội đồng trọng tài không đưa các vấn đề tranh chấp, cơ sở của các quyết định về vụ tranh chấp vào quyết định trọng tài

Biên bản phiên họp giải quyết vụ tranh chấp do hội đồng trọng tài lập, có chữ ký của chủ tịch hội đồng trọng tài.

Quyết định trọng tài có thể được công bố ngay tại phiên họp cuối cùng hoặc sau đó, nhưng chậm nhất là 60 ngày, kể từ ngày kết thúc phiên họp cuối cùng. Toàn văn quyết định trọng tài phải được gửi cho các bên ngay sau ngày công bố.

Quyết định trọng tài có hiệu lực kể từ ngày công bố.

Theo yêu cầu của các bên, trung tâm trọng tài hoặc hội đồng trọng tài do các bên thành lập cấp cho bên có yêu cầu bản sao quyết định trọng tài.

Trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày nhận được quyết định trọng tài, một bên có thể yêu cầu Hội đồng trọng tài sửa chữa những lỗi về tính toán, lỗi đánh máy, lỗi in hoặc những lỗi kỹ thuật khác. Trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được đơn yêu cầu, hội đồng trọng tài tiến hành sửa chữa và phải thông báo cho bên kia.

Quyết định sửa chữa là một phần của quyết định trọng tài và phải được hội đồng trọng tài ký.

## **6. VẤN ĐỀ ÁP DỤNG BIỆN PHÁP KHẨN CẤP TẠM THỜI**

Trong quá trình hội đồng trọng tài giải quyết vụ tranh chấp, nếu quyền và lợi ích hợp pháp của mình bị bị xâm hại hoặc có nguy cơ trực tiếp bị xâm hại, thì các có quyền làm đơn đến tòa án cấp tỉnh nơi hội đồng trọng tài thụ lý vụ tranh chấp yêu cầu áp dụng một hoặc một số biện pháp khẩn cấp tạm thời sau :

- ↳ 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

Về thủ tục áp dụng, bên yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời phải làm đơn gửi đến tòa án cấp tỉnh nơi hội đồng trọng tài đã thụ lý vụ tranh chấp. Kèm theo đơn phải có bản sao đơn kiện có đầy đủ nội dung theo quy định của Pháp lệnh Trọng tài thương mại và bản sao thỏa thuận trọng tài. Các bản sao trên phải có chứng thực hợp lệ.

Tùy theo yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời mà bên yêu cầu phải cung cấp cho tòa án bằng chứng cụ thể về các chứng cứ cần được bảo toàn, các chứng cứ về việc bị đơn tẩu tán, cất giấu tài sản có thể làm cho việc thi hành quyết định trọng tài không thể thực hiện được.

Bên yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời phải nộp một khoản tiền bảo đảm do tòa án ấn định, nhưng không quá nghĩa vụ tài sản mà người có nghĩa vụ phải thực hiện để bảo vệ lợi ích của bị đơn và ngăn ngừa sự lạm dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời từ phía người có yêu cầu. Các khoản tiền này được gửi giữ tại ngân hàng nơi có trụ sở của tòa án quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời.

Sau khi nhận được yêu cầu và các tài liệu theo quy định của pháp luật thì chánh án tòa án cấp tỉnh giao cho một thẩm phán xem xét, giải quyết đơn yêu cầu. Trong thời hạn năm ngày làm việc, kể từ ngày được giao, thẩm phán phải kiểm tra tính chính xác của các tài liệu gửi đến, trong phạm vi yêu cầu của nguyên đơn, có thể ra quyết định áp dụng một hoặc một số biện pháp khẩn cấp tạm thời mà Pháp lệnh Trọng tài thương mại quy định.

Trường hợp áp dụng một hoặc một số biện pháp khẩn cấp tạm thời thì giá trị tài sản bị áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời không vượt quá nghĩa vụ tài sản mà người có nghĩa vụ phải thực hiện

Quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời phải được gửi ngay cho hội đồng trọng tài, các bên tranh chấp và viện kiểm sát cùng cấp. Quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời có hiệu lực thi hành ngay.



Trong thời hạn ba ngày làm việc, kể từ ngày nhận được quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời, viện trưởng viện Kiểm sát cùng cấp có quyền kiến nghị, bị đơn có quyền yêu cầu chánh án tòa án đã ra quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời xem xét, giải quyết việc thay đổi, hủy bỏ hoặc giữ nguyên các biện pháp đó. Trong thời hạn ba ngày làm việc, kể từ ngày nhận được kiến nghị của viện kiểm sát hoặc yêu cầu của bị đơn, chánh án tòa án phải có quyết định và trả lời cho viện kiểm sát hoặc bị đơn

Trong quá trình áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời thì bên yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời có thể làm đơn yêu cầu thay đổi hoặc hủy bỏ biện pháp khẩn cấp tạm thời khi không còn phù hợp hoặc không còn cần thiết.

Trong thời hạn ba ngày làm việc, kể từ ngày nhận được đơn yêu cầu thay đổi hoặc hủy bỏ biện pháp khẩn cấp tạm thời thì chánh án tòa án cấp tỉnh nơi đã ra quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời giao cho một thẩm phán xem xét, quyết định thay đổi hoặc hủy bỏ áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời. Quyết định này phải được gửi ngay cho hội đồng trọng tài, các bên tranh chấp và viện kiểm sát cùng cấp.

## **7. THỦ TỤC XÉT LẠI QUYẾT ĐỊNH TRỌNG TÀI**

Trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được quyết định trọng tài, nếu có bên không đồng ý với quyết định trọng tài thì có quyền làm đơn gửi tòa án cấp tỉnh nơi hội đồng trọng tài ra quyết định trọng tài, để yêu cầu hủy quyết định trọng tài.

Trường hợp gửi đơn quá hạn vì có sự kiện bất khả kháng thì thời gian có sự kiện bất khả kháng không tính vào thời hạn yêu cầu hủy quyết định trọng tài.

Đơn yêu cầu hủy quyết định trọng tài phải có các nội dung chủ yếu sau đây :

- ✓ Ngày, tháng, năm viết đơn

✓ Tên và địa chỉ của bên có yêu cầu hủy quyết định trọng tài.

✓ Lý do yêu cầu hủy quyết định trọng tài

Kèm theo đơn yêu cầu phải có các giấy tờ sau :

- Bản chính hoặc bản sao quyết định trọng tài đã được chứng thực hợp lệ

- Bản chính hoặc bản sao thỏa thuận trọng tài đã được chứng thực hợp lệ

Trường hợp nếu giấy tờ kèm theo đơn yêu cầu bằng tiếng nước ngoài thì phải được dịch ra tiếng Việt và bản dịch phải được chứng thực hợp lệ.

Sau khi nhận đủ các loại giấy tờ quy định nêu trên, tòa án thông báo ngay cho bên yêu cầu phải nộp lệ phí.

Tòa án thụ lý kể từ ngày bên có yêu cầu nộp lệ phí.

Sau khi thụ lý đơn yêu cầu hủy quyết định trọng tài, tòa án phải thông báo cho trung tâm trọng tài hoặc hội đồng trọng tài do các bên thành lập, các bên tranh chấp và viện kiểm sát cùng cấp. Trong trường hợp vụ tranh chấp do trung tâm trọng tài tổ chức giải quyết thì trong thời hạn bảy ngày làm việc, kể từ ngày nhận được thông báo của tòa án, trung tâm trọng tài phải chuyển hồ sơ cho tòa án.

Trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày thụ lý, chánh án tòa án chỉ định một hội đồng xét xử gồm ba thẩm phán, trong đó có một thẩm phán làm chủ tọa và phải mở phiên tòa để xét đơn yêu cầu hủy quyết định trọng tài.

Tòa án phải chuyển hồ sơ cho viện kiểm sát cùng cấp trong thời hạn bảy ngày làm việc, trước ngày mở phiên tòa.

Phiên tòa được tiến hành với sự có mặt của các bên tranh chấp, luật sư của các bên (nếu có), Kiểm sát viên viện kiểm sát cùng cấp.

Trường hợp một trong các bên yêu cầu tòa án xét đơn vắng mặt hoặc đã được triệu tập hợp lệ mà vắng mặt không có lý do chính đáng hoặc bỏ phiên họp mà không được hội đồng xét xử đồng ý thì hội đồng xét xử vẫn tiến hành xét đơn yêu cầu hủy quyết định trọng tài.

Khi xét đơn yêu cầu, hội đồng xét xử không xét lại nội dung vụ tranh chấp mà chỉ kiểm tra giấy tờ theo quy định của Pháp lệnh Trọng tài thương mại, đối chiếu quyết định trọng tài với những quy định tại Pháp lệnh Trọng tài thương mại để ra quyết định.

Sau khi xem xét đơn, giấy tờ kèm theo, chứng cứ (nếu có), nghe ý kiến của những người được triệu tập, ý kiến của kiểm sát viên, hội đồng xét xử thảo luận và quyết định theo đa số.

Hội đồng xét xử có quyền ra quyết định hủy hoặc không hủy quyết định trọng tài, đình chỉ việc xét đơn yêu cầu, nếu người nộp đơn yêu cầu hủy quyết định trọng tài rút đơn hoặc đã được triệu tập hợp lệ mà vắng mặt không có lý do chính đáng hoặc bỏ phiên họp mà không được hội đồng xét xử đồng ý.

Trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày ra quyết định, tòa án phải gửi bản sao quyết định cho các bên, trung tâm trọng tài hoặc hội đồng trọng tài do các bên thành lập và viện kiểm sát cùng cấp.

Trong trường hợp hội đồng xét xử hủy quyết định trọng tài, nếu không có thỏa thuận khác thì các bên có quyền đưa vụ tranh chấp đó ra giải quyết tại tòa án.

Trường hợp hội đồng xét xử không hủy quyết định trọng tài thì quyết định trọng tài được thi hành theo quy định chung tại Pháp lệnh Trọng tài thương mại.

Tòa án chỉ có thể ra quyết định hủy quyết định trọng tài nếu bên yêu cầu chứng minh được rằng hội đồng trọng tài đã ra quyết định trọng tài thuộc một trong các trường hợp sau :

- ✓ Không có thỏa thuận trọng tài

✓ Thỏa thuận trọng tài vô hiệu theo quy định của Pháp lệnh Trọng tài thương mại

✓ Thành phần hội đồng trọng tài, tổ tụng trọng tài không phù hợp với thỏa thuận của các bên theo quy định của Pháp lệnh Trọng tài thương mại

✓ Vụ tranh chấp không thuộc thẩm quyền của hội đồng trọng tài. Trong trường hợp quyết định trọng tài có một phần không thuộc thẩm quyền của hội đồng trọng tài thì phần quyết định này bị hủy.

✓ 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 lệnh Trọng tài thương mại.

✓ Quyết định của trọng tài trái với lợi ích công cộng của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam.

### ***Vấn đề kháng cáo, kháng nghị quyết định của tòa án:***

Trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày tòa án ra quyết định xét đơn yêu cầu hủy quyết định trọng tài, các bên có quyền kháng cáo, viện kiểm sát cùng cấp hoặc Viện Kiểm sát nhân dân tối cao có quyền kháng nghị quyết định của tòa án.

Thời hạn kháng nghị của viện kiểm sát cùng cấp là 15 ngày, của Viện Kiểm sát nhân dân tối cao là 30 ngày, kể từ ngày tòa án ra quyết định.

Đơn kháng cáo, quyết định kháng nghị phải nêu rõ lý do và yêu cầu của kháng cáo, kháng nghị. Đơn kháng cáo, quyết định kháng nghị phải gửi cho tòa án đã ra quyết. Sau khi nhận được đơn kháng cáo, tòa án thông báo ngay cho bên kháng cáo để họ nộp lệ phí kháng cáo.

Trong trường hợp có bên không có mặt tại phiên tòa sơ thẩm thì thời hạn kháng cáo được tính từ ngày bản sao quyết định được giao cho

bên vắng mặt. Nếu kháng cáo quá hạn vì lý do bất khả kháng, thì thời hạn được tính từ ngày không còn sự kiện bất khả kháng.

Trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày nhận được quyết định kháng nghị hoặc nhận đơn kháng cáo và người kháng cáo đã nộp lệ phí kháng cáo, tòa án đã ra quyết định phải chuyển hồ sơ lên tòa án nhân dân tối cao.

Trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày nhận được hồ sơ kháng cáo hoặc quyết định kháng nghị, Tòa án nhân dân tối cao phải mở phiên tòa xem xét quyết định. Nếu cần phải yêu cầu người kháng cáo, kháng nghị giải thích những nội dung kháng cáo, kháng nghị thì thời hạn mở phiên tòa được kéo dài thêm nhưng không quá 60 ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ kháng cáo, kháng nghị.

Tòa án phải chuyển hồ sơ cho viện kiểm sát cùng cấp trong thời hạn bảy ngày làm việc trước ngày mở phiên tòa.

Thành phần hội đồng xét kháng cáo, kháng nghị gồm ba thẩm phán, trong đó có một thẩm phán làm chủ tọa do tòa án nhân dân tối cao chỉ định.

Phiên tòa được tiến hành với sự có mặt của các bên tranh chấp, luật sư của các bên (nếu có), kiểm sát viên viện kiểm sát cùng cấp.

Trong trường hợp bên không kháng cáo yêu cầu tòa án xử vắng mặt hoặc đã được triệu tập hợp lệ mà vắng mặt không có lý do chính đáng hoặc bỏ phiên họp mà không được hội đồng xét xử đồng ý thì hội đồng xét xử vẫn tiến hành xét xử.

Sau khi xem xét đơn kháng cáo, quyết định kháng nghị, tài liệu kèm theo, chứng cứ (nếu có), nghe ý kiến của các bên được triệu tập, của kiểm sát viên, hội đồng xét xử thảo luận và quyết định theo đa số.

Hội đồng xét xử có quyền giữ nguyên, sửa một phần hoặc toàn bộ quyết định của tòa án cấp sơ thẩm; đình chỉ việc xét kháng cáo trong trường hợp viện kiểm sát rút quyết định kháng nghị, bên kháng

cáo rút kháng cáo hoặc đã được triệu tập hợp lệ mà vắng mặt không có lý do chính đáng hoặc bỏ phiên họp mà không được hội đồng xét xử đồng ý.

Quyết định của Tòa án nhân dân tối cao là quyết định cuối cùng và có hiệu lực thi hành.

## **8. THI HÀNH QUYẾT ĐỊNH TRỌNG TÀI.**

Quyết định trọng tài là chung thẩm, các bên phải thi hành, trừ trường hợp tòa án hủy quyết định trọng tài theo quy định của Pháp lệnh Trọng tài thương mại.

Sau thời hạn 30 ngày, kể từ ngày hết hạn thi hành quyết định trọng tài, nếu một bên không tự nguyện thi hành, cũng không yêu cầu hủy quyết định trọng tài theo quy định chung tại Pháp lệnh Trọng tài thương mại, 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.

Trong trường hợp một trong các bên có yêu cầu tòa án hủy quyết định trọng tài thì quyết định trọng tài được thi hành kể từ ngày quyết định của tòa án không hủy quyết định trọng tài có hiệu lực.

# MỤC LỤC

|                                                                          |     |
|--------------------------------------------------------------------------|-----|
| Chương 1: TỔNG QUAN VỀ LUẬT KINH TẾ.....                                 | 5   |
| Chương 2: PHÁP LUẬT VỀ ĐẦU TƯ Ở VIỆT NAM.....                            | 20  |
| Chương 3: PHÁP LUẬT VỀ CÔNG TY .....                                     | 63  |
| Chương 4: PHÁP LUẬT VỀ DOANH NGHIỆP NHÀ NƯỚC.....                        | 146 |
| Chương 5: PHÁP LUẬT VỀ DOANH NGHIỆP TƯ NHÂN VÀ HỘ KINH DOANH.....        | 187 |
| Chương 6: PHÁP LUẬT VỀ HỢP TÁC XÃ .....                                  | 203 |
| Chương 7: PHÁP LUẬT VỀ PHÁP SẢN.....                                     | 228 |
| Chương 8: NHỮNG VẤN ĐỀ PHÁP LÝ CĂN BẢN VỀ HỢP ĐỒNG.....                  | 255 |
| Chương 9: MỘT SỐ HỢP ĐỒNG THÔNG DỤNG TRONG KINH DOANH .....              | 303 |
| Chương 10: GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP KINH DOANH, THƯƠNG MẠI TẠI TÒA ÁN ..... | 340 |
| Chương 11: TRỌNG TÀI THƯƠNG MẠI.....                                     | 391 |

GIÁO TRÌNH  
**LUẬT KINH TẾ**

TS. LÊ VĂN HƯNG (Chủ biên)

ThS. NGUYỄN TRIỀU HOA - ThS. TRẦN HUỖNH THANH NGHỊ - ThS. DƯƠNG MỸ AN

**NHÀ XUẤT BẢN**  
**ĐẠI HỌC QUỐC GIA TP HỒ CHÍ MINH**  
Khu phố 6, Phường Linh Trung, Quận Thủ Đức, TPHCM  
ĐT: 7 242 181, 7 242 160 + (1421, 1422, 1423, 1425, 1426)  
Fax: 7 242 194 – E-mail: [vnuhp@vnuhcm.edu.vn](mailto:vnuhp@vnuhcm.edu.vn)

-----

*Chịu trách nhiệm xuất bản:*

**PGS.TS. NGUYỄN QUANG ĐIỂN**

*Biên tập:*

**PHẠM ANH TÚ**

*Sửa bản in:*

**TRẦN VĂN THẮNG**

*Trình bày bìa:*

**TRƯỜNG ĐẠI HỌC KINH TẾ TPHCM**

*Đơn vị liên kết*

**TRƯỜNG ĐẠI HỌC KINH TẾ TPHCM**

---

In 1000 cuốn khổ 14,5 x 20,5cm. Số đăng ký kế hoạch xuất bản: 116 - 2005/CXB/52- 63/ĐHQGTPHCM. Quyết định xuất bản số 157/QĐ-ĐHQGTPHCM cấp ngày 12/3/2007 của NXB ĐHQGTPHCM. In tại Công ty in Hưng Phú. In xong và nộp lưu chiểu tháng 4/2007.